

Vom alten zum neuen Aktienrecht

Dr. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich (Zürich)

Le nouveau droit des sociétés anonymes qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 1992 entraînera non seulement une augmentation de plus de 50% du nombre de dispositions applicables en la matière mais aussi des modifications et des retouches de plus ou moins grande importance.

L'article qui suit rappelle l'historique de la révision. Il résume les nouveautés les plus importantes et se concentre tout particulièrement sur la période transitoire. Comment le droit transitoire est-il réglé? Quelles démarches doivent être entreprises dans l'immédiat en vue de l'entrée en vigueur du nouveau droit? Quelles démarches entreprendre une fois le nouveau droit entré en vigueur? *Fo./SC*

Am 1. Juli 1992 wird das revidierte Aktienrecht — nach gesetzgeberischen Arbeiten, die sich über nahezu ein Vierteljahrhundert erstreckt haben — in Kraft treten. Aus diesem Anlass sollen im folgenden in einem Abriss der Gang und das Resultat der Reformarbeiten kurz vorgestellt werden (Ziff. I.—V.¹). Sodann — und vor allem — wird der Übergang vom bisherigen zum künftigen Aktienrecht behandelt: Welche übergangsrechtlichen Vorschriften kommen zur Anwendung? (Vgl. Ziff. VI.). Welcher Handlungsbedarf besteht im Zusammenhang mit der Reform? (Vgl. Ziff. VII.).

¹ Ausführlicher sind zwei Gesamtübersichten, die der Autor an anderer Stelle publiziert hat: «Das neue Aktienrecht — Übersicht über die wichtigsten Änderungen», Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 10 (1991) 78 ff., und vor allem «Alter Wein in neuen Schläuchen? Zur schweizerischen Aktienrechtsreform», ZSR 111 (1992) I 1 ff. Vgl. ferner auch «Die Schweizer Aktienrechtsreform», Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1992, 233 ff. Gewisse Überschneidungen von Ziff. I.—V. hienach mit den genannten Aufsätzen waren nicht zu vermeiden.

I. Eine fast unendliche Geschichte

a) Die Reformbedürftigkeit des schweizerischen Aktienrechts war seit langem unbestritten.

Das geltende Recht enthält *für legitime Bedürfnisse keine Ordnung*. In der Praxis behalf man sich mit Ersatzlösungen: Das Fehlen einer Aktie ohne Stimmrecht wurde überspielt, indem auf der Basis des Genussscheins als eines Sanierungsmittels das Finanzierungsinstrument des Partizipationsscheins entwickelt wurde. Für Bedürfnisse, die im Ausland mit bedingtem und genehmigtem Kapital abgedeckt werden, sind die sog. Vorratsaktien geschaffen worden².

Vereinzelt haben sich Regelungen des insgesamt bewährten³ bisherigen Rechts als *unpassend* erwiesen oder sind sie *obsolet* geworden: Die sog. Sukzessivgründung — im geltenden Recht als Regelfall vorausgesetzt⁴ — ist in der Praxis ausgestorben. Und bei der Kapitalerhöhung hat man den Weg der treuhänderi-

² Das Bundesgericht hat deren Rechtmässigkeit im Entscheid Canes/Nestlé vom 25. 6. 1991 ausdrücklich bestätigt, vgl. BGE 117 II 290 ff.

³ Dass das geltende Recht den Anforderungen der Praxis nachgekommen ist, belegen die Zahlen: Gab es 1937 lediglich 20173 Aktiengesellschaften, so stieg ihre Zahl bis Ende 1991 auf über 165 000, und allein zwischen 1955 und 1990 hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften versechsfacht. Die der Personengesellschaften stieg dagegen in den letzten 35 Jahren nur um knapp ein Drittel, die der Gesellschaften mit beschränkter Haftung um gut die Hälfte, und die der Genossenschaften blieb fast konstant.

⁴ Vgl. die ausführliche Ordnung in OR 629—637, der ein einziger Artikel (OR 638) für die Regelung der Simultangründung gegenübersteht.

schen Festübernahme gefunden, um die unnötig aufwendige Beschlussfassung in zwei Generalversammlungen, wie sie der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, zu vermeiden.

Das geltende Recht lässt auch *Umgehungen* zu, etwa die Laienrevision durch eine von der Verwaltung der AG oder ihrem Hauptaktionär abhängige Person oder die Personalunion zwischen Buchhalter und Kontrollstelle.

Endlich steht fest, dass der *Schutz des Klein- und des Minderheitsaktionärs* im argen liegt, freilich nicht nur wegen der gesetzlichen Ausgestaltung, sondern auch auf Grund einer restriktiven Gerichtspraxis⁵.

b) Trotz dieser unbestrittenen Mängel ist nun aber die Aktienrechtsreform *keineswegs zügig vorangetrieben* worden. Vielmehr dauerten die Reformarbeiten fast zweieinhalb Jahrzehnte oder — wenn man bis zu den ersten parlamentarischen Vorstössen zurückgeht — gar über dreissig Jahre. In Stichworten⁶: Parlamentarische Vorstösse in den frühen Sechzigerjahren; 1968 Einsetzung der Arbeitsgruppe Tschopp, 1972 Zwischenbericht und erste ausformulierte Vorschläge dieser Arbeitsgruppe; anschliessend Vernehmlassung und Vorentwurf 1975; neue Expertenkommission — die Kommission von Greyerz — ab 1978; Botschaft und bundesrätlicher Entwurf 1983; erste Beratung im Nationalrat 1985, im Ständerat 1988. Ende der Beratungen im Juni 1991, Verabschiedung — in beiden Räten ohne Gegenstimme — am 4. Oktober 1991.

Insgesamt wurde also äusserst gemächlich vorangeschritten. Doch gab es zwischendurch auch Zeiten der *Hektik*. So wurde vor der Veröffentlichung des bundesrätlichen Entwurfs aus Zeitgründen keine Vernehmlassung durchgeführt, obwohl die Kommission von Greyerz sowohl entscheidende Kurskorrekturen wie auch Änderungen in zahlreichen Einzelheiten vorgenommen hatte. Und in den letzten Jahren

⁵ Vgl. etwa BGE 99 II 62 oder 104 II 32 ff.

⁶ Vgl. zum Gang der Reformarbeiten im einzelnen u. a. *Peter Böckli*: Revision des Aktienrechtes, SJZ 80 (1984) 257 ff.; *Christoph von Greyerz*: Ausgangslage, Probleme und Werdegang der Aktienrechtsreform, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 1 ff.; *ders.*: Vom Vorentwurf zur Botschaft, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 59) 9 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*: Grundriss des Schweiz. Gesellschaftsrechts (6. A. Bern 1989) § 6 N 32 ff.; *Peter Nobel*: Mühsam der Start, holprig die Fahrt, «NZZ» vom 8.1.1992 S. 33; *Walter Schluep*: Einleitung [zu einem Sonderheft zur Teilrevision des Aktienrechts], SAG 48 (1976) 1 ff.; *Joseph Voyame*: De l'avant-projet de 1975 au message de 1983, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables, Vol. 60) 11 ff.

und Monaten der parlamentarischen Beratung wurde fieberhaft am neuen Konzept für kotierte vinkulierte Namenaktien gearbeitet, mit Änderungen bis in letzter Minute. Selbst die nach Abschluss der Behandlung in den Räten tätige Redaktionskommission veranlasste noch zahlreiche Änderungen — darunter auch einzelne von materieller Tragweite⁷.

c) Beides — die überlange *Dauer* wie die zeitweilige *Hektik* — hat sich auf das gesetzgeberische Projekt *negativ ausgewirkt*:

- Zwar gab es in den lang andauernden Reformarbeiten durchaus Konstanten, etwa das Bestreben, die Stellung der Aktionäre zu verstärken. Daneben aber *änderten nicht nur die Schwergewichte der Diskussion, sondern auch die Auffassungen*: Während der Siebzigerjahre war die Neuordnung der stillen Reserven das zentrale Thema der politischen Ausmarchung. In ihrer letzten Phase wurde dagegen die Reformdiskussion fast ausschliesslich von der Vinkulierungsfrage beherrscht. Und bei der Vinkulierung selbst fand ein völliger Gesinnungsumschwung statt: Zwar war die Erleichterung der Übertragbarkeit von allem Anfang an ein Thema, aber ursprünglich im Hinblick auf die privaten Aktiengesellschaften, bei denen der Ausstieg an der Börse nicht möglich war. In den letzten Jahren setzte sich dagegen die Auffassung durch, es seien die Vinkulierungsmöglichkeiten bei Publikumsgesellschaften massiv einzuschränken⁸.
- Der Aktivismus der letzten Jahre und das Fehlen von Vernehmlassungen in entscheidenden Phasen andererseits haben dazu geführt, dass schon heute eine Vielzahl von ter-

⁷ So wurde in revOR 663c aus einer Meldepflicht für Gesellschaften, deren *Aktien* an einer Börse kotiert sind, eine solche für Gesellschaften, deren *Namenaktien* kotiert sind. In revOR 663h wurden bei den Ausnahmen, die zu einem Verzicht auf Angaben in der Jahresrechnung berechtigen, die «Landesinteressen» kurzerhand gestrichen. Eliminiert wurde in der sogenannten redaktionellen Bearbeitung auch die Anweisung an den Bundesrat, «Vorschriften über das Verfahren der Anpassung der Statuten, die Auflösung der Gesellschaft und die Rückgängigmachung der Auflösung» zu erlassen.

revOR 663c I wird vor dem Inkrafttreten noch zurückkorrigiert (Rückkehr zum Begriff «Aktien»). Ebenso ist vor der amtlichen Publikation die *Berichtigung von drei weiteren Unstimmigkeiten* vorgesehen: In revOR 685d III wird der Ausdruck «börslich gehandelte Namenaktien» ersetzt durch «börsenkotierte Namenaktien». In revOR 716a Ziff. 6. soll statt von «Jahresbericht» von «Geschäftsbericht» die Rede sein. In revOR 727b I Ziff. 2. soll nur davon gesprochen werden, dass Aktien «an der Börse kotiert sind». Die Fortsetzung («oder vorbörslich gehandelt werden») wird gestrichen.

Dass solche Änderungen lange nach der Publikation des Gesetzestextes im Bundesblatt und dem Ablauf des Referendums noch möglich sind, mag erstaunen. Sie stützen sich auf Art. 33 I des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23.3.1962 (SR 171.11), der wie folgt lautet: «Werden in einem verabschiedeten Erlass nachträglich sinnstörende Versehen festgestellt, so kann die Redaktionskommission, bis zur Veröffentlichung in der Gesetzessammlung, die gebotene Verbesserung anordnen.»

⁸ Näheres bei *Forstmoser* in ZSR (zit. Anm. 1) 5f.

minologischen und systematischen *Inkonsequenzen*, von *Unklarheiten* und *Ungereimtheiten* des künftigen Rechts feststeht⁹.

II. Das Ergebnis im Überblick¹⁰

1. Charakteristik der Reform

a) Ist die Reform ursprünglich mit ausgesprochen kurz gesteckten Zielen angegangen worden¹¹, so hat sie sich im Laufe der Zeit zu einer *umfassenden Teilrevision* entwickelt. Erfasst wurden schliesslich die weit aus meisten Artikel des bestehenden Rechts, und es wurde dieses um gut 50% erweitert. Zwar sind zahlreiche Modifikationen nur oder überwiegend redak-

⁹ Vgl. dazu *Peter Forstmoser*: Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992) 58 ff.

¹⁰ Zur *Literatur*: Eine erste *Gesamtübersicht* ist schon vor der parlamentarischen Schlussabstimmung erschienen in *Guhl/Kummer/Druey*: Das Schweizerische OR (8. A. Zürich 1991) 618 ff. Unmittelbar danach wurde ein kommentierter Gesetzestext veröffentlicht: *Eric Homburger*: Leitfaden zum neuen Aktienrecht (Zürich 1991). Kurz vor dem Erscheinen steht *Peter Böckli*: Das neue Aktienrecht. Erläuterungen für die Praxis (Zürich 1992), und im Herbst 1992 soll verfügbar sein: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*: Einführung in das Schweiz. Aktienrecht (4. A. Bern). Vgl. sodann die Übersichten des Verfassers, zit. vorn Anm. 1.

Erste Kommentare zu *Einzelthemen* nach Abschluss der Reform finden sich in der Sondernummer 11/1991 des Schweizer Treuhänder (mit Beiträgen von *Carl Baudenbacher*, *Peter Bertschinger*, *Peter Böckli*, *Max Boemle*, *Pierre Borgeaud*, *Andreas Casutt*, *Matthias Eppenberger*, *Peter Forstmoser*, *Carl Helbling*, *Gérard Hertig*, *Peter Nobel*, *Roland Ruedin*, *Günther Schultz*, *Thomas Staehelin*, *Hanspeter Thiel*, *Frank Vischer* und *André Zünd*), in einer Artikelserie im Januar/Februar 1992 in der «NZZ» (Nrn. 5, 11, 18, 25, 28 und 34, Beiträge von *Peter Nobel*, *Peter Forstmoser*, *Peter Böckli*, *Giorgio Behr*, *Alexander de Beer*, *Thomas Staehelin*) und einer Sammelpublikation «Das neue Aktienrecht (wichtige Reformen aus anwaltlicher Sicht)» des Schweiz. Anwaltsverbandes (Schriftenreihe SAV Bd.11, Zürich 1992, Beiträge von *Peter Forstmoser*, *Christian J. Meier-Schatz*, *Rolf Watter*, *Rolf H. Weber*). Sondernummern oder Beitragsreihen sind in weiteren Periodika geplant, so in der SZW, der AJP und im Bernischen Notar.

Die zahlreichen *Monographien*, die sich bereits mit Problemen des neuen Rechts befassen, können hier nicht aufgeführt werden. Die meisten aktienrechtlichen Dissertationen der letzten Jahre behandeln (zumindest auch) Aspekte des künftigen Rechts.

¹¹ Vgl. Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts ... (Bern 1972), wonach die Arbeitsgruppe «ihre Aufgabe nicht darin erblickt [habe], in das Aktienrecht neue allgemeine Grundsätze einzuführen oder bestehende umzugestalten» (S. 192) und sie «nicht mit der Absicht an die Arbeit gegangen [sei], neue Tendenzen zu verwirklichen oder modernen Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen» (S. 20).

tioneller oder systematischer Natur¹², und vielfach sind auch lediglich sprachliche Anpassungen und Modernisierungen¹³ vorgenommen worden. Daneben aber finden sich neben Modellpflege bei einer Vielzahl von Einzelheiten auch begrüssenswerte strukturelle Änderungen¹⁴. Insgesamt bleibt es aber bei der zutreffenden Feststellung der Botschaft¹⁵: «[D]ie tragenden Prinzipien und die wichtigsten Grundsätze unseres Aktienrechtes bleiben unberührt oder erfahren sogar eine Verstärkung.»¹⁶

b) Beibehalten worden ist trotz vielfacher Kritik die *Einheit des Aktienrechtes*, wobei das gesetzgeberische Leitbild das der kapitalbezogenen *Publikumsgesellschaft* bleibt. Doch wurde auf die Bedürfnisse der privaten Aktiengesellschaften an verschiedenen Stellen durch eine differenzierende Ordnung und Sondervorschriften für Grossgesellschaften Rücksicht genommen¹⁷.

c) *Europakompatibilität* des neuen Rechts wurde nicht erreicht¹⁸ und während langen Reformjahren auch gar nicht angestrebt, doch erfolgt eine deutliche Annäherung an europäische Standards.

2. Stossrichtungen

Die revidierten Bestimmungen lassen sich zwar nicht auf einen einheitlichen Grundzug zurückführen. Immerhin zeigen sich bei einer näheren Betrachtung

¹² Nicht selten sind Artikel und Absätze ohne zwingenden Grund umgestellt worden, vgl. *Forstmoser*, Ungereimtheiten (zit. Anm. 9) 59.

¹³ Vgl. *Forstmoser*, a.a.O. sowie hinten bei Anm. 260 ff.

¹⁴ Vgl. die Hinweise in Ziff. III.—V. hienach.

¹⁵ [Bundesrätliche] Botschaft über die Revision des Aktienrechtes vom 23. 2. 1983, BBl 1983 II 745 ff., hier zitiert nach dem Sonderdruck.

¹⁶ Botschaft 23.

¹⁷ So bei der Pflicht zur *Konzernrechnung* (vgl. revOR 663eff.), bei den *Offenlegungsvorschriften* hinsichtlich der Jahresrechnung und der Konzernrechnung (vgl. revOR 697h) sowie des Aktionariats (vgl. revOR 663c), bei der *Abschlussprüfung* (vgl. revOR 727b) und mit Bezug auf die *Vinkulierung* (vgl. revOR 685 ff.).

