

# Die Schweizer Aktienrechtsreform

von

Professor DR. PETER FORSTMOSER, Zürich

ZGR 1992, 232–253

## Inhaltsübersicht

I. Die Aktiengesellschaft: Mädchen für alles des schweizerischen Gesellschaftsrechts .....	233
II. Notwendigkeit einer Aktienrechtsreform und Gang der Reformarbeiten .....	234
III. Grundentscheidungen und Schwerpunkte der Reform .....	237
1. Umfassende Teilrevision .....	237
2. Festhalten an der Einheit des Aktienrechts .....	237
3. Ausrichtung auf die Publikumsgesellschaft .....	238
4. Revision nur des Aktienrechts .....	238
5. Schwerpunkte der Reform .....	239
IV. Aktionärs- und Gläubigerschutz .....	239
1. Verbesserung der Transparenz .....	239
2. Verstärkung des Bezugsrechts .....	241
3. Erleichterung der Übertragbarkeit von Aktien .....	241
V. Überarbeitung der Eigenkapitalbasis .....	243
1. Flexibilisierung des Aktienkapitals .....	243
2. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine .....	244
VI. Stärkung und Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Organe .....	244
1. Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Generalversammlung .....	245
2. Neuordnung der Bestimmungen über den Verwaltungsrat .....	246
3. Verstärkung der Revision .....	247
4. Neuordnung der persönlichen Verantwortlichkeit .....	249
VII. Die Einführung des neuen Rechts .....	250
1. Übergangsrecht .....	250
2. Handlungsbedarf im Hinblick auf das neue Recht? .....	251
VIII. Ausblick .....	252

In der Herbstsession 1991 hat das schweizerische Parlament eine Neugestaltung des Aktienrechts<sup>1</sup> nach über zwanzigjährigen Reformarbeiten abgeschlossen. Das neue Recht soll am 1. Juli 1992 in Kraft treten.

Der folgende Beitrag will die Notwendigkeit dieser Aktienrechtsreform in Erinnerung rufen und den Gang der Reformarbeiten Revue passieren lassen (Ziff. II.). Er zeigt die Grundentscheidungen und Schwerpunkte auf (Ziff. III.)

1 Art. 620 ff des schweizerischen Obligationenrechts (OR).

und stellt wichtige Neuerungen vor (Ziff. IV.–VI.). Einige Hinweise zur Einführung des neuen Rechts (Ziff. VII.) und ein kurzer Ausblick (Ziff. VIII.) schließen die Skizze ab.

Damit die Tragweite der Reform richtig ermesen werden kann, scheinen jedoch vorab einige Bemerkungen zur Bedeutung der AG in der Schweiz angebracht (Ziff. I.).

### I. Die Aktiengesellschaft: Mädchen für alles des schweizerischen Gesellschaftsrechts

In den letzten Jahrzehnten hat sich die AG in der Schweiz zur *dominierenden Organisationsform* für jegliche wirtschaftliche Tätigkeit entwickelt. Die Zahlen belegen dies eindrücklich: Ende 1991 waren im Handelsregister 166 470 Aktiengesellschaften eingetragen, fast zehnmal mehr als Kollektiv-<sup>2</sup> und Kommanditgesellschaften und fast sechzigmal mehr, als es Gesellschaften mit beschränkter Haftung gibt<sup>3</sup>. Zwischen 1955 und 1990 hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften versechsfacht, während die Gesellschaften mit beschränkter Haftung um knapp 60 %, die Personengesellschaften gar nur um knapp ein Drittel zunahmen und die Zahl der Genossenschaften fast konstant blieb<sup>4</sup>.

Der Zuwachs war aber nicht nur quantitativ, sondern auch *qualitativ*: Obwohl dem Gesetzgeber des geltenden schweizerischen Aktienrechts<sup>5</sup> die AG als kapitalbezogene Publikumsgesellschaft vorschwebte<sup>6</sup>, ist daraus eine Rechtsform für die unterschiedlichsten Zielsetzungen geworden, eine eigentliche «Bonne à tout faire». Von weltweit aktiven Konzerndachgesellschaften mit weitgestreutem Aktionärskreis bis zur kleinen, personenbezogenen Einmanngesellschaft, von der produktiven Unternehmung bis zur inaktiven Holdinggesellschaft: die AG dient als Rechtsform für nahezu alle ökonomischen Aktivitäten – auch etwa für Immobiliengesellschaften, die eigentlich nichts anderes sind als Grundstücke mit eigener Rechtspersönlichkeit, oder für kooperative Gebilde, bei denen viel eher die Genossenschaft zu erwarten wäre.

Die Reform des Aktienrechts stellt daher einen Meilenstein in der Entwicklung des schweizerischen Gesellschaftsrechts dar.

2 Die Kollektivgesellschaft ist das Pendant zur deutschen Offenen Handelsgesellschaft.

3 Einträge per Ende 1991: Kollektivgesellschaften 15 789, Kommanditgesellschaften 3341, Gesellschaften mit beschränkter Haftung 2769, Genossenschaften 13 967. Quelle: Schweiz. Handelsamtsblatt vom 23. 1. 1992.

4 Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz (Basel, verschiedene Jahrgänge).

5 Dieses wurde 1936 in Kraft gesetzt und galt seither praktisch unverändert.

6 Vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweiz. Aktienrecht, 2./3. Aufl., 1980/83, § 2 N 7 ff.

## II. Notwendigkeit einer Aktienrechtsreform und Gang der Reformarbeiten

1. Die Reformbedürftigkeit des schweizerischen Aktienrechts war seit langem unbestritten, obwohl keine eigentlichen Mißstände – jedenfalls keine solchen, die mit rechtlichen Maßnahmen hätten behoben werden können – zu vermelden waren. Gründe hierfür gibt es viele:

– Die geltende Ordnung enthält *für legitime Bedürfnisse keine Regelung*. Die Praxis ging daher 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<sup>7</sup> als *Finanzierungsmittel*, dessen rechtliche Grundlage der ganz anders – nämlich als *Sanierungsmittel* – konzipierte Genußschein ist. Zu denken ist auch an das nicht normierte Institut der „Vorratsaktie“<sup>8</sup>, dessen Rechtmäßigkeit das Bundesgericht freilich vor kurzem – quasi als Abgesang auf das geltende Recht – ausdrücklich bestätigt hat<sup>9</sup>.

– Die ungenügende gesetzliche Ordnung begünstigt *Umgehungen*, z. B. die rein formale Bücherrevision durch Personen, die von der Leitung einer AG oder ihrem Hauptaktionär vollständig abhängig sind und womöglich nicht einmal über buchhalterische Kenntnisse verfügen.

