

Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht

von Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich

Lorsqu'on le considère dans son ensemble, on doit admettre que l'on peut s'accommoder du nouveau droit des sociétés anonymes. Ce dernier comporte cependant de nombreuses imperfections et ambiguïtés. D'une manière générale, on a trop facilement modifié la systématique des articles et la terminologie; de plus, diverses règles manquent de réalisme pratique ou présentent des lacunes, respectivement prêtent à confusion.

Although we can in general accept the new provisions on corporate law, they are less than satisfactory or unclear on many points. A basic criticism relates to unnecessary changes in the context into which articles are placed, and in the terminology. In addition various solutions bear little relation to practical realities, are incomplete or are unclear.

Inhalt

Vorbemerkungen

1. Die Eigenkapitalgrundlage
 - 1.1 Zum Verfahren der Kapitalerhöhung
 - 1.2 Verschwinden der Vorratsaktien?
 - 1.3 Regeln für die bedingte Kapitalerhöhung
 - 1.4 Die Liberierung
2. Aktionärsrechte
 - 2.1 Verstärkung des Bezugsrechts
 - 2.2 Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen
 - 2.3 Das Traktandierungsrecht der Aktionäre
3. Die Übertragung vinkulierter Namenaktien insbesondere
 - 3.1 Die Abgrenzung zwischen Publikumsgesellschaften und privaten Aktiengesellschaften
 - 3.2 Die Abgrenzung der Erwerbsarten bei börsenkotierten Namenaktien
 - 3.3 Zur «Ausländerklausel» insbesondere
 - 3.4 Ablehnungsgründe bei nicht kotierten Namenaktien
 - 3.5 Umschreibung der Wirkungen der sog. Spaltung
 - 3.6 Exkurs: Die Zulassung als Aktionär und die Eintragung im Aktienregister
4. Partizipationsscheine und Genussscheine
 - 4.1 Der Partizipationsschein
 - 4.2 Genussscheine
5. Rechnungslegung und Publizität
 - 5.1 Lückenhaftes Übergangsrecht
 - 5.2 Der Anwendungsbereich der Konsolidierungspflicht
 - 5.3 Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Börsenkotierung

5.4 Offenlegung der Auflösung stiller Reserven

6. Bestimmungen zu den Organen

- 6.1 Kompetenzabgrenzungen
- 6.2 Generalversammlung
- 6.3 Revisionsstelle
- 6.4 Verantwortlichkeit

7. Der Anwendungsbereich des neuen Rechts

8. Schlussbemerkung

Das Gegenteil von «gut» ist «gut gemeint».

*«Messieurs, soignez les détails, car ils ne sont pas sans gloire!»
(Napoléon)*

Anfang Juli 1992 wird das revidierte schweizerische Aktienrecht nach weit über zwanzigjähriger gesetzgeberischer Arbeit in Kraft treten. Trotz der langen Dauer der Reform — oder vielmehr gerade wegen ihr — ergibt sich aus den geänderten und den neuen Bestimmungen eine Reihe von Unklarheiten und Ungereimtheiten. Auf einige von ihnen sei im folgenden hingewiesen.

Dabei geht es nicht um Schelte des Gesetzgebers. Es ist verständlich, dass bei einer derart komplexen und in raschem Wandel befindlichen Materie, wie sie das Aktienrecht darstellt, die Konsequenzen einer neu eingefügten oder abgeänderten Bestimmung nicht immer voll überblickt werden. Begreiflich ist auch, dass Widersprüche nicht auszuschliessen sind, wenn so viele Köche am Werk sind. Schliesslich sind terminologische Unstimmigkeiten wohl nicht zu vermeiden, wenn ein Gesetzestext in den Ratskommissionen oder gar noch im Plenum der Räte selbst redigiert wird¹. Doch sollten die zahlreichen offenen Fragen möglichst rasch geklärt werden. Dafür bedarf es der intensiven wissenschaftlichen Diskussion. Der folgende Beitrag möchte diese anregen und da und dort einen ersten Lösungsvorschlag beisteuern².

¹ Dies war etwa der Fall bei den Vinkulierungsbestimmungen, vor allem bei denen für die kotierten Gesellschaften, die im einzelnen erst 1988 durch die ständerätliche Kommission erarbeitet und in der Folge noch mannigfach modifiziert worden sind. In der Tat ist denn auch der Text der Vinkulierungsbestimmungen in der Terminologie besonders unbefriedigend, vgl. dazu nachstehend bei Ziff. 3.

² Der Autor behält sich vor, künftig klüger zu werden und seine Ansichten aufgrund einer intensiveren Auseinan-

Bevor auf einige ausgewählte Bereiche des neuen Rechts eingetreten wird, seien zwei problematische *Eigenarten der Reform allgemein erwähnt*.

- Es werden – ohne die Absicht materieller Änderungen – *Artikel und Absätze umgestellt*. So finden sich etwa die Nationalitäts- und Domizilerfordernisse gemäss Art. 711 I und IV des geltenden Rechts *unverändert* in revOR 708 III und IV. Die Möglichkeit, Zirkulationsbeschlüsse zu fassen, ist künftig nicht mehr in OR 716, sondern wörtlich gleich in OR 713 II³ geregelt. Solche Umstellungen sind – auch wenn sie zu einer überzeugenderen Systematik führen – unzweckmässig, weil sie die Arbeit mit der vorhandenen Literatur und Judikatur, die ja ihre Bedeutung für die inhaltlich unveränderten Gesetzesbestimmungen beibehalten werden, unnötig erschwert.
- Die Reform wurde sodann zum Anlass genommen, *sprachliche Anpassungen und Modernisierungen* vorzunehmen: Aus «Gattungen» werden «Kategorien», aus «Vorzugsrechten» «Vorrechte»⁴. Der Protokollführer wird zum Sekretär⁵, die Verwaltung zum Verwaltungsrat⁶, die «gemeinsame» zur «gesamthafter» Geschäftsführung⁷, die Kontrollstelle zur Revisionsstelle⁸, der Geschäftsbericht zum Jahresbericht, wobei dem Begriff «Geschäftsbericht» eine neue Bedeutung zugewiesen wird^{9, 10}.

dersetzung noch zu ändern. Dank für Anregungen schuldet er einer Vielzahl von Kollegen, von denen nur vier mit Namen genannt seien: Fürsprecher Hanspeter Kläy (Bundesamt für Justiz), RA Walter Lussy (Vorsteher des Eidg. Amtes für das Handelsregister) sowie die Freunde RA Dr. Peter Isler und RA Dr. Heinz Reichvein.

³ Weitere Beispiele: Abs. I von Art. 708 OR wird revOR 710, die Abs. IV und V entsprechen (mit Modifikationen) revOR 709, Art. 721 II wird revOR 716 I, Art. 754 I und II wird – neu aufgeteilt – revOR 754 I und 755. Art. 755 entspricht revOR 756 I, Art. 756 revOR 757 I und II, Art. 757 revOR 758 (jeweils mit kleinen Modifikationen). RevOR 660 III, bisher OR 660 III.

⁴ RevOR 712 I und 713 III, bisher OR 714 und 715 I.

⁵ RevOR 718 III, bisher OR 717 I am Ende.

⁶ RevOR 716b III, vgl. OR 717 III.

⁷ Vgl. OR und revOR 727 ff.

⁸ Nach Art. 724 des geltenden Rechts ist der Geschäftsbericht der verbale Teil der alljährlichen Berichterstattung des Verwaltungsrates. Dieser wird künftig «Jahresbericht» genannt (revOR 663d, 698 II Ziff. 3.), während «Geschäftsbericht» als Oberbegriff die Jahresrechnung (mit Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang), den Jahresbericht und eine allfällige Konzernrechnung umfasst (vgl. revOR 662, 696 I; unrichtig freilich revOR 716a I Ziff. 6.).

¹⁰ Vgl. auch die Änderungen in Nuancen in Art. 753 Ziff. 2, 754 I, sodann OR 755 mit revOR 756 I, OR 756 mit revOR 757 I und II, OR 757 mit revOR 758, OR 714 I mit

Auch solche sprachliche Verbesserungen sind nicht nur vorteilhaft, bleibt doch nicht selten unklar, ob mit der sprachlichen auch eine materielle Änderung beabsichtigt war oder nicht.

Nun zu einigen speziellen Themenkreisen:

1. Die Eigenkapitalgrundlage

Das neue Recht will die Eigenkapitalbasis verstärken und zugleich flexibler ausgestalten. Während das erste Ziel in den Schranken des in einer liberalen Ordnung Möglichen gut verwirklicht scheint¹¹, ist die Flexibilisierung nur zum Teil gelungen, indem sich einzelne der neuen Regeln – wohl ungewollt – kontraproduktiv auswirken.

1.1 Zum Verfahren der Kapitalerhöhung

1.1.1 Die Feststellung des erfolgreichen Abschlusses der Kapitalerhöhung

Das geltende Recht verlangt bekanntlich, dass die Kapitalerhöhung durch einen Feststellungsbeschluss der Generalversammlung abgeschlossen wird¹². Die künftige Ordnung verzichtet zu Recht auf die Feststellung des Abschlusses der Kapitalerhöhung durch die Generalversammlung als hierfür denkbar ungeeignetem Organ. Doch wurde mit der Aufgabe nicht – wie es nahegelegen hätte – die Revisionsstelle betraut, sondern der *Verwaltungsrat*. Damit sind die alten Abwicklungsprobleme durch neue abgelöst worden: Bei Publikumsgesellschaften mit einem vielköpfigen Verwaltungsrat schafft die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung beträchtliche Umtriebe. Und bei kleinen Gesellschaften macht sich als Nachteil bemerkbar, dass es für Verwaltungsratshandlungen grundsätzlich keine Vertretungsmöglichkeit gibt: Während heute ein einziger Aktionär – oder auch ein Dritter – die kapitalerhöhende Generalversammlung mittels Vollmacht durchführen kann, hätte künftig der gesamte Verwaltungsrat auf dem Notariat zu erscheinen und dort eine Sitzung abzuhalten.

Um diesen unnötig komplizierten Vorgang zu vermeiden, wird man sich allenfalls mit einem *Zirkula-*

revOR 712 I, OR 718 I mit revOR 718a, OR 717 I am Ende mit revOR 718 III.

