

Alter Wein in neuen Schläuchen ?

Zur schweizerischen Aktienrechtsreform¹

von Peter Forstmoser

Am 4. Oktober 1991 ist die Revision des Aktienrechts vom Parlament definitiv und ohne Gegenstimme verabschiedet worden. Ein Referendum ist nicht ergriffen worden, und so erscheint es als ziemlich gewiss, dass das neue Recht — wie offiziös angekündigt — per 1. Juli 1992 in Kraft treten wird.

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

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

Eine kurze Würdigung schliesst die Skizze ab (Ziff. VIII.).

I. Reformbedürftigkeit des Schweizer Aktienrechts

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

1 Stand der Bearbeitung: Ende 1991.- Der Autor äussert sich an verschiedenen Orten zur Reform des schweizerischen Aktienrechts, so in Gesamtübersichten in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1991 S. 78ff und in der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1992 Heft 2. Da er das Rad nicht jedesmal neu erfinden kann, waren gewisse Überschneidungen nicht zu vermeiden.

- In den letzten Jahrzehnten hat sich die AG in der Schweiz zur *dominierenden Organisationsform* entwickelt. Die Zahlen belegen dies eindrücklich: 1955 gab es in der Schweiz gut 26'000 Aktiengesellschaften², denen knapp 14'000 Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, nur ca. 1'500 Gesellschaften mit beschränkter Haftung³ und 12'509 Genossenschaften gegenüberstanden. Bis Ende 1991 hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften versechsfacht⁴ während die der Personengesellschaften nur um knapp ein Drittel, die der Gesellschaften mit beschränkter Haftung um gut die Hälfte⁵ zunahm und die der Genossenschaften fast konstant blieb⁶.
Der Zuwachs an Aktiengesellschaften war aber nicht nur quantitativ, sondern auch *qualitativ*: Obwohl der Gesetzgeber von 1936 die AG als Publikumsgesellschaft im Auge hatte, ist daraus eine Rechtsform für jederlei wirtschaftliche Tätigkeit geworden, eine eigentliche “Bonne à tout faire”. Von Nestlé und Ciba-Geigy bis zum Buchhalter, der als Einmann-AG firmiert, um dadurch sein Risiko zu beschränken, von der produktiven Unternehmung bis zur inaktiven Holdinggesellschaft dient die AG als Organisationsform, daneben auch etwa für Immobiliengesellschaften, die eigentlich nichts anderes sind als Grundstücke mit eigener Rechtspersönlichkeit.
- Die geltende Ordnung enthält *für legitime Bedürfnisse keine Regelung*. Die Praxis ging nicht selten über Wortlaut und Sinn des Gesetzes hinaus, sie schuf Ersatzlösungen, deren rechtliche Zulässigkeit nicht immer eindeutig ist. Zu erwähnen ist etwa der Partizipationsschein als Finanzierungsmittel, dessen rechtliche Grundlage der ganz anders konzipierte Genussschein ist. Zu denken ist auch an das nicht normierte Institut der “Vorratsaktie”, dessen Rechtmässigkeit das Bundesgericht freilich vor kurzem — quasi als Abgesang auf das geltende Recht — ausdrücklich bestätigt hat⁷.

2 Ende 1955 26'189. Quelle der Zahlenangaben: Statistisches Jahrbuch der Schweiz (Basel, verschiedene Jahrgänge); SHAB vom 23.1.1992

3 10'069 Kollektivgesellschaften, 3'620 Kommanditgesellschaften, 1'539 Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

4 Bestand Ende 1991: 166'470.

5 15'789 Kollektivgesellschaften, 3'341 Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung 2'769.

6 13'967.

7 Entscheid Canes/Nestlé vom 25.6.1991, publiziert in Sem. 113 (1991) 653 ff und AJP I (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.

- Die ungenügende gesetzliche Ordnung begünstigt auch *Umgehungen*, etwa die von der Verwaltung einer AG oder ihrem Hauptaktionär vollständig abhängige Kontrollstelle, die womöglich nicht einmal über buchhalterische Kenntnisse verfügt.
- Endlich ist anerkannt, dass unter dem geltenden Recht die *Klein- und die Minderheitsaktionäre zu kurz kommen*. Dies um so mehr, als eine ausgesprochen restriktive Gerichtspraxis die im Gesetz enthaltenen minimalen Ansätze eines Minderheitenschutzes noch weiter eingeengt hat⁸.

II. Gang der Reformarbeiten⁹, Hinweis auf ihre Problematik

- a) Das unbestrittene Reformbedürfnis hat nun — nicht zu letzt mangels einer schlagkräftigen Lobby¹⁰ — keineswegs zu einer raschen Gangart bei den Reformarbeiten geführt:

Die Reform des schweizerischen Aktienrechts dauerte vielmehr — und dies ist selbst für die Schweiz, wo die Mühlen des Gesetzgebers traditionell langsam mahlen, rekordverdächtig — *fast ein Vierteljahr-*

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

9 Vgl. hiezu 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) 1ff; ders.: Vom Vorentwurf zur Botschaft, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 59) 9ff; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE: 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 Aktienrechtes), 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) 11ff.

10 Trotz der erwähnten Mängel liess es sich mit dem äusserst liberalen geltenden Recht gut leben. Die Reform wurde daher weniger von Repräsentanten der Aktiengesellschaften gefordert als von Finanzjournalisten, Professoren und Revisoren.

hundert: 1968 wurde — aufgrund von parlamentarischen Vorstössen in den frühen sechziger Jahren — eine erste Arbeitsgruppe eingesetzt (Arbeitsgruppe TSCHOPP), die 1972 einen Zwischenbericht und erste ausformulierte Vorschläge unterbreitet hat. Damals wurden die Weichen gestellt: Obwohl der Auftrag an die Kommission in keiner Weise beschränkt war, erklärte die Arbeitsgruppe freimütig, sie habe “ihre Aufgabe nicht darin erblickt, in das Aktienrecht neue allge meine Grundsätze einzuführen oder bestehende umzugestalten”¹¹ und sie sei “nicht mit der Absicht an die Arbeit gegangen, neue Tendenzen zu verwirklichen oder modernen Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen”¹². Das Resultat war ein heterogenes Sammelsurium von Vorschlägen, das im Zuge allgemeiner Ratlosigkeit zunächst einmal in die Vernehmlassung geschickt wurde. 1975 wurde der Öffentlichkeit ein Vorentwurf präsentiert, zu dem erneut eine ausgiebige Vernehmlassung durchgeführt wurde.

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

1983 erschienen schliesslich (diesmal ohne erneute Vernehmlassung) der bundesrätliche Entwurf und die Botschaft des Bundesrates. 1985 wurde die Vorlage ein erstes Mal im Nationalrat als dem Erstrat besprochen, 1988 im Ständerat. Die Behandlung in den Räten, die sich bis in den Sommer 1991 hinzog, hat noch wesentliche Veränderungen gebracht, so insbesondere in der Vinkulierungsfrage, welche die politische Diskussion der letzten Jahre dominiert hat.

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

- b) Diese insgesamt äusserst gemächliche Gangart wurde durchbrochen durch *Zeiten der Überstürzung*: Bereits hingewiesen wurde darauf, dass vor der Veröffentlichung des bundesrätlichen Entwurfs trotz

11 Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes (Bern 1972) 192.

12 Zwischenbericht (zit. Anm. 11) 20.

der einschneidenden Modifikationen durch die letzte Expertenkommission keine Vernehmlassung durchgeführt worden ist. In der parlamentarischen Beratung der letzten Jahre und Monate und selbst noch in der Redaktionskommission sind sodann nicht unwesentliche Änderungen vorgenommen worden, zu denen die interessierten Kreise ebenfalls nicht offiziell Stellung nehmen konnten¹³.

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

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

Standen im ersten Jahrzehnt der Reform die *stillen Reserven*¹⁴ im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen, so war es gegen Ende der Reform fast ausschliesslich die *Vinkulierungsfrage*.

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

Schon der *Zwischenbericht 1972* enthält einen gegenüber dem geltenden Recht einschränkenden Vorschlag: Die Ablehnung von Erwebern sollte nicht mehr "ohne Angabe von Gründen"¹⁵ möglich sein, sondern nur noch aus wichtigen oder statutarisch besonders genannten Gründen. Obwohl die Bestimmung generell gehalten war, dachte man dabei — dies zeigt die Begründung¹⁶ — vorwiegend an die privaten Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären. Hier sollte der Minderheit eine erleichterte

13 Zu denken ist insbesondere an die neuen Bestimmungen zu den zulässigen Übertragungserleichterungen, vgl. nachstehend bei Anm. 55 ff.

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

15 So Art. 686 II des geltenden Rechts.

16 Beiläufig wird zwar das Bedürfnis von Publikumsgesellschaften, den schweizerischen Charakter zu erhalten, erwähnt. Ausführlich befasst sich aber der Zwischenbericht vor allem mit der allenfalls "stossenden Benachteiligung der Minderheit" bei "Klein- und Familienaktiengesellschaften", vgl. Zwischenbericht (zit. Anm. 11) 162 f.

“Austrittsmöglichkeit” durch Veräusserung der Aktien eingeräumt werden. Für Publikumsgesellschaften genügte nach allgemeiner Ansicht die Freiheit des Verkaufs an der Börse.

Im *Vorentwurf 1975* kehrte man konsequenterweise zur freien Vinkulierbarkeit bei kotierten Aktien zurück. Der *bundesrätliche Entwurf von 1983* sah erneut Schranken für *alle* Gesellschaften vor, aber mit Regelungen, die für private Aktiengesellschaften konzipiert waren. In der ersten Lesung im *Nationalrat* (Oktober 1985) wurden die Vinkulierungsmöglichkeiten ebenfalls allgemein begrenzt. Die “Erhaltung des schweizerischen Charakters der Gesellschaft und der Ausschluss des Erwerbs von Aktien durch Konkurrenten” sollten aber selbst dann Gründe für eine Verweigerung der Eintragung sein, wenn sie nicht in den Statuten genannt waren — eine Erweiterung gegenüber dem geltenden Recht! Erst in der *ständerrätlichen Beratung* im September 1988 — nach der Auseinandersetzung *SULZER/TETTAMANTI*¹⁷ und nicht zuletzt auch als Folge des verstärkten Rufs nach Europatauglichkeit — erfolgte dann ein Gesinnungswandel. Vorgesehen wurde nun eine Zweiteilung in eine Ordnung für Publikums- und eine solche für personenbezogene Gesellschaften, wobei vor allem für Publikumsgesellschaften die Möglichkeiten der Vinkulierung massiv eingeschränkt wurden.

bb) Probleme brachte aber auch die zeitweilige *Hektik* der Reformarbeiten: So war es m.E. ein Fehler, den im Zuge der Gesetzgebungsarbeiten zentralen bundesrätlichen Entwurf ohne vorherige Vernehmlassung dem Parlament zuzustellen: Etliche Mängel hätten sich vermeiden lassen, wenn man von den Erfahrungen aller betroffenen Kreise hätte profitieren können¹⁸. In den parlamentarischen Kommissionen und teils in

17 Im Jahre 1987 versuchte Dr. Tito TETTAMANTI die alt eingesessene Winterthurer Publikumsgesellschaft “Gebrüder Sulzer AG” zu übernehmen. Mit Tessiner Charme und guter PR gelang es ihm nicht nur, die Übernahmeproblematik in das Scheinwerferlicht zu stellen, sondern auch, den öffentlichen Bieter — bisher als “Raider” weit überwiegend scheidel angesehen — zum valablen, in der Presse vielfach gefeierten Player im Spiel der Wirtschaft zu machen.