– Endlich steht fest, 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 minimalen Ansätze eines Minderheitenschutzes noch weiter eingeengt hat<sup>10</sup>.

2. Das offenkundige Reformbedürfnis hat nun aber – nicht zuletzt mangels einer schlagkräftigen Lobby<sup>11</sup> – keineswegs zu einer raschen Gangart der Reformarbeiten geführt: Die Überarbeitung des schweizerischen Aktienrechts dauerte

7 Der Partizipationsschein ist von Praktikern als Surrogat für die in der Schweiz fehlende stimmrechtslose Aktie geschaffen worden.

8 Das geltende schweizerische Recht kennt weder das genehmigte noch das bedingte Kapital. Um dem Bedürfnis nach rascher Verfügbarkeit von Aktien nachzukommen, sind Publikumsgesellschaften mehr und mehr dazu übergegangen, bestimmte Tranchen von Aktien quasi „auf Vorrat“ zu schaffen. Unter Entzug des Bezugsrechts der Aktionäre wurden solche Aktien von treuhänderisch tätigen Banken gezeichnet und libertiert und standen so der Verwaltung für Zwecke im Interesse der Gesellschaft zur Verfügung.

9 Entscheid Canes/Nestlé vom 25. 6. 1991, publiziert in *Semaine judiciaire* 113 (1991), 653 ff sowie auszugsweise und mit Bemerkungen von ALAIN HIRSCH, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW)* 63 (1991), 291 ff, vgl. sodann die Hinweise in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 127 (1991), 440 f.

10 Vgl. etwa Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 99 II, 55 ff und 104 II 32 ff.

11 Dank des äußerst liberalen Grundzuges des geltenden Rechts ließ sich damit in der Praxis gut leben. Die Reform wurde daher weniger von Repräsentanten der Aktiengesellschaften gefordert als von Journalisten, Professoren und Buchprüfern.

vielmehr – und dies ist selbst für die Schweiz, wo die Mühlen des Gesetzgebers traditionell langsam mahlen, rekordverdächtig – *fast ein Vierteljahrhundert*:

1968 wurde – aufgrund von politischen Vorstößen in den frühen Sechzigerjahren – eine Arbeitsgruppe (Arbeitsgruppe Tschopp) eingesetzt, die 1972 erste ausformulierte Vorschläge unterbreitete. Diese wurden den interessierten Kreisen zur Stellungnahme vorgelegt (sog. Vernehmlassung), und darauf basierend wurde 1975 ein Vorentwurf präsentiert, zu dem erneut allgemein Stellung bezogen werden konnte.

Eine neue Expertenkommission (Kommission von Greyerz) nahm 1978 ihre Arbeit auf, und schließlich erschien 1983 der bundesrätliche Entwurf und die Botschaft des Bundesrates<sup>12</sup>. In der Folge wurde das Reformprojekt noch während acht Jahren in einem Hin und Her zwischen Nationalrat<sup>13</sup> und Ständerat<sup>14</sup> weiterbearbeitet, bis schließlich im letzten Oktober sämtliche Differenzen bereinigt waren.

Diese insgesamt äußerst gemächliche Gangart wurde zuweilen von *Zeiten der Überstürzung* durchbrochen. So sind noch in der parlamentarischen Beratung der letzten Monate und selbst bei der sog. redaktionellen Bereinigung nach Abschluß der Diskussion in den Räten nicht unwesentliche Änderungen vorgenommen worden.

3. Dieses *Wechselbad von Far niente und Hektik* hat im Entwurf Spuren hinterlassen:

– Auch wenn gut Ding Weile haben will, kann eine derart *lange Reformdauer* einem Gesetzesprojekt kaum gut bekommen, schon deshalb nicht, weil sich die Schwergewichte der politischen Diskussion, aber auch die herrschenden Auffassungen im Laufe der Zeit ändern: Standen im ersten Jahrzehnt der Reform die *stillen Reserven*<sup>15</sup> im Mittelpunkt der Auseinandersetzung, so war gegen Ende der Reform die Frage der *Übertragbarkeit* von Aktien bzw. der Zulässigkeit von Übertragungserschwerungen, der sog. *Vinkulierung*, das dominierende Thema<sup>16</sup>. Und die Regelung der Vinkulierung ist ein Beispiel dafür, wie sich im Laufe der Zeit die Auffassungen ändern können. War ursprünglich eine bescheidene, auf die personalistischen Gesellschaften ausgerichtete Anpassung geplant, so hat sich

12 Der „Bundesrat“ ist in der Schweiz die Regierung. Es ist üblich, daß dieser Gesetzesentwürfe mit einem erläuternden Bericht, der sog. Botschaft, vorstellt.

13 In etwa entsprechend dem deutschen Bundestag.

14 Länder- bzw. Kantonsvertretung, etwa dem deutschen Bundesrat entsprechend.

15 Das geltende schweizerische Recht läßt die Bildung wie die Auflösung *stillen Reserven* fast unbeschränkt zu. Der von schweizerischen Aktiengesellschaften ausgewiesene Erfolg zeigt daher oft nicht mehr als die Tendenz des Geschäftsgangs an, das wirkliche Ergebnis 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 mit Blick auf den (schweizerischen und internationalen) Kapitalmarkt.

16 Vgl. dazu hinten bei Fn. 47 ff.

in den letzten Jahren eine radikale Abkehr vom Bisherigen bei Publikumsgesellschaften durchgesetzt.

– Probleme brachte aber auch die zeitweilige *Hektik* der Arbeiten. So war es meines Erachtens ein Fehler, daß im Zuge der Beschleunigung der bundesrätliche Entwurf dem Parlament zugestellt wurde, ohne daß sich vorgängig die betroffenen Kreise hätten äußern können. Durch eine „Vernehmlassung“ hätte ein Reihe technischer Fehler vermieden werden können, die dann in den parlamentarischen Kommissionen und teils erst in den Räten mühsam ausgemerzt werden mußten. Das Parlament ist aber nicht das richtige Gremium für juristische Kleinarbeit. Und auch der Aktivismus der letzten Monate brachte keinen Segen, sind doch verschiedentlich Versehen unkorrigiert geblieben.

4. Trotz ihrer Konzeption als Partialrevision<sup>17</sup> hat die Aktienrechtsreform schließlich weitaus die *meisten Artikel* des bestehenden Rechts *erfaßt* und dieses um gut 50 % erweitert. Im Füllhorn der geänderten und der neuen Bestimmungen finden sich dabei nicht nur notwendige und nützliche, sondern vereinzelt auch problematische oder überflüssige Neuerungen<sup>18</sup>. Doch ist anzuerkennen, daß durch die Reform insgesamt eine *große Zahl von Einzelheiten verbessert* und auch begrüßenswerte *strukturelle Änderungen* vorgenommen worden sind. Auf sie sei im folgenden – nach einem Hinweis zu den Grundentscheidungen und Schwerpunkten der Reform – näher eingetreten<sup>19</sup>.