¹¹ Vgl. immerhin die Kritik hinten Ziff. 6.3.1 zur Prüfung qualifizierender Tatbestände.

¹² Vgl. OR 653.

tionsbeschluss¹³ behelfen können. Nach ersten informellen Aussagen dürften die Zürcher Notariate dieses Vorgehen zulassen, freilich – da es sich um einen öffentlich zu beurkundenden Beschluss handelt – wohl mit dem Vorbehalt, dass die Unterschriften der Mitglieder des Verwaltungsrates beglaubigt werden. Der Gang zum Notar bleibt also keinem erspart.

1.1.2 Keine Regelung der Festübernahme

Angesichts der erwähnten Schwierigkeiten mit dem Feststellungsbeschluss wird man wohl auch in Zukunft danach trachten, bei Publikumsgesellschaften mit einem einzigen Sitzungstermin auszukommen, was auch weiterhin die vorgängige Festübernahme der neu zu schaffenden Aktien durch einen Treuhänder¹⁴ bedingen dürfte.

Bedauerlich ist es daher, dass auch das künftige Recht die Kapitalerhöhung mit *Festübernahme* nicht regelt. Die Festübernahme wirft erhebliche Rechtsfragen auf, weil eben die originäre Aktienzeichnung direkt bei der Gesellschaft und der derivative Aktienwerb von einer treuhänderisch zwischengeschalteten Bank oder Drittgesellschaft nicht dasselbe sind¹⁵. Die hiermit verbundenen Probleme werden nun weiterhin ungelöst bzw. es wird ihre Lösung der Praxis überlassen bleiben.

1.1.3 Befristung des Erhöhungsbeschlusses

Nach revOR 650 III wird der Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung hinfällig, wenn die Erhöhung nicht innerhalb von drei Monaten ins Handelsregister eingetragen wird. Diese wohl als Verwirklichungsfrist gedachte^{15a} Beschränkung lädt zum Missbrauch ein:

Erfahrungsgemäss fällt es leicht, eine Eintragung im Handelsregister durch vorsorgliche Massnahme vorläufig zu stoppen. Damit könnte jede Kapitalerhöhung ausserhalb der Routine durch eine Klage – ganz unabhängig von ihrem Ausgang – vereitelt werden, weil bis zum rechtskräftigen Entscheid die Dreimonatsfrist längst abgelaufen wäre. – Gerichte und

Registerbehörden werden über sinnvolle Korrekturen nachdenken müssen. Darf zum Gesetzestext hinzugefügt werden, die Frist stehe während eines Anfechtungsprozesses still^{15b}? Oder ist es vertretbar, «eingetragen» als «angemeldet» zu lesen?

1.2 Verschwinden der Vorratsaktien?

Im künftigen Recht soll die Eigenkapitalbasis durch die Einführung des bedingten und des genehmigten Kapitals als neuen Varianten der Kapitalerhöhung *flexibler ausgestaltet* werden: Durch diese zusätzlichen Formen des Grund- oder – wie es neu heissen wird – des *Aktienkapitals*¹⁶ werden Bedürfnisse abgedeckt, die heute mit den sog. *Vorratsaktien* erfüllt werden. Entgegen den Intentionen des Gesetzgebers wird damit die Beweglichkeit der heutigen Ordnung nicht mehr erreicht:

Im Entscheid Canes gegen Nestlé vom 25.6.1991¹⁷ hat das Bundesgericht bekanntlich Vorratsaktien und den für ihre Schaffung notwendigen Entzug des Bezugsrechts ausdrücklich gebilligt, und zwar auch für die flexibelste Form, nach der solche Aktien dem Verwaltungsrat zur freien Verwendung «für Zwecke im Interesse der Gesellschaft» zur Verfügung stehen sollen. *Diese Freiheit* gibt es unter neuem Recht nicht mehr: Beim genehmigten Kapital soll der Entzug des Bezugsrechts nur aus wichtigen Gründen¹⁸ möglich sein. Das bedingte Kapital wird nur für Anleiheobligationen oder ähnliche Forderungen (verbunden mit einem grundsätzlichen Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre¹⁹) sowie für die Arbeitnehmerbeteiligung offenstehen.

1.3 Regeln für die bedingte Kapitalerhöhung

a) Nach revOR 653 soll die bedingte Kapitalerhöhung für zwei Ziele offenstehen, nämlich dafür, Rechte auf den Bezug neuer Aktien für *Gläubiger* von

¹³ Vgl. OR 716 und revOR 713 II.

¹⁴ Bank, Bankenkonsortium, befreundete Gesellschaft.

¹⁵ Zu den Folgen des Zusammenbruchs des Treuhänders bei der Festübernahme von Obligationen vgl. BGE 112 II 444 ff. = SAG 59 (1987) 72 ff. (mit Bemerkungen des Verfassers). Diese Konsequenzen sind bei der Aktienemission freilich nicht zu erwarten.

^{15a} Vgl. Botschaft (zit. Anm. 68) 117, wo zu dieser Frage zwar nicht Stellung bezogen, aber immerhin betont wird, die Frist sei «zwingend».

^{15b} Vgl. – allerdings betreffend Verjährungsfristen – OR 134.

¹⁶ Diese Änderung in der Terminologie ist gerechtfertigt: Anders als nach heutigem Recht wird das allfällige Partizipationskapital Teil des Grundkapitals sein, womit Aktienkapital und Grundkapital nicht mehr gleichgesetzt werden können. Der Oberbegriff «Grundkapital» wird im neuen Recht nirgends verwendet.

¹⁷ Publiziert in Sem. 113 (1991) 653 ff. und AJP 1 (1992) 108 ff. sowie auszugsweise und mit Bemerkungen von *Alain Hirsch* in SZW 63 (1991) 291 ff.; vgl. sodann die Hinweise in ZBJV 127 (1991) 440 f.

¹⁸ Vgl. aber zum Begriff des wichtigen Grundes hinten bei Anm. 28 ff.

¹⁹ Vgl. zu diesem Recht hinten Ziff. 2.2.

neuen Anleihs- oder ähnlichen Obligationen der Gesellschaft bzw. ihrer Konzerngesellschaften oder für die *Arbeitnehmer* zur Verfügung zu stellen. Damit wird *logisch zwingend das Bezugsrecht ausgeschlossen*, da andernfalls die neuen Aktien nicht den Gläubigern bzw. Arbeitnehmern offeriert werden könnten.

Trotzdem schreibt revOR 653b I Ziff. 4. vor, die Statuten müssten die Aufhebung der Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre «angeben». Dies ist überflüssig, weil mit dem bedingten Kapital gemäss der Zweckeinengrenzung von revOR 653 ohnehin notwendig verbunden.

b) Soll den Aktionären hinsichtlich der «Anleihs- oder ähnlichen Obligationen, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind»²⁰, nicht ein Vorwegzeichnungsrecht²¹ eingeräumt werden, so müssen die Statuten überdies «die Voraussetzungen für die Ausübung der Wandel- oder der Optionsrechte» und «die Grundlagen, nach denen der Ausgabebetrag zu berechnen ist»²², angeben.

Nähme man das Gesetz beim Wort, müsste die *Generalversammlung* also *die wesentlichen Anleihsbedingungen selbst beschliessen*. Dies ist völlig unpraktikabel, da solche Bedingungen jeweils im letzten Moment entsprechend der Verfassung des Marktes festgelegt werden. In der löblichen Absicht des Aktionärsschutzes hat man eine Ordnung getroffen, die nicht funktionieren kann, es sei denn, man begnüge sich – wohl im Gegensatz zu den Intentionen des Gesetzgebers – mit minimalen und nichtssagenden Hinweisen²³.

c) Nach dem Gesetz soll bedingtes Kapital nur zugunsten von Gläubigern und Arbeitnehmern geschaffen werden können²⁴. Die *Aktionäre* werden *nicht berücksichtigt*²⁵.

Nun kann es aber durchaus sinnvoll sein, zugunsten der *Aktionäre* bedingtes Kapital zu schaffen, etwa dann, wenn man ihnen eine *Gratisoption* zukommen lassen will. Jedenfalls würde sich hierfür das bedingte Kapital besser eignen als die ordentliche oder die genehmigte Kapitalerhöhung. Es scheint, dass

auch hier ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt, indem die Fixierung auf den Aktionärsschutz vergessen liess, welche legitimen Einsatzmöglichkeiten für bedingtes Kapital bestehen.

1.4 Die Liberierung

Entsprechend dem bisherigen Recht sind für die Liberierung bei der Gründung drei Formen vorgesehen: Bareinzahlung, Sacheinlage und Verrechnung. Bei der Kapitalerhöhung kommt als vierte Möglichkeit die sog. «Gratisliberierung» aus Eigenkapital hinzu.

Das neue Recht will – an sich verdienstvoll – die bisher nur in der Handelsregisterverordnung vorgesehene^{25a} und in ihrer rechtlichen Zulässigkeit nicht unbestrittene^{25b} Liberierung durch Verrechnung gesetzlich regeln. Aus unerfindlichen Gründen wird diese Liberierungsart aber nur für die «nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien» vorgesehen^{25c}. Damit könnte die primäre Leistung anlässlich der Gründung bzw. Kapitalerhöhung nicht auf dem Wege der Verrechnung erbracht werden – eine Einschränkung, die keinen Sinn macht und wohl irrtümlich erfolgt ist.

2. Aktionärsrechte

Ein Hauptanliegen der Reform war die Verbesserung des *Aktionärsschutzes*. Auch in diesem Bereich scheinen aber einzelne der neuen Bestimmungen unpassend oder zumindest unklar zu sein:

2.1 Verstärkung des Bezugsrechts

a) Das neue Recht verstärkt das Bezugsrecht der Aktionäre: Nach revOR 652b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses²⁶, durch qualifiziertes Mehr²⁷ und überdies nur «aus wichtigen Gründen» aufgehoben werden können.

b) Ob diese Verstärkung des Bezugsrechts hält, was sie dem ersten Anschein nach verspricht, wird

^{25a} Vgl. HRV 80.

^{25b} Vgl. Forstmoser (zit. hinten Anm. 96) § 10 N 207 ff. sowie ausführlich Peter Mosimann: Die Liberierung von Aktien durch Verrechnung (Diss. Basel 1978 = Basler Studien 112).