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

den Räten selbst wurden dann diese Schwächen so gut als möglich ausgemerzt. Das Parlament ist aber nicht das richtige Gremium für juristische Kleinarbeit.

Auch der Aktivismus während des Bereinigungsverfahrens im Parlament hatte negative Auswirkungen: Vereinzelt sind Mängel unkorrigiert geblieben¹⁹, und auch in diesem Stadium machte sich das Fehlen einer kritischen Durchsicht durch Fachleute bemerkbar²⁰.

- d) Trotz der Konzeption als Partialrevision hat die Aktienrechtsreform schliesslich weitaus *die meisten Artikel* des bestehenden Rechts *erfasst* und dieses um gut 50% erweitert. Im Füllhorn der revidierten und der neuen Bestimmungen finden sich nicht nur notwendige und nützliche, sondern vereinzelt auch problematische oder überflüssige Neuerungen.

Problematisch ist es z.B., wenn einfach — ohne die Absicht materieller Änderung — *Artikel und Absätze verschoben* werden. Das revidierte Recht bietet dafür zahlreiche Beispiele. So finden sich etwa die Nationalitäts- und Domizilerfordernisse gemäss Art. 71 I und IV des geltenden Rechts unverändert in Art. 708 III und IV. Die

¹⁹ Augenfällig etwa in den Art. 685d f, wo die Vinkulierung für börsenkotierte Namenaktien geregelt ist: Im Ingress zu Art. 685d und dessen Absatz I ist von "börsenkotierten Namenaktien" die Rede, ebenso in den Art. 685e und 685f. Dagegen ist in Art. 685d III der Ausdruck "börslich gehandelte Namenaktien" stehengeblieben.

²⁰ So wurde z.B. durch den Ständerat ein Vorwegzeichnungsrecht für die Aktionäre bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen (wieder) eingeführt, das nach dem definitiven Wortlaut nur beschränkt oder aufgehoben werden kann, "wenn ein wichtiger Grund vorliegt" (revOR 653c). (Der bundesrätliche Entwurf und schon der Vorentwurf von 1975 hatten ein solches Recht ebenfalls vorgesehen, ersterer aber nur als eine von zwei Alternativen. Der Nationalrat hatte die Norm [zu Recht] gestrichen.) Diese Ordnung trägt der wirtschaftlichen Realität — dem Verkauf solcher Anleihen innert Stunden lange vor Ablauf der offiziellen Emissionsfrist — keine Rechnung, ebensowenig dem Umstand, dass ein solches Bezugsrecht nur für die grösseren Aktionäre von Bedeutung sein könnte: Wegen der regelmässig kleinen Zahl neuer Aktien würde das Recht auf *einen* neuen Titel zum Beispiel im Gegenzug zu 50 bisherigen gewährt. Die Kleinaktionäre würden daher leer ausgehen, da sie das Bezugsrecht nicht geltend machen (fehlende Anzahl Aktien), aber auch nicht verwerten könnten (da der Emissionspreis regelmässig dem Marktpreis im Zeitpunkt der Festlegung entspricht, sollte dem Bezugsrecht kein oder praktisch kein Wert zukommen). Ein Vorwegzeichnungsrecht wird damit die Ausgabe von Options- und Wandelanleihen verlangsamen und komplizieren und zu einer Verschlechterung der Bedingungen für die Gesellschaft führen, ohne dem Aktionär einen wesentlichen Vorteil zu verschaffen.

Möglichkeit, Zirkulationsbeschlüsse zu fassen, ist künftig nicht mehr in OR 716, sondern in Art. 713 II, aber wörtlich gleich geregelt. Abs. I des bisherigen Art. 708 OR entspricht revOR 710, die Absätze IV und V entsprechen (freilich mit Modifikationen) revOR 709. Solche Umstellungen sind — auch wenn sie systematisch überzeugen mögen — unzweckmässig, weil sie die Arbeit mit der vorhandenen reichhaltigen Judikatur und Literatur unnötig erschweren.

Nicht nur vorteilhaft ist es sodann, wenn bei gleichem Inhalt *sprachliche Anpassungen und Modernisierungen* erfolgen. Auch hiefür findet sich eine Reihe von Beispielen: Aus “Gattungen” werden “Kategorien”, aus “Vorzugsrechten” “Vorrechte”²¹. Der Protokollführer wird zum Sekretär²², die Verwaltung zum Verwaltungsrat²³, die “gemeinsame” zur “gesamthaftern” Geschäftsführung²⁴, die Kontrollstelle zur Revisionsstelle²⁵, der Geschäftsbericht zum Jahresbericht, wobei dem Begriff “Geschäftsbericht” eine neue Bedeutung zugewiesen wird²⁶. Jeweils mit leichten Modifikationen entspricht sodann etwa OR 754 I revOR 754 I und 755, OR 755 revOR 756 I, OR 756 revOR 757 I und II, OR 757 revOR 758, aber auch OR 714 I revOR 712 I, OR 718 I revOR 718a oder OR 717 I am Ende revOR 718 III²⁷.

Hinter solche sprachlichen Verbesserungen ist gleichfalls ein Fragezeichen zu setzen, bleibt doch nicht selten unklar, ob mit der sprachlichen auch eine materielle Änderung beabsichtigt war oder nicht.

- e) Diese kritischen Hinweise sind nun aber zu relativieren durch die Feststellung, dass durch die Reform insgesamt eine *grosse Zahl von Einzelheiten verbessert*, aber auch begrüssenswerte strukturelle Än-

21 RevOR 660 III, bisher OR 660 III.

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

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

24 RevOR 716b III, vgl. OR 717 III.

25 Vgl. OR und revOR 727 ff.

26 Nach Art. 724 des geltenden Rechts ist der Geschäftsbericht der verbale Teil der alljährlichen Berichterstattung des Verwaltungsrates, vgl. F. Wolfhart BÜRGI: Zürcher Kommentar zum Aktienrecht Art. 698-738 (Zürich 1969) Art. 724 N 2 ff. Dieser wird künftig als “Jahresbericht” bezeichnet (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).

27 Vertretungsbefugnis mindestens eines Verwaltungsratsmitgliedes.

derungen vorgenommen worden sind. Auf sie sei im folgenden näher eingetreten²⁸.

III. Grundentscheide und Stossrichtungen der Reform

Angesichts der langen Dauer der Reformarbeiten, aber auch im Hinblick auf die zumindest anfänglich ausgesprochen kurz gesteckten Ziele erstaunt es nicht, dass sich den revidierten Bestimmungen kein einheitlicher Grundzug entnehmen lässt. Doch beruht die Reform auf einer Reihe von Prämissen, die zwar kaum je aus- oder auch nur andiskutiert wurden, das Resultat aber massgebend geprägt haben:

1. Umfassende Teilrevision

Auf eine erste — selbstgewählte und keineswegs politisch vorgegebene — Einschränkung ist bereits hingewiesen worden: Die nun abgeschlossene Reform stellt eine Teilrevision dar, die sich freilich im Laufe der Zeit zu einer Durchsicht und Überarbeitung des gesamten Aktienrechts ausgeweitet hat. Trotz der Vielzahl der Modifikationen blieb es bei Änderungen und Ergänzungen auf der Basis des bisherigen Rechts. Für grundlegend neue Ansätze gab es keinen Raum.

28 Zur *Literatur*. Schon vor der parlamentarischen Schlussabstimmung ist erschienen: GUHL/KUMMER/DRUEY: Das Schweizerische OR (8. A. Zürich 1991) 618 ff. Erste Kommentare nach Abschluss der Reform enthält die Sondernummer 11/1991 des Schweizer Treuhänder (mit Beiträgen von Carl BAUDENBACHER, Peter BERTSCHINGER, Peter BÖCKLI, Max BOEMLE, Pierre BORGEAUD, Andreas CASUTT, Matthias EPPENBERGER, Peter FORSTMOSER, Carl HELBLING, Gérard HERTIG, Peter NOBEL, Roland RUEDIN, Günther SCHULTZ, Thomas STAEHELIN, Hanspeter THIEL, Frank VISCHER und André ZÜND). — 1991/92 ist eine Reihe von selbständigen Publikationen geplant oder erschienen, so: Eric HOMBURGER: Leitfaden zum neuen Aktienrecht (Zürich 1991), Peter BÖCKLI: Das neue Aktienrecht (Zürich, soll im Frühjahr erscheinen), FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL: Einführung in das Schweiz. Aktienrecht (4. A. Bern, soll im Sommer erscheinen). — In der Neuen Zürcher Zeitung ist das neue Recht in einer sechsteiligen Folge von Beiträgen im Januar/Februar 1992 vorgestellt worden. Lesenswert sind weiterhin die zahlreichen während der Reformarbeiten erschienenen Veröffentlichungen (Übersicht bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER [zit. Anm. 9] § 6 N 75), wobei zu beachten ist, dass der Entwurf — wie erwähnt — noch in den letzten Jahren zum Teil wesentlich abgeändert worden ist. Mit dem gleichen Vorbehalt kann auch die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ff) mit Gewinn beigezogen werden.

2. Festhalten an der Einheit des Aktienrechts

Die Reform hält konsequent und bewusst an der Idee der *Einheit des Aktienrechts* fest, die nur an einigen Stellen durch Sondervorschriften für Grossgesellschaften durchbrochen wird, so bei der Pflicht zur Konzernrechnung²⁹, bei den Offenlegungsvorschriften hinsichtlich der Jahresrechnung, der Konzernrechnung³⁰ und des Aktionariats³¹, bei der Abschlussprüfung³² und mit Bezug auf die Vinkulierung von Namenaktien³³.

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

3. Ausrichtung auf die Publikumsgesellschaft

Da die Reform von der Einheit des Aktienrechts ausging, musste auch ein einheitliches Leitbild zugrunde gelegt werden. Betrachtet man die Ergebnisse, so kann dieses Leitbild nur das der *Publikumsgesellschaft* gewesen sein. Jedenfalls ist die Mehrzahl der Neuerungen an der grossen, kapitalbezogenen “anonymen” Gesellschaft orientiert. Nur eine kleinere Zahl von Änderungen betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft. Dies erstaunt insofern, als die Breitenentwicklung der letzten fünf Jahrzehnte vor allem bei den kleinen und mittleren, personenbezogenen Gesellschaften stattgefunden hat. Die Konzentration auf die Probleme der grossen Gesellschaften hat dazu geführt, dass in der Reform die in der Praxis häufige personalistische AG zu kurz gekommen ist³⁴.

4. Revision nur des Aktienrechts

Eine Teilrevision liegt schliesslich noch in einem weiteren Sinne vor: Es wurde nur *eine* — freilich die bei weitem bedeutsamste — *Gesellschafts-*

29 Vgl. revOR 663e ff und nachfolgend bei Anm. 45.

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

31 Vgl. revOR 663c sowie dazu hinten bei Anm. 48 f.

32 Vgl. revOR 727b und dazu nachstehend Anm. 121.

33 Vgl. revOR 685 ff und dazu nachstehend bei Anm. 55 ff.

34 Vgl. dazu nachstehend bei Anm. 164 ff.

form überarbeitet. Im übrigen bleibt das Gesellschaftsrecht unverändert weiter bestehen, was auf Dauer jedenfalls für die GmbH und die Genossenschaft als ebenfalls für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipierte Körperschaften kaum zu rechtfertigen ist³⁵.