¹⁸ Grundlegende Unterschiede finden sich insbesondere bei der Rechnungslegung und Publizität, wo sich das schweizerische Konzept, das die Bildung stiller Reserven weiterhin zulässt, schon im Ansatz vom europäischen Prinzip der «true and fair view» unterscheidet. Differenzen gibt es bei gewissen «Heimatschutzartikeln» (Vinkulierung, Nationalitäts- und Domizilerfordernisse für Verwaltungsratsmitglieder). Anzupassen sein wird sodann eine Reihe von Einzelheiten, doch werden sich daraus keine grundlegenden Korrekturen ergeben. Zur Europakompatibilität des künftigen schweizerischen Aktienrechtes vgl. die Beiträge *Vischer*, *Baudenbacher* und *Hertig* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 525 f, 608 ff., 613 ff.

bestimmte Stossrichtungen¹⁹, von denen drei hervorzuheben sind:

- die Tendenz, den Schutz der Aktionäre und Gläubiger zu verstärken (vgl. Ziff. III.),
- die Überarbeitung der Eigenkapitalgrundlage mit dem doppelten Ziel der Verstärkung wie auch der Flexibilisierung (vgl. Ziff. IV.),
- die Verbesserung der Struktur und Funktionsfähigkeit der drei obligatorischen Organe (vgl. Ziff. V.).

Dazu in aller Kürze einige Hinweise:

III. Verstärkung des Aktionärs- und Gläubigerschutzes

1. Verbesserung der Transparenz

Die Information zugunsten der Gläubiger und vor allem der Aktionäre wird durch neue oder verschärfte Anforderungen verbessert²⁰:

- Ganz allgemein wird die *Rechnungslegung*²¹ durch Minimalgliederungsvorschriften für Bilanz und Erfolgsrechnung²² ausgebaut. Hinzu kommt zwingend ein ausführlicher Bilanzanhang²³, 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»²⁴. Die Bildung stiller Reserven bleibt dage-

gen weiterhin in fast unverändertem Ausmass möglich; Tiefstapeln bleibt erlaubt, Hochstapelei soll dagegen unterbunden werden.

- Sodann schreibt das neue Recht konsequent die Erstellung einer *Konzernrechnung* vor, wobei von dieser Pflicht lediglich kleinere Gesellschaften und Subkonzerne, keinesfalls aber Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien, befreit sind²⁵.
- Informationen über bestimmte Geschäftsvorgänge können künftig durch Einschaltung eines *Sonderprüfers* erlangt werden, einer Art Treuhänder zwischen AG und Aktionär, durch den der Gegensatz zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem Interesse des Aktionärs an Offenlegung überwunden werden soll²⁶. Der Sonderprüfer hat ein Recht auf Auskunft über alle erheblichen Tatsachen. Anders als nach deutschem Recht berichtet er über das Ergebnis seiner Prüfung jedoch unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses. Allzu hohe Erwartungen wird man in dieses neue Institut freilich nicht setzen dürfen²⁷.
- Endlich müssen Gesellschaften, deren Aktien²⁸ börsenkotiert sind, die ihnen bekannten *Grossaktionäre* und *Grossaktionärsgruppen* *bekanntgeben*²⁹.

2. Verstärkung des Bezugsrechts

Das neue Recht verstärkt das Bezugsrecht der Aktionäre: Gemäss revOR 652b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses³⁰, mit qualifiziertem Mehr und überdies nur «aus wichtigen Gründen» aufgehoben werden können³¹. Entsprechend bisheriger Lehre und Praxis

¹⁹ Zu den Schwergewichten der Reform vgl. *Vischer* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) sowie etwa *Peter Forstmoser*: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 109 ff.; *Christoph von Greyerz*: Übersicht über den Entwurf des Bundesrates vom 23. Februar 1983, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer Bd. 59) 21 ff.; *Roland Ruedin*: Présentation générale du projet, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et Experts-comptables Vol. 60) 90 ff. sowie *Bot-schaft* (zit. Anm. 15) 22 ff.

²⁰ Näheres bei *Zünd* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 552 ff. sowie ausführlich bei *Hans-Peter Wüest*: Deutsche und schweizerische Rechnungslegungsvorschriften für Kapitalgesellschaften — Ein Vergleich unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Aktienrechtsreform (Diss. Frankfurt a.M., erscheint voraussichtlich 1992 in der Reihe SSHW).

²¹ Zur Anpassung an das neue Recht vgl. *Helbling* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 560 ff.

²² RevOR 663a, 663.

²³ RevOR 663b.

²⁴ RevOR 663b Ziff. 8. Kritisch zur neuen Ordnung *Thiel* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 556 ff.; ferner auch *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 68.

²⁵ RevOR 697h in Verbindung mit 663c. Zur Konzernrechnung vgl. *Bertschinger* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 564 ff.

²⁶ Vgl. revOR 697a ff.

²⁷ Vgl. hierzu im einzelnen *Andreas Casutt*: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136) sowie *ders.* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 574 ff.

²⁸ Vgl. vorn Anm. 7.

²⁹ RevOR 663c. Bekanntgabepflicht bei mehr als 5% aller Stimmen oder beim Erreichen einer statutarisch festgelegten tieferen prozentmässigen Begrenzung des Eigentums an Namenaktien.

³⁰ Und nicht mehr generell durch die Statuten.

³¹ Zur Voraussetzung des wichtigen Grundes ist freilich darauf hinzuweisen, dass die erwähnten Beispiele — Übernahme von Unternehmen sowie Arbeitnehmerbeteiligung — darauf hindeuten, dass dieser Begriff keineswegs im gleichen Sinne verwendet wird wie an anderen Orten des Gesetzes (Arbeitsvertragsrecht, Mietvertragsrecht, bisheriges Gesellschaftsrecht), wo er mit «Unzumutbarkeit» gleichzusetzen ist, mit «Umständen, die das weitere Verbleiben im betreffenden

wird zudem betont, durch die Aufhebung dürfte «niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden»³².

3. Erleichterung der Übertragbarkeit der Aktien

In den letzten Jahren der Reform stand — wie erwähnt — die *Vinkulierungsfrage* im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion³³. Das Resultat ist eine klare Abkehr vom bisherigen Recht und die gesetzliche Erleichterung der Übertragbarkeit zulasten der Freiheit der Aktiengesellschaften und ihrer Verwaltungen, die Zusammensetzung des Aktionariats selber zu bestimmen³⁴. Abgewichen wird dabei vom auch im neuen Recht überstrapazierten Konzept der Einheit des Aktienrechts, indem für Publikumsgesellschaften und für private Aktiengesellschaften unterschiedliche Ordnungen aufgestellt werden, für beide aber eine Abkehr von der bisher gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen voraussetzungslosen Ablehnung «ohne Angabe von Gründen» erfolgt:

- Bei *börsenkotierten* Namenaktien sollen künftig nur noch eine Prozentklausel³⁵ und — für eine Übergangszeit — eine verkappte Ausländerklausel³⁶ zulässig sein³⁷.

Rechtsverhältnis unzumutbar machen» (BGE 89 II 153, vgl. auch etwa BGE 61 II 193f., 71 II 197). Vielmehr dürfte das Kriterium dem des schon heute durch Lehre und Praxis geforderten «sachlichen Grundes» nahestehen.

³² 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 *Gaudenz Zindel*: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSW 78) 240 ff.

³³ Anstoss dazu gab der Versuch von Dr. Tito Tettamanti, 1987 die «Gebr. Sulzer AG» zu übernehmen.

³⁴ Vgl. im einzelnen *Böckli, Borgeaud und Forstmoser* in *Schweizer Treuhänder* (zit. Anm. 10) 583 ff., 587 ff., 592 ff.

³⁵ RevOR 685d I: Möglichkeit der Ablehnung dann und nur dann, «wenn die Statuten eine prozentmässige Begrenzung des Eigentums an Namenaktien vorsehen und diese Begrenzung überschritten wird».

³⁶ Schlussbestimmungen 4: Danach kann eine Gesellschaft in Ergänzung zur Prozentklausel «auf Grund statutarischer Bestimmungen, Personen als Erwerber börsenkotierter 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». Gemeint sind mit «Bundesgesetzen» vor allem die *Lex Friedrich* und das *Bankengesetz*.

³⁷ Sowohl mit Bezug auf die Prozentklausel wie auch hinsichtlich der «Ausländerklausel» ist die Regelung im einzelnen höchst unklar und verwirrend, vgl. dazu *Böckli* in *Schweizer Treuhänder* (zit. Anm. 10) 583 ff. und *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 63 ff., eine Folge des Umstandes, dass diese Bestimmungen noch in den Räten mannigfach abgeändert worden sind.

- Weniger weit gehen die künftigen Schranken der Vinkulierung bei *nicht börsenkotierten* Namenaktien:

Eine Gesellschaft wird die Aktienübertragung künftig dann ablehnen können, «wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt»³⁸. Als wichtige Gründe sollen gemäss Abs. II «Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen», gelten. Damit dürfte auch an dieser Stelle der Begriff des «wichtigen» Grundes mit dem des «sachlichen» Grundes übereinstimmen. Dazu kommt eine sog. *Escape Clause*: Auch weiterhin können Aktiengesellschaften die Zulassung eines Erwerbers ohne Grundangabe ablehnen, aber nur dann, wenn sie bereit sind, die zur Veräusserung anstehenden Aktien «zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen»³⁹. Es bleibt also der privaten AG die Möglichkeit erhalten, unliebsame Dritte aus beliebigen (wenn auch nicht gerade willkürlichen) Gründen von der Gesellschaft fernzuhalten, wobei faktisch dem Austrittswilligen Aktionär ein «Austrittsrecht» eingeräumt wird.

4. Klagerechte

Bekanntlich hat schon unter geltendem Recht jeder Aktionär — auch wenn er nur eine einzige Aktie besitzt — ein Recht auf Anfechtung gesetzes- und statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse und auf Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen säumige Organpersonen⁴⁰. Praktisch erweisen sich diese Klagerechte jedoch wegen des hohen Kostenrisikos⁴¹ oft als wertlos.

Das neue Recht will Erleichterungen schaffen, indem der Richter bei Abweisung der Klage die Kosten ganz oder teilweise der Gesellschaft überbinden kann⁴². Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man freilich nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zu seinem wirtschaftlichen Interesse steht⁴³. Aus dogmatischer Sicht ist die neue

³⁸ RevOR 685b I.

³⁹ RevOR 685b I. Unklar ist, ob dieser Ablehnungsgrund auch ohne statutarische Grundlage besteht. Der Wortlaut spricht dafür, die Systematik eher dagegen, vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 65. Dort auch Hinweise auf weitere Ungereimtheiten der Vinkulierung.

⁴⁰ Vgl. OR 706, 754 f.

⁴¹ Die Prozesskosten und die Entschädigung an die obsiegende Partei richten sich nach dem Gesamtwert des Klagegegenstandes für die Gesellschaft bzw. nach dem gesamten eingeklagten Schadenersatzbetrag, obwohl der klagende Aktionär wirtschaftlich nur mit einem Bruchteil partizipiert.

⁴² RevOR 706a III, revOR 756 II.

⁴³ 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.

Regelung für die Verantwortlichkeitsklage verblüffend: Die Gesellschaft kann dadurch in einem Verfahren zur Zahlung verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, wonach in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird⁴⁴.

IV. Verstärkung und Flexibilisierung der Eigenkapitalbasis

1. Verstärkung der minimalen Eigenkapitalbasis

a) Die Eigenkapitalbasis soll durch eine *Verdoppelung des Minimalkapitals* auf Fr. 100 000.— verstärkt werden⁴⁵, eine Erhöhung, die nur einen Bruchteil der Geldentwertung seit dem Inkrafttreten des heutigen Rechts ausgleicht⁴⁶. Die minimale Liberierung wird von Fr. 20 000.— auf Fr. 50 000.— angehoben⁴⁷.

b) Erhöht werden die Anforderungen bei der *qualifizierten Gründung (und Kapitalerhöhung)*: Verlangt wird in jedem Fall ein schriftlicher Bericht der Gründer bzw. des Verwaltungsrates⁴⁸. Dieser Bericht ist durch einen Revisor⁴⁹ bzw. die Revisionsstelle⁵⁰ zu prüfen, und es ist zu bestätigen, dass er «vollständig und richtig ist». «Richtig» ist der Bericht nur dann, wenn die darin enthaltenen Angaben zumindest vertretbar sind. Das neue Recht sorgt damit nur (aber

immerhin) für eine unabhängige Plausibilitätsprüfung⁵¹.

2. Flexibilisierung des Aktienkapitals

Die Eigenkapitalbasis und damit die Eigenfinanzierung werden flexibler ausgestaltet durch die Einführung des bedingten und des genehmigten Kapitals als neuen, zusätzlichen Möglichkeiten der Kapitalerhöhung.

- Beim *genehmigten* Kapital beschliesst die Generalversammlung nur die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung. Den Entscheid über ihre Durchführung, den Zeitpunkt, die Bedingungen und den Umfang überlässt sie dagegen der Verwaltung. «Im Rahmen der Ermächtigung kann der Verwaltungsrat Erhöhungen des Aktienkapitals durchführen»⁵². Er kann etwa Aktien schaffen, die er als Gegenleistung bei 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- oder Optionsberechtigten oder auch Mitarbeitern — gelegt: Das Aktienkapital soll dann und insoweit erhöht werden, als bezugsberechtigte Gläubiger einer Wandel- oder Optionsanleihe bzw. Mitarbeiter sich für den Bezug neuer Aktien entscheiden.

Mit diesen neuen Formen des Grund- oder — wie es neu heissen wird — des *Aktienkapitals* werden Bedürfnisse abgedeckt, die heute mit den sog. Vorratsaktien erfüllt werden. Die Beweglichkeit der heutigen Ordnung wird freilich künftig nicht mehr erreicht⁵³.

3. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine⁵⁴

Ein Schwergewicht der Reform und ein echter Fortschritt liegt in der gesetzlichen Regelung des Rechts der Partizipationsscheine (PS). Die PS werden aus ihrem rechtlichen Schattendasein als einem Anhängsel des ganz anders konzipierten Genussscheins gelöst und faktisch zur stimmrechtslosen

⁴⁴ Vgl. dazu *Forstmoser* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 539.

⁴⁵ Gesellschaften, die vor 1985 gegründet wurden, brauchen ihr Kapital nicht anzupassen. Dies ist sinnvoll, weil die Grundkapitalziffer über die Eigenmittel einer bestehenden Gesellschaft nichts aussagt. So hatte die Hoffmann-La Roche, eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt, bis 1989 ein Aktienkapital in der minimalen Höhe von Fr. 50 000.—.

Da bei bestehenden Gesellschaften die Anpassung wohl oft im Wege der sog. Gratiskapitalerhöhung, d.h. durch Liberierung aus Gesellschaftsmitteln, erfolgen wird, dürfte sich die «Verstärkung» bei bestehenden Gesellschaften oft in der Entrichtung von Stempelsteuern, Notariats- und Registergebühren sowie in Steuerfolgen bei den Aktionären (direkte Bundessteuer, kantonale Einkommens- und Ertragssteuern in einer Mehrheit von Kantonen) erschöpfen.

Fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften weist heute nur das Minimalkapital von Fr. 50 000.— aus.

⁴⁶ Dies ist vernünftig, hat sich doch die AG — wie eingangs in Anm. 3 skizziert — auf Kosten der übrigen Gesellschaftsformen zu einer Art «Bonne à tout faire» des schweizerischen Handelsrechts entwickelt, ein Ergebnis, das weder rückgängig gemacht werden soll noch kann.

⁴⁷ RevOR 632 II.

⁴⁸ RevOR 635, 652e.

⁴⁹ Bei der Gründung, revOR 635a.

⁵⁰ Bei der Kapitalerhöhung, revOR 652f.

⁵¹ Leider wird für die Prüfung — anders als bei anderen anspruchsvollen Prüfungsaufgaben wie der Prüfung von volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften und der Prüfung der Konzernrechnung — keine besondere Befähigung der Revisoren verlangt, in Abweichung vom Vorschlag des Bundesrates (vgl. Botschaft [zit. Anm. 15] 114 f). Der Verzicht erfolgte bewusst auf Grund einer politischen Auseinandersetzung, vgl. Amtl. Bull. NR 1985 S. 1672 ff., SR 1988 S. 468 ff.

⁵² RevOR 651 IV.

⁵³ Vgl. dazu *Forstmoser* in ZSR (zit. Anm. 1) 19 f, ferner hinsichtlich unnötiger und teils sinnloser Einschränkungen für die bedingte Kapitalerhöhung *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 60f.

⁵⁴ Vgl. dazu *Boemle* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 598 ff.