^{25c} Vgl. revOR 634a. Wegen der Verweisung in revOR 652c kommt diese Bestimmung auch bei der Kapitalerhöhung zur Anwendung.

²⁶ Also nicht mehr generell durch die Statuten, wie dies gemäss Art. 652 des geltenden Rechts möglich ist.

²⁷ RevOR 704 I Ziff. 6.

²⁰ RevOR 653b II.

²¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

²² RevOR 653b II Ziff. 1. und 2.

²³ Zum Beispiel betreffend Ausgabebetrag: Ausgabe zu Marktbedingungen.

²⁴ RevOR 653 I, vgl. vorn Ziff. 1.3 lit. a).

²⁵ Bzw. lediglich indirekt, indem ihnen durch das Recht der Vorwegzeichnung ein Privileg zur Erlangung der Gläubigerstellung eingeräumt wird.

zweifelhaft, wenn man die Voraussetzung des *wichtigen Grundes* für den Bezugsrechtsentzug näher analysiert:

«Wichtiger Grund» im Arbeitsvertragsrecht, im Mietvertragsrecht und im bisherigen Gesellschaftsrecht bedeutet «Unzumutbarkeit», Umstände, die «das weitere Verbleiben im betreffenden Rechtsverhältnis unzumutbar machen . . .»²⁸.

In revOR 652b II werden als wichtige Gründe für den Entzug des Bezugsrechts «insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer» genannt. Damit zeigt sich, dass der Begriff keineswegs im gleichen Sinne verwendet wird wie an anderen Orten des Gesetzes²⁹. Vielmehr dürfte das Kriterium dem des schon heute durch Lehre und Praxis geforderten³⁰ «sachlichen Grundes» nahe stehen. Ebenso wird m. E. nur die bisherige Lehre und Praxis festgeschrieben, wenn im neuen Recht betont wird, durch die Aufhebung von Bezugsrechten dürfe «niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden»³¹.

Sind diese Überlegungen richtig, dann bliebe durch die Neuordnung nur (aber immerhin) eine zusätzliche Einschränkung für den Entzug des Bezugsrechts: Er muss nach künftigem Recht durch die Generalversammlung mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden, während nach der vom Bundesgericht geschützten heutigen Praxis der Entscheid an die Verwaltung delegiert werden kann³².

²⁸ BGE 89 II 153; vgl. auch etwa BGE 105 II 125 f., 61 II 193 f., 71 II 197. Ausführlich zum Begriff des wichtigen Grundes *Beat Badertscher*: Der Ausschluss aus dem Verein nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch (Diss. Zürich 1980 = ZStP 10) 58 ff.; *Hans Roggwiler*: Der wichtige Grund» und seine Anwendung im ZGB und OR (Diss. Zürich 1956) 40 ff.; *Klara Rosenberg*: Das Ausscheiden aus Handelsgesellschaften aus wichtigem Grund (Diss. Bern 1941) 26 ff.

²⁹ Eigentliche «Unzumutbarkeit» liegt jedenfalls nicht generell vor, wenn keine Aktien für die Unternehmensübernahme oder die Arbeitnehmerbeteiligung bereitgestellt werden können.

³⁰ Vgl. statt vieler *Gaudenz Zindel*: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 79) 237 ff.

³¹ RevOR 652b II. Diese Anforderung ergab sich schon bisher aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz als einem ungeschriebenen Prinzip des Aktienrechts, vgl. BGE 102 II 265 ff. und besonders hinsichtlich des Bezugsrechts *Zindel* (zit. Anm. 30) 240 ff.

³² Vgl. das Urteil *Canes/Nestlé* (dazu vorn Anm. 17), Sem. 113 (1991) 667, AJP I (1992) 115 ff.

2.2 Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen

a) Nach revOR 653c I sind Anleihe- oder ähnliche Obligationen, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind, «vorweg den Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung zur Zeichnung anzubieten»³³. Beschränkt oder aufgehoben werden kann dieses Vorwegzeichnungsrecht nur, «wenn ein wichtiger Grund vorliegt»³⁴.

b) Diese Ordnung *trägt der wirtschaftlichen Realität keine Rechnung*, werden doch seit einigen Jahren solche Anleihen zumeist innert Stunden – lange vor Ablauf der offiziellen Emissionsfrist – fest plaziert. Übersehen wurde auch, dass das Vorwegzeichnungsrecht – wenn überhaupt – höchstens für die grösseren Aktionäre von Bedeutung sein könnte: Wegen der regelmässig kleinen Zahl neuer Aktien würde das Recht auf *einen* neuen Titel zum Beispiel im Gegenzug zu 50 bisherigen zu gewähren sein. Die Kleinaktionäre würden dabei leer ausgehen, da sie ihr Bezugsrecht wegen zu niedriger Anzahl Aktien nicht geltend machen könnten. Sie könnten es aber auch nicht verwerten, da der Emissionspreis regelmässig dem Marktpreis im Zeitpunkt der Festlegung entspricht, weshalb dem Bezugsrecht kein oder praktisch kein Wert zukommt.

Ein Vorwegzeichnungsrecht wird also die Ausgabe von Options- und Wandelanleihen verlangsamen und komplizieren und zu einer Verschlechterung der Bedingungen für die Gesellschaft führen, ohne dem Aktionär – zumindest dem Publikumsaktionär – einen nennenswerten Vorteil zu verschaffen. Man muss sich fragen, ob es nicht im Normalfall – entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers – wegbedungen werden kann. Dies könnte man zumindest dann bejahen, wenn man den Begriff des «wichtigen» Grundes auch an dieser Stelle nicht im herkömmlichen Sinne versteht, sondern dem des «sachlichen» Grundes gleichsetzen würde.

2.3 Das Traktandierungsrecht der Aktionäre

a) Das Recht der Aktionäre auf Einberufung einer Generalversammlung soll unverändert Aktionären

³³ Dieses Vorwegzeichnungsrecht war schon im Vorentwurf von 1975 vorgesehen. Es wurde in den bundesrätlichen Entwurf übernommen, wobei aber als Alternative eine Entschädigung der Aktionäre vorgesehen war. Der Nationalrat hatte die Norm gestrichen, sie wurde durch den Ständerat wieder eingeführt.

³⁴ RevOR 653c II.

zustehen, «die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten»³⁵.

Neu soll in revOR 699 III jedoch auch das *Traktandierungsrecht* geordnet werden: Es soll Aktionären eingeräumt werden, «die Aktien im Nennwerte von einer Million Franken vertreten».

b) Diese Neuordnung erscheint im Lichte der gesetzgeberischen Zielsetzung einer Verstärkung der Aktionärsrechte als missglückt:

Dass nicht erwähnt wird, dass Aktionäre oder Aktionärsgruppen, welche die *Einberufung* einer Generalversammlung durchsetzen können – und dafür braucht es lediglich 10% des Aktienkapitals, also u. U. weit weniger als Aktien im Nennwert von Fr. 1 Mio. – auch die Vorlage bestimmter Traktanden verlangen können, mag man noch als offenkundiges Versehen, welches auf dem Wege der Auslegung zu korrigieren ist, hinnehmen.

Gewichtiger ist, dass die wohl überwiegende neuere Lehre die Auffassung vertritt, das Antragsrecht stehe unter geltendem Recht – entsprechend dem Meinungsäusserungsrecht in der Generalversammlung selbst – jedem einzelnen Aktionär zu³⁶. Demgegenüber bringt das künftige Recht eine *Einschränkung des Minderheitenschutzes*.

3. Die Übertragung vinkulierter Namenaktien insbesondere

Besonders zahlreich sind die Unklarheiten und vor allem die *Inkonsequenzen in der Terminologie* bei der Vinkulierungsordnung.

3.1 Die Abgrenzung zwischen Publikumsgesellschaften und privaten Aktiengesellschaften

a) Das neue Recht gibt im Bereich der Vinkulierung den Grundsatz der Einheit des Aktienrechts (zu Recht) preis und trifft unterschiedliche Ordnungen für Publikums- und für private Gesellschaften. Zur Abgrenzung wird das Kriterium des Börsenhandels benutzt. Dabei stellen sich zwei Fragen: Kommt es auf die Erwerbsart im Einzelfall oder auf die Kotierung an sich an? Kommen die für Publikumsgesellschaften geltenden Regeln auch beim Handel an einer Vor- bzw. Nebenbörse zur Anwendung?

b) Es scheint eindeutig, dass als Abgrenzung die *Kotierung an sich* und nicht die Erwerbsart im Einzelfall dienen soll³⁷. Daher dürfte es blosser Nachlässigkeit sein, wenn in revOR 685d III der Ausdruck «börslich gehandelte Namenaktien» verwendet wird³⁸.

c) Weniger klar ist, ob «kотиert» auch den Handel an einer *Vor- bzw. Nebenbörse* erfasst. Aufgrund von revOR 727b I Ziff. 2 scheint dies eher zu verneinen zu sein, wird doch an jener Stelle klar zwischen «an der Börse kotiert» und «vorbörslich gehandelt» differenziert³⁹. Tatsächlich ist dies aber offenbar nicht gewollt gewesen und die unterschiedliche Ausdrucksweise auf ein Versehen zurückzuführen. Man wird daher – hier wie andernorts – davon ausgehen dürfen und müssen, dass die mehrfach unterschiedliche Ausdrucksweise bei der Umschreibung der Börsenkotierung «bei genauer Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Normen ohne jede materielle Konsequenz» bleiben muss: «Erfasst werden sollen überall sowohl die an

³⁷ Vgl. das Marginale von revOR 685d. Der Ausdruck «börsenkotiert» findet sich auch in revOR 685d I, revOR 685e und revOR 685f I.

³⁸ Der Terminologie sieht man die Bearbeitung in letzter Minute an: Während bei der Vinkulierungsordnung der Ausdruck «Börsenkotierte Namenaktien» zumindest überwiegt, wird in revOR 663c I (Bekanntgabe der Beteiligungsverhältnisse) von «Gesellschaften, deren Namenaktien an einer Börse kotiert sind», gesprochen, in revOR 663e III Ziff. 2 (Voraussetzungen für die Pflicht zur Konzernrechnung) davon, dass «die Aktien der Gesellschaft an der Börse kotiert sind», in revOR 727b I Ziff. 2 (Erfordernis besonders qualifizierter Revisoren) schliesslich davon, dass «die Aktien der Gesellschaft an der Börse kotiert oder vorbörslich gehandelt werden». (Hervorhebungen durch mich).