5. Stossrichtungen der Reform

Trotz Fehlens einer eigentlichen "mission" zeigt die nähere Betrachtung doch bestimmte Schwerpunkte³⁶, von denen drei hervorzuheben sind:

- Deutlich ist die Tendenz, den *Schutz der Aktionäre und Gläubiger* zu verstärken. Das magische Wort ist hier "Transparenz", die sich insbesondere in zwar für Publikumsgesellschaften wohl noch immer ungenügenden, aber doch markant verbesserten Vorschriften für die Rechnungslegung konkretisiert hat. Hinzu kommen Bemühungen um eine Verstärkung der Revision.
- Überarbeitet worden sind sodann die Vorschriften zur *Eigenkapitalgrundlage*, und zwar mit zwei Zielsetzungen: Einerseits wollte man die Eigenkapitalbasis der Gesellschaften verstärken und schwindelhafte Vorgänge eindämmen³⁷. Auf der anderen Seite bemühte man sich um eine flexiblere Ordnung³⁸.
- Endlich sollten die *Struktur und Funktionsfähigkeit aller drei Organe* — Verwaltung, Generalversammlung und Revisionsstelle — verbessert werden.

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

³⁵ Vgl. dazu Anm. 172.

³⁶ Zu den Schwergewichten der Reform vgl. VISCHER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 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 des Experts-comptables Vol. 60) 90 ff sowie bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 28) 766 ff.

³⁷ So etwa durch höhere Anforderungen für die Gründung und die Kapitalerhöhung, aber auch durch die Aufwertung des Partizipationsscheins.

³⁸ Dies etwa durch die neuen Formen des genehmigten und des bedingten Kapitals.

IV. Aktionärs- und Gläubigerschutz

1. Verbesserung der Transparenz

Im Interesse von Aktionären und Gläubigern liegt die deutliche *Verbesserung der Transparenz*, die hier nur stichwortartig erwähnt werden kann³⁹:

- Ganz allgemein wird die Rechnungslegung⁴⁰ durch zwingende *minimale Gliederungsvorschriften* für Bilanz⁴¹ und Erfolgsrechnung⁴² ausgebaut. Hinzu kommt ein Bilanzanhang⁴³, 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”⁴⁴. Die Bildung stiller Reserven ist dagegen weiterhin möglich; Tiefstapel 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 Aktien⁴⁵, befreit sind.
- Informationen über bestimmte Geschäftsvorgänge können durch die Einschaltung eines *Sonderprüfers* erlangt werden, einer Art Treuhänder zwischen AG und Aktionär, durch den der Gegensatz zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem Interesse des Aktionärs an Offenlegung überwunden werden soll⁴⁶. In dieses

39 Näheres bei ZÜND in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 552 ff.

40 Zur Anpassung an das neue Recht vgl. HELBLING in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 560 ff.

41 RevOR 663a.

42 RevOR 663.

43 RevOR 663b.

44 RevOR 663b Ziff. 8. Kritisch zur neuen Ordnung THIEL in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 556 ff.

45 RevOR 697h in Verbindung mit 663e. Zur Konzernrechnung vgl. BERTSCHINGER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 564 ff.

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

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

neue Institut wird man freilich keine allzu hohen Erwartungen setzen dürfen⁴⁷.

- Endlich müssen Gesellschaften, deren Namenaktien börsenkotiert sind, die ihnen bekannten Grossaktionäre und Grossaktionärsgruppen⁴⁸ bekanntgeben⁴⁹.

2. Verstärkung des Bezugsrechts

Das neue Recht verstärkt das Bezugsrecht der Aktionäre: Gemäss revOR 652b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses⁵⁰ mit qualifiziertem Mehr und überdies nur “aus wichtigen Gründen” aufgehoben werden können. Zur Voraussetzung des wichtigen Grundes ist freilich darauf hinzuweisen, dass die erwähnten Beispiele⁵¹ zeigen, dass dieser Begriff keineswegs im gleichen Sinne verwendet wird wie an andern Orten des Gesetzes⁵². Vielmehr dürfte das Kriterium dem des schon heute durch Lehre und Praxis geforderten⁵³ “sachlichen Grundes” nahestehen. Ebenso wird m.E. nur die bisherige Lehre und Praxis fest geschrieben, wenn im neuen Recht ausserdem betont wird, durch die Aufhebung von Bezugsrechten dürfe “niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden”⁵⁴.

47 Vgl. zu dieser im schweizerischen Recht neuen Institution Andreas CASUTT: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136) sowie ders. in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 574 ff.

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

49 RevOR 663c. Die Bestimmung wurde noch in der Schlussredaktion — nach dem Abschluss der Beratung durch das Parlament — materiell abgeändert: Der im Juni 1991 — nach der Differenzbereinigung — vorliegende Text sprach in einem Art. 663b bis von “Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind...” (Hervorhebung durch mich). Während der “redaktionellen” Bereinigung wurde daraus der definitive Art. 663c, der sich nicht nur aus zwei Abschnitten statt bisher einem zusammensetzt, sondern die Bekanntgabepflicht nur für solche Gesellschaften vorsieht, deren Namenaktienbörsen kotiert sind.

50 Also nicht mehr generell durch die Statuten.

51 Übernahme von Unternehmen, Arbeitnehmerbeteiligung.

52 “Wichtiger Grund” im Arbeitsvertragsrecht, im Mietvertragsrecht und im bisherigen Gesellschaftsrecht bedeutet “Unzumutbarkeit”, Umstände, die “das weitere Verbleiben im betreffenden Rechtsverhältnis unzumutbar machen...” (BGE 89 II 153, vgl. auch etwa BGE 61 II 193 f, 71 II 197).

53 Vgl. statt vieler Gaudenz ZINDEL: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 78) 237 ff.

54 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. 53) 240 ff.

3. Erleichterung der Übertragbarkeit von Aktien

- a) Wie erwähnt stand in den letzten Jahren die Vinkulierungsfrage im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion. 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 bestimmen⁵⁵. Abgewichen wird dabei vom auch im neuen Recht ohnehin überstrapazierten Konzept der Einheit des Aktienrechts. Es werden künftig unterschiedliche Ordnungen für private Aktiengesellschaften und Publikumsgesellschaften gelten:
- b) Besonders einschneidend sind die Verbesserungen der Handelbarkeit börsenkotierter Namenaktien⁵⁶:

Die bisher übliche und vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene statutarische Klausel, wonach ein Aktienerwerber "ohne Angabe von Gründen" abgelehnt werden kann, wird für Publikumsgesellschaften ersetzt durch eine Prozentklausel⁵⁷:

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

Vorläufig wird freilich noch ein zweiter Vinkulierungsgrund zulässig sein, nämlich eine verkappte *Ausländerklausel*, die jedoch im Zuge der Annäherung an Europa in absehbarer Zeit dahinfallen soll und die daher nur in den Schlussbestimmungen aufgeführt wird. Die Bestimmung mit dem Marginale "Ablehnung von Namenaktionären" lautet: *"In Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 (d.h. der bei Anm. 54 erwähnten Prozentklausel) kann die Gesellschaft, aufgrund statutarischer Bestimmung, Personen als Erwerber an der Börse gehandelter Namen-*

55 Vgl. dazu im einzelnen BÖCKLI, BORGEAUD und FORSTMOSER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 583 ff, 587 ff, 592 ff.

56 Die Ordnung für börsenkotierte Namenaktien wurde erst 1988 durch die ständerätliche Kommission erarbeitet. Die Redaktion in den Räten hat dazu geführt, dass die Terminologie uneinheitlich und verwirrend ausgefallen ist, vgl. KLÄY (zit. Anm. 59) S. 313 Anm. 8 und NOBEL (zit. Anm. 58).

Nach KLÄY (a.a.O.) sollen die "zu bedauernden Unterschiede in der Formulierung ... bei genauer Betrachtung der Entstehungsgeschichte ohne jede materielle Konsequenz bleiben". Meinungsverschiedenheiten sind aber durch die terminologischen Nachlässigkeiten vorprogrammiert, vgl. etwa bereits heute die unterschiedlichen Auffassungen von KLÄY (a.a.O.), NOBEL (a.a.O.) und BÖCKLI (zit. Anm. 28).

57 RevOR 685d I.

aktien 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. Die *Tragweite* dieser Norm ist in mancher Hinsicht *unklar*:

- Soweit Aktien nicht kotiert sind, dürfte die Bestimmung nach ihrem klaren Wortlaut keine Anwendung finden⁵⁸.
- Offen ist, ob eine Gesellschaft unter Berufung auf einschlägige Bundesgesetze und namentlich die Lex Friedrich Ausländer generell ablehnen kann⁵⁹ oder ob eine Ablehnung nur bei konkreter Gefährdung zu lässig sein soll, d.h. nur dann, wenn die Zulassung eines bestimmten Gesuchstellers für die Gesellschaft Nachteile mit sich brächte⁶⁰. Der Wortlaut (“soweit und solange”) spricht eher für das zweite⁶¹.
 Geht man von der zweiten 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, 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 ist⁶² oder ob darunter auch etwa Doppelbesteuerungsabkommen und der BRB betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes zu subsumieren sind⁶³. Kaum haltbar dürfte es sein, irgend welche poten-

58 Gl. M. Peter NOBEL: Revidierte Vinkulierungsordnung und Handelbarkeit von Namenaktien, Referat an einem Seminar der HSG-Weiterbildungsstufe vom 12.11.1991. Aufgrund von revOR 685 II (Ablehnung eines Aktienerwerbers aus wichtigem Grund, vgl. nachstehend vor Anm. 70) dürfte freilich das gleiche Resultat zu erreichen sein, aber nur dann, wenn der Gesellschaftszweck entsprechend gefasst wird.

59 So Hanspeter KLÄY: Bundesgesetzgebung im Bereich des privaten Wirtschaftsrecht. Stand Oktober 1991, SZW 63 (1991) 312 ff, Anm. 9, wonach “eine rein abstrakte Gefährdung genügen soll”.

60 So wohl BÖCKLI (zit. Anm. 28) 585.

61 A.M. KLÄY, a.a.O.

62 So wohl BÖCKLI (zit. Anm. 28) 584 bei Anm. 18.

63 NOBEL (zit. Anm. 58) hält dies für “eher ungewiss”. Der französische und der italienische Text (“législation fédérale”, “legislazione federale”) sprechen aber dafür.

tielle Nachteile seitens staatlicher Behörden zum Ausgangspunkt für eine Ablehnung zu nehmen, wie dies offenbar Borgeaud⁶⁴ tun will⁶⁵.

- Die Anforderungen an die statutarische Basis sind vorderhand ebenfalls nicht geklärt. Genügt die Wiederholung des Gesetzestextes oder “müssen die Statuten die Grenzen der Nachweisgefahr nach dem Bundesgesetz, z.B. 30% des Namenaktienbesitzes in ausländischer Hand, selber nennen?”⁶⁶.

Ungewiss ist übrigens auch, *ob die Bestimmung ihr Ziel überhaupt erreicht*: Der nicht anerkannte Aktienerwerber kann sich als “Aktionär ohne Stimmrecht” im Aktienbuch eintragen lassen⁶⁷ und es kommen ihm die aktienrechtlichen Vermögensrechte einschliesslich des Bezugsrechts vollumfänglich zu. Die Lex Friedrich etwa knüpft aber Nachteile keineswegs (nur) an die stimmenmässige Beherrschung, sondern auch an die bloss *Kapitalbeteiligung* an!⁶⁸

Nach der Neuordnung sollen also Schweizer Bürger mit Wohnsitz in der Schweiz, in absehbarer Zeit aber auch Ausländer, bis zu einem bestimmten, statutarisch genannten Prozentsatz voraussetzungslos börslich gehandelte Namenaktien erwerben können. Die Handelbarkeit von Namenaktien wird dadurch ausländischen Standards angepasst, ohne dass den Gesellschaften die Möglichkeit genommen würde, angemessene Abwehrdispositive gegen Raids vorzusehen⁶⁹.