17 Vgl. dazu nachstehend bei Fn. 20 ff.

18 Dysfunktional ist es meines Erachtens, wenn – ohne Absicht materieller Änderung – Artikel und Absätze verschoben wurden, wie dies bei den Bestimmungen über die Exekutive (zu dieser vgl. nachstehend bei Fn. 72 ff) geschehen ist. Mit Blick auf terminologische Klarheit ist es auch nicht nur vorteilhaft, wenn – bei gleichem Inhalt – sprachliche Anpassungen und Modernisierungen erfolgten (so wurde etwa der Protokollführer zum Sekretär, die Verwaltung zum Verwaltungsrat, die „gemeinsame“ zur „gesamthaften“ Geschäftsführung, der Geschäftsbericht zum Jahresbericht, wobei dem Begriff „Geschäftsbericht“ eine neue Bedeutung zugewiesen wurde).

19 Zur *Literatur*: Schon vor der parlamentarischen Schlußabstimmung ist erschienen: GUHL/KUMMER/DRUEY, Das Schweizerische OR, 8. Aufl., 1991, S. 618 ff. 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 Diehl, Frank Vischer und André Zünd). 1991/92 ist eine Reihe von selbständigen Publikationen geplant oder erschienen, so: ERIC HOMBURGER, Leitfaden zum neuen Aktienrecht, 1991; PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, soll im Frühjahr erscheinen; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Einführung in das Schweiz. Aktienrecht, 4. Aufl., soll im Sommer erscheinen.

Lesenswert sind weiterhin die zahlreichen während der Reformarbeiten erschienenen Veröffentlichungen (Übersicht bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, aaO [Fn. 6], § 6 N 75), wobei zu beachten ist, daß der Entwurf – wie erwähnt – noch in den letzten Jahren, d. h. während der parlamentarischen Beratungen, zum Teil wesentlich abgeän-

### III. Grundentscheidungen und Schwerpunkte der Reform

Die nun abgeschlossene Reform beruht auf einer Reihe von Prämissen, die zwar kaum je aus- oder auch nur andiskutiert wurden, das Resultat aber maßgebend geprägt haben:

#### 1. Umfassende Teilrevision

a) Obwohl die politischen Vorgaben keinerlei Eingrenzungen enthielten, sind die Reformarbeiten von Anfang an auf eine *Teilrevision* beschränkt worden. Der 1972 mit ersten Vorschlägen veröffentlichte Zwischenbericht<sup>20</sup> ist diesbezüglich von entwaffnender Offenheit, wird doch darin erklärt, die Arbeitsgruppe habe „ihre Aufgabe nicht darin erblickt, in das Aktienrecht neue allgemeine Grundsätze einzuführen oder bestehende umzugestalten“<sup>21</sup> und sie sei auch „nicht mit der Absicht an die Arbeit gegangen, neue Tendenzen zu verwirklichen oder modernen Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen“<sup>22</sup>. Begründet wurde diese Selbstbeschränkung damit, daß eine „Totalrevision des Aktienrechts mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen“<sup>23</sup> würde, eine Prophezeiung, die nun freilich trotz bloßer Teilrevision in Erfüllung gegangen ist.

b) Immerhin ist festzustellen, daß sich die Teilrevision in späteren Phasen und vor allem während der Arbeiten der Kommission von Greyerz zu einer *Überarbeitung des ganzen Aktienrechts* ausgeweitet hat. Nicht nur wurden sämtliche Abschnitte kritisch durchgesehen, sondern man hat auch die Auswirkungen der geplanten Neuerungen in den größeren Zusammenhang gestellt. Dennoch blieb es letztlich bei Änderungen und Ergänzungen auf der Basis des bisherigen Rechts. Für grundlegend neue Ansätze gab es keinen Raum.

#### 2. Festhalten an der Einheit des Aktienrechts

Die Reform hält konsequent und bewußt an der Idee der *Einheit des Aktienrechts* fest, die nur an einigen Stellen durch Sondervorschriften für Großgesell-

dert worden ist. Unter dem gleichen Vorbehalt kann auch die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl. 1983 II 745 ff) mit Gewinn beigezogen werden.

20 Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes (Bern 1972).

21 Zwischenbericht, aaO (Fn. 20), 192.

22 Zwischenbericht, aaO (Fn. 20), 20.

23 Zwischenbericht, aaO (Fn. 20), 18.

schaften durchbrochen wird, so bei der Pflicht zur Konzernrechnung<sup>24</sup>, bei den Offenlegungsvorschriften hinsichtlich der Jahresrechnung, der Konzernrechnung<sup>25</sup> und des Aktionariats<sup>26</sup>, bei der Abschlußprüfung<sup>27</sup> und mit Bezug auf die Vinkulierung von Namenaktien<sup>28</sup>.

Eine Zweiteilung – die Schaffung einer neuen Klein-AG mit personalistischen Zügen – wurde zwar wiederholt erwogen, aber ebenso konsequent abgelehnt. Man wollte nicht neben die in der Schweiz wenig beliebte GmbH ein weiteres Gebilde stellen, das kaum lebensfähig sein würde.

### 3. Ausrichtung auf die Publikumsgesellschaft

Da die Reform von der Einheit des Aktienrechts ausging, mußte auch ein einheitliches Leitbild zugrunde gelegt werden. Betrachtet man die Ergebnisse, so kann dieses Leitbild nur das der *Publikumsgesellschaft* gewesen sein. Jedenfalls ist die Mehrzahl der Neuerungen an der großen, kapitalbezogenen „anonymen“ Gesellschaft orientiert. Nur eine kleinere Zahl der Änderungen betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft. Dies erstaunt insofern, als die Breitenentwicklung der letzten fünf Jahrzehnte vor allem bei den kleinen und mittleren, personenbezogenen Gesellschaften stattgefunden hat. Die Konzentration auf die Probleme der großen Gesellschaften hat dazu geführt, daß in der Reform die in der Praxis häufige personalistische AG zu kurz gekommen ist<sup>29</sup>.

### 4. Revision nur des Aktienrechts

Die nun abgeschlossene Reform ist eine Teilrevision noch in einem weiteren Sinn: Es wurde nur *eine* – freilich die bei weitem bedeutsamste – *Gesellschaftsform* überarbeitet. Im übrigen bleibt das Gesellschaftsrecht unverändert weiter

24 Vgl. revOR 663eff und nachfolgend bei Fn. 41. (Die Bestimmungen des geltenden Rechts werden mit „OR“ bezeichnet, die des künftigen mit „revOR“).