³⁹ Ähnlich *Peter Nobel*: Revidierte Vinkulierungsordnung und Handelbarkeit von Namenaktien, Referat an einem Seminar der HSG-Weiterbildungsstufe vom 12.11.1991 (ohne definitive Stellungnahme).

³⁵ RevOR 699 III, inhaltlich gleich OR 699 III.

³⁶ Die ältere Lehre stand mehrheitlich auf dem Standpunkt, das Traktandierungsrecht richte sich nach dem Einberufungsrecht, stehe also nur Aktionären zu, die mindestens 10% des Grundkapitals vertreten würden. Vgl. dazu die Übersichten bei *François Bianchi*: Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1982 = SSHW 65) 45 ff. und *Otto Bruderer*: Das Antragsrecht des Aktionärs (Diss. St. Gallen 1981) 30 f. Das Recht eines jeden Aktionärs, ein Traktandum auf die Tagesordnung einer (ohnein einzuberufenden) Generalversammlung setzen zu lassen, vertreten dagegen *Peter Forstmoser*: Der Aktionär als Förderer des Gemeinwohls?, ZSR 92 I (1973) 21, Anm. 57; *Werner Stauffacher*: Das Antragsrecht des Aktionärs SJZ 69 (1973) 320 ff. und vor allem *Bruderer*, a.a.O. passim und 223.

der Haupt-, als auch die an der Vor-, Nach- oder Nebenbörse gehandelten Titel.»⁴⁰

3.2 Die Abgrenzung der Erwerbsarten bei börsenkotierten Namenaktien

Hinsichtlich der Rechtsfolgen beim Handwechsel von börsenkotierten Namenaktien differenziert das Gesetz weiter, je nachdem ob kotierte Aktien «börsenmässig verkauft»⁴¹ oder «ausserbörslich erworben»⁴² werden:

Der Ausdruck «börsenmässig erworben» ist missverständlich und führt – wenn man ihn zum Wortlaut nimmt – zu willkürlichen Ergebnissen: Bekanntlich besteht in der Schweiz kein Börsenzwang und erfüllen Banken, die mit dem Erwerb bzw. der Veräusserung von Aktien beauftragt werden, ihre Verpflichtung häufig durch Selbsteintritt oder bankinterne Kompensation. «Börsenmässig erworben» bzw. «börsenmässig verkauft» sind die Aktien in diesen Fällen nicht, womit die Ordnung für den ausserbörslichen Erwerb zur Anwendung käme. Dies würde aber dazu führen, dass der Kunde je nach dem von der Bank benutzten Prozedere unterschiedlichen Rechtsfolgen unterstellt würde. Eine solche Konsequenz kann nicht gewollt gewesen sein. «Börsenmässig erworben» werden Aktien daher m. E. trotz des missverständlichen Wortlauts auch dann, wenn eine Bank durch Selbsteintritt oder interne Kompensation erfüllt. Entscheidend ist nach dieser Ansicht, ob *aufgrund eines Börsenauftrages* erworben wird. Gewiss ist dies aber nicht. So scheint *Böckli*⁴³ die Bestimmung zum Wortlaut nehmen zu wollen⁴⁴. Ähnlich wie hier äussert sich

dagegen *Nobel*⁴⁵, der darauf abstellen will, «ob eine Börsenabrechnung erstellt wird».

3.3 Zur «Ausländerklausel» insbesondere

Neben der Prozentklausel, die langfristig die einzige Möglichkeit der Vinkulierung von börsenkotierten Namenaktien sein wird, ist vorläufig noch ein weiterer Vinkulierungsgrund vorgesehen, nämlich eine verkappte *Ausländerklausel*, die allerdings nur in den Schlussbestimmungen aufgeführt wird.

Die Bestimmung mit dem Marginale «Ablehnung von Namenaktionären» lautet:

«In Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 [d. h. der Prozentklausel] kann die Gesellschaft, aufgrund statutarischer Bestimmung, Personen als Erwerber an der Börse gehandelter Namenaktien ablehnen, soweit und solange deren Anerkennung die Gesellschaft daran hindern könnte, durch Bundesgesetze geforderte Nachweise über die Zusammensetzung des Kreises der Aktionäre zu erbringen.»

Solche Nachweise werden namentlich durch die *Lex Friedrich* und das Bankengesetz, ferner durch einige wenige andere Bundesgesetze verlangt, wobei es durchwegs um die schweizerische Beherrschung geht.

b) Die *Tragweite* dieser Norm ist in mancher Hinsicht *ungewiss*:

- Soweit Aktien *nicht kotiert* sind, dürfte die Bestimmung nach ihrem klaren Wortlaut keine Anwendung finden⁴⁶, eine Differenzierung, die unbegründet erscheint, da bei privaten Aktiengesellschaften eine Schranke für die Ausländerbeteiligung eigentlich eher gerechtfertigt sein kann als bei Publikums-gesellschaften⁴⁷.
- Offen ist, ob eine Gesellschaft unter Berufung auf einschlägige Bundesgesetze und namentlich die *Lex Friedrich* Ausländer *generell abweisen* kann⁴⁸ oder ob eine Ablehnung nur bei *konkreter Gefährdung* zulässig sein soll, d. h. nur dann, wenn die Zulas-

⁴⁰ So der «Insider» *Hanspeter Kläy*: Bundesgesetzgebung im Bereiche des Privat- und Wirtschaftsrechts. Stand Oktober 1991, SZW 63 (1991) 312 ff. Anm. 8. Für ein redaktionelles Versehen spricht auch, dass in revOR 663e III Ziff. 2 und 663c I von «an der Börse kotiert» bzw. «an einer Börse kotiert» gesprochen wird, ohne Differenzierung zwischen börslichem und vorbörslichem Handel, und dass nicht einzusehen ist, wieso bei der Abgrenzung zwischen den drei genannten Normen eine Differenzierung stattfinden sollte. Gleicher Ansicht ist *Peter Böckli*: Wesentliche Änderungen in der Vinkulierung der Namenaktien, ST 65 (1991) 583, der den Tatbestand der Kotierung als erfüllt betrachtet, wenn «Namenaktien am Haupt- oder Nebentableau einer Schweizer Börse ... notiert sind».

⁴¹ RevOR 685e: Rechtsübergang mit der Übertragung.

⁴² RevOR 685e, f I, Rechtsübergang erst, wenn der Erwerber ein Gesuch um Anerkennung als Aktionär eingereicht hat.

⁴³ Zit. Anm. 40.

⁴⁴ Vgl. dessen Anm. 9.

⁴⁵ Zit. Anm. 39.

⁴⁶ Gl. M. *Nobel* (zit. Anm. 39).

⁴⁷ Aufgrund von revOR 685b II (Möglichkeit der Ablehnung eines Aktienerwerbers aus wichtigem Grund) dürfte freilich das gleiche Resultat zu erreichen sein, aber nur dann, wenn der Gesellschaftszweck entsprechend gefasst wird. (Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises müssen «im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen.»)

⁴⁸ So *Kläy* (zit. Anm. 40) 312 ff., Anm. 9, wonach «eine rein abstrakte Gefährdung genügen soll».

sung eines bestimmten Gesuchstellers für die Gesellschaft Nachteile mit sich brächte⁴⁹. Der Wortlaut («soweit und solange») spricht eher für das zweite⁵⁰.

Geht man von letzterer Auffassung aus, so stellt sich weiter die Frage, wie *praktisch vorzugehen* ist: Kann die Gesellschaft frei auswählen, wen sie im Rahmen der verfügbaren Quote zulassen will oder besteht ein Recht auf Gleichbehandlung (der Erwerber ist ja wohl nach revOR 685f I und III «Aktionär ohne Stimmrecht»), etwa nach dem Prinzip «First-come-first-served», so dass abgelehnte Erwerber in eine Warteschlange aufzunehmen und beim Freiwerden der nötigen Stellen zuzulassen sind?

- Unklar ist auch, ob der Begriff «Bundesgesetz» zum Wortlaut zu nehmen ist⁵¹, oder ob darunter auch etwa Doppelbesteuerungsabkommen und der BRB betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes zu subsumieren sind^{52, 53}.
- Die Anforderungen an die *statutarische Basis* sind vorderhand ebenfalls nicht geklärt. Genügt die Bezugnahme auf den Gesetzestext oder «müssen die Statuten die Grenzen der Nachweisgefahr nach dem Bundesgesetz, z. B. 30% des Namenaktienbesitzes in ausländischer Hand, selber nennen?»⁵⁴.

c) Es scheint übrigens ungewiss, *ob die Bestimmung ihr Ziel überhaupt erreicht*: Der nicht anerkannte Aktienerwerber kann sich als «Aktionär ohne Stimmrecht» im Aktienbuch eintragen lassen⁵⁵ und es kommen ihm die aktienrechtlichen Vermögensrechte einschliesslich des Bezugsrechts vollumfänglich zu. Die Lex Friedrich etwa knüpft aber Nachteile keines-

wegs (nur) an die stimmenmässige Beherrschung, sondern auch an die blosser *Kapitalbeteiligung* an⁵⁶!

3.4 Ablehnungsgründe bei nicht kotierten Namenaktien

a) Bei nicht kotierten Namenaktien soll die Gesellschaft einen Aktienerwerber ablehnen können, «wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt . . .»⁵⁷.

Auch an dieser Stelle zeigen die angeführten Beispiele⁵⁸, dass damit wohl nicht ein «wichtiger Grund» nach herkömmlicher Terminologie gemeint ist, sondern ein *sachlicher Grund*⁵⁹.

b) Eine Ablehnung soll bei nicht kotierten Aktien auch dann möglich sein, wenn dem Veräusserer die *Übernahme zum wirklichen Wert* angeboten wird. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dieser Ablehnungsgrund auch ohne statutarische Grundlage^{59a}. Freilich wäre er dann falsch – nämlich bei den statutarischen statt bei den gesetzlichen Ablehnungsgründen – plazierte^{59b}. Die gleiche Unsicherheit besteht für den Ablehnungsgrund von revOR 685b III: Ablehnung zufolge Weigerung des Erwerbers zu erklären, dass er die Aktien *in eigenem Namen und auf eigene Rechnung* erworben hat^{59c}. – Bis zur gerichtlichen Klärung wird man gut daran tun, diese Ablehnungsgründe in die Statuten aufzunehmen.