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

Eine Gesellschaft wird die Aktienübertragung auch künftig ablehnen können, “wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gibt”, wobei auch an dieser Stelle der Begriff des “wichtigen” wohl mit dem des “sachlichen” Grundes übereinstimmt.

Dazu kommt eine sog. Escape-Clause: Auch weiterhin können Aktiengesellschaften die Übertragung ohne Grundangabe ablehnen, jedoch nur dann, wenn sie bereit sind, die zur Veräusserung anstehenden

⁶⁴ Zit. Anm. 28, 589.

⁶⁵ BORGEAUD erwähnt u.a. den diplomatischen Schutz und ausländische Feindgesetzgebungen.

⁶⁶ So BÖCKLI (zit. Anm. 28) 585, in Frageform.

⁶⁷ RevOR 685f III, vgl. dazu nachstehend vor Anm. 77.

⁶⁸ Vgl. hiezu BÖCKLI (zit. Anm. 28) 585. Nach NOBEL (zit. Anm. 58) 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.

⁶⁹ Vgl. dazu die Ausführungen von FORSTMOSER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 592 ff.

Aktien “zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen”⁷⁰. Damit bleibt der privaten AG die Möglichkeit erhalten, “unerwünschten” Dritten den Eintritt bis zur Grenze der Willkür aus beliebigen Gründen zu verwehren. Doch wird faktisch eine Art “Austrittsrecht” geschaffen.

- d) Das neue Recht trifft überdies Massnahmen gegen die sog. Spaltung, d.h. das Auseinanderfallen der aktienrechtlichen Mitgliedschaftsrechte⁷¹ einerseits und der aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte⁷² auf der anderen Seite. Diese Spaltung⁷³ hatte vor allem die in den letzten Jahren mehr und mehr kritisierte Konsequenz, dass Personen, die ihre Aktien allenfalls schon vor Monaten oder Jahren veräussert hatten, an der Generalversammlung noch immer mitstimmen konnten⁷⁴.

Das künftige Recht will die Spaltung weitgehend verhindern⁷⁵, wobei für börsenkotierte und für übrige Namenaktien *unterschiedliche Konzepte* gelten: Bei *börsenkotierten* Namenaktien sollen die Rechte schon vor der Anerkennung des Erwerbers durch die Gesellschaft auf diesen übergehen (beim börsenmässigen Erwerb⁷⁶ im Zeitpunkt der Übertragung, beim ausserbörslichen Erwerb dann, wenn der Erwerber ein Gesuch um Anerkennung als Aktionär eingereicht hat). Dementsprechend kann sich der noch nicht anerkannte Erwerber als “Aktionär ohne Stimmrecht” in das Aktienbuch eintragen lassen, revOR 685f III. Bis zur Anerkennung können

70 RevOR 685b I.

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

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

73 Vgl. dazu BGE 83 II 297 ff, 90 II 235 ff, 109 II 130 ff, wobei im letzten Entscheid der Begriff “Spaltung”, nicht aber der Inhalt der Spaltungstheorie abgelehnt wird.

74 Eine praktische Inkonvenienz lag sodann darin, dass der Veräusserer — solange nicht ein Nachfolger im Aktienregister eingetragen war — noch immer zur Generalversammlung einzuladen war.

75 Ganz gelingt dies nicht: Beim Erwerb von nichtbörsenkotierten Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung werden auch weiter hin “das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich, die Mitwirkungsrechte erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber über” gehen, revOR 685c II.

76 “Börsenmässig erworben” werden Aktien m.E. trotz des missverständlichen Wortlauts auch dann, wenn eine Bank durch Selbsteintritt oder bankinterne Kompensation und nicht durch Kauf an der Börse erfüllt (fehlender Börsenzwang!). Entscheidend wäre danach, ob *aufgrund eines Börsenauftrages* erworben wird. Gewiss ist dies aber nicht. So scheint BÖCKLI (zit. Anm. 28) die Bestimmung zum Wortlaut nehmen zu wollen (vgl. dessen Anm. 9). Ähnlich wie hier NOBEL (zit. Anm. 58), der darauf abstellen will, “ob eine Börsenabrechnung erstellt wird”.

jedoch — entsprechend der Suspensionstheorie — weder das Stimmrecht noch andere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte ausgeübt werden und gelten die entsprechenden Aktien in der Generalversammlung als nicht vertreten, vgl. revOR 685f II. Bei *nicht börsenkotierten* Namenaktien verbleiben dagegen “das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer”⁷⁷, bis die Gesellschaft die Zustimmung erteilt hat (wobei passives Verhalten während dreier Monate als Zustimmung gilt⁷⁸).

4. Klagerechte

- a) Schon heute stehen den Aktionären theoretisch effiziente Klagerechte zu: Jeder Aktionär mit auch nur einer Aktie ist befugt, gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten⁷⁹. Jeder einzelne Aktionär ist zudem berechtigt, Schaden, den seine Gesellschaft durch Pflichtverletzungen von Organpersonen erlitten hat, selbständig einzuklagen.

Die Krux dieser Klagen liegt — aus der Sicht des Kleinaktionärs — im Kostenrisiko, das im Vergleich zu seinen potentiellen Ansprüchen ganz unverhältnismässig ist, wird doch für die Bemessung der Prozesskosten und der Entschädigung an die obsiegende Partei bei Anfechtungsklagen der Gesamtwert des Klagegegenstandes für die Gesellschaft bzw. bei Verantwortlichkeitsklagen der gesamte eingeklagte Schadenersatzbetrag⁸⁰ zugrunde gelegt.

Hier will das neue Recht Erleichterungen schaffen, indem der Richter bei Abweisung der Klage die Kosten ganz oder teilweise der Gesellschaft überbinden kann⁸¹.

⁷⁷ RevOR 685c I.

⁷⁸ RevOR 685c III.

⁷⁹ OR 706. So hat im bereits erwähnten Verfahren Canes/ Nestlé (vgl. vorn Anm. 7) eine Aktionärsvereinigung, die nur über eine einzige Nestlé-Aktie verfügte, zahlreiche mit grosser Mehrheit gefasste Generalversammlungsbeschlüsse angefochten.

Die Anfechtungsklage blieb — bis auf eine Kleinigkeit — erfolglos, doch wurden das Anfechtungsinteresse und das Recht zur Anfechtung vom Bundesgericht ausdrücklich bestätigt.

⁸⁰ An welchem der Aktionär wirtschaftlich nur mit einem Bruchteil partizipiert, da die Klage (bei indirektem Schaden) auf Leistung an die Gesellschaft geht.

⁸¹ RevOR 706a III und revOR 756 II.

Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man allerdings nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse steht⁸². Aus dogmatischer Sicht — dies sei am Rande erwähnt — erscheint übrigens die neue Regelung für die Verantwortlichkeitsklage ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch in einem Verfahren zur Zahlung verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, wonach in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird⁸³.

V. Überarbeitung der Eigenkapitalbasis

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

1. Flexibilisierung des Aktienkapitals

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

- Beim *genehmigten* Kapital geht es darum, dass die Generalversammlung nur die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung beschliesst, den Entscheid über die Durchführung, ihren Zeitpunkt, die Bedingungen und den Umfang dagegen der Verwaltung überlässt. “Im Rahmen der Ermächtigung kann der Verwaltungsrat Erhöhungen

82 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.

83 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.

des Aktienkapitals durchführen⁸⁴. Er kann etwa Aktien schaffen, die er im Zuge einer Übernahme als Gegenleistung benötigt.

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

Durch diese neuen Formen des Grund- oder — wie es neu heissen wird — des Aktienkapitals werden Bedürfnisse abgedeckt, die heute mit den sog. Vorratsaktien erfüllt werden. Dabei ist freilich festzustellen, dass die Beweglichkeit der heutigen Ordnung künftig nicht mehr erreicht werden wird: Das Bundesgericht hat nämlich in einem neuesten Entscheid⁸⁵ Vorratsaktien und den damit notwendigen Entzug des Bezugsrechts ausdrücklich gebilligt, und zwar auch für die flexibelste Form, wonach solche Aktien dem Verwaltungsrat zur freien Verwendung “für Zwecke im Interesse der Gesellschaft” zur Verfügung stehen sollen. Diese Freiheit gibt es unter neuem Recht nicht mehr: Beim genehmigten Kapital soll der Entzug des Bezugsrechts nur aus wichtigen Gründen⁸⁶ möglich

⁸⁴ RevOR 651 IV.

⁸⁵ Canes gegen Nestlé vom 25.6.1991, vgl. vorn bei Anm. 6.

⁸⁶ Wozu nach RevOR 652b II “insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer” gehören sollen.

Offen bleibt, ob der Begriff “wichtiger Grund” nicht einfach mit “sachlicher Grund” gleichzusetzen ist, vgl. dazu vorn bei Anm. 50 f. Wäre dem so, dann würden sich die Voraussetzungen für den Entzug nicht wesentlich von den heute geltenden unterscheiden.

Dennoch bleibt eine zu sätzliche Einschränkung, muss doch der Entzug nach künftigen Recht durch die Generalversammlung beschlossen werden, während nach der vom Bundesgericht geschützten heutigen Praxis der Entscheid an die Verwaltung delegiert werden kann.

sein. Das bedingte Kapital soll nur für Anleiheobligationen oder ähnliche Forderungen (verbunden mit einem grundsätzlichen Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre⁸⁷) sowie für die Arbeitnehmerbeteiligung offenstehen.

Bedauerlich ist, dass das künftige Recht die Kapitalerhöhung mit Festübernahme der neuen Aktien durch einen Treuhänder, wie sie bei Publikumsgesellschaften heute die Regel ist und wohl auch künftig bleiben wird⁸⁸, nicht erwähnt.

Die Festübernahme wirft erhebliche Rechtsfragen auf, weil eben die originäre Aktienzeichnung direkt bei der Gesellschaft und der derivative Aktienerwerb von einer treuhänderisch zwischengeschalteten Bank nicht dasselbe sind. Die hiermit verbundenen Probleme werden nun weiterhin ungelöst bzw. es wird ihre Lösung der Praxis überlassen bleiben.

Nur am Rande sei erwähnt, dass das minimale Aktienkapital künftig

87 Vgl. RevOR 653 I, 653c II. Dieses Vorwegzeichnungsrecht dürfte freilich in der Regel weder sinnvoll noch praktikabel sein, vgl. vorn Anm. 19. Es fragt sich daher, ob es nicht im Normalfallentgegen der Vorstellung des Gesetzgebers — wegbedungen werden kann.

88 Das geltende Recht verlangt, dass die Kapitalerhöhung durch einen Feststellungsbeschluss der Generalversammlung abgeschlossen wird. Um das Erfordernis von zwei Generalversammlungen zu vermeiden, hat es sich in der Praxis — vor allem bei Publikumsgesellschaften — eingebürgert, die neu zu schaffenden Aktien schon vor dem Beschluss über die Kapitalerhöhung durch einen Treuhänder zeichnen und liberieren zu lassen. So kann unmittelbar nach dem Erhöhungsbeschluss die erfolgreiche Durchführung der Erhöhung in der gleichen Versammlung festgestellt werden. Die künftige Ordnung verzichtet zu Recht auf die Feststellung durch die Generalversammlung als hierfür denkbar ungeeignetes Organ. Doch wurde mit der Aufgabe nicht — wie es nahegelegen hätte — die Revisionsstelle betraut, sondern der Verwaltungsrat. Damit sind die alten Abwicklungsprobleme durch neue abgelöst worden: Bei Publikumsgesellschaften mit einem vielköpfigen Verwaltungsrat schafft die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung hohe Umtriebe. Und bei kleinen Gesellschaften macht sich als Nachteil bemerkbar, dass es für Verwaltungsratssitzungen grundsätzlich keine Vertretungsmöglichkeit gibt: Während heute ein einziger Aktionär — oder auch ein Dritter — die kapitalerhöhende Generalversammlung mittels Vollmacht durchführen kann, wird künftig der gesamte Verwaltungsrat auf dem Notariat erscheinen und dort eine Sitzung abhalten müssen, wenn man sich nicht mit Zirkulationsbeschlüssen behelfen kann. Die neue Kompetenzordnung führt übrigens dazu, dass die unverändert in das neue Recht übernommene Bestimmung von OR 698 II Ziff. 1. unrichtig wird: Danach gehört zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung die “Änderung der Statuten”. Bei Kapitalerhöhungen ändert aber der *Verwaltungsrat* die Statuten, wie dies in revOR 652g I und revOR 653g I ausdrücklich und richtig festgehalten wird.

auf Fr. 100'000.— angehoben wird, wobei Gesellschaften, die vor 1985 gegründet wurden, ihr Kapital nicht anzupassen brauchen⁸⁹.

2. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine⁹⁰

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

Bekanntlich hat sich der PS als Wildwuchs der Praxis aus dem Genussschein entwickelt und untersteht noch heute dessen Recht⁹¹. Damit wird der grundlegende wirtschaftliche Unterschied der beiden Papiere vernachlässigt: Der Genussschein ist ein *Sanierungsmittel*, das äusserst flexibel ausgestaltet sein muss⁹², aber auch sein kann⁹³. Für den PS als einem *Finanzierungsmittel* eignet sich diese Basis nicht: Der Partizipant als Investor erwartet eine "stimmrechtslose Aktie", und die geltende Ordnung trägt dem in keiner Weise Rechnung.

Anders nun das künftige Recht, das den PS ausführlich regelt und faktisch zur stimmrechtslosen Aktie macht. Dem Partizipanten werden grundsätzlich die gleichen Vermögensrechte wie einem Aktionär eingeräumt, nicht dagegen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte⁹⁴. Dabei orientiert sich das neue Recht an zwei Grundsätzen:

- dem der Gleichheit, indem die Partizipationsscheine vermögensmässig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen⁹⁵ und
- dem der Schicksalsgemeinschaft, da die Aktionäre durch Generalversammlungsbeschlüsse die Stellung der Partizipanten zwar verschlech-

89 Da heute fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften mit diesem minimalen Grundkapital ausgestattet ist, dürften zahlreiche Gesellschaften auch künftig ein Kapital von nur Fr. 50'000.— aufweisen. Über die Bedeutung einer Gesellschaft sagt die Grundkapitalziffer nichts aus. So hatte die Hoffmann-La Roche — eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt — bis 1989 ein Aktienkapital in der minimalen Höhe von Fr. 50'000.—.) Die Verdoppelung der Mindestsumme des Aktienkapitals entspricht zwar nur einem Bruchteil der seit dem Inkrafttreten des geltenden Rechts (1936) eingetretenen Geldentwertung. Angesichts der eingangs skizzierten Entwicklung der AG zu *der* Rechtsform für wirtschaftliche Tätigkeit ist es aber m.E. richtig, dass die Anforderungen nicht höher geschraubt wurden.

90 Vgl. dazu BOEMLE in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 598 ff.

91 Vgl. BGE 113 II 529 E. 3.

92 Für den Katastrophenfall können keine hohen Minimalanforderungen aufgestellt werden.

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

94 RevOR 656f I und 656c I.

95 RevOR 656f II.

tern können, dies aber nur dann, wenn sie auch selber eine entsprechende Einbusse auf sich nehmen⁹⁶.

Insgesamt wird das neue Recht eine deutliche Aufwertung des PS bringen, und es bleibt abzuwarten, ob sich dies nicht auch in den Kursen niederschlagen wird⁹⁷.

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

3. Erleichterungen für Änderungen in der Kapitalstruktur

Erleichtert werden im künftigen Recht *Änderungen der Kapitalstruktur*:

- Ein Hindernis, das künftig entfallen wird, ist soeben genannt worden: das Erfordernis der mehrheitlichen Zustimmung der Partizipanten, falls diesen der Verzicht auf Rechte zugemutet werden soll. Darin lag unter geltendem Recht ein oft unüberwindbares Hemmnis für Änderungen in der Kapitalstruktur, gelingt es doch bei Publi-

⁹⁶ RevOR 656f III.

⁹⁷ Eine überstürzte Abschaffung der PS durch Umwandlung in Aktien erscheint jedenfalls im Vorfeld des neuen Aktienrechts als nicht unbedingt ratsam. — Vgl. andererseits die Ausführungen von BOEMLE (zit. Anm. 28) 598 f, der darauf hinweist, dass "von den 6 bisher durch 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 jeden falls solange keine Rolle spielt, als keine gesetzliche Pflicht besteht, bei Übernahmen eine Offerte für sämtliche Beteiligungspapiere zu machen.

kumsgesellschaften mit Inhaber-PS kaum, die Partizipanten überhaupt mehrheitlich zu versammeln⁹⁸.

- Eine weitere Erleichterung — die sich auch bei Fusionen auswirken dürfte — liegt darin, dass der Mindestnennwert von Aktien künftig nur noch Fr. 10.— beträgt⁹⁹.
- Grössere Flexibilität wird endlich auch dadurch erreicht, dass der neue Art. 659 OR den Erwerb eigener Aktien zu beliebigem Zweck bis zur Höhe von 10% erlaubt, sofern der Erwerb aus frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen kann. Unter gewissen Voraussetzungen und vorübergehend ist sogar der Erwerb bis zur Höchstgrenze von 20% erlaubt. Unter geltendem Recht musste man dagegen angesichts des grundsätzlichen, nur durch einige wenige Ausnahmen gelockerten Erwerbsverbots¹⁰⁰ oft für sinnvolle Anliegen eine Gesetzesverletzung in Kauf nehmen, mit dem schwachen Trost, dass “nur” (aber immerhin) eine Ordnungsvorschrift verletzt sei.

VI. Stärkung und Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Organe

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

1. Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Generalversammlung

Auf die Änderungen hinsichtlich der Generalversammlung sei nur kurz eingetreten:

⁹⁸ Eine Kapitalherabsetzung bei Aluisse unter entsprechender Herabsetzung auch des PS-Kapitals war vor einigen Jahren nur deshalb möglich, weil das Bundesgericht entschied, in der gleichmässigen Herabsetzung des Nennwerts aller Papiere liege kein Entzug von Rechten, vgl. BGE 113 II 533 E. 5.

Nicht übersehen werden darf freilich, dass dieser Erleichterung auch eine Erschwerung gegenübersteht: Ist unter geltendem Recht eine Zusammenlegung von PS durch Mehrheitsbeschluss der Partizipanten möglich (vgl. OR 657 V: “Verzicht auf einzelne oder alle Rechte”), 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 anwendbar sein. Danach bedarf die Zusammenlegung von Beteiligungspapieren der Zustimmung des Betroffenen, kann sie also gegen seinen Willen nicht mit Mehrheitsbeschluss durchgesetzt werden.

⁹⁹ RevOR 622 IV. Bisher Fr. 100.—.

¹⁰⁰ Vgl. OR 659.

- a) Bekanntlich kennt das geltende Recht zwingende gesetzliche Quoren, die sich am *gesamten Aktienkapital* bemessen¹⁰¹. Diese machen es bei Publikumsgesellschaften zum Teil unmöglich, sinnvolle und völlig unbestrittene Strukturveränderungen zu beschliessen¹⁰². Das neue Recht verzichtet konsequent auf solche am Gesamtkapital orientierte Quoren. Zwar wird auch künftig die Beschlussfassung für "wichtige Beschlüsse" erschwert, doch bemisst sich das Quorum durchwegs an den jeweils *vertretenen* Stimmen bzw. Nennwerten¹⁰³. Statutarische Erschwerungen der Beschlussfassung sollen künftig nur noch mit dem vorgeschlagenen erschwerten Mehr selbst eingeführt werden können¹⁰⁴. Dadurch sollen sog. petrifizierende Klauseln ausgeschlossen werden, Erschwerungen also, welche die Generalversammlung später nicht mehr beseitigen kann, weil das hierfür erforderliche Quorum nicht erreichbar ist.
- b) Eine Aufwertung soll die Generalversammlung durch die Regelung des *Depotstimmrechts* und der *Organvertretung* erfahren. Banken oder gewerbsmässige Vermögensverwalter, welche die Stimmrechte (oder andere Mitwirkungsrechte) aus bei ihnen hinterlegten Aktien ausüben wollen, haben den Hinterleger vor jeder Generalversammlung¹⁰⁵ um Weisungen für die Stimmabgabe zu ersuchen. Ist dies zeitlich nicht möglich und fehlt eine allgemeine Weisung, so muss das Depotstimmrecht entsprechend den Anträgen des Verwaltungsrates ausgeübt werden¹⁰⁶. Diese Ordnung präzisiert und verschärft die Praxis zum Depotstimmrecht, wie sie bisher aufgrund von Richtlinien der Schweiz. Bankiervereinigung von 1961/1967/1980 zwar nicht ausnahmslos, aber doch regelmässig befolgt worden ist. Auch wenn

101 So insbesondere OR 648: Zwei Drittel des gesamten Grundkapitals müssen zustimmen bei Zweckänderungen, bei der Beseitigung erschwerender Vorschriften über die Beschlussfassung und bei der Einführung von Stimmrechtsaktien. Vgl. ferner OR 636 (Sacheinlage- und Sachübernahmegründung; das Quorum gilt analog bei der qualifizierten Kapitalerhöhung, vgl. OR 650 II).

102 So scheiterte vor einigen Jahren bei der Bank Leu AG eine nicht bestrittene Kapitalvereinfachung daran, dass an der Generalversammlung nur 65,7% des Aktienkapitals statt der gesetzlich verlangten Zweidrittelsmehrheit vertreten waren.

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

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

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

106 RevOR 689d.

man der gesetzlichen Regelung grundsätzlich zustimmt, ist an Einzelheiten Kritik anzubringen:

- Die Einholung von Weisungen vor *jeder* Generalversammlung, also auch dann, wenn lediglich unbestrittene Routinetraktanden abzuwickeln sind, dürfte die Rückfrage abwerten und sich so als kontraproduktiv erweisen. Sinnvoller wäre m.E. die Einführung einer Pflicht zur Rückfrage nur bei (gesetzlich umschriebenen) wichtigen und bei umstrittenen Traktanden gewesen.
- Verfehlt ist die gesetzliche Pflicht, beim Fehlen von Weisungen *gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen*: Bisher galt — mangels spezieller Vorschriften — allgemeines Auftragsrecht und damit die Pflicht des Depotvertreters, nach bestem Wissen im Interesse und nach dem mutmasslichen Willen des Auftraggebers zu stimmen¹⁰⁷, also nötigenfalls auch gegen einen Antrag des Verwaltungsrates. Künftig wird dem Depotvertreter diese selbstverständliche Möglichkeit der Interessenwahrung versperrt bleiben!

Publikumsgesellschaften anbieten sich regelmässig, *selber für die Stimmrechtsvertretung besorgt zu sein*. Die Ausübung der Stimmrechte erfolgt dabei jeweils entsprechend den Anträgen der Verwaltung. Das künftige Recht will auch hier den Prozess der Meinungsbildung effektiver gestalten: Eine Gesellschaft, die den Aktionären eines ihrer Organe oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung vorschlägt, muss zugleich eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung beauftragt werden kann¹⁰⁸.