Aktie gemacht. Dem Partizipanten werden grundsätzlich die gleichen Vermögensrechte wie einem Aktionär eingeräumt, nicht dagegen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte⁵⁵. Dabei orientiert sich das neue Recht an zwei Grundsätzen:

- dem der *Gleichheit*, indem die Partizipations-scheine vermögensmässig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen⁵⁶, und
- dem der *Schicksalsgemeinschaft*, da die Aktionäre durch Generalversammlungsbeschluss die Stellung der Partizipanten auch ohne deren Einwilligung verschlechtern können, aber nur dann, wenn sie selber eine entsprechende Einbusse auf sich nehmen⁵⁷.

Insgesamt wird das neue Recht eine deutliche Aufwertung des PS bringen, und es bleibt abzuwarten, ob sich dies nicht auch in den Kursen niederschlagen wird⁵⁸.

4. Erleichterungen für Änderungen in der Kapitalstruktur

Erleichtert werden im künftigen Recht Änderungen der Kapitalstruktur:

- Während nach Art. 657 V des geltenden Rechts dem Genussscheininhaber und damit auch dem Partizipanten ein «Verzicht auf einzelne oder alle Rechte» nur auferlegt wer-

⁵⁵ RevOR 656f I und 656c I.

⁵⁶ RevOR 656f II.

⁵⁷ RevOR 656f III.

⁵⁸ Daher ist m. E. eine überstürzte Abschaffung der PS durch Umwandlung in Aktien im Vorfeld des neuen Aktienrechts nicht unbedingt ratsam. In der Praxis der Publikumsgesellschaften zeigt sich freilich eine andere Tendenz: Zahlreiche Gesellschaften haben in den Monaten vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts die Umwandlung ihrer PS in Aktien beschlossen, was namentlich damit zusammenhängt, dass der Umwandlung von PS in Aktien oft eine Zusammenlegung und Nennwerterhöhung vorangehen muss. Die Zusammenlegung kann heute noch mit Mehrheitsbeschluss — ob der Generalversammlung allein oder zusätzlich auch der Partizipanten entsprechend OR 657 V ist offen — entschieden werden, während sich künftig kein Partizipant mehr eine solche gefallen lassen muss (vgl. OR 623 II, welche Bestimmung in Zukunft wegen revOR 656a II auch auf die PS Anwendung finden wird).

Vgl. freilich die Ausführungen von *Boeme* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 598 f, der darauf hinweist, dass «von den 6 bisher von den PS ausgeübten Funktionen... nicht weniger als 4 weg[fallen]», nämlich die folgenden: Surrogat für genehmigtes und bedingtes Aktienkapital, erleichterte Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen, leicht handelbares Papier mit geringem Nennwert, Instrument für Stockdividenden. — Nicht zu übersehen ist auch, dass bei der Kursentwicklung von Beteiligungspapieren die «Übernahmephantasie» eine zunehmende Rolle spielt und diese bei PS jedenfalls solange nicht spielt, als keine gesetzliche Pflicht besteht, bei Übernahmen eine Offerte für sämtliche Beteiligungspapiere zu machen.

- den kann, wenn die kapital- bzw. zahlenmässige Mehrheit aller Genuss- bzw. Partizipationsscheine zustimmt, kann künftig ein solcher Verzicht wie erwähnt ohne Befragung der Partizipanten durchgesetzt werden, vorausgesetzt, die Aktionäre nehmen dieselbe Konsequenz auf sich. Damit wird ein unter geltendem Recht oft unüberwindbares Hindernis beseitigt, gelang es doch bei Publikumsgesellschaften mit Inhaber-PS in der Regel nicht, die Partizipanten überhaupt mehrheitlich zu versammeln.
- Eine weitere Erleichterung — die sich auch bei Fusionen auswirken dürfte — liegt darin, dass der Mindestnennwert von Aktien künftig nur noch Fr. 10.— betragen wird⁵⁹.
- Grössere Flexibilität wird endlich auch dadurch erreicht, dass revOR 659 den Erwerb eigener Aktien zu beliebigem Zweck bis zur Höhe von 10% erlaubt, vorausgesetzt, er könne aus frei verfügbarem Eigenkapital finanziert werden. Unter gewissen Voraussetzungen und vorübergehend ist sogar der Erwerb bis zu einer Höchstgrenze von 20% erlaubt. Unter geltendem Recht musste man dagegen angesichts des nur durch wenige Ausnahmen gelockerten Erwerbsverbots⁶⁰ oft für sinnvolle Anliegen eine Gesetzesverletzung in Kauf nehmen, mit dem schwachen Trost, dass «nur» (aber immerhin) eine Ordnungsvorschrift verletzt sei.

V. Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Organe

Neuerungen und erhöhte Anforderungen finden sich bei der gesetzlichen Ordnung aller drei Organe, wobei ähnlich wie bei der Eigenkapitalbasis sowohl eine Verstärkung wie auch erhöhte Funktionalität angestrebt wird.

1. Generalversammlung

a) Für gewisse wichtige Beschlüsse der Generalversammlung verlangt das heutige Recht bekanntlich die Zustimmung von zwei Dritteln des *gesamten Aktienkapitals*.⁶¹ Bei Publikumsgesellschaften wurden durch diese Anforderung zum Teil sinnvolle und unbestrittene Strukturveränderungen verunmöglicht, da die erforderliche Anzahl Aktien gar nie an der Generalversammlung vertreten war.

Das neue Recht verzichtet konsequent auf solche am Gesamtkapital orientierten Quoren. Für «wichtige Beschlüsse» soll zwar auch künftig die Beschlussfassung erschwert werden, doch bemisst sich das Quo-

⁵⁹ RevOR 622 IV.

⁶⁰ Vgl. OR 659.

⁶¹ Vgl. OR 648 (Zweckänderungen, Beseitigung erschwerender Vorschriften über die Beschlussfassung, Einführung von Stimmrechtsaktien), 636 (Sacheinlage- und Sachübernahme-gründung, wobei das Quorum analog bei der qualifizierten Kapitalerhöhung gilt, OR 650 II).

rum durchwegs an den jeweils *vertretenen* Stimmen bzw. Nennwerten⁶².

Statutarische *Erschwerungen der Beschlussfassung* sollen in Zukunft nur noch mit dem vorgesehenen erschweren Mehr selbst eingeführt werden können⁶³. Dadurch sollen sog. petrifizierende Klauseln ausgeschlossen werden, Erschwerungen also, welche die Generalversammlung später gar nicht mehr beseitigen kann.

b) Eine Aufwertung soll die Generalversammlung durch die Regelung des *Depotstimmrechts* und der *Organvertretung* erfahren. Hinsichtlich des Depotstimmrechts wird dabei an die bisherige, mehr oder weniger bewährte Praxis angeknüpft, mit Modifikationen, die sich freilich zum Teil als Verschlechterungen entpuppen dürften⁶⁴.

Auch bei der Ausübung des Stimmrechts soll künftig für vermehrte *Transparenz* gesorgt werden, indem der Generalversammlung die jeweilige Gesamtzahl der durch Organe, unabhängige Stimmrechtsvertreter und Depotvertreter vertretenen Aktien, allenfalls untergliedert nach Art, Nennwert und Kategorie, bekanntzugeben ist⁶⁵.

2. Verwaltungsrat

a) An der Flexibilität in der Ausgestaltung des Exekutivorgans wird auch in Zukunft festgehalten:

- Wird nichts Besonderes vorgesehen, dann ist der *Verwaltungsrat in seiner Gesamtheit* das geschäftsführende Organ⁶⁶, eine Organisation, die sich für kleine, personenbezogene Strukturen eignet, für Gesellschaften mit einigen wenigen Mitgliedern also, die alle aktiv im Unternehmen tätig sind.

⁶² RevOR 704: Zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte.

⁶³ RevOR 704 II. Unter geltendem Recht konnten dagegen solche Erschwerungen mit dem gewöhnlichen Quorum für Statutenänderungen — in der Regel also mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (OR 703) — beschlossen werden.

⁶⁴ So müssen künftig vor *jeder* Generalversammlung, also auch dann, wenn lediglich unbestrittene Routinetraktanden abzuwickeln sind, Weisungen des Kunden eingeholt werden. Die Häufigkeit der Rückfragen dürfte diese abwerten und sich so als kontraproduktiv erweisen.

Verfehlt ist sodann die gesetzliche Pflicht, beim Fehlen von Weisungen des Aktionärs gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen (revOR 689d II a.E.). Damit wird die sinnvollere Regelung des allgemeinen Auftragsrechts, wonach beim Fehlen von Weisungen im Interesse und nach dem mutmasslichen Willen des Auftraggebers vorzugehen ist (vgl. OR 397f), ausser Kraft gesetzt.

⁶⁵ RevOR 689e. Die Unterlassung stellt einen Anfechtungsgrund dar.

⁶⁶ RevOR 716 II, entsprechend bisher OR 717 III.

— Doch können auch künftig Aufgaben der Geschäftsführung «ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte ... übertragen» werden⁶⁷. Damit können die verschiedensten im Ausland üblichen Strukturen nachempfunden werden: das amerikanische «*Board System*», indem die Geschäftsführung und Vertretung einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates zugewiesen, der Verwaltungsrat also in externe, nebenamtliche, und interne, vollamtlich geschäftsführende Mitglieder gegliedert wird, das deutsche *Aufsichtsrats*system, wenn konsequent an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren delegiert wird⁶⁸, endlich auch das französische System des «*Président Directeur Général*», indem einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten eingeräumt werden.

b) Die Disponibilität geht freilich nicht so weit, dass die Funktion des Verwaltungsrates als Exekutive oder zumindest «Ober»-Exekutive völlig beseitigt werden könnte. Vielmehr 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 des Einsatzes der finanziellen Mittel), die wichtigsten *personellen Entscheide* und die *Rapportierung* an die Aktionäre zu unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates erklärt⁶⁹. Den blossen Aushängeschild-Verwaltungsräten soll damit ein Ende bereitet werden, was man nur begrüssen kann.

c) Betont wird, dass der Verwaltungsrat «die Aktionäre unter den gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln» hat⁷⁰, eine Pflicht, die bisher nur auf Grund der Gerichtspraxis galt.

Auch die Rechtsstellung der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder wird genauer geregelt. Neben der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht⁷¹ wird neu ein weitgehendes Recht auf *Auskunft und Einsicht*⁷² in das Gesetz eingefügt, womit der bis heute nicht ausgestorbenen Unsitte, den Verwaltungsrat als «Vorhut des Feindes» zu betrachten und ihm möglichst wenig

⁶⁷ RevOR 716b, entsprechend bisher OR 717. Verlangt wird nach künftigem Recht, dass die Delegation auf statutarischer Basis «nach Massgabe eines Organisationsreglementes» zu erfolgen hat, revOR 716b I.

⁶⁸ Der Verwaltungsrat wird damit weitgehend — freilich nicht gänzlich — zum «Aufsichtsrat», die Direktion zum «Vorstand».

⁶⁹ Vgl. im einzelnen die abschliessende Aufzählung in revOR 716a sowie *Nobel* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 531 ff.

⁷⁰ RevOR 717 II.

⁷¹ RevOR 717 I, entsprechend bisher OR 722 I.

⁷² Vgl. revOR 715a.

Information zukommen zu lassen, ein Riegel geschoben werden soll.

d) Das neue Recht regelt im einzelnen, in welchem Rahmen — nämlich unter dem Vorbehalt der erwähnten unübertragbaren Aufgaben, auf Grund einer statutarischen Basis und nach Massgabe eines Organisationsreglementes — die Kompetenzen des Verwaltungsrates *delegiert* werden können⁷³. Zugleich wird klargestellt, dass die Delegation haftungsbefreiend wirkt, solange «bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt» beachtet wurde⁷⁴.

3. Revisionsstelle

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

Das geltende Recht ist denn auch in mancherlei Hinsicht unbefriedigend:

Fachliche Anforderungen sind im Gesetz nicht vorgesehen⁷⁵, die Vorschriften über die Unabhängigkeit sind gänzlich ungenügend⁷⁶, und von der Gründungsphase abgesehen besteht auch keinerlei Gewähr dafür, dass überhaupt ein Revisionsorgan bestellt wird⁷⁷. Schliesslich beschränkt sich der Einsatz der Revisoren — mit einer Ausnahme bei der Kapitalherabsetzung⁷⁸ — auf die ordentliche Revision.

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 verfügen⁷⁹.

⁷³ Vgl. revOR 716b I.

⁷⁴ RevOR 754 II. Auch bei zulässiger Delegation bleibt somit eine Restverantwortung, wobei zwischen sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Kontrolle eine Wechselwirkung besteht.

⁷⁵ Mit einer Ausnahme für die sog. externe Kontrollstelle gemäss OR 723, die aber nur für volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften vorgesehen ist.

⁷⁶ Vgl. OR 727 II, wonach etwa die Abhängigkeit von einem Hauptaktionär kein Ausschlussgrund ist, ebensowenig der Umstand, dass das Kontrollorgan eine Tochtergesellschaft der zu prüfenden Gesellschaft ist.

⁷⁷ Bei der Anmeldung einer AG für die Eintragung im Handelsregister ist zwar gemäss OR 640 III Ziff. 4. ein Ausweis über die Bestellung der Kontrollstelle nötig. Später wird dieses Erfordernis jedoch nicht mehr geprüft.

⁷⁸ Vgl. OR 732 II.

⁷⁹ RevOR 727a; besondere, auf Verordnungsstufe zu spezifizierende Anforderungen werden an die Prüfer volkswirtschaftlich bedeutsamer Unternehmen gestellt, revOR 727b. Dass dieser Vorschrift auch nachgelebt wird, soll durch ein Klagerrecht auf Abberufung, das allen Aktionären und Gläubigern zusteht, sichergestellt werden, revOR 727e III.

- Ernst gemacht wird mit der *Unabhängigkeit*. Revisoren müssen künftig vom Verwaltungsrat, aber auch von einem beherrschenden Aktionär unabhängig sein⁸⁰, auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers ausserdem unabhängig von Gesellschaften des gleichen Konzerns⁸¹. Sie dürfen auch keine Aufgaben für die zu prüfende Gesellschaft ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind⁸².
- Um sicherzustellen, dass das Amt des Revisors besetzt ist, müssen die Revisoren künftig — gleich den Mitgliedern des Verwaltungsrates — *im Handelsregister eingetragen* werden⁸³.
- Endlich werden die *Aufgaben* der Revisoren deutlich *erweitert*. Zu erwähnen sind vor allem die zusätzlichen Prüfungsfälle bei qualifizierter Gründung und Kapitalerhöhung⁸⁴, bei der Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen⁸⁵ und bei Kapitalverlust^{86,87}. Neu hat der Revisor sodann die Aufgabe, bei offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls — d.h. dann, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt — den Richter zu benachrichtigen⁸⁸, eine zwar ungeliebte und wohl systemwidrige, m.E. aber sinnvolle Kompetenz und Pflicht. Und schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch an die Institution des Sonderprüfers zu erinnern, die für das schweizerische Recht ein Novum darstellt⁸⁹.

4. Neuordnung der Verantwortlichkeit

Die Praxis zum geltenden Verantwortlichkeitsrecht befriedigt nicht, und zwar in zweierlei Richtung: Einerseits bleibt allzuoft auch grobfahrlässiges Verhalten folgenlos, auf der anderen Seite dagegen müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, nicht selten Konsequenzen von ungewöhnlicher und nicht angemessener Hälfte tragen. Gründe hiefür sind unter anderem zum einen die Schwierigkeiten für Aktionäre, eine Klage einzuleiten (ungenügende Information, unverhältnismässig hohes Kostenrisiko), zum anderen die bundesgerichtliche Praxis, nach welcher Verwaltungsratsmitglieder und Kontrollstellen auch dann für den eingetretenen Schaden voll haftbar sind, wenn sie nur eine leichte Fahrlässigkeit trifft⁹⁰.

⁸⁰ RevOR 727c. Vgl. hiezu *Schultz* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 546 ff.

⁸¹ RevOR 727c II.

⁸² RevOR 727c I; die Unsitte, eine externe Buchhaltungsstelle auch gleich zum Revisor zu ernennen, sollte damit ein Ende finden.

⁸³ RevOR 641 Ziff. 10. Fehlt die Revisionsstelle, sollen der Handelsregisterführer und, auf dessen Antrag, der Richter einschreiten, revOR 727f.

⁸⁴ Vgl. vorn bei Anm. 49f.

⁸⁵ RevOR 670 II.

⁸⁶ RevOR 725 II.

⁸⁷ Diese und weitere Prüfungsaufgaben sind zum Teil durch einen besonders befähigten Revisor auszuführen, vgl. revOR 635f I, 653i, 731a I, 732 II, 745 III.