⁵⁶ Vgl. hiezu Böckli (zit. Anm. 40) 585. Nach Nobel (zit. Anm. 39) braucht freilich ein abgelehnter Erwerber nicht als Aktionär ohne Stimmrecht eingetragen zu werden. Auch nach dieser Ansicht würde aber der Rechtsübergang, der vom bloss deklaratorischen (BGE 90 II 171 ff.) Aktienbucheintrag nicht abhängt, nicht verhindert.

⁵⁷ RevOR 685b I.

⁵⁸ Vgl. revOR 685b II: «Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen.»

⁵⁹ Vgl. die Bemerkungen bei Anm. 28 f.

^{59a} Es wird unterschieden zwischen einem «wichtigen, in den Statuten genannten Grund» einerseits und dem Übernahmeangebot (für das eine statutarische Basis nicht erwähnt wird) auf der anderen Seite.

^{59b} In den Materialien ist nur ein Votum von NR Leuenberger einschlägig, der in jedem Fall eine statutarische Basis verlangt, Amtl Bull NR 1985 S. 1725.

^{59c} Die Bestimmung findet sich mit nur leicht – und wohl unbeabsichtigt – anderem Wortlaut auch bei den Vinkulierungsbestimmungen für börsenkotierte Namenaktien, Art. 685d II. An jenem Ort besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass eine statutarische Grundlage verlangt wäre. Unterschiedliche Voraussetzungen für kotierte und nicht kotierte Aktien waren wohl nicht gewollt.

⁴⁹ So wohl Böckli (zit. Anm. 40) 585.

⁵⁰ A. M. Kläy, a.a.O.

⁵¹ So wohl Böckli (zit. Anm. 40) 584 bei Anm. 18.

⁵² Nobel (zit. Anm. 39) hält dies für «eher ungewiss». Der französische und der italienische Wortlaut («législation fédérale» bzw. «legislazione federale») sprechen aber dafür.

⁵³ Kaum haltbar dürfte es sein, irgendwelche potentiellen Nachteile seitens staatlicher Behörden zum Ausgangspunkt für eine Ablehnung zu nehmen, wie dies Pierre Borgeaud (Die Vinkulierung aus der Sicht der Wirtschaft, ST 65 [1991] 585 ff., 589) tun will, indem er u. a. den diplomatischen Schutz und ausländische Feindgesetzgebungen erwähnt.

⁵⁴ So Böckli (zit. Anm. 40) 585, in Frageform.

⁵⁵ RevOR 685f III.

Eine weitere Ungereimtheit: Nach revOR 685b I muss dem *Veräusserer* die Abnahme der Aktien angeboten werden. Nach Abs. V desselben Artikels soll dagegen bei Uneinigkeit der *Erwerber* eine richterliche Bewertung verlangen können^{59d}.

3.5 Umschreibung der Wirkungen der sog. Spaltung

Beim Übergang nichtkotierter Namenaktien infolge Erbgangs, Erbteilung, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung bleibt die im übrigen für die Zukunft vermiedene sog. Spaltung^{59e} erhalten. Das Gesetz fällt hier in die unpräzise frühere Ausdrucksweise des Bundesgerichts⁶⁰ zurück, indem vom sofortigen Übergang der «Vermögensrechte» gesprochen wird⁶¹ statt vom Übergang der «aus der vinkulierten Aktie fließenden Forderungsrechte»⁶².

3.6 Exkurs: Die Zulassung als Aktionär und die Eintragung im Aktienregister

a) Das geltende Recht umschreibt den Tatbestand der Ablehnung eines Aktienerwerbers aufgrund einer Vinkulierungsbestimmung damit, die Gesellschaft könne «die Eintragung in das Aktienbuch . . . verweigern»⁶³. Im Zeitpunkt der Inkraftsetzung war diese Formulierung durchaus vertretbar: Nach der damaligen Auffassung des Bundesgerichts⁶⁴ war der Eintrag im Aktienbuch *konstitutiv* für den Erwerb der Mitgliedschaft, womit die Verweigerung der Eintragung der Ablehnung als Aktionär gleichkam.

Seither haben jedoch die Ansichten geändert, und es ist heute unbestritten, dass dem Eintrag im Aktien-

buch lediglich deklaratorische Wirkung zukommt⁶⁵. «Anerkennung als Aktionär» und «Eintragung» sind daher zweierlei, die Eintragung lediglich ein Indiz dafür, dass ein Gesuchsteller als Aktionär zugelassen worden ist.

b) Das neue Recht trägt der geänderten Auffassung Rechnung: RevOR 685b I spricht nicht mehr vom Eintrag im Aktienbuch, sondern davon, die Gesellschaft könne «*das Gesuch um Zustimmung ablehnen*»⁶⁶. Leider wird die neue und korrekte Ausdrucksweise nicht durchgehalten: So ist in revOR 685b III die in den Absätzen I und IV vorgenommene Korrektur nicht erfolgt und blieb die alte Formulierung stehen, die Gesellschaft könne «die Eintragung in das Aktienbuch verweigern». Die gleiche – unkorrekte – Ausdrucksweise findet sich in revOR 685d II⁶⁷.

4. Partizipationsscheine und Genussscheine

Auch in diesem – insgesamt gut gelungenen – Bereich ist auf einige Bestimmungen hinzuweisen, deren Tragweite vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein dürfte.

4.1 Der Partizipationsschein

a) Hauptziel der Neuordnung des PS war die Verstärkung der Rechtsstellung des Partizipanten⁶⁸. Dabei orientiert sich das neue Recht an zwei Grundsätzen, dem der *Gleichheit*, indem die PS vermögensmäßig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen⁶⁹, und dem der *Schicksalsgemeinschaft*, da die Aktionäre durch Generalversammlungsbeschluss die Stellung der Partizipanten zwar verschlechtern können, dies aber nur dann, wenn sie auch selber eine entsprechende Einbusse auf sich nehmen⁷⁰.

^{59d} Dass der Erwerber die Bewertung verlangen kann macht zwar Sinn bei der Übernahme von Aktien, die durch Erbgang, Erbteilung etc. (revOR 685b IV) erlangt worden und damit *auf den Erwerber übergegangen* sind (revOR 685c II), nicht aber im Normalfall von revOR 685b I, in welchem «das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer» bleiben (revOR 685c I).

^{59e} Am Rande: Unklar ist, wie künftig ein anonymer *ausserbörslicher Handel* möglich sein soll, wenn trotz Kaufs alle Rechte beim Veräusserer bleiben, bei späterer Zulassung des Erwerbers als Aktionär freilich nur vorläufig, bei dessen Ablehnung aber definitiv!

⁶⁰ BGE 83 II 303.

⁶¹ RevOR 685c II.

⁶² So berichtend BGE 90 II 241.

⁶³ OR 686 I, vgl. auch das Marginale «Verweigerung der Eintragung».

⁶⁴ Vgl. BGE 69 II 316 ff.

⁶⁵ So BGE 90 II 171 ff., vgl. aus der Literatur statt vieler *Ulrich Benz*: Aktienbuch und Aktionärswechsel (Diss. Zürich 1981 = SSHW 63) 114.

⁶⁶ Korrekt ist die Terminologie auch in revOR 685b IV und in revOR 685f II.

⁶⁷ Fragwürdig ist auch revOR 686 II, wo für den Fall der Erschleichung der Anerkennung als Aktionär mit falschen Angaben die Möglichkeit einer Streichung im Aktienbuch vorgesehen ist. Zumindest unklar ist der aus dem bisherigen Recht übernommene revOR 686 IV (bisher OR 685 IV), wonach im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär «gilt», «wer im Aktienbuch eingetragen ist».

⁶⁸ Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983 (BBl 1983 II 745 ff.), Separatdruck S. 56.

⁶⁹ RevOR 656f II.

⁷⁰ RevOR 656f III.

b) Immerhin führt der Grundsatz der Schicksalsgemeinschaft in einem Punkt – und dessen war sich der Gesetzgeber kaum bewusst – zu einer *Schwächung* der Rechtsstellung der Partizipanten: Nach Art. 657 V des geltenden Rechts kann dem Genussscheinhaber und damit auch dem Partizipanten ein «Verzicht auf einzelne oder alle Rechte» nur auferlegt werden, wenn die kapital- bzw. zahlenmässige Mehrheit aller Genuss- bzw. Partizipationsscheine zustimmt. Künftig dagegen soll ein solcher Verzicht ohne Befragung der Partizipanten durchgesetzt werden können, vorausgesetzt nur, die Aktionäre bzw. – genauer – eine Kategorie von Aktionären nehme dasselbe Opfer auf sich.

c) Auf der anderen Seite werden durch die grundsätzliche Gleichstellung von PS und Aktie⁷¹ *Änderungen in der Kapitalstruktur* – wohl ebenfalls ungewollt – *erschwert*: Ist unter geltendem Recht eine Zusammenlegung von PS durch Mehrheitsbeschluss der Partizipanten möglich⁷², so wird wegen der generellen Verweisung bei den PS auf das für Aktien und das Aktienkapital geltende Recht künftig für den PS OR 623 II anzuwenden sein. Danach bedarf die Zusammenlegung von Beteiligungspapieren der Zustimmung des Betroffenen, kann also gegen seinen Willen nicht von der Mehrheit durchgesetzt werden⁷³.

4.2 Genussscheine

Die Ordnung des Genussscheins bleibt weitgehend unverändert. Sie scheint für ein zum Zwecke der Sanierung einzusetzendes Mittel auch durchaus adäquat. Erstaunlich ist jedoch, dass der Genussschein neuerdings ausdrücklich als Instrument der *Arbeitnehmerbeteiligung* vorgesehen wird⁷⁴. Der schlecht geschützte Genussschein eignet sich hierfür meines Erachtens nicht, und wenn es recht war, dem Anleger durch die Neuordnung des PS eine verstärkte Stellung einzuräumen, dann wäre es billig gewesen, auch für

den Arbeitnehmer analoge Verbesserungen vorzunehmen⁷⁵.