25 Vgl. revOR 697h; eine allgemeine Offenlegungspflicht besteht für Gesellschaften, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an einer Börse kotiert sind.

26 Vgl. revOR 663c: Gesellschaften, deren Namenaktien an einer Börse kotiert sind, haben bedeutende Aktionäre (mehr als 5 % aller Stimmrechte bzw. eine tiefere prozentmäßige statutarische Begrenzung) im Bilanzanhang anzugeben, soweit sie bekannt sind oder bekannt sein müßten.

27 Vgl. revOR 727b und dazu nachstehend Fn. 76.

28 Vgl. revOR 685 ff und dazu nachstehend bei Fn. 47 ff.

29 So werden die bei personalistischen Aktiengesellschaften wichtigen Instrumente der statutarischen Erwerbsberechtigungen und der Aktionärsbindungsverträge auch weiterhin gesetzlich nicht geregelt, obwohl diesbezüglich in der Praxis erhebliche Unsicherheiten bestehen.

bestehen, was auf Dauer jedenfalls für die GmbH und die Genossenschaft als ebenfalls für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipierte Körperschaften kaum zu rechtfertigen ist<sup>30</sup>.

### 5. Schwerpunkte der Reform

Auch wenn sich aus den revidierten Bestimmungen kein einheitlicher Grundzug entnehmen läßt, zeigt die nähere Betrachtung dennoch bestimmte Stoßrichtungen<sup>31</sup>, 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 noch immer ungenügenden, aber doch markant verbesserten Vorschriften für die Rechnungslegung konkretisiert hat. Hinzu kommen Bemühungen um eine Verstärkung der Revision.

– Überarbeitet worden sind sodann die Vorschriften zur *Eigenkapitalgrundlage*, und zwar mit zwei Zielsetzungen: Einerseits wollte man die Eigenkapitalbasis der Gesellschaften verstärken und schwindelhafte Vorgänge eindämmen<sup>32</sup>. Auf der anderen Seite bemühte man sich um eine flexiblere Ordnung<sup>33</sup>.

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

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

## IV. Aktionärs- und Gläubigerschutz

### 1. Verbesserung der Transparenz

Nach seit langem unbestrittener Ansicht sind die Vorschriften des schweizerischen Aktienrechts zur Jahresrechnung für kleine wie für große Gesellschaften

30 Vgl. dazu nachstehend Fn. 101.

31 Zu den Schwergewichten der Reform vgl. VISCHER, aaO (Fn. 19); sowie etwa PETER FORSTMOSER, in: *Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, 1984* (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht [SSHW] 74), S. 109 ff; CHRISTOPH VON GREYERZ, in: *Aktienrechtsreform* (Zürich 1984 = Schriftenreihe der schweiz. Treuhand- und Revisionskammer Bd. 59), S. 21 ff; ROLAND RUEDIN, *Présentation générale du projet*, in: *Révision du droit des sociétés anonymes, 1984* (= Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables Vol. 60), S. 90 ff sowie bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 19), S. 766 ff.

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

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

völlig ungenügend. So kennt das geltende Recht praktisch keine Mindestgliederungsvorschriften<sup>34</sup>. Für Konzerne besteht überdies (außerhalb des Bankbereichs) keine Konsolidierungspflicht. Vor allem aber besteht nach geltendem Recht wie schon erwähnt die Möglichkeit, praktisch unbeschränkt stille Reserven zu bilden und wieder aufzulösen und damit den tatsächlichen Geschäftsgang zu verschleiern.

Die Neuordnung bringt nun im Interesse der Aktionäre, aber auch der Gläubiger, eine deutliche *Verbesserung der Transparenz*<sup>35</sup>:

– Ganz allgemein wird die Rechnungslegung<sup>36</sup> durch zwingende *minimale Gliederungsvorschriften* für Bilanz<sup>37</sup> und Erfolgsrechnung<sup>38</sup> ausgebaut. Hinzu kommt ein Bilanzanhang<sup>39</sup>, 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“<sup>40</sup>. Die Bildung stiller Reserven ist dagegen weiterhin möglich; Tiefstapel bleibt erlaubt, Hochstapelei soll 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<sup>41</sup>, befreit sind.

– Informationen über bestimmte Geschäftsvorgänge können durch die Einschaltung eines *Sonderprüfers* erlangt werden, einer Institution, die dem deutschen Recht entliehen wurde, wobei jedoch nach schweizerischer Spielart – entgegen § 145 IV des deutschen AktG – der Sonderprüfer in seinem Bericht das Geschäftsgeheimnis zu wahren hat<sup>42</sup>. In dieses für die Schweiz neue Institut wird man freilich keine allzu hohen Erwartungen setzen dürfen.

34 Bis vor einem Jahrzehnt kam es selbst bei Publikumsgesellschaften vor, daß die Jahresrechnung aus einigen wenigen nichtssagenden Zahlen bestand. Inzwischen ist freilich die Aussagekraft der publizierten Bilanzen und Erfolgsrechnungen stark verbessert worden.

35 Näheres bei ZÜND, aaO (Fn. 19), S. 552 ff.

36 Zur Anpassung an das neue Recht vgl. HELBLING, aaO (Fn. 19), S. 560 ff.

37 RevOR 663a.

38 RevOR 663.

39 RevOR 663b.

40 RevOR 663b Ziff. 8. Kritisch zur neuen Ordnung THIEL, aaO (Fn. 19), S. 556 ff.

41 RevOR 697h in Verbindung mit 663 e. Zur Konzernrechnung vgl. BERTSCHINGER, aaO (Fn. 19), S. 564 ff.

42 RevOR 697e. Allgemein zum Sonderprüfer vgl. revOR 697a ff und ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, 1991 (= SSHW 136); sowie DERS., aaO (Fn. 19), S. 574 ff.

– Endlich müssen Gesellschaften, deren Namenaktien börsenkotiert sind, die ihnen bekannten Großaktionäre und Großaktionärsgruppen<sup>43</sup> bekanntgeben<sup>44</sup>.

## 2. Verstärkung des Bezugsrechts

Das neue Recht verstärkt das Bezugsrecht der Aktionäre: Gemäß revOR 652b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses<sup>45</sup> und überdies nur „aus wichtigen Gründen“ aufgehoben werden können<sup>46</sup>.