⁸⁸ RevOR 729b II.

⁸⁹ Vgl. dazu vorn bei Anm. 26f.

⁹⁰ Näheres bei *Peter Forstmoser*: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987) N 1189ff.

Die Revision wird in beiden Richtungen Fortschritte bringen⁹¹:

- Die Klage von Aktionären und Gläubigern wird durch die Verbesserung ihrer Informationslage erleichtert. Das Prozessrisiko der Aktionäre wird reduziert durch die Möglichkeit, die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen der Gesellschaft aufzuerlegen⁹².
- 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 können⁹³.

VI. Das Übergangsrecht^{94,95}

1. Die Problemkreise

Im Hinblick auf den Übergang vom alten zum neuen Aktienrecht stellen sich im wesentlichen die folgenden Fragen:

- Wann tritt das neue Recht in Kraft⁹⁶?
- Gibt es Übergangsfristen⁹⁷?

⁹¹ Näheres bei *Forstmoser* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 536 ff. und in: Das neue Aktienrecht, Schriftenreihe SAV Bd. 11 (zit. Anm. 10) 7 ff.

⁹² Vgl. dazu vorn bei Anm. 42 ff.

⁹³ Vgl. dazu *Eppenberger* in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 10) 542 ff. Dazu ist freilich ein Vorbehalt angebracht: Wegen einer übermässig harten Praxis im Sozialversicherungsrecht (die durch die Revision des Aktienrechts nicht beseitigt wird) bleibt das Risiko für Mitglieder des Verwaltungsrates auch weiterhin erheblich und schwer voraussehbar, vgl. dazu *Forstmoser* (zit. Anm. 90) N 1080 ff. sowie *ders.* in: Das neue Aktienrecht (zit. Anm. 10) 13 f.

⁹⁴ Vgl. dazu *allgemein Gerardo Broggini*: Intertemporales Privatrecht, in: Schweiz. Privatrecht I (Basel/Stuttgart 1969) 355 ff. (mit zahlreichen weiteren Angaben); *Paul Mutzner*: Berner Kommentar zum ZGB, Schlusstitel Art. 1—50 (2. A. Bern 1926); *W. Stauffer*: Berner Kommentar zu den Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR (Bern 1940); *Markus Vischer*: Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts (Diss. Zürich 1986 = ZStP 52); besonders zu den Schlussbestimmungen der *Aktienrechtsnovelle Robert Meier*: Anpassungen der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 1 (1992) 317 ff. Zum Übergangsrecht der *Revision von 1936* vgl. *Fritz von Steiger*: Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht (Zürich 1937) und *E. Steiner*: Die Anwendung des neuen Obligationenrechts auf die bestehenden Aktiengesellschaften, SAG 9 (1936/37) 198 ff.; zur Einführung der AG im *altOR* endlich *H. Lienhard*: Die Grenzen der Anwendbarkeit des schweiz. OR..., ZBJV 23 (1887) 221 ff.

⁹⁵ Meinen Kollegen Dr. Peter Isler und Dr. Urs Pulver sowie Fürsprecher Hanspeter Kläy (Bundesamt für Justiz) bin ich für Hinweise zu diesem Abschnitt dankbar.

⁹⁶ Vgl. Ziff. 3.

⁹⁷ Vgl. Ziff. 4.

- Bleiben allenfalls bestimmte Rechtsverhältnisse dem alten Recht unterstellt⁹⁸?
- Gibt es Vorwirkungen des neuen Rechts insofern, als dieses bei bestimmten Sachverhalten bereits vor dem Inkrafttreten zu beachten ist⁹⁹?
- Welche Regeln sind bei sog. gestreckten Lebensvorgängen zu beachten, d.h. dann, wenn ein Rechtsgeschäft unter altem Recht begonnen, aber erst unter neuem abgeschlossen wird¹⁰⁰?
- Ist es möglich, vorzeitig, d.h. vor Inkrafttreten des neuen Rechts, bereits Beschlüsse nach neuem Recht zu fassen¹⁰¹?

2. Die rechtliche Ordnung im Überblick

a) Die Aktienrechtsnovelle enthält Schlussbestimmungen¹⁰², in welchen neben der Anpassung anderer Bundesgesetze¹⁰³ auch das Übergangsrecht geregelt wird¹⁰⁴. Darin findet sich eine allgemeine Verweisung auf den Schlusstitel des Zivilgesetzbuches¹⁰⁵, die sich vor allem auf dessen allgemeine Bestimmungen¹⁰⁶ bezieht.

b) Aus diesen Grundlagen ergeben sich folgende *Faustregeln*:

- Im Prinzip wird die neue Ordnung für alle Aktiengesellschaften einheitlich *am 1. Juli 1992* in Kraft treten¹⁰⁷.
- Für die Anpassung der Statuten ist eine *fünffährige Übergangsfrist* vorgesehen¹⁰⁸, mit Ausnahmen für bestimmte neue Regelungen betreffend Partizipations- und Genussscheine¹⁰⁹.
- Schliesslich gibt es auch Fälle des *Grandfathering*, solche, bei denen die alte Ordnung trotz Widerspruchs zum neuen Recht beibehalten werden darf¹¹⁰.

Zu weiteren Fragen — Vorwirkungen des neuen Rechts, Behandlung gestreckter Lebensverhältnisse,

⁹⁸ Vgl. Ziff. 5.

⁹⁹ Vgl. Ziff. 6.

¹⁰⁰ Vgl. Ziff. 7.

¹⁰¹ Vgl. Ziff. 8.

¹⁰² Im folgenden «SchlBest.».

¹⁰³ SchlBest. 7. Eine wesentliche Anpassung erfährt das BG über die Stempelabgaben.

¹⁰⁴ SchlBest. 1—3, 5—6. SchlBest. 4 enthält nicht eine Übergangsbestimmung, sondern eine nur für eine Übergangszeit vorgesehene Regelung, nämlich den Vinkulierungsgrund der Ausländereigenschaft, vgl. dazu vorn Anm. 36.

¹⁰⁵ Im folgenden «SchlT ZGB».

¹⁰⁶ SchlT ZGB 1—4.

¹⁰⁷ Der definitive Entscheid wurde vom Bundesrat Anfang April bekanntgegeben.

¹⁰⁸ SchlBest. 2 I.

¹⁰⁹ SchlBest. 3.

¹¹⁰ SchlBest. 2 II.

Vorwegnahme des neuen Rechts — äussern sich die Schlussbestimmungen nicht.

c) Einmal mehr ist leider den Übergangsbestimmungen nicht die nötige Sorgfalt gewidmet worden:

Das Übergangsrecht ist in wesentlichen Fragen *lückenhaft*¹¹¹, es ist aber auch *unklar*¹¹². Dazu ist immerhin festzuhalten, dass privatrechtliche Übergangsbestimmungen sehr komplexe Fragen zu beantworten haben und es sich daher «eigentlich von selbst [versteht], dass das intertemporale Privatrecht sich unmöglich auf einige wenige mechanistische Formeln oder sogar auf eine reduzieren lässt»¹¹³. Die Folge schlechter Gesetzgebungstechnik bei den Übergangsregeln ist jedoch, dass in einem Bereich, in welchem der Rechtssicherheit besonders grosses Gewicht zukommt, eine für die Praxis schwer zu tolerierende Rechtsunsicherheit entsteht. Diese Ungewissheit schwebt auch über den folgenden Ausführungen.

3. Grundregel¹¹⁴

a) Als Grundsatz gilt, dass das neue Recht an einem bestimmten Stichtag — dem 1. Juli dieses Jahres — in Kraft treten soll.

Nach SchlT ZGB 1 I beurteilen sich die «rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten... eingetreten sind», auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach denjenigen Bestimmungen, «die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben». Dementsprechend

«unterliegen die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Handlungen in bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen.»¹¹⁵

Umgekehrt werden die

«nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Tatsachen ..., soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat, nach dem neuen Recht beurteilt»¹¹⁶.

Damit gilt als fundamentale Regel: *Alte Tatsache altes Recht, neue Tatsache neues Recht*¹¹⁷. Altrechtlich

¹¹¹ So etwa für die Rechnungslegung, vgl. dazu *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 66 sowie nachstehend bei Anm. 124f.

¹¹² So hinsichtlich der Tragweite der fünfjährigen Übergangsfrist, vgl. dazu nachstehend bei Anm. 138 ff. Zu Recht führt *Stauffer* (zit. Anm. 94) zur praktisch identischen Regelung der Schlussbestimmungen von 1936 aus: «Diese Bestimmung zeichnet sich nicht durch besondere Klarheit aus.» (A.a.O. Art. 2 N 7).

¹¹³ *Vischer* (zit. Anm. 94) 46.

¹¹⁴ Vgl. dazu *Meier* (zit. Anm. 94) 318.

¹¹⁵ SchlT ZGB 1 II.

¹¹⁶ SchlT ZGB 1 III.

¹¹⁷ *Broggini* (zit. Anm. 94) 353 ff., 434; ebenso *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 1 N 13, 40 sowie *Tuor/Schnyder*: Das schweizerische Zivilgesetzbuch (10. A. Zürich 1986) 806.

erworbene Rechte bestehen daher grundsätzlich weiter, nicht dagegen blossе Anwartschaften¹¹⁸.

b) Dieser Grundsatz der Nichtrückwirkung¹¹⁹ betrifft jedoch lediglich den *Erwerb* bzw. die *Begründung* von Rechten¹²⁰, während ihr *Inhalt* — soweit zwingendes Recht in Frage steht — künftig neuem Recht unterworfen sein wird¹²¹. Dies ergibt sich insbesondere aus SchlT ZGB 3, wonach Rechtsverhältnisse, «deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, ... nach dem Inkrafttreten» des neuen Rechts «nach dem neuen Recht zu beurteilen [sind], auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind.»

So können etwa Partizipationsscheine bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts noch in der heutigen Form — also ohne Einhaltung eines Kapitalerhöhungsverfahrens — eingehührt werden. Der Inhalt der Partizipantenstellung richtet sich jedoch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem, soweit nicht SchlBest. 3 I eine Ausnahme vorsieht.

c) Mit Bezug auf die *Formvorschriften* wird aus diesen Regeln der Grundsatz «tempus regit actum quoad formam» hergeleitet: Massgebend für Formfragen ist das Recht im *Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes*¹²², die *lex temporis actus*.

Aus diesem Prinzip wird in der Lehre gefolgert, dass *keine alternative Berufung* auf altes oder neues Recht hinsichtlich der Formvorschriften möglich ist. «Ein nach dem Recht aus der Zeit des Zustandekommens formungültiges Recht bleibt daher ungültig, auch wenn es den Formen des neuen Rechts entspricht.»¹²³

d) Für die *Rechnungslegung* finden sich — leider — keine spezifischen Übergangsbestimmungen in der Novelle. 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 hätte. Dies würde jedoch zu einer indirekten Vorwirkung des neuen 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

¹¹⁸ Vgl. SchlT ZGB 4 («Tatsachen»), *Meier* (zit. Anm. 94) 318; *von Steiger* (zit. Anm. 94) 23 f.; SJZ 88 (1992) 150.

¹¹⁹ Dazu ausführlich *Vischer* (zit. Anm. 94) 33 ff.

¹²⁰ *Von Steiger* (zit. Anm. 94) 22.

¹²¹ *Broggini* (zit. Anm. 94) 436; *von Steiger* (zit. Anm. 94) 22; *Lienhard* (zit. Anm. 94) 223 f.; vgl. auch hinten bei Anm. 130.

¹²² *Broggini* (zit. Anm. 94) 462; vgl. SchlT ZGB 50.

¹²³ *Broggini* (zit. Anm. 94) 462. Da sich formelle und materielle Normen nicht ohne weiteres auseinanderhalten lassen, dürfte es jedoch einem Gebot der Vorsicht entsprechen, zusätzlich die Formerfordernisse *auch* des künftigen Rechts zu erfüllen, vgl. nachstehend vor Anm. 204.

Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht dessen Bestimmungen zu genügen hat¹²⁴. In dieser ersten Jahresrechnung nach neuem Recht brauchen m. E. die Vorjahreszahlen nicht enthalten zu sein¹²⁵.

¹²⁴ So Ständerat Carlo Schmid in Amtl. Bull. SR 1991, 472; ebenso Hanspeter Kläy: Bundesgesetzgebung im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts, Stand Oktober 1991, SZW 63 (1991) 312 ff., 315. Unklar dagegen Botschaft (zit. Anm. 15) 199.

¹²⁵ Fehlende Vergleichbarkeit, Verbot der Rückwirkung.

Dem Fehlen von Übergangsvorschriften für die Einführung der *Konzernrechnung*¹²⁶ soll dadurch Rechnung getragen werden, dass die Konsolidierungspflicht für Konzerngesellschaften erst ein Jahr später in Kraft gesetzt wird¹²⁷.

¹²⁶ Es ist eine Binsenweisheit, dass sich eine Konzernrechnung nicht von einem Jahr zum anderen realisieren lässt.

¹²⁷ Vgl. Kläy (zit. Anm. 124) Anm. 5, 15; Botschaft (zit. Anm. 15) 199; Pressemitteilung des EJPD vom 1. 4. 1992.

(Schluss folgt)

Vom alten zum neuen Aktienrecht

Dr. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich (Zürich)

(Schluss, erster Teil vgl. S. 137ff.)

4. Übergangsfristen

a) Für die Anpassung der Statuten ist — mit dem Vorbehalt der in den SchlBest. aufgeführten Ausnahmen — eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen¹²⁸. «Während dieser fünfjährigen Übergangsfrist untersteht die Gesellschaft dem alten Recht, soweit ihre Statuten den neuen Bestimmungen widersprechen.»¹²⁹

Dabei ist jedoch zu unterscheiden zwischen dem *Rechtsverhältnis* als solchem und seinem *Inhalt*, der allenfalls bereits neuem Recht untersteht. So gelten 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 Recht¹³⁰. Bei börsenkotierten Namenaktien entfällt demnach das Stimmrecht des Veräusserers (der nach bisherigem Recht als «Buchaktionär» stimmberechtigt blieb), und der Erwerber ist auf sein Gesuch hin «als Aktionär ohne Stimmrecht ins Aktienbuch einzutragen»¹³¹.

b) Für das Recht der Partizipationsscheine — die im revidierten Aktienrecht erstmals explizit geregelt werden — sieht Art. 3 der SchlBest. Ausnahmen vor: Die neue Ordnung tritt zum Teil trotz entgegenste-

hender Statuten- oder Ausgabebedingungen sofort in Kraft.

Umgekehrt enthalten SchlBest. 2 II Sätze 3 und 4 sowie SchlBest. 5 Ausnahmen von der Anpassungspflicht¹³².

c) Statutarische Bestimmungen, die nicht fristgerecht angepasst worden sind, *fallen* nach der fünfjährigen Übergangsfrist *dahin*¹³³. Falls jedoch die «Bestimmungen über das Mindestkapital, die Mindesteinlage und die Partizipations- und Genussscheine» nicht angepasst werden, soll eine AG «auf Antrag des Handelsregisterführers vom Richter *aufgelöst*»¹³⁴ werden.

Auf die Problematik einer solchen Vorschrift, die sich in ähnlicher Form schon im Übergangsrecht zur Revision von 1936 fand¹³⁵, ist verschiedentlich hingewiesen worden: Sie gibt dem Handelsregisterführer bzw. dem Richter «keine Möglichkeit, im Falle passiver Resistenz der Verwaltungsratsmitglieder gegen die Gesellschaft in Liquidation einzuschreiten, d. h. die Durchführung ihrer Liquidation zu erzwingen... So bleiben eben diese Gesellschaften im Handelsregister eingetragen, bis irgend ein zufälliges Vorkommnis... ihrer Existenz ein Ende bereitet»¹³⁶. Doch lässt sich — wie die Botschaft¹³⁷ zu Recht ausführt — «[e]ine bessere Sanktion als die Auflösung... nicht finden.»

¹²⁸ SchlBest. 2 III.

¹²⁹ Meier (zit. Anm. 94) 318, mit dem Hinweis, dass dies nicht die «einzig denkbare» Auslegung darstelle. Zu Präzisierungen und Einschränkungen vgl. nachstehend bei Anm. 139 ff. Vgl. auch v. Steiger (zit. Anm. 94) 29.

¹³⁰ Zur Tragweite einer anderslautenden statutarischen Bestimmung vgl. nachstehend bei Anm. 145 ff.

¹³¹ Vgl. revOR 685 f.

¹³² Vgl. dazu nachstehend Ziff. 5.

¹³³ SchlBest. 2 III.

¹³⁴ SchlBest. 2 II.

¹³⁵ Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV—XXXIII, Art. 2 III: Auflösung von Amtes wegen durch den Handelsregisterführer.