5. Rechnungslegung und Publizität

5.1 Lückenhaftes Übergangsrecht

Den Übergangsbestimmungen ist bei der Aktienrechtsreform nicht die nötige Sorgfalt gewidmet worden. Besonders deutlich wird dies bei der Rechnungslegung:

a) So gibt es für die Anpassung der allgemeinen *Rechnungslegung* keine Übergangsfrist. Damit hätte eigentlich die Rechnung per Ende 1992 (weil unter neuem Recht zu erstellen) den Bestimmungen des revidierten Aktienrechts zu genügen. 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 offiziös⁷⁶ ist daher die Ansicht, dass erst die Jahresrechnung am Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht dessen Bestimmungen zu genügen hat, in den zahlreichen Fällen, in welchen das Geschäftsjahr und das Rechnungsjahr übereinstimmen, also die Rechnung per Ende 1993⁷⁷.

b) Insbesondere ist auch keine Übergangsfrist für die Einführung der *Konzernrechnung* vorgesehen worden. Dabei ist es eine Binsenwahrheit, dass sich eine Konzernrechnung nicht von einem Jahr zum anderen realisieren lässt. Der Bundesrat wird voraussichtlich eine angemessene Anpassungsfrist dadurch sicherstellen, dass er die einschlägigen Bestimmungen⁷⁸ erst ein oder zwei Jahre später in Kraft setzt⁷⁹.

⁷¹ RevOR 656a II.

⁷² Vgl. OR 657 V: «Verzicht auf einzelne oder *alle* Rechte» (Hervorhebung durch mich). Die Praxis lässt sogar eine Zusammenlegung *ohne* Beschlussfassung durch die Partizipanten zu.

⁷³ Dafür kommt wegen des neuen Aktien-Mindestnennwerts von nur Fr. 10. – ein Aktiensplit zur Angleichung von Aktien und PS als Vorstufe für eine Vereinheitlichung der Beteiligungspapiere eher in Betracht.

⁷⁴ Vgl. revOR 657 I.

⁷⁵ Die generelle Verweisung auf den PS kam wohl deshalb nicht in Betracht, weil PS per definitionem «gegen Einlage ausgegeben» werden und «einen Nennwert» haben müssen (revOR 656a I). Zumindest die eigentlichen Schutzrechte hätten dem Arbeitnehmer aber eingeräumt werden können.

⁷⁶ So ausdrücklich eine Erklärung des Präsidenten der ständerätlichen Kommission, Ständerat *Carlo Schmid*, in AmtBull SR 1991, 472. Aus der bundesrätlichen Botschaft (zit. Anm. 68) 199 scheint sich jedoch das Gegenteil zu ergeben.

⁷⁷ Dies mit dem Vorbehalt, dass diese erste Jahresrechnung nach neuem Recht die Vorjahreszahlen nicht zu enthalten braucht.

⁷⁸ RevOR 663e ff.

⁷⁹ Jedenfalls wird dies in Botschaft (zit. Anm. 68) 199 so in Aussicht gestellt.

5.2 Der Anwendungsbereich der Konsolidierungspflicht

Eine Konzernrechnung ist zu erstellen, wenn eine «Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen[fasst] (Konzern)»⁸⁰.

Kriterium soll also die *einheitliche Leitung* sein, während der Umstand, dass einer Gesellschaft die Stimmenmehrheit bei anderen Gesellschaften zukommt, nur als ein mögliches *Mittel* für die Erzielung einer einheitlichen Leitung genannt wird.

Damit wäre die reine *Finanzholding*, die lediglich Beteiligungen hält, *ohne eine einheitliche Leitung auszuüben* oder auch nur ausüben zu wollen, von der Erstellung einer Konzernrechnung befreit. Dies war wohl nicht gewollt⁸¹, sondern es ist anzunehmen, dass die Vereinigung der Stimmenmehrheit in einer Holding per se Basis für die Konsolidierungspflicht bildet. Sicher ist dies aber angesichts des «klaren» Wortlauts des Gesetzes nicht.

5.3 Offenlegung der Beteteiligungsverhältnisse bei Börsenkotierung

a) Nach revOR 663c müssen Gesellschaften, «deren Namenaktien an einer Börse kotiert sind», bedeutende Aktionäre⁸² und ihre Beteiligungen angeben, «sofern diese ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten».

Die Beschränkung der Offenlegungspflicht auf Gesellschaften mit *Namenaktien* gibt keinen Sinn: Kommt man zum Schluss, dass es bei Publikumsgesellschaften wünschbar ist, die Beherrschungsverhältnisse offenzulegen, dann muss dies unabhängig von der Aktienart gelten. Auch der naheliegende Einwand, bei Inhaberaktien seien der Gesellschaft die Aktionäre nicht bekannt, ist nicht stichhaltig: Zum einen trifft dies für Grossaktionärsstellungen bei Publikumsgesellschaften oft nicht zu. Zum anderen trägt die Norm einer allfälligen Unkenntnis schon dadurch Rechnung, dass Gesellschaften ihre Grossaktionäre

nur anzugeben haben, «sofern diese ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten»⁸³.

Merkwürdig ist auch das Zustandekommen der Bestimmung: Sie wurde noch in der Schlussredaktion – nach Abschluss der Beratung durch das Parlament – materiell abgeändert: Der im Juni 1991 – nach der Differenzbereinigung – vorliegende Text sprach in einem Art. 663b^{bis} von «Gesellschaften, deren *Aktien* an einer Börse kotiert sind . . .»⁸⁴. Während der «redaktionellen» Bereinigung wurde daraus der definitive Art. 663c, der die Bekanntgabepflicht nur für solche Gesellschaften vorsieht, deren *Namenaktien* börsenkotiert sind. Ein solches Vorgehen ist rechtsstaatlich bedenklich, auch wenn das Gesetz in der Schlussabstimmung vom 4. Oktober 1991 formell in der definitiven Version vom Parlament abgesehnet wurde⁸⁵.

5.4 Offenlegung der Auflösung stiller Reserven

Nach revOR 663b Ziff. 8 ist der Gesamtbetrag der aufgelösten stillen Reserven bekanntzugeben, soweit er den Gesamtbetrag der neu gebildeten stillen Reserven übersteigt, «wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird».

Unklar ist die Bedeutung des Ausdrucks «*wesentlich*», und zwar nicht nur deshalb, weil damit ein Ermessensspielraum eröffnet wird. Vielmehr stellt sich die Frage, ob mit diesem Begriff nicht einfach der in der Rechnungslegung anerkannte und mittlerweile selbstverständliche Grundsatz der «*materiality*» im Gesetz explizit erwähnt werden sollte. Wäre dem so, dann wäre freilich das politische Tauziehen um diese Norm unnötig gewesen. Es scheint daher, dass damit mehr und anderes gemeint sei, eine zusätzliche Schranke für die Pflicht zur Bekanntgabe stiller Reserven aufgestellt werden sollte. War dies die Absicht, dann wäre es sinnvoll gewesen, einen Ausdruck zu verwenden, der nicht bereits fachtechnisch besetzt ist.

⁸⁰ RevOR 663e I.

⁸¹ Vgl. immerhin Botschaft (zit. Anm. 68) 74: «Entscheidend für die Konsolidierung ist die einheitliche Leitung.» Das Kriterium wäre jedoch nicht sachgerecht, weil gerade bei den Bestimmungen für die Rechnungslegung, in denen sich das schweizerische Konzernrecht vorderhand erschöpft, kein Grund für eine Beschränkung nur auf solche Gruppen, die eine einheitliche Leitung aufweisen, besteht.

⁸² Beteiligung von 5% aller Stimmrechte oder allfällige tiefere prozentmässige Begrenzung für Namenaktien.

⁸³ Soweit Namenaktien kotiert sind, müssen im übrigen *alle* (bekannten) bedeutenden Aktionäre angegeben werden, also auch die Inhaberaktionäre, was die Einschränkung der Bekanntgabepflicht vollends inkonsequent macht.

⁸⁴ Hervorhebung durch mich.

⁸⁵ Einen Ausrutscher dieser Art gibt es noch an anderer Stelle. Art. 663e in der vom Parlament verabschiedeten Fassung sah vor, dass auf Angaben in der jährlichen Berichterstattung verzichtet werden kann, wenn solche Angaben die Gesellschafts- bzw. Konzerninteressen und die *Landesinteressen* schädigen könnten. Die Redaktionskommission hat den Vorbehalt der Landesinteressen ersatzlos gestrichen (vgl. nun revOR 663h I)!

6. Bestimmungen zu den Organen

6.1 Kompetenzabgrenzungen

In revOR 698 II Ziff. 1. wird als unübertragbare Befugnis der Generalversammlung weiterhin ausdrücklich die «Änderung der Statuten» genannt.

Aufgrund der Neuordnung der Kapitalerhöhung ist es nun aber der *Verwaltungsrat*, der den Vollzug von Kapitalerhöhungen feststellt⁸⁶ und dementsprechend die *Statuten ändert*⁸⁷.

Die Unstimmigkeit dürfte auf einem Versehen beruhen: Die Befugnis und Pflicht des Verwaltungsrates zur Statutenänderung bei Kapitalerhöhungen ist gewollt, der erforderliche Vorbehalt bei den «unübertragbaren» Befugnissen der Verwaltung wurde vergessen.

6.2 Generalversammlung

6.2.1 Regelung des Depotstimmrechts

a) Im Hinblick auf die neue gesetzliche Regelung des Depotstimmrechts ist problematisch die Pflicht, vor jeder Generalversammlung, also auch dann, wenn lediglich unbestrittene Routinetraktanden abzuwickeln sind, Weisungen des Kunden einzuholen. Ihre Häufigkeit dürfte diese Rückfragen abwerten und sich so als kontraproduktiv erweisen⁸⁸.

Verfehlt ist sodann die gesetzlich verankerte *Pflicht*, beim Fehlen von Weisungen des Hinterlegers *gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats zu stimmen*⁸⁹. Bisher galt – mangels spezieller Vorschriften – allgemeines Auftragsrecht, und es war Pflicht des Depotvertreters, nach bestem Wissen im Interesse und nach dem mutmasslichen Willen des Auftraggebers zu stimmen⁹⁰, also nötigenfalls auch *gegen* einen Antrag des Verwaltungsrates. Künftig wird dem Depotvertreter diese selbstverständliche Möglichkeit der Interessenwahrung versperrt bleiben, es sei denn, man könne durch eine allgemeine Weisung des Auftraggebers⁹¹ die auftragsrechtliche Regelung vertraglich verankern.