Schliesslich soll hinsichtlich der Ausübung der Stimmrechte künftig auch für vermehrte *Transparenz* gesorgt werden. Während bisher über den Umfang der durch Banken und Organvertreter gestimmten Aktien nur gemutmasst werden konnte¹⁰⁹, ist in Zukunft der Generalversammlung die jeweilige Gesamtzahl der durch Organe, unabhängige Stimmrechtsvertreter und Depotvertreter vertretenen Aktien, allenfalls untergliedert nach Art, Nennwert und Kategorie, bekanntzugeben. Die Unterlassung dieser Pflicht stellt einen Anfechtungsgrund dar¹¹⁰.

¹⁰⁷ OR 397f.

¹⁰⁸ RevOR 689c.

¹⁰⁹ Immerhin ist bekannt, dass bei zahlreichen Publikumsgesellschaften die Stimmenmehrheit regelmässig bei Depot- und Organvertretern liegt. Zur Bedeutung des Depotstimmrechts finden sich Hinweise im Bericht der Kartellkommission "Die Konzentration im schweizerischen Bankgewerbe", Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, Heft 1/2 (Zürich 1979) 74 ff.

¹¹⁰ RevOR 689e.

- c) Repräsentativer sollen Generalversammlungsbeschlüsse auch dadurch werden, dass die Einberufungsfrist von zehn auf zwanzig Tage verlängert wird¹¹¹, um so den Aktionären ausreichend Zeit zur Vorbereitung und insbesondere den Depotvertretern die Möglichkeit der Rückfrage zu sichern. Das Ansinnen ist löblich, kann aber bei Konzernen, die eine ganze Kaskade von nacheinander abzuhaltenden Generalversammlungen durchzuführen haben, mit arger Zeitknappheit verbunden sein. Im Hinblick auf die Zielsetzung, die Minderheitenrechte zu verstärken, ist dagegen die Ordnung des Traktandierungsrechts¹¹² fragwürdig: Es soll — nimmt man das Gesetz zum Wortlaut — nur Aktionären zustehen, “die Aktien im Nennwerte von einer Million Franken vertreten”. Dass nicht erwähnt wurde, dass jedenfalls Aktionäre oder Aktionärsgruppen, welche die *Einberufung* einer Generalversammlung durchsetzen können — und hierfür braucht es nach wie vor lediglich 10% des Aktienkapitals¹¹³ — auch die Vorlage bestimmter Traktanden verlangen können, mag man noch als gesetzgeberisches 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 zu¹¹⁴. Demgegenüber bringt also das künftige Recht entgegen den unbestrittenen Intentionen eine Einschränkung des Minderheitenschutzes.

2. Neuordnung der Bestimmungen über den Verwaltungsrat

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

¹¹¹ RevOR 700.

¹¹² RevOR 699 III.

¹¹³ Vgl. OR 699 III und revOR 699 III.

¹¹⁴ 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. Vgl. dazu die Übersichten bei François BIANCHI: Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1982 = SSHW 64) 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 (ohnehin 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.

- besonders hinsichtlich der Ordnung des Verwaltungsrates — auch in Zukunft festgehalten:
- Wird nichts besonderes vorgesehen, dann ist der *Verwaltungsrat in seiner Gesamtheit* geschäftsführendes Organ. Diese Ordnung eignet sich für kleine, personenbezogene Strukturen, für Gesellschaften mit wenigen Mitgliedern also, die alle aktiv im Unternehmen tätig sind.
 - Doch können Geschäftsführung und Vertretung auch einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates zugewiesen, kann der Verwaltungsrat dadurch in externe, nebenamtliche, und interne, vollamtlich geschäftsführende Mitglieder gegliedert werden. Damit kommt man dem amerikanischen “*Board System*” nahe.
 - Durch eine konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren kann das deutsche *Aufsichtsratssystem* (dualistisches System, Zweiteilung in einen geschäftsführenden “Vorstand” und einen überwachenden “Aufsichtsrat”) nachempfunden werden.
 - Schliesslich können auch einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen werden. Dies entspricht etwa dem französischen System des “*Président Directeur Général*”. Die geeignete Organisationsform zu finden wird daher auch künftig den Aktiengesellschaften — grossen wie kleinen, aktiven wie inaktiven, personen- wie kapitalbezogenen — nicht schwer fallen.
- b) Immerhin geht die Disponibilität nicht so weit, dass das gesetzliche Grundkonzept — Verwaltungsrat als Exekutive oder zumindest “Ober”-exekutive — völlig beseitigt werden könnte. Zum Schutz gutgläubiger Dritter, die darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat eine Führungsfunktion ausübt, verlangt auch das künftige Aktienrecht, dass das Exekutivorgan nicht einfach abdankt. In dieser Beziehung — und darin liegt ein Hauptverdienst der Reform — wird die Glaubwürdigkeit der gesetzlichen Ordnung verstärkt, indem dem Verwaltungsrat bestimmte grundlegende Aufgaben *unübertragbar und unentziehbar* zugewiesen werden. Zusammengefasst und grob betrachtet werden die *Oberleitung* der Gesellschaft, die Festlegung ihrer *Organisation*, die *Planung* (besonders der Einsatz der finanziellen Mittel), die wichtigsten *personellen Entscheide* und die *Rapportierung* an die Aktionäre zu unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates erklärt¹¹⁵. Da-

¹¹⁵ Vgl. im einzelnen die abschliessende Aufzählung im neuen Art. 716a sowie NOBEL in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 531 ff.

durch soll den blossen Aushängeschild-Verwaltungsräten ein Ende bereitet werden, was man nur begrüssen kann.

- c) Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen — so die Formulierung des künftigen Rechts — “ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen”, sie müssen “die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren”, und sie haben “die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln”. All dies galt schon heute, zum Teil aber nur aufgrund der Gerichtspraxis¹¹⁶. Die Festschreibung dient der Klärung. Neu kommt hinzu, dass ein weitgehendes Recht der Verwaltungsratsmitglieder auf *Auskunft und Einsicht* explizit vorgesehen wird. Jedes Mitglied soll “Anspruch auf Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft” haben, und dieses Recht kann auch durch die Statuten nicht beschränkt werden. Der bis heute nicht ausgestorbenen Unsitte, dem Verwaltungsrat möglichst wenig Information zukommen zu lassen, wird dadurch hoffentlich ein Riegel geschoben.
- d) Das neue Recht regelt im einzelnen, in welchem Rahmen — nämlich unter dem Vorbehalt der erwähnten unübertragbaren Aufgaben und auf statutarischer Basis nach Massgabe eines Organisationsreglementes — die Kompetenzen des Verwaltungsrates *delegiert* werden können. Zugleich wird klargestellt, dass die Delegation haftungsbefreiend wirkt, solange “bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt” beachtet wurde¹¹⁷. Auch bei zulässiger Delegation bleibt somit eine *Restverantwortung*, wobei zwischen sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Kontrolle eine Wechselwirkung besteht: Je qualifizierter der mit einer Aufgabe Betraute ist, desto weniger bedarf es der Instruktion und Überwachung, je unkritischer die Auswahl erfolgt, desto mehr Aufmerksamkeit muss auf Ausbildung und Kontrolle verwendet werden.

3. Verstärkung der Revision

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

¹¹⁶ Das Gleichbehandlungsprinzip ist im geltenden Aktienrecht nicht explizit verankert, vgl. vorn Anm. 54.

¹¹⁷ RevOR 754 II. Dass die nötige Sorgfalt angewendet wurde, ist vom Organ darzulegen, vgl. Arthur HUNZIKER: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 89 ff., 103.

- a) Das *geltende Recht* der Kontrollstelle ist in mancherlei Hinsicht unbefriedigend:
- Irgendwelche fachliche Anforderungen sind im Gesetz nicht verankert¹¹⁸.
 - Die Vorschriften über die Unabhängigkeit der Revisoren sind gänzlich ungenügend¹¹⁹.
 - Von der Gründungsphase abgesehen besteht auch keinerlei Gewähr dafür, dass überhaupt ein Revisionsorgan bestellt wird¹²⁰.
 - Schliesslich beschränkt sich der Einsatz der Revisoren — mit einer Ausnahme bei der Kapitalherabsetzung — auf die ordentliche Revision.
- b) In all diesen Punkten sieht das *künftige Recht* deutliche Verbesserungen vor:
- Gesetzlich verankert — wenn auch flexibel formuliert — wird das Erfordernis, über die nötigen fachlichen *Fähigkeiten* für die Erfüllung der Prüfungsaufgabe zu verfügen¹²¹. Dass dieser Vorschrift auch nachgelebt wird, soll durch ein Klagerecht auf Abberufung, das allen Aktionären und Gläubigern zusteht, sichergestellt werden¹²².
 - Ernstgemacht wird mit der *Unabhängigkeit*. Revisoren müssen künftig vom Verwaltungsrat, aber auch von einem kontrollierenden Aktionär

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

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

120 Bei der Anmeldung einer AG zur Eintragung in das Handelsregister ist gemäss OR 640 III Ziff. 4. ein Ausweis dafür erforderlich, “dass die... Kontrollstelle bestellt” worden ist. Die eingesetzte Kontrollstelle kann jedoch unmittelbar nach dem Abschluss der Gründung zurücktreten oder abgewählt werden, und das Vorhandensein einer Kontrollstelle wird später nicht mehr geprüft.

121 RevOR 727a; besondere, auf Verordnungsstufe zu spezifizierende Anforderungen werden an die Prüfer volkswirtschaftlich bedeutsamer Gesellschaften gestellt, revOR 727b: von Gesellschaften, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an der Börse kotiert bzw. vorbörslich gehandelt werden oder die eine bestimmte Grösse erreicht haben (in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren müssen zwei der folgenden drei Grössen überschritten worden sein: Bilanzsumme 20 Mio., Umsatzerlös Fr. 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt). — Zur erforderlichen fachlichen Qualifikation vgl. SCHULTZ in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 546 ff.

122 RevOR 727e III.

unabhängig sein¹²³, auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers ausserdem unabhängig von Gesellschaften des gleichen Konzerns¹²⁴. Sie dürfen auch keine Arbeiten für die zu prüfende Gesellschaft ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.

- Im weiteren wird sichergestellt, dass das *Amt des Revisors* besetzt ist: Die Revisoren müssen künftig — gleich den Mitgliedern des Verwaltungsrates — im Handelsregister eingetragen werden¹²⁵. Fehlt die Revisionsstelle, sollen der Handelsregisterführer und, auf dessen Antrag, der Richter einschreiten¹²⁶.
- Endlich werden die *Aufgaben* der Revisoren deutlich erweitert. Zu erwähnen sind vor allem die zusätzlichen Prüfungsfälle bei qualifizierter Gründung und Kapitalerhöhung¹²⁷, bei der Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen¹²⁸ und bei Kapitalverlust^{129, 130}. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an die Institution des *Sonderprüfers*, die für das schweizerische Recht ein Novum darstellt¹³¹.
- Neu hat der Revisor die Aufgabe, bei offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls — d.h. dann, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt — den *Richter zu benachrichtigen*¹³², eine zwar ungeliebte¹³³ und wohl systemwidrige, m.E. aber sinnvolle Kompetenz und Pflicht.