¹³⁶ Fritz von Steiger: Die Auflösung von Aktiengesellschaften durch den Handelsregisterführer, SAG 24 (1951/52) 18 f.

¹³⁷ Zit. Anm. 15, 196.

d) Die scheinbar klare Regelung der Übergangsfri-
sten erweist sich bei näherem Zusehen als *keineswegs*
*eindeutig*¹³⁸. Jedenfalls würde sie — nähme man sie
beim Wort — zu einem gänzlich unbefriedigenden
Resultat führen: Es wäre dann möglich, das Inkraft-
treten des neuen Rechts für eine bestimmte Gesell-
schaft dadurch um fünf Jahre hinauszuschieben, dass
die alte gesetzliche Ordnung — allenfalls in letzter
Minute — gesamthaft oder in ihren wesentlichen
Bestimmungen in die Statuten übernommen
würde¹³⁹. Dies kann nicht der Sinn der Übergangsbe-
stimmungen sein.

Zwecks Abhilfe könnte man allenfalls an SchlT
ZGB 2 II denken, wonach «Vorschriften des bisheri-
gen Rechtes, die nach der Auffassung des neuen
Rechtes der öffentlichen Ordnung oder der Sittlich-
keit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine
Anwendung mehr» finden sollen. Damit kommt man
aber nur in Teilbereichen weiter: «Es kann in der Tat
nicht wohl angenommen werden, dass Bestimmun-
gen, die eben erst noch auf geltendem Recht beru-
hen, nun plötzlich dermassen gegen die öffentliche
Ordnung und Sittlichkeit verstossen sollten, dass sie
nicht einmal mehr während einer kurzen Übergangs-
zeit von fünf Jahren, die ja gerade zur Gewährleistung
der vorübergehenden Weitergeltung bisheriger
Zustände aufgestellt wurde, geduldet werden dürf-
ten.»¹⁴⁰ Schranken müssen daher auf anderer Basis
befunden werden, und hierfür können Kriterien
zugrunde gelegt werden, die im Hinblick auf das
Übergangsrecht bei der letzten Aktienrechtsreform
von 1936 entwickelt worden sind¹⁴¹. Daraus ergibt
sich folgendes:

aa) Der Vorbehalt der statutarischen Ordnung ist
insofern eng auszulegen, als eine *explizite Regelung* in

den Statuten oder — zumindest — eine spezifische
Nennung der einschlägigen Bestimmungen zu verlan-
gen ist. Die blosse Verweisung auf das Gesetz ist dage-
gen — wenn sich nicht aus der Auslegung der Statuten
zwingend etwas anderes ergibt — als Verweisung auf
die *jeweils geltende Rechtsordnung* zu verstehen¹⁴².

So finden etwa die gesetzlichen Quorumsvorschriften des
bisherigen Rechts keine Anwendung, wenn statutarisch auf
die «zwingenden gesetzlichen Bestimmungen» oder auch
nur auf die «gesetzlichen Bestimmungen» verwiesen wird.

Soweit jedoch «ein beachtlicher Widerspruch der
Statuten einer alten Gesellschaft mit dem neuen
Recht vorhanden ist, untersteht die Aktiengesell-
schaft... dem bisherigen Recht»¹⁴³. Generell trifft dies
freilich nur für die *internen* Verhältnisse zu, für welche
«die Schonfrist... wohl gerade in erster Linie aufge-
stellt worden»¹⁴⁴ ist. Für die externen Verhältnisse gilt
dies nur mit den folgenden Vorbehalten (lit. cc)—(ee)).

bb) Von selbst versteht sich, dass dann, wenn zwi-
schen dem bisherigen statutarischen und dem neuen
gesetzlichen Recht *kein Widerspruch* besteht, die *neue*
Ordnung unmittelbar Anwendung findet.

Dies kann insbesondere im Hinblick auf Quorumsvorschrif-
ten für die Beschlussfassung in der Generalversammlung
gelten: Sind in die Statuten gesetzliche Stimmen- oder Prä-
senzquoten übernommen worden¹⁴⁵, dann sind diese
Anforderungen m.E. zusätzlich zu den neuen gesetzlichen
gemäss revOR 704 zu beachten.

cc) Der (zeitlich beschränkte) Vorbehalt der statu-
tarischen Ordnung wurde wohl in erster Linie hin-
sichtlich des *absolut* und des *bedingt notwendigen* Sta-
tuteninhalts¹⁴⁶ vorgesehen¹⁴⁷. In diesem Bereich
gehen statutarische Bestimmungen den neuen gesetz-
lichen während fünf Jahren vor¹⁴⁸.

¹³⁸ Ebenso *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 7 zur analogen
Regelung des Übergangsrechts von 1936.

¹³⁹ Entgegenstehen könnte höchstens das Rechtsmiss-
brauchsverbot von ZGB 2 II. M.E. ist es aber an sich nicht miss-
bräuchlich, wenn unter der Herrschaft des geltenden Rechts
noch von dessen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird. Wo
der Gesetzgeber dies nicht wollte, konnte er es verhindern, vgl.
SchlBest. 2 II und die dort vorgesehene Deadline vom 1. 1. 1985,
dazu nachstehend vor Anm. 177.

¹⁴⁰ *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 28; a.M. v. *Steiger* (zit.
Anm. 94) 16 ff., der eine Reihe von Bestimmungen des neuen
Rechts auf Grund von SchlT ZGB 2 als sofort anwendbar
erachtete. Zurückhaltend dagegen auch BGE 116 III 124 f. Zu
Ausnahmen vgl. hinten bei Anm. 152 ff.

¹⁴¹ Dazu ausführlich *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 9 ff.

¹⁴² Ähnlich *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 9: «Am Erforder-
nis eines Widerspruches alter Statuten mit dem neuen Recht
muss dann aber streng festgehalten werden. Überall dort, wo
alte Statuten nach gewissen Richtungen hin keine Bestimmun-
gen enthalten und dergestalt ganz einfach das alte Recht... galt,
kann deshalb Art. 2 ÜBest von vornherein nicht zur Anwen-
dung kommen...».

¹⁴³ *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 20.

¹⁴⁴ *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 21.

¹⁴⁵ Vgl. OR 636, 648, 649, 655, 658.

¹⁴⁶ Vgl. insb. OR 626—628.

¹⁴⁷ Ähnlich *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 35 f.

¹⁴⁸ Zu beachten ist dabei freilich, dass allenfalls statutarische
Vorschriften kumulativ mit gesetzlichen erfüllt werden können.
Diesfalls ist meines Erachtens sowohl das bisherige Statuten-
recht wie auch das neue Gesetzesrecht zu beachten. Beispiel:
Statutarische Präsenz- und gesetzliche Stimmenquoten (revOR
704) für wichtige Beschlüsse.

dd) Umgekehrt ist zu beachten, dass der statutarische Vorrang dann keinen Sinn macht, wenn «es sich um Verhältnisse handelt, die ihrer Natur nach statutarischer Ordnung gar nicht fähig sind»¹⁴⁹. Wo eine *absolut zwingende* Ordnung des alten Gesetzes einfach in den Statuten wiedergegeben wurde, dürfte dies der sofortigen Verbindlichkeit einer *neuen und weitergehenden gesetzlichen Ordnung* nicht entgegenstehen. Anders ausgedrückt: Wo der Geltungsgrund einer Ordnung gar nicht in den Statuten, sondern im Gesetz liegt, da dürfte es sich — entgegen dem täuschenden, weil zu weit gefassten Wortlaut von SchlBest. 2 III — nicht um eine statutarische Bestimmung handeln, die bis zu ihrer Anpassung bzw. während fünf Jahren in Kraft bleibt¹⁵⁰.

Dieser Vorbehalt ist m.E. angebracht hinsichtlich der unübertragbaren Befugnisse der Verwaltung und der Generalversammlung gemäss revOR 716a und 698¹⁵¹.

ee) Unmittelbar Anwendung finden Bestimmungen, die um der «*öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit*»¹⁵² willen vorgesehen sind. Wie erwähnt wird sich daraus in aller Regel eine sofortige Anwendung des neuen Rechts nicht herleiten lassen¹⁵³. Doch dürfte dies der Fall sein für die neuen Bestimmungen über die Revisionsstelle¹⁵⁴ wie auch für die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, da in beiden Bereichen im neuen Recht eigentlich nur das festgeschrieben wird, was schon bisher der guten Praxis entsprach¹⁵⁵.

ff) Zusammengefasst ist die *sofortige Anwendbarkeit* des neuen Rechts — allenfalls entgegen dem Wortlaut von SchlBest. 2 III — m.E. namentlich in folgenden Fällen gegeben¹⁵⁶:

— alle Bestimmungen, denen keine statutarische Norm ausdrücklich widerspricht, also auch solche, die kumulativ zu statutarischen Vorschriften erfüllbar sind,

- Formvorschriften, einschliesslich derer für das Protokoll¹⁵⁷,
- «im allgemeinen Interesse liegende Sicherheitsmassnahmen»¹⁵⁸, namentlich solche im Hinblick auf die Kapitalerhöhung,
- Bestimmungen über die unübertragbaren Aufgaben der Organe, Generalversammlung¹⁵⁹, Verwaltung¹⁶⁰, Revisionsstelle¹⁶¹,
- neue Anforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit¹⁶² der Revisionsstelle,
- Bestimmungen über die Informationsrechte der Aktionäre¹⁶³ und der Mitglieder des Verwaltungsrates¹⁶⁴,
- neues Verantwortlichkeitsrecht¹⁶⁵,
- Erleichterung der Klagerechte der Aktionäre¹⁶⁶,
- neues — tieferes¹⁶⁷ — Erfordernis für die Anhebung einer Auflösungsklage, aber auch Möglichkeit, dass der Richter «auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen» kann¹⁶⁸.

e) Eine *besondere Übergangsbestimmung* findet sich in SchlBest. 6: Wie erwähnt¹⁶⁹ enthält das geltende Recht Quorumsvorschriften, die in der Praxis oft nicht erreichbar sind. Diese Quorumserfordernisse sind nicht selten in die Statuten übernommen worden¹⁷⁰. Die Beseitigung von gesetzlichen Präsenzquoten und von am Gesamtkapital bemessenen Stimmenquoten¹⁷¹ hätte in diesen Fällen keine Wirkung,

¹⁵⁷ Vgl. *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 40; *Steiner* (zit. Anm. 94) 200.

¹⁵⁸ Vgl. *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 46 ff.

¹⁵⁹ RevOR 698.

¹⁶⁰ RevOR 716a.

¹⁶¹ Einschliesslich der gesetzlich neu vorgesehenen ausserordentlichen Revisionsfälle.

¹⁶² Vgl. revOR 727a ff.

¹⁶³ Vgl. *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 54.

¹⁶⁴ Vgl. revOR 715a.

¹⁶⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 55. Im einzelnen wirft das Übergangsrecht zur Verantwortlichkeit Fragen auf: Eindeutig sein dürfte, dass der Zeitpunkt der haftungsbegründenden Handlung entscheidend ist für die Beurteilung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden. Ist es aber auch darüberhinaus, etwa mit Bezug auf die Ordnung der Solidarität oder die Kostenverteilung (vgl. dazu vorn bei Anm. 42 und 92) oder ist hierfür der Zeitpunkt prozessualer Schritte (wenn ja, welcher?) massgebend?

¹⁶⁶ Dazu vorn bei Anm. 40 ff.

¹⁶⁷ 10% des Aktienkapitals statt bisher 20%.

¹⁶⁸ RevOR 736 Ziff. 4.

¹⁶⁹ Vgl. vorn bei Anm. 61 f.

¹⁷⁰ Die Statuten sollen dadurch als eine Art Checklist dienen, was vor allem dann sinnvoll ist, wenn in einer Gesellschaft keine juristischen Fachleute mitwirken.

¹⁷¹ Dazu vorn bei Anm. 61.

¹⁴⁹ *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 25.

¹⁵⁰ Zur Wiederholung gesetzlicher Bestimmungen in den Statuten vgl. auch hinten bei Anm. 170.

¹⁵¹ Vor allem hinsichtlich der unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung ist die wörtliche Wiedergabe des Gesetzestexts in den Statuten verbreitet.

¹⁵² SchlT ZGB 2 I.

¹⁵³ A.M. v. *Steiger* (zit. Anm. 94) 16 ff.

¹⁵⁴ Dies ist die neue Bezeichnung für die bisherige Kontrollstelle.

¹⁵⁵ Vgl. *Steiner* (zit. Anm. 94) 200, der von einer unmittelbaren Anwendung ausgeht, sofern Bestimmungen der bisherigen Übung entsprechen.

¹⁵⁶ Die Übersicht lehnt sich an *Stauffer* (zit. Anm. 94) Art. 2 N 38 ff. an.

weil die bisherige gesetzliche Ordnung als statutarische weitergelten würde¹⁷².

In den Schlussbestimmungen wird nun für diesen Fall vorgesehen, dass statutarische Quoren, die lediglich die gesetzlichen Bestimmungen wiederholen, innert *Jahresfrist* mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen beseitigt werden können, womit die statutarische Ordnung an das neue Gesetzesrecht angepasst wird¹⁷³.

5. Grandfathering

a) Eine *unbefristete Weitergeltung* alten Rechts ist vorgesehen für Stimmrechtsaktien, bei denen das Stimmenprivileg im Verhältnis zum Nennwert die neue gesetzliche Limite von 10:1¹⁷⁴ übersteigt. Der Gesetzgeber nimmt hier Rücksicht darauf, dass «in Gesellschaften mit Stimmrechtsaktien die Stimmverhältnisse und damit das Machtgefüge nicht selten sehr sorgfältig ausbalanciert sind», so dass diesen Gesellschaften «nicht zugemutet werden [kann], sich der neuen und einschränkenden Regel zu unterziehen.»¹⁷⁵ Zu beachten ist jedoch, dass auch diese Gesellschaften keine neuen Aktien mehr ausgeben dürfen, denen ein Stimmenprivileg von mehr als dem Zehnfachen des Nennwertes eingeräumt wird¹⁷⁶.

b) *Zeitlich limitiert* wird die Anpassungspflicht in zwei weiteren Fällen: Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 1985 gegründet wurden, brauchen ihr Mindestkapital nicht auf Fr. 100 000.— anzuheben. Gesellschaften, deren Partizipationskapital am 1. Januar 1985 das Doppelte des Aktienkapitals überstieg, sind von dessen Anpassung an die gesetzliche Begrenzung¹⁷⁷ befreit¹⁷⁸.

6. Vorwirkungen des neuen Rechts?

Vorwirkungen des neuen Rechts in einem technischen Sinne gibt es keine, und auch eine indirekte

Vorwirkung bei den Rechnungslegungsvorschriften soll durch deren offiziöse Auslegung¹⁷⁹ verhindert werden.

Immerhin ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass unter dem alten Recht begründete Rechtsverhältnisse in ihren Wirkungen dem neuen Recht mit dessen Inkrafttreten unterstehen und dass die bisherige Ordnung entweder sofort¹⁸⁰ oder vor Ablauf der Fünfjahresfrist anzupassen ist. Wer heute aktienrechtliche Verhältnisse begründet, muss daher ihren *künftigen* Inhalt vor Augen haben.

7. Behandlung gestreckter, mehraktiger Rechtsverhältnisse

a) Nicht gesetzlich geregelt ist die Abgrenzung bei der Anknüpfung von zeitlich gestreckten Lebens- und Rechtsvorgängen wie etwa einer Kapitalerhöhung im Sukzessivverfahren, bei welcher der Erhöhungsbeschluss unter altem Recht gefasst wird, die Erhöhung unter altem oder neuem Recht festgestellt wird und die Eintragung im Handelsregister unter neuem Recht erfolgen soll.

b) Theoretisch können mehraktige Tatbestände in einzelne Tatsachen aufgespalten und je getrennt angeknüpft werden¹⁸¹. Doch wird in Lehre und Judikatur überwiegend die *Vermeidung einer Spaltung* des Tatbestandes angestrebt und dem Grundsatz der Nichtrückwirkung eine «expansive logische Kraft» zugesprochen¹⁸². Der Gesamttatbestand soll daher in der Regel einheitlich im Zeitpunkt seiner Entstehung lokalisiert und dem in jenem Zeitpunkt geltenden Recht unterworfen werden.

Dies ist meines Erachtens als Grundsatz angemessen, aber nur dann, wenn ein gestrecktes, mehraktiges Rechtsgeschäft nicht in einzelne, *klar abgrenzbare Etappen*, die je selbständig geordnet werden können, aufgegliedert werden kann. Andernfalls ist eine *Aufspaltung* vorzuziehen und — in analoger Anwendung von SchlT ZGB 4 — jede Rechtshandlung dem jeweils geltenden Recht zu unterstellen¹⁸³.