## 3. Erleichterung der Übertragbarkeit von Aktien

a) Auch in der Schweiz ist grundsätzlich unbestritten, daß der kapitalbezogenen Struktur der AG die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft entsprechen sollte. Im Dienste der universellen Einsetzbarkeit der AG als Organisationsform auch für kleinere, durchaus personenbezogene Gebilde macht das geltende schweizerische Recht jedoch ganz erhebliche Konzessionen, die es einer Gesellschaft und ihrer Führung letztlich erlauben, die Zusammensetzung des Aktionariats selbst zu bestimmen<sup>47</sup>.

Die Neuordnung dieser *Vinkulierungsmöglichkeiten* stand in den letzten Jahren im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion. Das Resultat ist eine klare Abkehr vom bisherigen Recht und die gesetzliche Erleichterung der Übertrag-

43 Vgl. Fn. 26.

44 RevOR 663c.

45 Also nicht mehr generell durch die Statuten.

46 Vgl. revOR 652b Abs. 2. Als Beispiele für wichtige Gründe nennt das Gesetz die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer.

47 Von dieser Möglichkeit haben nicht nur personalistische Gesellschaften, sondern auch zahlreiche Publikumsgesellschaften mit börsenkotierten Papieren Gebrauch gemacht. Bei diesen dient die Möglichkeit, Erwerber beliebig ablehnen zu können, vor allem dazu, die Stimmenmehrheit in Schweizer Hand zu behalten und überdies ganz allgemein Übernahmen zu verhindern. In den letzten Jahren ist eine deutliche – durch den Druck des Marktes verstärkte – Tendenz zur Abkehr von der extremen Vinkulierung festzustellen: Eine große Zahl von Schweizer Publikumsgesellschaften – allen voran Nestlé – ist dazu übergegangen, die Möglichkeit der Ablehnung ohne Grundangabe durch eine Prozentklausel zu ersetzen, nach der jeder beliebige Erwerber bis zu einer bestimmten prozentualen Limite als Aktionär akzeptiert wird. Kombiniert wird diese individuelle Limite vereinzelt mit einer allgemeinen Höchstgrenze für Ausländerbesitz, was sich unter anderem daraus erklärt, daß sich aufgrund von Spezialgesetzen aus einer ausländischen Beherrschung Nachteile für die Gesellschaft ergeben können.

barkeit<sup>48</sup>. Abgewichen wird dabei vom ansonsten auch im künftigen Recht überstrapazierten Konzept der Einheit des Aktienrechts, indem unterschiedliche Ordnungen für private Aktiengesellschaften und für Publikumsgesellschaften gelten werden:

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

Die bisher übliche und vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene statutarische Klausel, wonach ein Aktienerwerber „ohne Angabe von Gründen“ abgelehnt werden kann, wird für Publikumsgesellschaften ersetzt durch eine *Prozentklausel*<sup>49</sup>:

„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 daher nur in den Schlußbestimmungen aufgeführt wird<sup>50</sup>.

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<sup>51</sup>.

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

Eine Gesellschaft wird die Aktienübertragung auch künftig ablehnen können, „wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt“. Dazu kommt eine sog. Escape-Clause: Auch weiterhin können Aktienge-

48 Vgl. dazu im einzelnen BÖCKLI, BORGEAUD und FORSTMOSER, aaO (Fn. 19), S. 583 ff, 587 ff, 592 ff.

49 RevOR 685d Abs. 1.

50 Die Bestimmung mit dem Marginale „Ablehnung von Namenaktionären“ lautet: „In Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 (d. h. der bei Fn. 49 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 das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (sog. „Lex Friedrich“) und das Bankengesetz, ferner durch einige wenige andere Bundesgesetze verlangt, wobei es durchwegs um die schweizerische Beherrschung geht.

51 Vgl. dazu die Ausführungen von FORSTMOSER, aaO (Fn. 19), S. 592 ff.

sellschaften die Übertragung ohne Grundangabe ablehnen, jedoch nur dann, wenn sie bereit sind, die zur Veräußerung anstehenden Aktien „zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen“<sup>52</sup>. Damit bleibt der privaten AG die Möglichkeit erhalten, „unerwünschten“ Dritten den Eintritt aus beliebigen Gründen zu verwehren. Doch wird faktisch eine Art „Austrittsrecht“ geschaffen.

## V. Überarbeitung der Eigenkapitalbasis

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

### 1. Flexibilisierung des Aktienkapitals

Das geltende schweizerische Recht kennt die Kapitalerhöhung lediglich in festen Stufen, durch Generalversammlungsbeschlüssen<sup>53</sup>, unter Beachtung eines – zum Teil unnötig – komplizierten Verfahrens.

In Zukunft sollen die Eigenkapitalbasis und damit die Eigenfinanzierung flexibler ausgestaltet werden, und zwar durch die Einführung des bedingten und des genehmigten Kapitals als zusätzlichen Möglichkeiten der Kapitalerhöhung. Die beiden neuen Formen sind dem deutschen Recht nachgebildet<sup>54</sup>, wobei die Einzelheiten – namentlich Umfang und Einsatzmöglichkeiten – differieren.

Nur am Rande sei erwähnt, daß das minimale Aktienkapital künftig von Fr. 50 000.– auf Fr. 100 000.– angehoben wird, wobei Gesellschaften, die vor 1985 gegründet wurden, ihr Kapital nicht anzupassen brauchen<sup>55</sup>. Der *Mindestnennwert* von Aktien soll künftig nur noch Fr. 10.– betragen, gegenüber bisher Fr. 100.–<sup>56</sup>.

52 RevOR 685b Abs. 1.

53 Die Generalversammlung entspricht der Hauptversammlung des deutschen Rechts.

54 Vgl. für das genehmigte Kapital revOR 651 ff mit AktG 202 ff, für das bedingte Kapital revOR 653 ff mit AktG 192 ff.

55 Da heute fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften mit diesem minimalen Grundkapital ausgestattet ist, dürften zahlreiche Gesellschaften auch künftig ein Kapital von nur Fr. 50 000.– aufweisen.

Die Verdoppelung der Mindestsumme des Aktienkapitals entspricht zwar nur einem Bruchteil der seit dem Inkrafttreten des geltenden Rechts (1936) eingetretenen Geldentwertung. Angesichts der eingangs skizzierten Entwicklung der AG zu der Rechtsform für wirtschaftliche Tätigkeiten ist es aber m. E. richtig, daß die Anforderungen nicht höher geschraubt wurden.