⁸⁶ Vgl. vorn Ziff. 1.1.1.

⁸⁷ So explizit revOR 652g I und revOR 653g I.

⁸⁸ Sinnvoller wäre es m. E. gewesen, eine Pflicht zur Rückfrage nur bei (gesetzlich präzise zu umschreibenden) wichtigen und bei erkennbar umstrittenen Traktanden vorzusehen.

⁸⁹ OR 689d II a. E.

⁹⁰ Vgl. OR 397 f.

⁹¹ Wonach die Bank im Falle des Fehlens spezifischer Weisungen nach freiem Ermessen im Interesse des Kunden stimmt.

6.2.2 Quorumsvorschrift für die Einführung qualifizierter Mehrheiten

Nach revOR 704 II sollen statutarische Erschwerungen der Beschlussfassung künftig «nur mit dem vorgesehenen Mehr eingeführt werden» können⁹².

a) Diese Bestimmung, die sog. petrifizierende Klauseln verhindern will, ist zu begrüßen. Unklar ist jedoch, *ob sie genügend umfassend formuliert* ist: Die gesetzlichen Mehrheiten finden sich in revOR 703 und 704 I. «Grössere Mehrheiten als die vom Gesetz vorgeschriebenen»⁹³ wären daher solche, die von revOR 703 und 704 I abweichen. In diesen beiden Bestimmungen finden sich jedoch ausschliesslich *Stimmenquoren*, nicht dagegen *Präsenzquoren*⁹⁴. Damit würde revOR 704 II nur die Einführung von erhöhten *Stimmenquoren*, nicht aber die von *Präsenzquoren* erfassen. Dies war wohl nicht die Meinung des Gesetzgebers.

b) Nur am Rande sei erwähnt, dass unklar ist, ob die qualifizierten Quoren von revOR 704 I für sog. «wichtige Beschlüsse» gesetzliche *Mindestquoren* darstellen, ob diese Bestimmung also einseitig zwingend ist⁹⁵ oder ob die Statuten auch weniger weit gehen können⁹⁶.

6.2.3 Anforderungen an die Traktandierung

a) RevOR 700 verlangt wie der bisherige Art. 700 die vorgängige Bekanntgabe der Verhandlungsgegenstände der Generalversammlung. Über *nicht traktandierete* Themen kann gemäss revOR 700 III nicht abgestimmt werden, mit der Ausnahme von Anträgen «auf

⁹² Unter geltendem Recht konnten dagegen Erschwerungen mit dem gewöhnlichen Quorum für Statutenänderungen – in der Regel absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (OR 703) – beschlossen werden.

⁹³ RevOR 704 II.

⁹⁴ Im Gegensatz zum geltenden Recht, vgl. hierzu OR 648 I, 636, 650, 655, 658.

⁹⁵ Wie bisher etwa OR 648 I, vgl. *Brigitte Tanner*: Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1987 = SSHW 100) 224 und 166.

⁹⁶ Ist dies der Fall, so fragt sich weiter, mit welchen Mehrheiten solche Abweichungen vom Gesetz zu beschliessen sind. Naheliegend – und auch der Idee von revOR 704 II entsprechend – wäre es, für die Beseitigung das zu beseitigende Quorum selbst und damit dasjenige von revOR 704 I zu verlangen, vgl. *Peter Forstmoser*: Schweiz. Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 7 N 92, mit Hinweisen auf a. M. in Anm. 218; *Tanner* (zit. Anm. 95) 185. Damit aber wäre die als abschliessend gedachte Aufzählung der mit qualifiziertem Mehr zu fassenden Beschlüsse von revOR 704 I unvollständig.

Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung oder auf Durchführung einer Sonderprüfung.»

b) Bei der ordentlichen Generalversammlung, welche die Jahresrechnung abzunehmen hat, muss – wie bis anhin – ein *Revisor anwesend* sein⁹⁷. Neu besteht jedoch nach revOR 729c III die Möglichkeit, dass die Generalversammlung auf die Präsenz des Revisors «durch einstimmigen Beschluss verzichten» kann. Es entspricht dies einer sinnvollen, bereits bisher geübten, aber gesetzlich nicht verankerten Praxis.

Nach dem erwähnten revOR 700 III wäre nun aber eine solche Beschlussfassung über den Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors nur aufgrund einer ausdrücklichen Traktandierung möglich. Dies war wohl nicht die Meinung des Gesetzgebers⁹⁸; vielmehr dürfte er vergessen haben, den entsprechenden Beschluss bei den Ausnahmen in revOR 700 III aufzuführen⁹⁹.

6.3 Revisionsstelle

6.3.1 Die Befähigung zur Prüfung bei qualifizierten Gründungen und Kapitalerhöhungen

Das neue Recht schreibt für anspruchsvolle Prüfungsaufgaben die Durchführung durch *besonders befähigte Revisoren*¹⁰⁰ vor. Neben der Prüfung von volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften¹⁰¹ und der Konzernrechnung¹⁰² werden besonders befähigten Revisoren vor allem ausserordentliche Prüfungsaufgaben vorbehalten¹⁰³. Keine besondere Qualifikation wird verlangt für die Prüfung der qualifizierten Tatbestände der *Sacheinlage*, der *Sachübernahme* und der Einräumung besonderer *Gründervorteile*. Dies ist m. E. verfehlt, da die Prüfung der qualifizierten Gründung und Kapitalerhöhung nicht weniger anspruchsvoll ist als die bei Kapitalherabsetzung und Liquidation,

sind doch neben Bewertungen allenfalls auch komplexe Vertragsverhältnisse zu beurteilen¹⁰⁴.

6.3.2 Aufgaben und Wahl des Konzernprüfers

a) Für den Konzernprüfer sollen gemäss revOR 731a II «die Bestimmungen über die . . . Aufgaben der Revisionsstelle sinngemäss» gelten, «ausgenommen die Bestimmung über die Anzeigepflicht im Falle offensichtlichlicher Überschuldung».

Gemeint sind damit wohl die Aufgaben der Prüfung und der Berichterstattung. Nach der unveränderten Bestimmung von OR 699 I hat die Revisionsstelle jedoch nötigenfalls auch die Generalversammlung einzuberufen. Diese Pflicht passt m. E. für den Konzernprüfer, dessen Tätigkeitsgebiet der Konzern und nicht die Einzelgesellschaft ist, nicht. Es liegt nahe anzunehmen, der Gesetzgeber habe es versehentlich unterlassen, einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen.

b) Da die Wahl des Konzernprüfers im Gesetz nicht geregelt ist, steht sie wegen der allgemeinen Kompetenzvermutung¹⁰⁵ der Verwaltung zu. Offenbar sollte die im geltenden Recht für die externe Kontrollstelle nach OR 723 geltende Ordnung nachgebildet werden¹⁰⁶. Dies ist deshalb verfehlt, weil die heutige externe Kontrollstelle der Verwaltung rapportiert, der Konzernprüfer dagegen der Generalversammlung¹⁰⁷, die daher auch Wahlorgan sein sollte.

6.3.3 Übergangsrecht

a) Auch für die neuen, erhöhten Anforderungen an Unabhängigkeit und Fachkunde der Revisoren

⁹⁷ RevOR 729c I.

⁹⁸ Wieso sollte ein Revisor anwesend sein müssen, wenn keiner der Beteiligten dies wünscht!

⁹⁹ Bis zur gerichtlichen Klärung der Frage wird man jedoch gut daran tun, den «Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors» routinemässig auf die Traktandenliste der ordentlichen Generalversammlung zu setzen.

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Günther Schultz*: Fachliche Qualifikation und Unabhängigkeit der Revision, ST 65 (1991) 546 ff.

¹⁰¹ Vgl. revOR 727b.

¹⁰² Vgl. revOR 731a I.

¹⁰³ Vgl. revOR 653f I (Prüfung der Ausgabe neuer Aktien), 653i (Erlösch von Wandel- oder Optionsrechten), 732 II (Kapitalherabsetzung), 745 III (Vorzeitige Beendigung der Liquidation).

¹⁰⁴ Um ein Versehen handelt es sich nicht; vielmehr hat das Parlament – in Abweichung vom Vorschlag des Bundesrates (dazu Botschaft [zit. Anm. 68] 114 f.) – aufgrund einer politischen Auseinandersetzung bewusst auf das Erfordernis der besonderen Befähigung verzichtet, vgl. AmtlBull NR 1985 S. 1672 ff., SR 1988 S. 468 ff.

¹⁰⁵ RevOR 716 I, entsprechend OR 721 II.

¹⁰⁶ Die Materialien sind nicht schlüssig: Der bundesrätliche Entwurf hatte in Art. 716a I Ziff. 5. die Wahl des Konzernprüfers durch den Verwaltungsrat ausdrücklich und zwingend vorgesehen. Im Nationalrat wurde ein Antrag, diese Ziffer zu streichen und damit die Generalversammlung für zuständig zu erklären, *abgelehnt* (AmtlBull NR 1985 S. 1784 f.). Dagegen hat der Ständerat auf den Antrag seiner Kommission hin Art. 716a I Ziff. 5. diskussionslos gestrichen (AmtlBull SR 1988 S. 514 f.). Der Nationalrat stimmte in der Folge der Streichung diskussionslos zu (AmtlBull NR 1990 S. 1388 f.).

¹⁰⁷ Vgl. OR 723 II für das geltende Recht, revOR 731a II i. V. mit revOR 729 I für das künftige.

fehlen Übergangsbestimmungen. Die neuen gesetzlichen Regelungen werden also am 1.7.1992 in Kraft treten¹⁰⁸. Unmittelbar danach können Aktionäre oder Gläubiger gegen die Gesellschaft auf Abberufung von Revisoren klagen, welche die Voraussetzungen für ihr Amt nicht erfüllen¹⁰⁹.

Daraus ergibt sich eine indirekte und wohl nicht gewollte *Vorwirkung* des neuen Rechts: Will eine Gesellschaft nicht das mühsame Prozedere einer ausserordentlichen Generalversammlung auf sich nehmen, wird sie in der letzten ordentlichen Generalversammlung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts die künftigen Bestimmungen bei der Wahl der Revisionsstelle zu beachten haben.