¹⁷² Vgl. *Brigitte Tanner*: Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1987 = SSHW 100) 168 f.; *Peter Forstmoser*: Schweiz. Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 7 N 34. Explizite Statutenbestimmungen, die bisherigem zwingendem Recht entsprechen, sind in der Regel als bewusst gewollt anzusehen und werden mit einer Änderung des Gesetzes daher nicht wirkungslos, ZR 48 (1949) Nr. 155 S. 306 ff. Vgl. aber auch vorn bei Anm. 145.

¹⁷³ SchlBest. 6. Zum Anpassungserfordernis Näheres hinten bei Anm. 253 ff.

¹⁷⁴ RevOR 693 II.

¹⁷⁵ Botschaft (zit. Anm. 15) 198, vgl. SchlBest. 5.

¹⁷⁶ SchlBest. 5.

¹⁷⁷ M. W. wurde diese Limite nur in drei Fällen, von denen einer hinfällig geworden ist, überschritten.

¹⁷⁸ SchlBest. 2 II.

¹⁷⁹ Vgl. vorn vor Anm. 124.

¹⁸⁰ So zum Teil für die Ordnung der Partizipationsscheine, vgl. SchlBest. 3 I.

¹⁸¹ Vgl. *Broggini* (zit. Anm. 94) 432 f.

¹⁸² *Broggini* (zit. Anm. 94) 434, 436 (mit Judikaturhinweis); ähnlich wohl *Vischer* (zit. Anm. 94) 43 f.

¹⁸³ *Roland Bühler* (Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 [1982] 321 ff., 326) weist zwar darauf hin, dass Mängel des Gründungsaktes der AG nicht durch anschliessenden Generalversammlungsbeschluss berichtigt werden können, sondern dass vielmehr «eine fortgesetzte Gründerversammlung abzuhalten» oder «eine Änderung des Gründungsvertrages vorzunehmen» ist. Dies hat jedoch seinen Grund darin, dass die in Gründung befindliche AG als ein-

So lässt sich etwa der Gründungs- wie auch der Kapitalerhöhungsvorgang in zwei getrennte Stadien einteilen: Im ersten Stadium — «Errichtungsstadium» bei der Gründung — werden alle internen Handlungen vollzogen. Nach dem Abschluss dieses Stadiums, der durch öffentliche Beurkundung und damit eindeutig festgestellt wird, ist die AG errichtet, konstituiert bzw. die Kapitalerhöhung intern abgeschlossen. Es folgen — davon klar getrennt — die Vorgänge, die unmittelbar zum Erwerb der Persönlichkeit (Gründungsstadium) bzw. zur Wirksamkeit der Kapitalerhöhung auch nach aussen (Erhöhungsstadium) führen, d.h. die Handlungen im Zusammenhang mit der Eintragung in das Handelsregister¹⁸⁴. Wird nun ein Gründungs- oder ein Kapitalerhöhungsvorgang unter dem geltenden Aktienrecht begonnen, aber erst unter der Ägide des neuen Aktienrechts durch Eintragung im Handelsregister beendet, findet m.E. auf das Gründungs- bzw. Erhöhungsverfahren altes, auf das Eintragungsverfahren dagegen neues Aktienrecht Anwendung.

Bei der Erhöhung im Sukzessivverfahren kann sodann zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluss (und dessen Vollzug durch die Verwaltung) einerseits und dem Feststellungsbeschluss auf der anderen Seite getrennt werden¹⁸⁵. Erstreckt sich das Verfahren über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hin, ist der Feststellungsbeschluss daher nach neuem Recht (also durch die Verwaltung¹⁸⁶) zu fassen.

c) Mehraktige Rechtsverhältnisse sind daher entweder noch dem alten Recht zu unterstellen (nämlich dann, wenn sie schwergewichtig unter diesem organisiert sind und unter neuem Recht lediglich «unselbständige» Vollzugsmassnahmen erfolgen¹⁸⁷) oder aber (was die Regel sein dürfte) nach einzelnen Stadien aufzuteilen. Unter praktischen Gesichtspunkten scheint es geboten, einen Zwischenabschluss noch unter geltendem Recht anzustreben¹⁸⁸.

fache Gesellschaft nicht mit der späteren juristischen Person identifiziert werden kann (Näheres bei *Forstmoser* [zit. Anm. 182] § 8 N 29 ff.). Gegen die Möglichkeit der Aufteilung eines mehraktigen Rechtsgeschäftes wird damit nichts ausgesagt.

¹⁸⁴ Vgl. zu dieser Trennung *Forstmoser* (zit. Anm. 172) § 8 N 15 ff.

¹⁸⁵ Zum Erfordernis der deutlichen Trennung vgl. *Forstmoser* (zit. Anm. 172) 15 N 58 ff.

¹⁸⁶ RevOR 652h I.

¹⁸⁷ Vgl. *Broggini* (zit. Anm. 94) 436 und das dortige, vom Bundesgericht entschiedene Beispiel eines unter altem Recht begründeten, aber erst unter neuem ausgeübten Vorkaufrechts.

¹⁸⁸ Zum Beispiel Feststellungsbeschluss bei der Kapitalerhöhung.

8. Vorwegnahme des neuen Rechts?

a) Aus der fehlenden Vorwirkung ergibt sich, dass Institute des neuen Rechts¹⁸⁹ erst nach dem Inkrafttreten der Aktienrechtsnovelle eingeführt werden können¹⁹⁰.

Streng genommen gilt dies auch für die Terminologie¹⁹¹, doch wird man diesbezüglich schon deshalb eine Ausnahme machen dürfen, weil der Private nicht verpflichtet ist, die gesetzlichen Begriffe zu übernehmen.

Problemlos ist die vorzeitige Anpassung natürlich da, wo im künftigen Recht eine Erschwerung zwingend vorgesehen ist, die statutarisch bereits nach geltendem Recht möglich ist¹⁹².

b) Da die Mehrzahl der Generalversammlungen in der ersten Jahreshälfte stattfindet¹⁹³, stellt sich die Frage, ob an diesen Generalversammlungen bereits über neurechtliche Institute beschlossen werden kann, mit dem Vorbehalt, dass die Wirkungen erst nach der Inkraftsetzung des neuen Rechts eintreten sollen.

Kann etwa ein Split von Aktien in solche mit einem Nennwert von unter Fr. 100.— in der Frühjahrs-Generalversammlung beschlossen werden? Kann an dieser bereits über die Einführung von genehmigtem und bedingtem Kapital entschieden werden?

Unter geltendem Recht haben solche Beschlüsse einen unmöglichen — weil gesetzlich nicht zugelassenen — Inhalt. Gleichwohl ist eine solche Beschlussfassung möglich, soweit Generalversammlungsbeschlüsse *bedingt* (falls man das Inkrafttreten des neuen Rechts noch für nicht völlig gewiss erachtet) bzw. *befristet* (in der sicheren Erwartung des zeitlich erst bevorstehenden Inkrafttretens) beschlossen werden können¹⁹⁴. Zu beachten ist folgendes:

¹⁸⁹ Zum Beispiel genehmigtes und bedingtes Kapital, Aktiensplit auf einen Nennwert unter Fr. 100.—, Abschaffung der Pflichtaktien.

¹⁹⁰ Vgl. aber sogleich nachstehend lit. b).

¹⁹¹ Vgl. dazu hinten bei Anm. 260 ff.

¹⁹² Zum Beispiel zwanzigtägige statt wie bisher zehntägige Einladungsfrist für die Generalversammlung, revOR 700 I.

¹⁹³ Das Geschäftsjahr stimmt bei der Mehrheit der Gesellschaften mit dem Kalenderjahr überein, und die Generalversammlung ist innert sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres abzuhalten, OR und revOR 699 II.

¹⁹⁴ Zum Begriff der *Bedingung* vgl. von *Tuhr/Escher*: Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II (3. A. Zürich 1974) 254 f.; *Hans Merz*: OR Allgemeiner Teil, 1. Teilband, in: Schweiz. Privatrecht VI/1 (Basel/Frankfurt 1984) 1 ff., 148 f.; *Gauch/Schluap*: Schweiz. OR Allgemeiner Teil (5. A. Zürich 1991) N 4083 ff.; *Keller/Schöbi*: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweiz. Schuldrecht I (3. A. Basel/Frankfurt 1988) 103 f.; zum Begriff der *Befristung* vgl. von *Tuhr/Escher* 46; *Merz* 152 f.

aa) Der Beschluss als mehrseitiges Rechtsgeschäft¹⁹⁵ kann durchaus an eine *Bedingung* geknüpft werden. Vgl. in diesem Zusammenhang etwa Eugen Bucher¹⁹⁶:

«Willenserklärungen können grundsätzlich auch ausserhalb eines Schuldvertrages bedingt erfolgen, d.h. die Erklärungswirkungen unter eine Bedingung stellen.»

Dass Beschlüsse bedingt erfolgen dürfen, wird in der Literatur insbesondere für *statutenändernde* Beschlüsse explizit festgehalten. Vgl. etwa Alfred Siegwart¹⁹⁷:

«Wenn die GV in Voraussicht dieser Möglichkeit [d.h. von Beanstandungen des Handelsregisterführers]... zum voraus genau beschliesst, welche Änderungen nötigenfalls zugestanden werden sollen, so bedeutet dies eine bedingte Beschlussfassung und nicht eine unzulässige Delegation der Kompetenz zur Festsetzung der Statuten an die Verwaltung...».

Freilich ergeben sich für die bedingte Beschlussfassung — wie allgemein für die Unterwerfung von Rechtsgeschäften unter Bedingungen — Schranken: Ausser in Fällen, in denen eine Bedingung aus der Natur des Geschäfts heraus nicht möglich ist (häufig insbesondere im Familienrecht), sind Bedingungen vor allem dann abzulehnen, wenn «durch sie eine dem Gegner nicht zuzumutende Unsicherheit der Rechts-

lage entstehen würde»¹⁹⁸. Auf Beschlüsse übertragen bedeutet dies, dass Bedingungen dann nicht zuzulassen sind, wenn die den Beschluss fassenden Aktionäre dadurch im unklaren über die Tragweite der von ihnen gefassten Beschlüsse gelassen werden.

Die Erfüllung der Bedingung, dass das künftige Recht in Kraft tritt, lässt sich nun aber *praktisch mit Sicherheit voraussehen*. Auch kann jeder Aktionär und Dritte beurteilen, ob und wann die Bedingung erfüllt ist.

Der mit der Beschlussfassung verbundene Vorbehalt (des Inkrafttretens des neuen Rechts) stellt also nur eine Formalität dar. Er schafft *keinerlei Rechtsunsicherheit*. Dies um so weniger, als Aktionäre und Dritte die Alternative für den Fall, dass das neue Recht wider alle Erwartung nicht in Kraft treten sollte, genau kennen: Es bleibt dann eben bei der bisherigen Rechtslage, und die gefassten Beschlüsse werden gegenstandslos.

bb) Zur «*aufschiebenden Befristung*» ist festzuhalten, dass sich diese daraus ergeben kann, dass der Verwaltungsrat beauftragt wird, die Änderungen erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts beim Handelsregister anzumelden. Soweit es sich um Änderungen auch mit Aussenwirkung handelt, wird damit das Wirksamwerden hinausgeschoben¹⁹⁹. Nun ist zwar grundsätzlich die Verwaltung zur *sofortigen* Anmeldung von Generalversammlungsbeschlüssen verpflichtet²⁰⁰. Dies wird begründet einerseits mit dem Interesse der Aktionäre, andererseits aber auch mit dem öffentlichen Interesse an Wahrheit und Vollständigkeit der Registereinträge²⁰¹.

In den vorliegend in Betracht zu ziehenden Fällen verlangen jedoch diese Interessen nicht eine sofortige Anmeldung:

Was zunächst das *öffentliche Interesse* (und damit das Interesse Dritter) betrifft, ist eine Gefährdung durch einen Aufschub des Eintrages *ausgeschlossen*: Soweit Statutenänderungen Aussenwirkungen zeitigen (und nur dann kann eine

¹⁹⁵ Vgl. statt vieler zum *Begriff des Beschlusses* Hans Feldmann: *Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht* (Diss. Bern, Zürich 1954) 22f.; Hans Peter Weber-Dürler: *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung...* (Diss. Zürich 1973 = ASR 420) 25ff. und Peter Haefliger: *Die Durchführung der Generalversammlung bei der AG* (Diss. Bern 1978 = ASR 455) 110ff.

¹⁹⁶ Schweiz. Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. A. Zürich 1988) 77. Vgl. auch etwa Gauch/Schluemp (zit. Anm. 194) N 4109, wonach «[a]lle Rechtsgeschäfte... im Regelfall unter eine Bedingung gestellt werden» können, nicht nur die Schuldverträge. Ähnlich Keller/Schöbi (zit. Anm. 194) 106.

¹⁹⁷ Zürcher Kommentar zum Aktienrecht, Art. 620—659 (Zürich 1945) Art. 634—636 N 4. Im gleichen Sinne äussert sich Forstmoser (zit. Anm. 172) § 9 N 18 und N 326. Haefliger (zit. Anm. 195) 114 erwähnt die bedingten Beschlüsse der Generalversammlung ohne jeden Hinweis auf eine rechtliche Problematik. Vgl. auch Feldmann (zit. Anm. 195) 24ff. zur Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des OR auf Beschlüsse, sodann ders. 45f., wo auf «Beschlüsse, die der Zustimmung Dritter bedürfen», hingewiesen wird. Solche Beschlüsse seien Ausnahmen, aber möglich. Als Beispiel werden Fälle erwähnt, «in denen die Auswirkungen des Beschlusses abhängig gemacht werden von der Erteilung einer öffentlichrechtlichen Bewilligung oder einer Konzession» (S. 46). Zur Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des OR auf Beschlüsse vgl. auch Haefliger (zit. Anm. 195) 111f.

¹⁹⁸ Von Tuhr/Peter: *Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I* (3. A. Zürich 1979) 146. Ebenso Bucher (zit. Anm. 196) 77f.; von Tuhr/Escher (zit. Anm. 194) 261; Merz (zit. Anm. 194) 155ff. Eine ausführliche Aufzählung bedingungsfeindlicher Rechtsgeschäfte findet sich bei Gauch/Schluemp (zit. Anm. 194) N 4111ff. Aus keiner dieser Darstellungen ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass Beschlüsse grundsätzlich bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte wären.

¹⁹⁹ Forstmoser (zit. Anm. 172) § 7 N 112f.

²⁰⁰ Siegwart (zit. Anm. 197) Art. 647 N 12; Forstmoser, a.a.O. § 7 Anm. 260. Es ergibt sich dies implizit auch aus OR 937.

²⁰¹ Siegwart (zit. Anm. 197) Art. 653 N 2; Forstmoser (zit. Anm. 172) 15 N 297.

Gefährdung Dritter überhaupt in Frage stehen), werden sie gemäss OR 647 III erst mit dem Eintrag im Handelsregister wirksam. Der Eintrag bleibt also auch bei aufgeschobener Anmeldung wahr: Bis zur Eintragung der Änderungen besteht der bisherige Rechtszustand weiter²⁰².

Es könnten also lediglich Interessen der Aktionäre in Frage stehen. Eine Gefährdung ihrer Interessen ist aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Aktionäre mit einem Aufschub der Anmeldung (und damit des Inkrafttretens der neu gefassten Beschlüsse) einverstanden sind oder sie die Verwaltung sogar *beauftragen*, mit der Anmeldung zuzuwarten. Sie bekunden diesfalls selbst, dass sie an einer sofortigen Eintragung und damit einer möglichst raschen Änderung der Rechtslage²⁰³ nicht interessiert sind bzw. dass ihr Interesse umgekehrt dahin geht, mit Eintrag und Rechtsveränderung zuzuwarten.

RevOR 650 III sieht nun vor, dass eine Kapitalerhöhung innerhalb von drei Monaten ins Handelsregister einzutragen ist. Damit wird die Möglichkeit des Aufschubs der Eintragung zwar zeitlich limitiert, aber zugleich auch gesetzlich in diesem (mehr als ausreichenden) Rahmen anerkannt.

Folgt man diesen Überlegungen, dann muss eine *antizipierte Beschlussfassung möglich sein*.

c) Als Vorsichtsmassnahme drängt es sich auf, bei einem Beschluss über neurechtliche Institute die *Formvorschriften* des alten wie des neuen Rechts *kumulativ* zu erfüllen.

Zwar wurde vorstehend darauf hingewiesen, dass sich die Formvorschriften nach dem jeweils geltenden Recht bestimmen. Beschlüsse in einer Generalversammlung vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts müssen daher dessen Formerfordernissen — zum Beispiel allfälligen zwingenden qualifizierten Quoren des geltenden Rechts — genügen. Demgegenüber würde es sich erübrigen, die Beschlussfassungsanforderungen des künftigen Rechts zu beachten.

Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass die rechtliche Ausgestaltung einer Institution als *Einheit* zu sehen ist. Ein schwächerer materieller Schutz kann dadurch aufgewogen werden, dass an die Beschlussfassung erhöhte Anforderungen gestellt werden und umgekehrt. Daher sollte die Beschlussfassung über Instrumente des künftigen Rechts unter Einhaltung (auch) der Formerfordernisse dieses Rechts²⁰⁴ erfolgen.

d) Von einem *praktischen Gesichtspunkt aus* ist zu beachten, dass antizipierte Beschlüsse jedenfalls nicht

²⁰² Zu Recht wird denn auch hervorgehoben, dass bei der Gründung einer AG extern — gegenüber der Registerbehörde und allfälligen Dritten — keine Pflicht zur Anmeldung der Gesellschaft besteht, vgl. BGE 61 I 306; *Forstmoser* (zit. Anm. 172) 11 N 4, mit Hinweisen auf *Schneider, Siegwart, W. von Steiger und Janggen/Becker* in Anm. 2.

²⁰³ Die im Falle einer Antizipierung künftigen Rechts gar nicht möglich wäre.

²⁰⁴ Und damit gegebenenfalls von revOR 704.

nichtig²⁰⁵, sondern höchstens anfechtbar wären. Die mit der Möglichkeit einer Anfechtungsklage verbundene Unsicherheit endet aber mit dem Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist²⁰⁶.

Damit ist entscheidend das Verhalten der Notariate und der Handelsregisterbehörden:

— Soweit bekannt, erheben die *Notariate* gegen eine antizipierte Beschlussfassung keine Einwände, und es ist auch nicht einzusehen, welche Bedenken sich hiegegen aus dem Notariatsrecht ergeben könnten²⁰⁷.

— Das *Eidg. Amt für das Handelsregister* erhebt gegen eine antizipierte Beschlussfassung ebenfalls keine Einwände. Soweit ersichtlich trifft dies auch für die *kantonalen Ämter* (soweit sie mit der Frage überhaupt befasst waren) zu — mit Ausnahme desjenigen des *Kantons Zürich*, das eine vorweggenommene Beschlussfassung zunächst für bestimmte Fälle abgelehnt hat²⁰⁸, nun aber betont, die Frage sei noch offen.

Damit dürften sich ausserhalb des Kantons Zürich einer antizipierten Beschlussfassung keine praktischen Probleme entgegenstellen. Im Kanton Zürich wird es sich dagegen bis zum Entscheid des Registeramtes empfehlen, antizipierte Beschlüsse nur zu solchen Fragen zu fassen, bei denen eine Blockierung durch das Handelsregisteramt die Gesellschaft nicht in ihrer künftigen Handlungsfreiheit beeinträchtigt²⁰⁹.

VII. Handlungsbedarf im Zuge der Aktienrechtsreform²¹⁰

Im Sinne einer vorläufigen Checklist soll im folgenden sicherlich nur unvollständig — auf Massnahmen

²⁰⁵ Vgl. die — exemplifikative — Aufzählung von Nichtigkeitsgründen in revOR 706b sowie zum geltenden Recht *Forstmoser* (zit. Anm. 172) § 7 N 30 ff. — M.E. besteht freilich auch kein Anfechtungsgrund.

²⁰⁶ OR 706, revOR 706a.

²⁰⁷ In der Notariatspraxis besteht ein Präzedenzfall: Vor dem Inkrafttreten des neuen Eherechts wurden bereits Eheverträge, die auf die künftige Ordnung abstellten, öffentlich beurkundet mit dem Hinweis, dass sie erst mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wirksam würden.

²⁰⁸ Dem Vernehmen nach wurde zwar gegen vorzeitige Beschlüsse über Änderungen in der Terminologie sowie Aktiensplits nicht opponiert, wohl aber gegen die bedingte Einführung des genehmigten Kapitals.

²⁰⁹ Relativ problemlos sind diesbezüglich ein Aktiensplit und der Beschluss über genehmigtes Kapital, nicht dagegen der über bedingtes Kapital.

²¹⁰ Vgl. dazu *Meier* (zit. Anm. 94) 320 ff.

hingewiesen werden, die im Zuge der Einführung des neuen Rechts zu treffen sind. Gegliedert wird nicht systematisch, sondern — so gut es geht — chronologisch.

1. Ausnützung von Möglichkeiten des alten Rechts in letzter Minute

a) Vorab fragt es sich, ob im Hinblick auf die strengere Ordnung des künftigen Rechts noch Massnahmen unter der geltenden Ordnung zu empfehlen sind, um von der heutigen Rechtslage auch künftig zu profitieren — sei es unbeschränkt, sei es wenigstens für die fünfjährige Übergangsfrist.

b) In der Regel ist dies m.E. zu *verneinen*: Eingeschränkt werden künftig das Stimmenprivileg für Stimmrechtsaktien²¹¹, die Möglichkeiten der Vinkulierung²¹², die des Einsatzes von Genussscheinen für die Finanzierung²¹³ sowie petrifizierende Klauseln²¹⁴. In all diesen Fällen erscheint die strengere neue Ordnung sinnvoll und eine Verankerung bisherigen Rechts — von atypischen Ausnahmefällen abgesehen — nicht wünschbar²¹⁵.

c) Faktisch verunmöglicht wird in Zukunft die *Zusammenlegung von Partizipationsscheinen*²¹⁶. Hier wird sich rasches Handeln unter geltendem Recht allenfalls empfehlen, besonders im Hinblick auf die Zusammenlegung als Vorstufe für die Umwandlung in Aktien höheren Nennwerts²¹⁷.

In der heutigen Form nicht mehr möglich werden *Vorratsaktien* sein²¹⁸. Da — wohl ganz entgegen den Intentionen des Gesetzgebers — weder mit dem bedingten noch mit dem genehmigten Kapital die heutige Flexibilität erreicht werden kann²¹⁹, ist

²¹¹ Vgl. revOR 693 II.

²¹² Vgl. revOR 685b, 685d und SchlBest. 4 sowie vorn bei Anm. 33 ff.

²¹³ Vgl. revOR 656a ff.; bestehende Finanzierungsgenussscheine müssen allenfalls angepasst werden, vgl. SchlBest. 3.

²¹⁴ Vgl. revOR 704 II sowie vorn bei Anm. 63.

²¹⁵ Zum Handlungsbedarf mit Bezug auf die Vinkulierung vgl. aber nachstehend bei Anm. 220.

²¹⁶ Vgl. dazu vorn Anm. 58.

²¹⁷ Die Umwandlung selbst sollte dagegen erst nach dem Inkraftsetzen des neuen Aktienrechts erfolgen, da dann keine Emissionsabgabe mehr geschuldet ist, vgl. SchlBest. 7 und die dort vorgesehene Änderung von Art. 6 I lit. g des BG über die Stempelabgaben.

²¹⁸ Nach BGE 117 II 290 ff. (vgl. vorn Anm. 2) können solche Aktien unter geltendem Recht bei Publikumsgesellschaften dem Verwaltungsrat in gewissem Ausmass zur freien Verwendung «für Zwecke im Interesse der Gesellschaft» zur Verfügung gestellt werden. Nach künftigem Recht besteht diese Möglichkeit wegen der Neuordnung des Bezugsrechts nicht mehr.

²¹⁹ Vgl. dazu hinsichtlich des bedingten Kapitals *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 60.

zu erwägen, ob man nicht noch von der geltenden Ordnung Gebrauch machen will.

2. Anpassungen im Hinblick auf das neue Recht

Eine Anpassung noch unter der Herrschaft des alten Rechts kann sich da aufdrängen, wo *Quorumsvorschriften* des neuen Rechts allenfalls *nicht erreichbar* sind.

a) Dies könnte bei der *Vinkulierung* der Fall sein, und zwar auf Grund folgender Überlegungen:

Für die statutarische Vinkulierungsordnung gilt die fünfjährige Übergangsfrist. Während dieser bleiben die heute noch üblichen strengen Vinkulierungsklauseln (Ablehnung ohne Grundangabe) in Kraft. Nach Ablauf der Fünfjahresfrist fallen diese Klauseln aber *ersatzlos dahin*. Ist statutarisch nichts anderes vorgekehrt, werden in jenem Zeitpunkt die bisher streng vinkulierten Aktien *frei übertragbar*.

Allerdings erlaubt auch das künftige Recht eine Vinkulierung — wenn auch eingeschränkt²²⁰. Für ihre Einführung ist jedoch gemäss revOR 704 I Ziff. 3 ein qualifiziertes Mehr²²¹ erforderlich, während nach heutigem Recht dispositiv das allgemeine Quorum von OR 703²²² gilt.

In den Fällen, in welchen aufgrund der Mehrheitsverhältnisse die Gefahr besteht, das künftig erschwerte Quorum nicht zu erreichen, sollte deshalb die Vinkulierungsbestimmung noch unter altem Recht so revidiert werden, dass sie auch unter dem revOR Bestand hat²²³.

Zum allfälligen Erfordernis einer Zweckänderung im Hinblick auf die Vinkulierung vgl. nachstehend nach Anm. 271.

b) Das künftige Gesetzesrecht verzichtet auf *Quoren*, die sich am *gesamten Grundkapital* bemessen²²⁴. Dies ist zwar für Publikumsgesellschaften zu begrüßen, kann aber bei kleineren Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären den Wegfall eines wesentlichen Elementes des Minderheitenschutzes bedeuten:

²²⁰ Vgl. dazu vorn bei Anm. 35 ff.

²²¹ Zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.

²²² Absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.

²²³ Offen ist, ob ein solcher Beschluss auch aufschiebend befristet, d.h. auf den Zeitpunkt des Ablaufs der fünfjährigen Übergangsfrist (1.7.1997) gefasst werden kann. Nach den vorstehenden Ausführungen zur befristeten Beschlussfassung (bei Anm. 199 ff.) ist dies zu bejahen. Andererseits ist zu bedenken, dass ein Aufschub für fünf Jahre problematischer ist als einer nur für wenige Wochen.

²²⁴ Vgl. vorn bei Anm. 61 f.

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

c) Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wird der *Verwaltungsrat* die in revOR 716a aufgeführten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben materiell selber erfüllen müssen²²⁵. Dies dürfte vielfach Anpassungen in den Organisations- und Geschäftsreglementen, vereinzelt auch in den Statuten bedingen.

Weiter ist zu beachten, dass eine Kompetenzdelegation künftig nur noch auf *statutarischer* Grundlage «nach Massgabe eines Organisationsreglementes»²²⁶ erfolgen darf²²⁷. Diese *formelle Basis* für die Kompetenzdelegation wird in zahlreichen Gesellschaften neu geschaffen werden müssen.

Unbedingt und vordringlich ist im Organisationsreglement die *Zeichnungsberechtigung* der Mitglieder des Verwaltungsrates zu regeln: Aus revOR 718 I geht nämlich hervor, dass — wenn die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes bestimmen — «die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu[steht]». Vom 1. Juli an werden daher die *Mitglieder des Verwaltungsrates* — auf Grund dispositiven Gesetzesrechtes und damit wohl ohne dass es einer Kundgabe im Handelsregister bedürfte — *einzeln zeichnungsberechtigt* sein, wenn die Gesellschaft statutarisch oder reglementarisch nichts anderes vorgesehen hat. Solche abweichenden Bestimmungen dürften oft fehlen, da das bisherige Recht in Ermangelung einer anderen innergesellschaftlichen Ordnung vorsah, dass das Vertretungsrecht «allen Mitgliedern der Verwaltung gemeinsam zu[steht]». Ein Regelungsbedarf bestand daher — neben der Eintragung der Unterschriftsberechtigungen im Handelsregister und allgemeinen Hinweisen entsprechend OR 626 Ziff. 5 — nicht.

Zu beachten ist ferner, dass das neue Recht die Informationsrechte der Mitglieder des Verwaltungsrates

klärt und erweitert²²⁸, eine Verstärkung, die vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts an zu beachten ist.

Endlich räumt das neue Recht²²⁹ dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates in diesem Gremium (nicht aber in der Generalversammlung) den *Stichentscheid* ein, «sofern die Statuten nichts anderes vorsehen». Ist dies nicht erwünscht, muss daher der *Stichentscheid statutarisch wegbedungen* werden.

d) Mitte Jahr werden auch die erhöhten Anforderungen an Unabhängigkeit und Fachkunde der *Revisoren* in Kraft treten²³⁰. Unmittelbar danach können Aktionäre oder Gläubiger gegen die Gesellschaft auf Abberufung von Revisoren klagen, welche die Voraussetzungen für ihr Amt nicht erfüllen²³¹.

Will eine Gesellschaft nicht das mühsame Prozedere einer ausserordentlichen Generalversammlung auf sich nehmen, wird sie daher in der letzten ordentlichen Generalversammlung *vor* dem Inkrafttreten des neuen Rechts die künftigen Bestimmungen bei der Wahl der Revisionsstelle zu beachten haben²³². Auch die Eintragung der Revisoren im Handelsregister²³³ hat mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts zu erfolgen.

e) Mit Bezug auf das *Aktienbuch* haben Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien dafür zu sorgen, dass der von der Gesellschaft (noch) nicht anerkannte Erwerber «als Aktionär ohne Stimmrecht» eingetragen werden kann²³⁴. Allgemein ist sicherzustellen, dass *Eintragungsgesuche* *speditiv bearbeitet* werden, da das Gesetz künftig bei Passivität der Gesellschaft Zustimmungsfiktionen vorsieht²³⁵.

²²⁹ RevOR 713 I.

²³⁰ In der bundesrätlichen Botschaft (zit. Anm.15) 199 wurde in Aussicht gestellt, diese Bestimmungen erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen mit der Begründung, es müsse «den Revisoren wie auch den zu prüfenden Gesellschaften genügend Zeit eingeräumt werden, sich den verschärften Bestimmungen ... anzupassen». Hinsichtlich der Revisoren leuchtet dies nicht ein, da weder Sachkunde noch Unabhängigkeit in kurzer Frist erlangt werden können. Dagegen hätte ein Aufschub mit Rücksicht auf den Handlungsbedarf bei den Gesellschaften Sinn machen können. Er ist jedoch nicht vorgesehen.

²³¹ Vgl. revOR 727e III.

²³² Dies ist freilich nicht unbestritten, und in der Literatur wird zum Teil eine Übergangsfrist verlangt, so etwa von *Schultz* (zit. Anm.10) 550. Solche Übergangsbestimmungen wären zwar sinnvoll, doch stehen sie m.E. auf Grund des Schweigens des Gesetzes nicht zur Verfügung.

²³³ RevOR 641 Ziff. 10.

²³⁴ Vgl. revOR 685f III.

²³⁵ Nach Ablauf von 20 Tagen bei kotierten Namenaktien (revOR 685g), von 3 Monaten bei nichtkotierten (revOR 685c III).

²²⁵ Die Liste führt freilich kaum mehr auf als das, was schon bisher guter Praxis entsprach.

²²⁶ RevOR 716b I.

²²⁷ Vgl. dagegen Art. 717 I des geltenden Rechts: «Statuten oder ein von ihnen vorgesehenes Reglement».

²²⁸ RevOR 715a, vgl. vorn bei Anm. 72.

3. Die erste Generalversammlung unter neuem Recht

a) Zu beachten sind die verschärften Anforderungen an die *Einladung*:

- Verlängerung der *Einladungsfrist* auf zwanzig Tage²³⁶, Bekanntgabe von Geschäftsbericht (enthaltend Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang sowie Geschäftsbericht²³⁷) und Revisionsbericht für zwanzig Tage²³⁸ im voraus,
- Bekanntgabe nicht nur der Traktanden, sondern auch der *Anträge* des Verwaltungsrates und allenfalls der Aktionäre²³⁹.

Die Gesamtheit dieser Bestimmungen gehört jedoch m.E. zur Regelung der «Einberufung der Generalversammlung», für welche die fünfjährige Übergangsfrist gilt²⁴⁰, jedoch nur dann, wenn die Statuten eine dem künftigen Recht widersprechende Ordnung enthalten, nicht dagegen, wenn sie sich über eine künftig gesetzlich geregelte Frage ausschweigen²⁴¹.