123 RevOR 727c. Vgl. hiezu SCHULTZ in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 546 ff.

124 RevOR 727c II.

125 RevOR 641 Ziff. 10.

126 RevOR 727f.

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

128 RevOR 670 II.

129 RevOR 725 II.

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

131 Vgl. dazu die Ausführungen vorn bei Anm. 46 f.

132 RevOR 729b II.

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

4. Neuordnung der Verantwortlichkeit

Für die Mitglieder des Verwaltungsrates, daneben aber namentlich auch für die Revisoren, ist auch die Neuordnung des Rechts der persönlichen Verantwortung von grosser Bedeutung. Dem geltenden Verantwortlichkeitsrecht wohnt — dies zeigt ein Blick auf die Praxis — ein ziemlich willkürlicher Zug inne: Einerseits bleibt allzu oft auch grobfahrlässiges Verhalten folgenlos. Auf der anderen Seite müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, nicht selten Konsequenzen von ungewöhnlicher und nicht angemessener Härte tragen. Gründe hierfür sind unter anderem zum einen die Schwierigkeiten für Aktionäre, eine Klage einzuleiten (ungenügende Information, unverhältnismässig hohes Kostenrisiko), zum andern die bundesgerichtliche Praxis, nach welcher Verwaltungsratsmitglieder und Kontrollstellen auch dann für den eingetretenen Schaden voll haftbar sind, wenn ihnen nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Die Revision wird in beiden Richtungen Fortschritte bringen¹³⁴:

- Die *Klage von Aktionären und Gläubigern* wird durch die Verbesserung ihrer Informationslage erleichtert. Das Prozessrisiko für Aktionäre wird reduziert durch die erwähnte Möglichkeit, die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen der Gesellschaft aufzuerlegen.
- Im Gegenzug wird legitimen *Interessen der Organe* dadurch Rechnung getragen, dass sie sich künftig auf ihr leichtes Verschulden berufen und so eine Reduktion ihrer Ersatzpflicht erwirken können¹³⁵. Zu dieser Verbesserung ist freilich ein Vorbehalt angebracht: Wegen einer übermässig harten Praxis im Sozialversicherungsrecht (die durch die Revision des Aktienrechts nicht beseitigt wird) bleibt das Haftungsrisiko von Verwaltungsratsmitgliedern auch weiterhin schwer kalkulierbar¹³⁶.

¹³⁴ Vgl. dazu FORSTMOSER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 536 ff sowie ders.: Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung, in: Das neue Aktienrecht, Schriftenreihe des Schweiz. Anwaltsverbandes, erscheint 1992.

¹³⁵ Vgl. dazu EPPENBERGER in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 542 ff.

¹³⁶ Nach Art. 52 des AHV-Gesetzes hat ein Arbeitgeber, der *absichtlich* oder *grobfahrlässig* Vorschriften des AHVG missachtet und dadurch einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Das Eidg. Versicherungsgericht hat aus dieser Norm faktisch eine neue Kausalhaftung für Mitglieder des Verwaltungsrates kreiert:

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

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

VII. Die Einführung des neuen Rechts

1. Konkretisierung auf Verordnungsstufe

Die neuen gesetzlichen Bestimmungen verlangen eine Konkretisierung in zwei Bereichen:

- a) Anzupassen ist die *Handelsregisterverordnung*, so etwa hinsichtlich der neuen Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorschriften, aber auch mit Bezug auf zusätzliche Eintragungstatbestände¹³⁷. Dabei wird es sinnvoll sein, ganz allgemein die Prüfungspflicht und -befugnis der Registerämter sowie die für eine Anmeldung erforderlichen Dokumente und ihren Inhalt eindeutig zu umschreiben, um die für die Praxis höchst lästigen kantonalen Unterschiede in der Ausübung der Kognition einzuschränken.
- b) Der Bundesrat hat sodann die fachlichen Anforderungen an die im Gesetz an verschiedenen Orten vorgesehenen "*besonders befähigten Revisoren*"¹³⁸ zu umschreiben¹³⁹.
- c) Vorgesehen war eine Verordnung zur Konkretisierung der Übergangsregelung¹⁴⁰, doch ist die entsprechende Anweisung in den Schlussbestimmungen von der Redaktionskommission gestrichen worden.

2. Übergangsrecht

- a) Hinsichtlich der Einführung des neuen Rechts sind drei Gruppen von Regeln zu unterscheiden:
 - Mehrheitlich tritt die neue Ordnung voraussichtlich am 1.7.1992 in Kraft.

¹³⁷ Z.B. Eintragung der Revisoren, revOR 641 Ziff. 10.

¹³⁸ Vgl. revOR 653f, 653i, 727b, 731a, 732 II, 745 III.

¹³⁹ RevOR 727b II; dem Vernehmen nach sollen neben Personen, die im Besitze des eigenössischen Diploms als Bücherexperte sind, auch Personen mit anderem Ausbildungsgang und mehr- bzw. langjähriger Revisionspraxis zugelassen werden.

¹⁴⁰ Verfahren der Statutenanpassung und der allfälligen Auflösung von Gesellschaften, die sich nicht innert Frist anpassen, Verlängerung der Anpassungsfrist.

- Für die Anpassung der *Statuten* ist eine *fünfstufige Übergangsfrist* vorgesehen^{141, 142}.
 - Schliesslich gibt es auch Fälle des *Grandfathering*, in denen die alte Ordnung trotz Widerspruchs zum neuen Recht beibehalten werden darf, so etwa hinsichtlich der Höhe des Aktienkapitals und des Umfangs des Partizipationskapitals für Gesellschaften, die vor 1985 gegründet worden sind¹⁴³, sowie generell für Stimmrechtsaktien, bei denen die Stimmenprivilegierung im Verhältnis zum Nennwert die neue gesetzliche Limite von 10:1¹⁴⁴ übersteigt.
- b) Einmal mehr ist den Übergangsbestimmungen nicht die nötige Sorgfalt gewidmet worden:
- So ist keine Übergangsfrist vorgesehen für die Einführung der *Konzernrechnung*. Dabei ist es eine Binsenweisheit, dass sich eine Konzernrechnung nicht von einem Jahr zum anderen realisieren lässt¹⁴⁵.
 - Aber auch für die Anpassung der allgemeinen *Rechnungslegung* gibt es keine Übergangsfrist. Damit könnte man den Standpunkt vertreten, dass schon die Rechnung per Ende 1992 (weil unter neuem Recht zu erstellen) den Bestimmungen des revidierten Aktienrechts zu genügen hätte. Dies würde 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 Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht dessen Bestimmungen zu genügen hat^{146, 147}.

¹⁴¹ Schlussbestimmungen 2 II. Während dieser Frist gelten also z.B. bisherige statutarische Vinkulierungsbestimmungen, die dem neuen Recht widersprechen, weiter. Die *Wirkung* der Vinkulierung und damit die Rechtslage bei Ablehnung eines Aktienerwerbers durch die Gesellschaft richtet sich dagegen schon in der Übergangszeit nach neuem Recht. Bei börsenkotierten Namenaktien entfällt damit das Stimmrecht des Veräusserers (der nach bisherigem Recht als "Buchaktionär" stimmberechtigt blieb) und ist der Erwerber "als Aktionär ohne Stimmrecht ins Aktienbuch einzutragen", vgl. revOR 685f und vorn bei Anm. 75 f.

¹⁴² Die Neuordnung des Rechts der Partizipationsseine tritt zum Teil trotz entgegenstehender Statuten- oder Ausgabebedingungen sofort in Kraft, Schlussbestimmung gen 3 I.

¹⁴³ Schlussbestimmungen 2 II.

¹⁴⁴ Vgl. revOR 693 II.

¹⁴⁵ Der Bundesrat wird voraussichtlich eine angemessene Anpassungsfrist dadurch sicherstellen, dass er die einschlägigen Bestimmungen — revOR 663e ff — erst ein Jahr später in Kraft setzt.

¹⁴⁶ So Ständerat Carlo SCHMID in Amtl. Bull. SR 1991, 472.

¹⁴⁷ Dies mit dem Vorbehalt, dass die erste Jahresrechnung nach neuem Recht die Vorjahreszahlen nicht zu enthalten braucht.

- Vergessen wurde, dass im Recht der *GmbH* und der *Genossenschaft* nicht selten auf das Aktienrecht verwiesen wird. Damit ist ungewiss, ob diese Verweisungen sich künftig auf das alte oder auf das neue Recht beziehen.
- Für *Bankaktiengesellschaften* finden sich bekanntlich Sondervorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz. Sie decken sich inhaltlich weitgehend mit dem geltenden allgemeinen Aktienrecht¹⁴⁸. 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 trat¹⁴⁹. Da auch die Anpassung des Bankengesetzes bzw. — richtiger — die Ausserkraftsetzung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit bei Bankaktiengesellschaften vergessen ging, wird nun wohl für die Banken das “alte” Verantwortlichkeitsrecht weiter Geltung haben.
- Lobend zu erwähnen ist immerhin Art. 6 der Schlussbestimmungen betreffend die Beseitigung von statutarischen Vorschriften über qualifizierte Mehrheiten für Generalversammlungsbeschlüsse: Bekanntlich finden sich in den Statuten nicht selten Quorumserfordernisse, die aus dem Gesetz abgeschrieben worden sind¹⁵⁰. Die vorn ausgesprochene¹⁵¹ Beseitigung von gesetzlichen Quoren, die sich am gesamten Aktienkapital bemessen, hätte in diesen Fällen keine Wirkung, weil die bisherige gesetzliche Ordnung als statutarische weitergelten würde¹⁵². In die Schlussbestimmungen wurde nun in letzter Minute eine Norm eingefügt, wonach solche, einfach das (bisherige) Gesetz wiederholende, Bestimmungen innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten des neuen Rechts mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen

¹⁴⁸ Selbst bei unterschiedlichem Wortlaut ist im allgemeinen inhaltliche Übereinstimmung anzunehmen, vgl. BGE 97 II 414 E 7a.

¹⁴⁹ Vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ: Kommentar zum BG über die Banken und Sparkassen (Zürich 1976, mit Nachträgen) Vorb. vor Art. 38 N 3 f; Peter NOBEL: Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (Bern 1979) 182.

¹⁵⁰ Die Statuten sollen dadurch als eine Art Checklist dienen.

¹⁵¹ Vorn bei Anm. 101 ff.

¹⁵² 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. Statutenbestimmungen, die bisherigem zwingendem Recht entsprechen, sind in der Regel als bewusst gewollt anzusehen und werden mit einer Änderung des Gesetzes nicht wirkungslos, ZR 48 (1949) Nr. 155 S. 306 ff.

— also dem allgemeinen Quorum gemäss dispositivem Gesetzesrecht¹⁵³ — beseitigt werden können¹⁵⁴.

3. Handlungsbedarf im Hinblick auf das neue Recht?

- a) Angesichts der fünfjährigen Übergangsfrist wird es in der Regel ratsam sein, die Anpassung der statutarischen Ordnung *nicht zu übereilen*, sondern zuzuwarten, bis das neue Recht durch Publikationen und allenfalls erste Urteile weiter geklärt ist.
- b) Dagegen fragt es sich, ob sich im Hinblick auf die strengere Ordnung des künftigen Rechts noch Massnahmen in letzter Minute *unter der geltenden Ordnung* empfehlen. In der Regel ist dies m.E. zu verneinen: Eingeschränkt werden künftig das Stimmenprivileg für Stimmrechtsaktien¹⁵⁵, die Möglichkeiten der Vinkulierung¹⁵⁶, die des Einsatzes von Genussscheinen für die Finanzierung¹⁵⁷ sowie petrifizierende Klauseln¹⁵⁸. In all diesen Fällen erscheint die strengere neue Ordnung sinnvoll und eine Verankerung bisherigen Rechts nicht wünschbar. Erschwert bzw. faktisch verunmöglicht wird künftig überdies die Zusammenlegung von Partizipationsscheinen¹⁵⁹, und in heutiger Form nicht mehr möglich werden Vorratsaktien sein. Ausnahmsweise könnte es sich in diesen beiden Punkten empfehlen, noch von der Flexibilität der geltenden Ordnung zu profitieren¹⁶⁰.
- c) *Unmittelbar nach dem Inkrafttreten* des neuen Rechts besteht allenfalls ein Handlungsbedarf in zwei Punkten:
 - Zu überprüfen sind die *statutarischen Quoren*, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen kann es wünschbar sein, von der vorn bei Anm. 150ff erwähnten Übergangsbestimmung Gebrauch zu machen und lästige, aus dem Gesetz in die Statuten übernommene Quorumsvor-

¹⁵³ OR und RevOR 703.