56 RevOR 622 Abs. 4.

## 2. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine<sup>57</sup>

Ein Schwergewicht der Reform und echter Fortschritt liegt in der gesetzlichen Regelung des Rechts der sog. *Partizipationsscheine* (PS). Bei diesem Instrument handelt es sich um ein Surrogat für die im schweizerischen Recht nicht zugelassene stimmrechtslose Aktie, das als Wildwuchs in der Praxis entstanden und durch die herrschende Lehre und Praxis mangels gesetzlicher Ordnung dem Recht des Genußscheins unterstellt worden ist<sup>58</sup>.

Das künftige Recht wird den PS ausführlich regeln und faktisch zur stimmrechtslosen Aktie machen. Dem Partizipanten werden grundsätzlich die gleichen Vermögensrechte wie einem Aktionär eingeräumt, nicht dagegen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte<sup>59</sup>. Dabei orientiert sich das neue Recht an zwei Grundsätzen:

- dem der *Gleichheit*, indem die Partizipationsscheine vermögensmäßig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen<sup>60</sup> und
- dem der *Schicksalsgemeinschaft*, da die Aktionäre durch Generalversammlungsbeschlüsse die Stellung der Partizipanten zwar verschlechtern können, dies aber nur dann, wenn sie auch selber eine entsprechende Einbuße auf sich nehmen<sup>61</sup>.

Insgesamt wird das neue Recht eine deutliche Aufwertung des PS bringen, und es bleibt abzuwarten, ob sich dies nicht auch in den Kursen niederschlagen wird<sup>62</sup>.

### VI. Stärkung und Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Organe

Schließlich sieht die Reform für alle drei Organe Änderungen vor, am bescheidensten für die Generalversammlung<sup>63</sup>, einschneidender für den Verwal-

57 Vgl. dazu BOEMLE, aaO (Fn. 19), S. 598 ff.

58 Vgl. BGE 113 II 529 E. 3.

59 RevOR 656f Abs. 1 und 656c Abs. 1.

60 RevOR 656f Abs. 2.

61 RevOR 656f Abs. 3.

62 In den letzten Jahren haben verschiedene schweizerische Publikumsgesellschaften einen massiven Kurseinbruch bei ihren PS erlitten, was dazu geführt hat, daß zahlreiche PS in Aktien umgewandelt worden sind.

63 Vgl. Fn. 53.

tungsrat<sup>64</sup> und grundlegend für die Kontroll- bzw. - in neuer Terminologie - die Revisionsstelle<sup>65</sup>.

### 1. Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Generalversammlung

a) Das geltende schweizerische Recht kennt einige zwingende gesetzliche Beschlußfassungsquoren für die Generalversammlung, die sich am *gesamten Aktienkapital* bemessen<sup>66</sup>. Diese machen es bei Publikumsgesellschaften mit weit gestreutem Aktionärskreis zum Teil unmöglich, sinnvolle und völlig unbestrittene Strukturveränderungen zu beschließen<sup>67</sup>.

Das neue Recht verzichtet auf solche am Gesamtkapital orientierten Quoren. Zwar wird auch künftig die Beschlußfassung für „wichtige Beschlüsse“ erschwert, doch bemißt sich das Quorum durchwegs an den jeweils *vertretenen* Stimmen bzw. Nennwerten<sup>68</sup>.

Statutarische Erschwerungen der Beschlußfassung sollen künftig nur noch mit der vorgeschlagenen qualifizierten Mehrheit selbst eingeführt werden können<sup>69</sup>. Dadurch sollen sog. *petrifizierende Klauseln* ausgeschlossen werden, Erschwerungen also, welche die Generalversammlung später nicht mehr beseitigen kann.

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

Das Depot- oder Bankenstimmrecht war bisher in der Schweiz gesetzlich nicht geordnet. In der Praxis wurden Richtlinien, welche die Schweiz. Bankier-

64 Der Verwaltungsrat ist das Exekutivorgan der schweizerischen AG. Das schweizerische Recht kennt keine (zwingende) Zweiteilung in Geschäftsführung und Aufsicht entsprechend dem deutschen Recht. Vielmehr wird den Gesellschaften für ihre organisatorische Struktur großer Spielraum belassen, vgl. dazu nachstehend vor Fn. 72.

65 Für die Aufgabe der Buchprüfung ist im schweizerischen Aktienrecht ein eigenes, von der Generalversammlung zu wählendes Organ - die Kontroll- bzw. Revisionsstelle - vorgesehen.

66 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 Abs. 2).

67 So scheiterte vor einigen Jahren bei der Bank Leu AG eine nicht bestrittene Kapitaleinfachung daran, daß an der Generalversammlung nur 65,7 % des Aktienkapitals statt der erforderlichen Zweidrittelmehrheit vertreten waren.

68 RevOR 704: Zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte.

69 RevOR 704 Abs. 2. Unter geltendem Recht konnten dagegen Erschwerungen mit dem gewöhnlichen Quorum für Statutenänderungen - in der Regel absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (OR 703) - beschlossen werden.

vereinigung 1967/1980 aufgestellt hatte, zwar nicht ausnahmslos, aber doch regelmäßig befolgt. Das neue Recht enthält nun eine zwingende Ordnung, die sich teils an der bisherigen Praxis, vor allem aber am deutschen Aktienrecht orientiert<sup>70</sup>.

Publikumsgesellschaften bieten sich in der Schweiz regelmäßig an, *selber für die Stimmrechtsvertretung besorgt zu sein*. Die Ausübung der Stimmrechte erfolgt dabei entsprechend den Anträgen der Verwaltung. Das künftige Recht will auch hier den Prozeß der Meinungsbildung effektiver gestalten: 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 kann<sup>71</sup>.

## 2. Neuordnung der Bestimmungen über den Verwaltungsrat

a) Die Vielfalt der aktienrechtlichen Erscheinungsformen, die im Ausland keine Entsprechung hat, war nur möglich, weil das Schweizer Aktienrecht äußerst flexibel ausgestaltet ist. An dieser Flexibilität wird – besonders hinsichtlich der Exekutive – 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 Verwaltungspräsidenten zugewiesen werden. Dies entspricht in etwa dem französischen System des „*Président Directeur Général*“.

70 Vgl. revOR 689d und 689e mit AktG 128 und 135. Im einzelnen ist die Ordnung freilich unterschiedlich. So sind in der Schweiz künftig vor *jeder* Generalversammlung Weisungen einzuholen, während nach deutschem Recht eine Vollmacht für 15 Monate und damit für zwei ordentliche Aktionärsversammlungen erteilt werden kann.

71 RevOR 689c.

Die geeignete Organisationsform zu finden wird daher auch künftig den schweizerischen 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 einfach 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 *Berichterstattung an die Aktionäre* zu unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates erklärt<sup>72</sup>. Dadurch soll den bloßen Aushängeschild-Verwaltungsräten ein Ende bereitet werden, was man nur begrüßen kann.