In der Literatur wird zwar verlangt, man werde den Gesellschaften «für die allenfalls notwendige Ersetzung der Revisionsstelle auch eine gewisse Zeit einräumen müssen»¹¹⁰. Solche Übergangsfristen wären sinnvoll, doch stehen sie m. E. wegen des Fehlens einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen nicht zur Verfügung.

6.4 Verantwortlichkeit

6.4.1 Freipass für die inaktive Revisionsstelle?

a) Um auch die sog. materiellen oder faktischen Organe, d. h. diejenigen Personen, die sich Organfunktionen anmassen, ohne damit formell beauftragt zu sein¹¹¹, erfassen zu können, wird im Verantwortlichkeitsrecht neu statt von mit der Verwaltung usw.

«betrauten» Personen von mit solchen Aufgaben «befassten» Personen gesprochen^{111a}.

b) Bei den Exekutivorganen ist die Umstellung geglückt: Es wird hier einerseits von den «Mitglieder[n] des Verwaltungsrates», also Organpersonen im *formellen* Sinn, gesprochen, andererseits von «alle[n] mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen», also den *materiellen* Organen.

Mit Bezug auf die Revisionshaftung wird dagegen nur von «mit der Prüfung . . . befassten Personen» gesprochen, also nur von den *materiellen* Organen, während die Revisionsstelle als formell gewähltes Organ unerwähnt bleibt. Nähme man das Gesetz und seine Differenzierung zwischen der Ordnung für die Exekutiv- und die für Revisionsorgane zum Nennwert, dann könnte sich die formell gewählte Revisionsstelle dem Verantwortlichkeitsrecht dadurch entziehen, dass sie gänzlich untätig bliebe. Sie wäre dann eben nicht mit der Prüfung «befasst». Die Meinung des Gesetzgebers war dies sicher nicht; vielmehr liegt auch hier ein Versehen vor.

6.4.2 Die Haftung bei Kompetenzdelegation

a) RevOR 754 II regelt die Wirkungen der Kompetenzdelegation für die persönliche Verantwortlichkeit:

«Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.»

Diese Bestimmung beseitigt, wie die Botschaft¹¹² zu Recht ausführt, «eine grosse Rechtsunsicherheit», stand doch bisher nicht völlig zweifelsfrei fest, dass mit der erlaubten Delegation eine Haftungsbeziehung verbunden ist. Formal ist der Absatz jedoch m. E. insofern verunglückt, als bei korrekter Delegation und Beachtung der Restverantwortung nicht von *Haftungsbeziehung*, sondern immer noch vom Grundsatz der *Haftung* ausgegangen wird.

b) Schwerer wiegt ein *materieller Mangel*: Nach RevOR 754 II soll die Haftungsbeziehung nur eintreten, wenn die Erfüllung einer Aufgabe «einem anderen Organ»¹¹³ übertragen wird. Diese Einschränkung war gewollt, bestätigt doch die Botschaft¹¹⁴: «Keine

¹⁰⁸ Freilich könnte der Bundesrat auch diese Bestimmungen erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft setzen, wie dies seinerzeit in der bundesrätlichen Botschaft (zit. Anm. 68) 199 in Aussicht gestellt worden ist. Zu erwarten ist dies nicht.

¹⁰⁹ Vgl. RevOR 727e III.

¹¹⁰ So *Schultz* (zit. Anm. 100) 550, der für die fachlichen Anforderungen einen Wechsel anlässlich der ersten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten des Gesetzes bzw. der Bestimmungen über die Vorlage konsolidierter Jahresrechnungen vorschlägt, für die Unabhängigkeitsvoraussetzungen «so viel Zeit . . ., dass der Rücktritt . . . mit dem Ablauf der ordentlichen Amtsdauer erfolgen kann . . .». Vgl. auch *ders.*, a.a.O., wonach die «Eintragung der Revisionsstelle in das Handelsregister [erst] nach der ersten ordentlichen Generalversammlung zu erfolgen» habe, «die nach Inkrafttreten des Gesetzes abgehalten worden ist».

¹¹¹ Die Gerichtspraxis spricht von «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» (BGE 107 II 354, vgl. auch BGE 104 II 197).

^{111a} Vgl. RevOR 754 I, 755.

¹¹² Zit. Anm. 68, 191.

¹¹³ Hervorhebung durch mich.

¹¹⁴ Zit. Anm. 68, 106.

Haftungsbefreiung tritt ein, wenn Aufgaben Hilfspersonen zur Erledigung übergeben werden». In solchen Fällen soll das delegierende Organ stets die volle Haftung tragen.

Würde mit dieser Kausalhaftung ernst gemacht, dürften es künftig nur noch besonders Mutige wagen, höhere Funktionen in einem grossen Unternehmen zu bekleiden. Richtigerweise muss auch eine zulässige *Delegation an einen Dritten* und insb. an eine *Hilfsperson* mit haftungsbefreiender Wirkung möglich sein¹¹⁵.

6.4.3 Zur Kostentragung bei Verantwortlichkeitsprozessen

Um das Kostenrisiko des Klägers in Verantwortlichkeitsprozessen zu reduzieren, wird in revOR 756 II vorgesehen, dass der Richter dann, wenn der klagende Aktionär unterliegt, die *Kosten* nach seinem Ermessen auch *der Gesellschaft auferlegen* kann, wenn «aufgrund der Sach- und Rechtslage begründete[r] Anlass zur Klage» bestand.

Diese Regelung erscheint aus dogmatischer Sicht ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch zur Zahlung in einem Verfahren verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, wonach in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird. Muss ihr wenigstens Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden? Wenn ja: Von Amtes wegen oder nur auf ihren Antrag hin? Zum ganzen Prozessstoff oder nur zur Kostenregelung? In welcher Eigenschaft? Als Nebenintervenientin? Und mit welchen Rechten? Fragen über Fragen.

6.4.4 Die Verantwortlichkeit bei Bankaktiengesellschaften

Für Bankaktiengesellschaften finden sich bekanntlich Sondervorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im *Bankengesetz*¹¹⁶.

Die bankenrechtlichen Vorschriften decken sich inhaltlich weitgehend mit dem geltenden allgemeinen

aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, und selbst bei unterschiedlichem Wortlaut ist vom Grundsatz der *inhaltlichen Übereinstimmung* auszugehen¹¹⁷.

Diese Kongruenz wird nun aufgebrochen: Da die Anpassung des Bankengesetzes bzw. — richtiger — die Ausserkraftsetzung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit in Bankaktiengesellschaften vergraben ging, wird für Bankaktiengesellschaften und ihre Organe das «alte» Verantwortlichkeitsrecht weiter Geltung haben, falls nicht die Gerichte dieses gesetzgeberische Versehen korrigieren.

7. Der Anwendungsbereich des neuen Rechts

Ausser acht blieb aber auch, dass im *Recht der GmbH* und der *Genossenschaft* nicht selten auf das Aktienrecht verwiesen wird. Nun ist ungewiss, ob sich diese Verweisungen künftig auf das alte oder auf das neue Recht beziehen¹¹⁸.

8. Schlussbemerkung

Es wurde hier ein bunter Strauss von offenen Fragen, aber auch eigentlichen Mängeln des vor dem Inkrafttreten stehenden neuen Aktienrechts vorgelegt. Etliche von ihnen sind auf zwei konträre Eigenarten dieses gesetzgeberischen Projektes zurückzuführen:

- Einerseits dauerten die Reformarbeiten übermässig lange. Im Laufe der Zeit änderten sich die Schwergewichte der politischen Diskussion, aber auch die herrschenden Ansichten, wodurch Widersprüche vorprogrammiert waren.
- Andererseits wurde die insgesamt äusserst gemächliche Gangart von Zeiten der Überstürzung¹¹⁹ durchbrochen. Darunter haben die Details gelitten.

¹¹⁷ Vgl. BGE 97 II 414 E 7a.

¹¹⁸ Eher für die Weitergeltung des «alten» Aktienrechts *Meier-Hayoz/Forstmoser: Grundriss des Schweiz. Gesellschaftsrechts* (6. A. Bern 1989) § 6 N 74; eher für die Anwendbarkeit des neuen Rechts dagegen *Peter Nobel in NZZ* vom 8.1.1992 S. 33.

¹¹⁹ So wurde vor der Veröffentlichung des bundesrätlichen Entwurfs trotz der einschneidenden Modifikationen durch die letzte Expertenkommission keine Vernehmlassung durchgeführt. Und zu den — wesentlichen — Änderungen, die in der parlamentarischen Beratung der letzten Jahre und Monate und selbst noch in der Schlussredaktion vorgenommen wurden, konnten die interessierten Kreise ebenfalls nicht offiziell Stellung nehmen.

¹¹⁵ Als Ausweg aus dem Dilemma schlägt *Felix Horber* (Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG . . . [Diss. Zürich 1986 = SSHW 84] 148 f.) vor, die Übertragung einer Kompetenz an eine Hilfsperson solle automatisch zu deren Organqualität führen. Diese Auffassung ist m. E. abzulehnen, vgl. *Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (2. A. Zürich 1987) N 1234.

¹¹⁶ Die Doppelspurigkeit erklärt sich daraus, dass die bankengesetzlichen Vorschriften seinerzeit dem Revisionsentwurf des OR entnommen worden sind, weil das Bankengesetz etwas früher als das revidierte OR in Kraft trat.

Aus diesen Erfahrungen werden für künftige gesetzgeberische Vorhaben – soweit dies möglich ist – Konsequenzen zu ziehen sein. Der dogmatischen wie der sprachlichen Präzision muss wieder mehr Beachtung geschenkt werden. Aber auch die Kenntnis der Realien – und zwar in den Einzelheiten – ist vermehrt in den gesetzgeberischen Prozess einzubringen.

Zum versöhnlichen Abschluss immerhin dies: Trotz der erwähnten (und weiterer) Mängel bringt die Reform insgesamt deutliche Fortschritte – sowohl strukturelle Verbesserungen wie auch sinnvolle Modellpflege bei Einzelfragen. Sie ist daher als Ganzes zu begrüßen. Lehre und Praxis obliegt es nun, aus den gesetzlichen Vorgaben das Beste zu machen.