Gemäss revOR 729c III kann die Generalversammlung künftig — wie es schon heute in der Praxis vielfach üblich war — durch einstimmigen Beschluss *auf die Anwesenheit eines Revisors verzichten*. Ein entsprechender Beschluss braucht m.E. nicht traktandiert zu sein, doch empfiehlt sich aus Gründen der Vorsicht die Traktandierung, da der Verzicht auf den Revisor bei den Anträgen, die laut Gesetz ohne vorherige Ankündigung beschlossen werden können²⁴², fehlt.

b) Bei der *Protokollierung* sind die präziseren Anforderungen von revOR 702 zu beachten. Publikums-gesellschaften, die den Aktionären die Stimmrechtsvertretung durch Mitglieder ihrer Organe oder andere abhängige Personen offerieren, haben zudem einen *unabhängigen Vertreter* zu bezeichnen²⁴³. Die Gesamtzahl der durch Organe, unabhängige Stimm-

rechtsvertreter und Depotvertreter vertretenen Aktien ist der Generalversammlung *bekanntzugeben*²⁴⁴.

c) Das allgemeine dispositive *Beschlussfassungsquorum* bleibt unverändert²⁴⁵. Neu werden die «wichtigen» Beschlüsse in einem einzigen Artikel zusammengefasst²⁴⁶ und einem einheitlichen qualifizierten Quorum²⁴⁷ unterstellt²⁴⁸. Vorbehältlich widersprechender statutarischer Bestimmungen²⁴⁹ ist dieses Quorum sofort zu beachten.

d) *Ohne gehörige Traktandierung* kann künftig nicht nur über die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen werden, sondern auch über die Durchführung einer Sonderprüfung und m.E. — obwohl im Gesetz nicht erwähnt — über den Verzicht auf die Präsenz des Revisors²⁵⁰.

e) Bei *Kapitalerhöhungen aus Eigenkapital* wird ein geprüfter Zwischenabschluss verlangt, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt²⁵¹. Für den Einsatz der *neuen Formen der Kapitalerhöhung* sind die im Gesetz detailliert aufgeführten Voraussetzungen zu beachten²⁵².

4. Statutarische Anpassungen innert Jahresfrist

a) Wie erwähnt²⁵³ erlauben die Übergangsregeln, innert Jahresfrist Bestimmungen über qualifizierte Mehrheiten, die aus dem Gesetz in die Statuten übernommen worden sind, mit der *absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen* zu beseitigen.

Diese Vorschrift erfasst m.E. sowohl die zwingenden Stimmenquoten von OR 636 und 648²⁵⁴ als auch die dispositiven Präsenzquoten von OR 649, 655 und 658²⁵⁵. Beseitigt werden können dabei auch die statu-

²⁴⁴ RevOR 689e, mit Präzisierungen.

²⁴⁵ RevOR 703, identisch mit OR 703.

²⁴⁶ RevOR 704.

²⁴⁷ Mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen sowie absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.

²⁴⁸ Es dürfte sich um ein gesetzliches Mindestquorum handeln; ebenso *Tanner* (zit. Anm. 172) 349.

²⁴⁹ Statutarische Quorumsbestimmungen müssen jedoch nicht notwendig im Widerspruch zum künftigen Recht stehen, sondern sie können allenfalls auch kumulativ zu diesem erfüllt werden. So sind meines Erachtens statutarische Präsenzquoten, mit denen bisheriges dispositives Recht in den Statuten verankert wurde, *kumulativ* zu den neuen Stimmenquoten von revOR 704 einzuhalten, vgl. vorn bei Anm. 145.

²⁵⁰ Dazu vorn bei Anm. 242.

²⁵¹ RevOR 652d.

²⁵² Vgl. für die genehmigte Kapitalerhöhung revOR 651 ff., für die bedingte revOR 653 ff.

²⁵³ Vgl. vorn bei Anm. 169 ff.

²⁵⁴ Mehrheit von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals.

²⁵⁵ Vertretung von zwei Dritteln sämtlicher Aktien in einer ersten, von einem Drittel sämtlicher Aktien in einer allfälligen zweiten Versammlung.

²³⁶ RevOR 700 I; anderslautende Statutenbestimmungen bleiben freilich m.E. für die Übergangszeit von maximal 5 Jahren in Kraft. Solche dürften häufig sein, da es sich um absolut notwendigen Statuteninhalt handelt (OR 626 Ziff. 4. = revOR 626 Ziff. 5.); vgl. dazu vorn bei Anm. 146 f.

²³⁷ Vgl. revOR 662 I.

²³⁸ RevOR 696 I.

²³⁹ RevOR 700 II.

²⁴⁰ Vgl. soeben vorn Anm. 236.

²⁴¹ Dies dürfte z.B. die Regel sein hinsichtlich der Bekanntgabe von Anträgen, während die Einladungsfrist regelmässig, die Auflagepflicht oft statutarisch geregelt ist.

²⁴² RevOR 700 III.

²⁴³ RevOR 689c.

tarischen Bestimmungen über die Durchführung einer zweiten Generalversammlung unmittelbar nach einer ersten für den Fall, dass ein Präsenzquorum nicht erreicht wird.

Von der Ausnahmebestimmung ist Gebrauch zu machen, wenn der Gesetzeswortlaut in die Statuten übernommen wurde, m.E. aber — zumindest zur Sicherheit — auch dann, wenn lediglich auf einen bestimmten Artikel des OR verwiesen wird²⁵⁶. Nur bei einem generellen Vorbehalt der zwingenden oder allgemein der gesetzlichen Bestimmungen kann auf eine Anpassung verzichtet werden.

b) Dass sich bei kleinen Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären umgekehrt gerade die *Einführung* von am gesamten Kapital orientierten Quoren aufdrängen kann, ist vorn bei Anm. 221 ff. erwähnt worden.

5. Das erste volle Rechnungsjahr unter neuem Recht

Der *Jahresabschluss* am Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht hat den strengen Anforderungen dieses Rechts zu genügen, mit der Besonderheit, dass noch keine Vorjahreszahlen aufgeführt sein müssen²⁵⁷. Vom ersten vollen Geschäftsjahr an ist auch über die Bildung und Auflösung *stiller Reserven* Buch zu führen, damit allenfalls der Bekanntgabepflicht gemäss revOR 663b Ziff. 8. Genüge getan werden kann.

Eine *Konzernrechnung* muss dagegen erst im darauffolgenden Rechnungsjahr vorgelegt werden.

6. Anpassungen innert Fünfjahresfrist

a) Gesellschaften, die seit dem 1. Januar 1985 gegründet wurden, haben ihr *Mindestkapital* in der fünfjährigen Übergangsfrist auf Fr. 100 000.— anzuheben, und alle Gesellschaften haben der gesetzlichen Mindestliberierung von Fr. 50 000.— zu genügen²⁵⁸. Verfügt eine ab Anfang 1985 gegründete Gesellschaft über ein Partizipationskapital, welches das Doppelte des Aktienkapitals übersteigt, ist eine entsprechende Reduktion vorzunehmen²⁵⁹.

b) Anzupassen ist in den Statuten die *Terminologie*: Das «Grundkapital» wird zum «Aktienkapital»²⁶⁰, aus «Gattungen» von Aktien werden «Kategorien», aus «Vorzugsrechten» «Vorrechte»²⁶¹. Der Protokoll-

führer wird zum Sekretär²⁶², die Verwaltung zum Verwaltungsrat²⁶³, die «gemeinsame» zur «gesamthafter» Geschäftsführung²⁶⁴, die Kontrollstelle zur Revisionsstelle²⁶⁵, der Geschäftsbericht zum Jahresbericht, wobei dem Begriff «Geschäftsbericht» eine neue Bedeutung zugewiesen wird²⁶⁶.

c) *Materiell* dürfte sich — neben den aus der Anpassung der Kapitalgrundlage folgenden Änderungen²⁶⁷ — eine Überarbeitung namentlich der folgenden statutarischen Bestimmungen aufdrängen:

aa) Neu zu regeln sein wird bei den meisten privaten und bei zahlreichen Publikumsgesellschaften das *Vinkulierungsregime*. Dabei sind die Vinkulierungsgründe — in den engen Schranken des künftigen Rechts — statutarisch zu nennen²⁶⁸.

Unklar ist, ob der Ablehnungsgrund der Übernahme zum wirklichen Wert auch ohne statutarische Grundlage gilt²⁶⁹. Dieselbe Frage stellt sich mit Bezug auf die Möglichkeit der Ablehnung zufolge Weigerung des Erwerbers zu erklären, er kaufe die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Auch wenn in beiden Fällen ein gesetzlicher Ablehnungsgrund vorzuliegen scheint, tun die Gesellschaften m.E. bis zur gerichtlichen Klärung gut daran, auch diese Ablehnungsgründe in den Statuten explizit zu nennen^{270, 271}.

bb) Im Zusammenhang mit der Vinkulierung kann sich eine präzisere Fassung des *Gesellschaftszwecks* aufdrängen, da als «wichtige Gründe» für die Vinkulierung nichtkotierter Aktien Bestimmungen über die

²⁶² RevOR 712 I, 713 III.

²⁶³ RevOR 718 III.

²⁶⁴ RevOR 716b III.

²⁶⁵ Vgl. RevOR 727 ff.

²⁶⁶ Er wird zum Oberbegriff für die Jahresrechnung (mit Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang), den Jahresbericht und eine allfällige Konzernrechnung. Der verbale Teil der alljährlichen Berichterstattung wird künftig als «Jahresbericht» bezeichnet (revOR 663d, 698 II Ziff. 3.). Unrichtig ist das Wort «Jahresbericht» in revOR 716a Ziff. 6. Der Fehler ist vor der Publikation in der AS noch korrigiert worden, vgl. vorn Anm. 7.

²⁶⁷ Vgl. vorstehend bei Anm. 258 f.

²⁶⁸ Eine Verweisung auf «wichtige Gründe» reicht daher nicht aus, vgl. den diesbezüglich klaren Wortlaut von revOR 685b.

²⁶⁹ Vgl. dazu *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 65. Auszugehen ist wohl davon, dass die Möglichkeit einer Übernahme zum wirklichen Wert von Gesetzes wegen besteht, aber nur dann, wenn die Statuten überhaupt eine Vinkulierung vorsehen.

²⁷⁰ Ähnlich *Meier* (zit. Anm. 94) 323, der eine statutarische Verankerung des Ablehnungsgrundes der Übernahme zum wirklichen Wert jedoch nicht für erforderlich hält.

²⁷¹ Das Streichungsrecht gemäss revOR 686a (falsche Angaben im Eintragungsgesuch) dürfte dagegen eindeutig schon auf Grund des Gesetzes gelten. Die Wiedergabe in den Statuten mag trotzdem nützlich sein.

²⁵⁶ «Art. 648 OR bleibt vorbehalten.»

²⁵⁷ Vgl. vorn bei Anm. 124 f.

²⁵⁸ SchlBest. 2 II.

²⁵⁹ SchlBest. 2 II, m.W. gibt es hierfür keine praktischen Fälle.

²⁶⁰ RevOR 620.

²⁶¹ RevOR 660 III.

Zusammensetzung des Aktionariats genannt werden, «die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck... die Verweigerung rechtfertigen».

cc) Zu beachten ist, dass das Bezugsrecht künftig nicht mehr statutarisch entzogen werden kann. Eine entsprechende Statutenbestimmung²⁷² ist daher zu streichen.

dd) Grundlegend neu zu ordnen sind allfällige Bestimmungen zum *Partizipationskapital*²⁷³.

ee) Hinsichtlich der *Generalversammlung* sind die Vorschriften über die Einberufung, Durchführung und Protokollierung dem neuen Recht anzupassen, ebenso Regeln für die Beschlussfassung. Sinnvollerweise wird man die leicht geänderte Aufzählung der unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung²⁷⁴ in neuer Form in die Statuten übernehmen.

ff) Dasselbe empfiehlt sich für den *Verwaltungsrat* mit Bezug auf die Liste der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss revOR 716a²⁷⁵.

Sorge zu tragen ist sodann dazu, dass die erforderliche *statutarische Basis für eine Delegation* von Kompetenzen an Delegierte, Direktoren oder andere Organe gegeben ist.

Eine *Einschränkung der Vertretungsbefugnis* einzelner Mitglieder des Verwaltungsrates — wie sie im allgemeinen sinnvoll sein dürfte — bedarf neu der expliziten Grundlage in den Statuten oder dem Organisationsreglement²⁷⁶.

Tantiemen dürfen künftig nur ausgeschüttet werden, nachdem eine Dividende von mindestens 5% (bisher 4%) an die Aktionäre ausgerichtet worden ist²⁷⁷.

Erwähnt sei noch, dass Bestimmungen über die Pflichtaktien — bisher gemäss OR 626 Ziff. 6. absolut notwendiger Statuteninhalt — künftig entfallen können.

gg) Soweit die Statuten Regeln über die Wählbarkeit und Aufgaben der *Revisoren* enthalten,

sind diese gegebenenfalls dem neuen Recht anzupassen²⁷⁸.

d) Allgemein ist bei der Überarbeitung der Statuten *keine Eile geboten*. Dies schon deshalb nicht, weil zahlreiche Probleme unter neuem Recht ungeklärt sind²⁷⁹. Es dürfte daher ratsam sein zuzuwarten, bis wichtige Fragen zumindest durch die Lehre behandelt worden sind.

Sofort vorzusehen sind dagegen ein *Organisationsreglement* und die dafür erforderliche *statutarische Basis*²⁸⁰. Ebenfalls sofort ist den erhöhten Anforderungen an die *Revisionsstelle* Rechnung zu tragen²⁸¹.

7. Spätere Anpassungen

Nur am Rande sei erwähnt, dass auf Grund des neuen Rechts statutarische Bestimmungen über Sacheinlagen oder Sachübernahmen *nach zehn Jahren aufgehoben* werden dürfen²⁸².

8. Exkurs: Statutarische Schiedsklauseln

In privaten Aktiengesellschaften sind für die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft, ihren Organen und den Aktionären oft statutarisch Schiedsgerichte vorgesehen. Auch in den Statuten von Publikumsgesellschaften sind Schiedsklauseln nicht selten. Art. 6 II des Schweiz. Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3./27.8.1969²⁸³, das mittlerweile fast gesamtschweizerisch gilt²⁸⁴, verlangt nun aber für die Gültigkeit einer Schiedsabrede *Schriftlichkeit*. Bei statutarischen Schiedsklauseln ist diese gemäss Konkordat 6 II gewahrt, wenn eine schriftliche Beitrittserklärung «ausdrücklich auf die in den Statuten oder in einem sich darauf stützenden Reglement enthaltene Schiedsklausel Bezug nimmt».

²⁷² Die freilich m. W. in der Praxis kaum je vorgekommen ist.

²⁷³ Vgl. revOR 656a ff., wobei die gesetzlichen Bestimmungen teilweise unmittelbar mit dem Inkrafttreten des Gesetzes wirksam werden, SchlBest. 3 I.

²⁷⁴ RevOR 698 II.

²⁷⁵ Zu beachten ist, dass die neue Ordnung mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts unabhängig von der Anpassung der Statuten in Kraft treten dürfte, vgl. vorn bei Anm. 160. — Der Vollständigkeit halber sollte die Liste ergänzt werden durch die Pflicht, die nachträgliche Leistung auf nicht voll liberierte Aktien einzuverlangen (revOR 634a I) sowie die Pflichten im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen (vgl. revOR 651 IV, 651a, 652a, 652g, 652h, 653g, 653h).

²⁷⁶ Vgl. vorn nach Anm. 227.

²⁷⁷ RevOR 677.

²⁷⁸ Auch diese verschärften Anforderungen werden aber m.E. unmittelbar und unabhängig von statutarischen Bestimmungen wirksam, vgl. vorn bei Anm. 154.

²⁷⁹ Ganz besonders trifft dies zu für die Vinkulierung, vgl. dazu *Forstmoser* (zit. Anm. 9) 62 ff.

²⁸⁰ Vgl. vorn bei Anm. 73.

²⁸¹ Auch dann, wenn die statutarischen Bestimmungen erst später angepasst werden.

²⁸² RevOR 628 IV. Nach heutiger Praxis konnten dagegen solche Bestimmungen nicht eliminiert werden, es sei denn, sie seien infolge nachträglich eingetretener Umstände gegenstandslos geworden, vgl. BGE 68 I 188 ff.

²⁸³ SR 279.

²⁸⁴ Es sind alle Kantone beigetreten, mit Ausnahme des Kantons Luzern.

Solche ausdrücklichen Bezugnahmen werden in der Praxis nur selten verlangt, bei Inhaberaktien sind sie ohnehin nicht durchsetzbar. Die meisten Schiedsgerichtsklauseln in den Statuten von Aktiengesellschaften dürften daher unwirksam oder — was schlimmer ist — nur für einzelne Gruppen von Beteiligten wirksam sein²⁸⁵. Bei der Generalüberholung

der Statuten wird es sich daher in der Regel empfehlen, die Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit zu streichen.

²⁸⁵ Darauf hat schon *Max Brunner* (Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikums-Aktiengesellschaften, Bern 1976, 148f.) hingewiesen, freilich ohne Wirkung in der Praxis.