## 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<sup>73</sup>.

– Die Vorschriften über die Unabhängigkeit der Revisoren sind gänzlich ungenügend<sup>74</sup>.

72 Vgl. im einzelnen die abschließende Aufzählung im neuen Art. 716a sowie NOBEL, aaO (Fn. 19), S. 531 ff. Auch bei konsequenter Delegation verbleiben damit dem schweizerischen Verwaltungsrat bedeutend mehr Aufgaben, als sie einem deutschen Aufsichtsrat zukommen.

73 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 Büchlersachverständige prüfen lassen.

74 Ausgeschlossen ist nach OR 727 Abs. 2 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.

– Von der Gründungsphase abgesehen besteht auch keine Gewähr dafür, daß überhaupt ein Revisionsorgan bestellt wird<sup>75</sup>.

– 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<sup>76</sup>. Daß dieser Vorschrift auch nachgelebt wird, soll durch ein Klagerecht auf Abberufung, das allen Aktionären und Gläubigern zusteht, sichergestellt werden<sup>77</sup>.

– Ernst gemacht wird mit der *Unabhängigkeit*. Revisoren müssen künftig vom Verwaltungsrat, aber auch von einem kontrollierenden Aktionär unabhängig sein<sup>78</sup>, auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers außerdem unabhängig von Gesellschaften des gleichen Konzerns<sup>79</sup>. 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<sup>80</sup>. Fehlt die Revisionsstelle, sollen der Handelsregisterführer und, auf dessen Antrag, der Richter einschreiten<sup>81</sup>.

– Endlich werden die *Aufgaben* der Revisoren deutlich *erweitert*. Zu erwähnen sind vor allem die zusätzlichen Prüfungsfälle bei qualifizierter Gründung und Kapitalerhöhung<sup>82</sup>, bei der Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen<sup>83</sup>

75 Nur bei der Gründung wird geprüft, ob eine Kontrollstelle eingesetzt worden ist.

76 RevOR 727a; besondere, auf Verordnungsstufe zu spezifizierende Anforderungen werden an die Prüfer volkswirtschaftlich bedeutsamer Gesellschaften 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 drei Zahlen überschritten worden sein: Bilanzsumme 20 Mio., Umsatzerlös Fr. 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt). – Zur erforderlichen fachlichen Qualifikation vgl. SCHULTZ, aaO (Fn. 19), S. 546 ff.

77 RevOR 727e Abs. 3.

78 RevOR 727c. Vgl. hierzu SCHULTZ, aaO (Fn. 19), S. 546 ff.

79 RevOR 727c Abs. 2.

80 RevOR 641 Ziff. 10.

81 RevOR 727f.

82 Vgl. revOR 635a, 652f.

83 RevOR 670 Abs. 2.

und bei Kapitalverlust<sup>84, 85</sup>. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an die Institution des *Sonderprüfers*, die für das schweizerische Recht ein Novum darstellt<sup>86</sup>.

– Neu hat der Revisor die Aufgabe, bei offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls – d. h. dann, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt – den *Richter zu benachrichtigen*<sup>87</sup>, eine zwar ungeliebte und wohl systemwidrige<sup>88</sup>, meines Erachtens aber sinnvolle Kompetenz und Pflicht.

#### 4. Neuordnung der persönlichen Verantwortlichkeit

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

Dem geltenden Verantwortlichkeitsrecht wohnt – dies zeigt ein Blick auf die Praxis – ein recht 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 andern eine höchst-richterliche Praxis, nach welcher Verwaltungsratsmitglieder und Kontrollstellen auch dann für den eingetretenen Schaden voll haftbar sind, wenn ihnen nur eine leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Die Revision wird in beiden Richtungen Fortschritte bringen<sup>89</sup>:

– Die *Klage von Aktionären und Gläubigern* wird durch die Verbesserung ihrer Informationslage erleichtert. Das Prozeßrisiko für Aktionäre wird reduziert durch die Möglichkeit, die Prozeßkosten nach richterlichem Ermessen der Gesellschaft aufzuerlegen.

84 RevOR 725 Abs. 2.

85 Diese und weitere Prüfungsaufgaben sind zum Teil durch einen besonders befähigten Revisor auszuführen, vgl. revOR 653f Abs. 1, 653i, 731a Abs. 1, 732 Abs. 2, 745 Abs. 3.

86 Vgl. dazu die Ausführungen vorn bei Fn. 42.

87 RevOR 729b Abs. 2.

88 Die Organisationen der Treuhand- und Revisionsgesellschaften wehrten sich vehement gegen die neue Kompetenz mit der Begründung, es werde damit in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingegriffen, was nicht Aufgabe der Revisoren sein könne. Der Widerstand war insofern erfolgreich, als die Benachrichtigungspflicht seitens der Revisoren nur in engen Grenzen in die definitive Ordnung Eingang gefunden hat.

89 Vgl. dazu FORSTMOSER, aaO (Fn. 19), S. 536 ff sowie DERS., Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung, in: Das neue Aktienrecht, Schriftenreihe des Schweiz. Anwaltsverbandes, erscheint 1992.

– 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<sup>90</sup>. 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 Haftungsrisiko von Verwaltungsratsmitgliedern auch weiterhin schwer kalkulierbar<sup>91</sup>.

## VII. Die Einführung des neuen Rechts

### 1. Übergangsrecht

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

– Mehrheitlich tritt die neue Ordnung voraussichtlich am 1. 7. 1992 in Kraft.  
– Für die *Anpassung der Statuten* ist eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen<sup>92</sup>.

– Schließlich gibt es auch Fälle des *Grandfathering*, in denen 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<sup>93</sup>, sowie generell für Stimmrechtsaktien, bei denen die Stimmenprivilegierung im Verhältnis zum Nennwert die neue gesetzliche Limite von 10 : 1 übersteigt.

Vergessen wurden Übergangsfristen für die Anpassung der *Rechnungslegung*. Damit könnte man den Standpunkt vertreten, daß schon die Rechnung per Ende 1992 (weil unter neuem Recht zu erstellen) den revidierten Bestimmungen zu genügen hätte. Dies würde jedoch zu einer indirekten Vorwirkung des neuen

90 Vgl. dazu EPPENBERGER, aaO (Fn. 19), S. 542 ff.

91 Nach Art. 52 des Gesetzes über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der *absichtlich* oder *grob-fahrlässig* Vorschriften des AHVG mißachtet und dadurch einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Das Eidgenössische 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 grobe Fahrlässigkeit nahezu eine *Kausalhaftung* herausliest, vgl. etwa BGE 108 V 123 und 203, 114 V 219 ff. Zur Kritik vgl. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., 1987, N 1080 ff.