¹⁵⁴ Ohne diese Ausnahmeregel könnte ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis nur mit der darin vorgesehenen Mehrheit selbst beseitigt werden, vgl. TANNER (zit. Anm. 152, 185) und FORSTMOSER (zit. Anm. 152, 7 N 95).

¹⁵⁵ Vgl. vorn bei Anm. 144.

¹⁵⁶ Vgl. vorn bei Anm. 55 ff.

¹⁵⁷ RevOR 656a ff; bestehende Finanzierungsgenussscheine müssen allenfalls angepasst werden, Schlussbestimmungen 3.

¹⁵⁸ Vgl. vorn bei Anm. 104.

¹⁵⁹ Vgl. vorn Anm. 98.

¹⁶⁰ Im Hinblick auf Änderungen im PS-Kapital ist jedoch darauf hinzuweisen, dass unter künftigem Recht bei der Umwandlung von PS in Aktien die Stempelsteuer entfallen dürfte.

schriften zu beseitigen. Umgekehrt ist bei kleineren Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären zu beachten, dass mit dem Wegfall der zwingend am gesamten Aktienkapital bemessenen Quoren¹⁶¹ ein wesentliches Element des Minderheitenschutzes entfällt: Die neue gesetzliche Ordnung, nach welcher *jede* Generalversammlung unabhängig von der Beteiligung für *jedes* Traktandum beschlussfähig ist, kann dazu missbraucht werden, die längere Abwesenheit eines Mitaktionärs abzuwarten und während dieser beliebige Statutenänderungen zu vollziehen. Dieser Gefahr kann dadurch begegnet werden, dass am Gesamtkapital bemessene Quoren neu statutarisch verankert werden.

- Sofort nach oder besser vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts sollten sodann die *verschärften Erfordernisse für die Revisoren* beachtet werden¹⁶². Die neuen gesetzlichen Anforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit werden am 1.7.1992 in Kraft treten. Unmittelbar danach können Aktionäre oder Gläubiger gegen die Gesellschaft auf Abberufung von Revisoren klagen, welche die Voraussetzungen für ihr Amt nicht erfüllen¹⁶³.

VIII. Würdigung

1. Verpasste Chancen?

Im Laufe der langjährigen Reformarbeiten sind — es wurde eingangs erwähnt — die meisten Artikel des Aktienrechts erfasst und ist das bestehende Recht ganz erheblich erweitert worden. Trotzdem fragt es sich, ob nicht Chancen ungenutzt, gesetzgeberische Bedürfnisse ausser acht geblieben sind. Meines Erachtens ist dies in zweierlei Hinsicht der Fall, wobei in absehbarer Zeit kaum Korrekturen möglich sein werden:

- a) Aufgrund der eingangs erwähnten Grundentscheide — Einheit des Aktienrechts, Leitbild der Publikumsgesellschaft — *kamen die kleineren, personalistischen Gesellschaften zu kurz*, indem für sie bedeutsame Fragen nicht geklärt wurden¹⁶⁴:

¹⁶¹ Vgl. dazu vorn bei Anm. 101 ff.

¹⁶² Vgl. vorn bei Anm. 121 ff.

¹⁶³ Zum Klagerecht vgl. vorn bei Anm. 122.

¹⁶⁴ Näheres bei Peter FORSTMOSER: Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Reform des Aktienrechts, SAG 56 (1984) 50 ff. Vgl. auch STAEBELIN (zit. Anm. 28) 602 ff.

So spielen bei personenbezogenen Gesellschaften *Aktionärbindungsverträge* eine unersetzliche Rolle: Die AG ist von Gesetzes wegen kapitalbezogen ausgestaltet und soll es zu Recht auch bleiben. Statutarisch ist daher eine Berücksichtigung personaler Elemente nur sehr beschränkt möglich. Umso mehr drängt sich eine Ergänzung der statutarischen Ordnung durch vertragliche Bindungen unter den Aktionären auf, und ein Blick in die Praxis zeigt, dass bei kleineren Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären Aktionärbindungsverträge die Regel sind und es ohne eine Kombination von statutarischen und vertraglichen Regeln oft kaum möglich ist, eine passende Ordnung aufzustellen.

Zu den Aktionärbindungsverträgen besteht nun aber eine denkbar dürftige Gerichtspraxis¹⁶⁵. Fest steht zwar, dass Aktionärbindungsverträge an sich gültig sind. Zahlreiche Einzelfragen bleiben aber ungeklärt, so insbesondere die der Dauer. Eine gesetzliche Klärung¹⁶⁶ wäre hilfreich gewesen.

Dasselbe gilt für *statutarische Erwerbsberechtigungen*, die in der Praxis ebenfalls verbreitet sind¹⁶⁷ und für die ein legitimes Bedürfnis besteht. Auch hier sind Verbindlichkeit und Tragweite unklar und gerichtlich nicht entschieden¹⁶⁸. Durch eine knappe gesetzliche Ordnung hätte Gewissheit geschaffen werden können.

Ein weiteres Regelungsbedürfnis hätte hinsichtlich der *Suppleanten* und Stellvertreter im Verwaltungsrat bestanden: Bei personalistischen Aktiengesellschaften sind nicht nur die Stimmenverhältnisse in der Generalversammlung, sondern ist auch die Sitzverteilung im Verwaltungsrat oft "sorgfältig ausbalanciert"¹⁶⁹. Für den Fall der Verhinderung eines Mitgliedes besteht daher das Bedürfnis, einen Vertreter oder

¹⁶⁵ Vgl. insb. BGE 109 II 43 ff, 88 II 174 ff, 81 II 542; ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 141, 69 (1970) Nr. 101 S. 160 ff; AGVE 1950, 59.

¹⁶⁶ Etwa in dem Sinne, dass Verträge über die Ausübung von Aktionärsrechten — vorbehaltlich der Kündigung aus wichtigem Grund — für die Dauer der Gesellschaft abgeschlossen werden können.

¹⁶⁷ Vgl. statt vieler Klaus Werner HERREN: Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen (Diss. Bern 1973); Erika SALZGEBER-DÜRIG: Das Vorkaufrecht und verwandte Rechte an Aktien (Diss. Zürich 1970).

¹⁶⁸ Handelt es sich bloss um eine — gesetzlich nicht geregelte, aber zulässige — Sonderart der Vinkulierung? Oder werden durch solche Berechtigungen den Aktionären zusätzliche Pflichten auferlegt, die aufgrund von OR 680 I nichtig sind? Die Antwort hierauf muss unter geltendem Recht differenziert ausfallen, sie wird in der Lehre unterschiedlich erteilt und ist der Gerichtspraxis nicht zu entnehmen.

¹⁶⁹ Botschaft (zit. Anm. 28) 942, mit Bezug auf die Stimmenverhältnisse.

Suppleanten bestellen zu können. Das Gesetz sieht hierfür weder bisher noch künftig eine Ordnung vor, und da das Schweigen qualifiziert sein könnte, fällt es auch schwer, eine angemessene statutarische Regelung zu finden. Erneut wäre es Sache der Reform gewesen, für eine Ordnung zu sorgen, die angemessenen Bedürfnissen Rechnung getragen hätte, ohne Missbräuche zuzulassen. Ganz allgemein hätte es sinnvoll sein können, die gesetzliche Ordnung *stärker nach Gesellschaftstypen* zu differenzieren und atypischen Erscheinungsformen vermehrt durch Sondernormen Rechnung zu tragen.

- b) Die bewusste Beschränkung auf eine Teilrevision hat sodann auch dazu geführt, dass *“heilige Kühe” des Aktienrechts* unangetastet geblieben sind, obwohl hierfür keine Rechtfertigung (mehr) besteht.

So wurden zwar — dies ist zu anerkennen — die Bestimmungen über die Hinterlegung von Pflichtaktien¹⁷⁰ ersatzlos gestrichen und damit sinnloser administrativer Aufwand beseitigt. Beibehalten blieb jedoch das Erfordernis der Aktionärseseigenschaft aller Mitglieder des Verwaltungsrates (wobei eine einzige Aktie genügt). Auch diese Bestimmung ist heute — da die Mitglieder des Verwaltungsrates mehr und mehr ihrer Fähigkeiten wegen und nicht aufgrund der Aktionärseseigenschaft gewählt werden — überlebt¹⁷¹.

Beibehalten blieb sodann die Bestimmung, dass der Verwaltungsrat mehrheitlich aus Personen bestehen muss, *“die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen”*¹⁷², eine Regel, die ebenfalls nicht mehr zeitgemäss und sicher nicht europakompatibel ist.

2. Die Revision des revidierten Aktienrechts

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

170 OR 709 f.

171 Das Genossenschaftsrecht lässt es bei einer Mehrheit von Gesellschaftern in der Verwaltung bewenden (OR 894 I), was auch im Aktienrecht genügen sollte.

172 RevOR 708 I, entsprechend OR 711 I.

- a) Aus Gründen der Konsistenz der Rechtsordnung sind das Recht der *GmbH* und das der *Genossenschaft* baldestmöglich an das neue Aktienrecht anzupassen¹⁷³. Sodann ist die Realität der zunehmenden *konzernmässigen Verflechtung* konsequent zur Kenntnis zu nehmen, hat doch schon der Zwischenbericht 1972 aus gutem Grund erklärt, die “Ausarbeitung eines Konzernrechtes sollte rasch an die Hand genommen werden”¹⁷⁴.
- b) Schliesslich werden auch die *europäischen Vereinheitlichungstendenzen* noch vermehrt zu berücksichtigen sein, ganz gleich, ob sich die Schweiz zum Alleingang entschliesst, ob der EWR zustande kommt oder ein Beitritt zur EG angestrebt wird¹⁷⁵.
Die Revision des revidierten Aktienrechts wird daher nicht auf sich warten lassen.

173 Wo es um die angemessene Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit geht — etwa bei den Rechnungslegungsvorschriften und denen zum Schutz der Kapitalbasis — drängt sich eine übereinstimmende Ordnung für die AG, die GmbH und die Genossenschaft auf. Schon heute ist dieses Postulat nicht erfüllt, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts werden aber die Divergenzen noch zu nehmen. Vgl. zum Problem PETER FORSTMOSER: Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 46 ff sowie URS HENGGELER: Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht (Diss. Zürich 1976 = SSHW 19).

174 Zwischenbericht (zit. Anm. 11) 192. Mit der Begründung, “dass eine Totalrevision des Aktienrechtes mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen würde” (Zwischenbericht 18), ist auf solche weitergehenden Reformen verzichtet worden. Die Ordnung der Konzerne ist damit auf halbem Wege stehengeblieben: Durch die Pflicht zu Konsolidierung und Konzernrechnung wird der wirtschaftlichen Realität der abhängigen Gesellschaft in vermögensmässiger Hinsicht Rechnung getragen. Im übrigen aber geht das Schweizer Aktienrecht nach wie vor von der Fiktion völlig unabhängiger, nur im eigenen Interesse geführter Gesellschaften aus.

175 Zur Europakompatibilität des künftigen schweizerischen Aktienrechts vgl. die Beiträge VISCHER, BAUDENBACHER und HERTIG in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 28) 525 f, 608 ff, 613 ff; ferner etwa NOBEL in NZZ vom 6.8. 1991 S. 25 und FORSTMOSER in FuW vom 26.10.1991 S. 25.