92 Schlußbestimmungen 2 Abs. 2.

93 Schlußbestimmungen 2 Abs. 2.

Rechts führen, da als Basis für die Jahresendrechnungen die Buchungsvorgänge des ganzen Geschäftsjahres dienen. Herrschend und offiziös ist daher die Ansicht, daß erst die Jahresrechnung am Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht dessen Bestimmungen zu genügen hat. Für die Einführung der *Konzernrechnung* soll noch ein weiteres Jahr eingeräumt werden, indem die einschlägigen Bestimmungen erst ein Jahr später in Kraft gesetzt werden.

b) Nicht nur bei der Rechnungslegung ist übrigens den Übergangsbestimmungen nicht die nötige Sorgfalt gewidmet worden. So blieb z. B. unbeachtet, daß im Recht der *GmbH* und der *Genossenschaft* nicht selten auf das Aktienrecht verwiesen wird. Ungewiß ist nun, ob sich diese Verweisungen künftig auf das alte oder auf das neue Recht beziehen.

c) Lobend zu erwähnen ist immerhin Art. 6 der Schlußbestimmungen betreffend die Beseitigung von statutarischen Vorschriften über qualifizierte Mehrheiten für Generalversammlungsbeschlüsse: In den Statuten finden sich nicht selten Quorumserfordernisse, die aus dem Gesetz abgeschrieben worden sind<sup>94</sup>. Die erwähnte<sup>95</sup> Beseitigung aller gesetzlichen Quoren, die sich am gesamten Aktienkapital bemessen, hätte in diesen Fällen keine Wirkung, weil die bisherige gesetzliche Ordnung als statutarische weitergelten würde<sup>96</sup>. In die Schlußbestimmungen wurde nun in letzter Minute eine Norm eingefügt, wonach solche, einfach das (bisherige) Gesetz wiederholende Bestimmungen innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten des neuen Rechts mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen – also dem allgemeinen Quorum gemäß dispositivem Gesetzesrecht<sup>97</sup> – beseitigt werden können<sup>98</sup>.

### 2. Handlungsbedarf im Hinblick auf das neue Recht?

a) Angesichts der fünfjährigen Übergangsfrist wird es in der Regel ratsam sein, die *Anpassung der statutarischen Ordnung nicht zu übereilen*, sondern zuzuwarten, bis das neue Recht durch Publikationen und allenfalls erste Gerichtsentscheidungen weiter geklärt ist.

94 Die Statuten sollen dadurch als eine Art Checklist dienen, was vor allem in kleineren Verhältnissen sinnvoll ist.

95 Vorn bei Fn. 67 f.

96 Vgl. BRIGITTE TANNER, Quoren für die Beschlußfassung in der Aktiengesellschaft, 1987 (= SSHW 100), S. 168 f.; PETER FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht I/1, 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, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 48 (1949) Nr. 155, S. 306 ff.

97 OR und RevOR 703.

98 Ohne diese Ausnahmeregel könnte ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis nur mit der darin vorgesehenen Mehrheit selbst beseitigt werden, vgl. BRIGITTE TANNER, aaO (Fn. 96), S. 185 und PETER FORSTMOSER, aaO (Fn. 96), § 7 N 95.

b) 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 m. E. zu verneinen: Eingeschränkt werden künftig das Stimmprivileg für Stimmrechtsaktien, die Möglichkeiten der Vinkulierung, die des Einsatzes von Genußscheinen für die Finanzierung sowie petrifizierende Klauseln. In all diesen Fällen erscheint die strengere neue Ordnung sinnvoll und eine Verankerung bisherigen Rechts nicht wünschbar.

Erschwert wird künftig überdies die Zusammenlegung von Partizipations-scheinen<sup>99</sup>, und in heutiger Form nicht mehr möglich werden Vorratsaktien sein. Ausnahmsweise könnte es sich in diesen beiden Punkten empfehlen, noch von der Flexibilität der geltenden Ordnung zu profitieren.

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

Zu überprüfen und allenfalls anzupassen sind die *statutarischen Quoren*, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen kann es wünschbar sein, von der vorn bei Fn. 94 ff erwähnten Übergangsbestimmung Gebrauch zu machen und lästige, aus dem Gesetz in die Statuten übernommene Quorumsvorschriften zu beseitigen. Umgekehrt ist bei kleineren Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären 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 am Gesamtkapital bemessene Quoren neu statutarisch verankert werden.

Sofort nach oder sogar vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts sollten sodann die *verschärften Erfordernisse für die Revisoren* beachtet werden<sup>100</sup>. 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.

### VIII. Ausblick

Insgesamt bringt das neue Aktienrecht – dies ist nach den zahlreichen kritischen Bemerkungen in dieser Darstellung nochmals zu betonen – echte Fort-

<sup>99</sup> Nach heutigem Recht können die Partizipanten mit Mehrheit die Zusammenlegung ihrer Papiere beschließen; nach künftigem braucht sich dagegen kein Partizipant eine Zusammenlegung gegen seinen Willen gefallen zu lassen.

<sup>100</sup> Vgl. vorn bei Fn. 76 ff.

schritte. 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<sup>101</sup>. Auch 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“<sup>102</sup>.

– 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 ob der Beitritt zur EG angestrebt wird<sup>103</sup>. Dabei wird endgültig von den stillen Reserven Abschied zu nehmen sein und sind Rechnungslegung und Publizität in verschiedenen Punkten anzupassen. Nicht mehr haltbar wird auch die Möglichkeit der Einschränkung des Aktienerwerbs durch Ausländer sein. Im übrigen wird die Anpassung an die europäischen Richtlinien keine gewichtigen Änderungen – wohl aber etliche Kleinarbeit – verlangen.

Das neue schweizerische Aktienrecht wird daher sicherlich nicht mehr – wie das geltende – während mehr als eines halben Jahrhunderts praktisch unverändert bleiben, und es wäre eine erneute Reform noch in diesem Jahrzehnt keineswegs erstaunlich.

<sup>101</sup> 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, und mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts werden die Divergenzen noch zunehmen. Vgl. zum Problem PETER FORSTMOSER, SAG 48 (1976), 46 ff.

<sup>102</sup> Zwischenbericht, aaO (Fn. 20), S. 192.

<sup>103</sup> Ein Volksentscheid über diese Frage ist für Ende 1992 in Aussicht genommen. – Zur Europakompatibilität des künftigen schweizerischen Aktienrechts vgl. die Beiträge VISCHER, BAUDENBACHER und HERTIG, aaO (Fn. 19), S. 525 f, 608 ff, 613 ff.