

## Fachbeiträge

### Articles spécialisés

#### Ein Jahr revidiertes Aktienrecht – Erfahrungen, Antworten, Fragen\*

Dr.iur. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich

Am 4. Oktober 1991 ist die umfassende Teilrevision des schweizerischen Aktienrechts vom Parlament ohne Gegenstimme verabschiedet worden. Seit einem guten Jahr ist das neue Recht in Kraft. Mit der Reform wurde eine Vielzahl neuer Bestimmungen eingeführt, und die Mehrheit der bisherigen Artikel wurde – teils freilich nur formal oder in Kleinigkeiten – abgeändert.

Das revidierte Recht brachte nicht nur neue Möglichkeiten – etwa im Bereich der Kapitalerhöhung – und die Klärung bisher umstrittener Fragen – z.B. hinsichtlich der Pflichten und der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates –, sondern es führte auch viele Unbekannten ein. Neue Institute – vom bedingten und genehmigten Kapital über den Sonderprüfer bis zum neu gesetzlich geregelten Partizipationschein – waren kennenzulernen. Überdies ist der Text als Folge der langen und wechselvollen Reformarbeiten in vielen Punkten mangelhaft redigiert. Ungereimtheiten und Unklarheiten wurden von verschiedenen Seiten schon vor dem Inkrafttreten gerügt. Die ersten praktischen Erfahrungen führten weitere offene Fragen zutage.

Diesem Zustand der Unsicherheit bei der weitaus bedeutendsten Organisationsform für wirtschaftliche Tätigkeit im schweizerischen Recht wurde mit einer intensiven Auseinandersetzung in Lehre und Praxis begegnet. Vom neuen Eherecht abgesehen, ist wohl kaum eine Gesetzesreform in der Schweiz von derart vielen Seminarien, Workshops und Vortragsveranstaltungen begleitet worden. Und auch die Auseinandersetzung in Fachzeitschriften und selbständigen Publikationen übersteigt das Übliche bei weitem.

Nun, ein Jahr nach der Einführung des neuen Rechts, stellt man überrascht fest, wie viele der anfänglichen Streitfragen bereits gelöst sind. Zwar gibt es noch kaum Gerichtsentscheide, aber zu zahlreichen unklaren Normen hat sich eine herrschende Lehre gebildet, und in manchen Punkten kann man auch schon von einer sich festigenden Praxis sprechen. Zugleich sind freilich neue Unklarheiten aufgetaucht, und die Liste der Themen, die einer vertieften Behandlung bedürfen, ist fast täglich zu erweitern.

\* Leicht überarbeitetes Referat, gehalten am Vertiefungsseminar "Neues Aktienrecht" der Schweizerischen Treuhänder-Schule vom 13./14. Mai 1993. Der Sprachstil wurde beibehalten.

Mein Referat versucht eine Standortbestimmung in diesem ungestümen und spannenden Prozess der Rechtsfindung und Rechtsentwicklung. Dabei möchte ich nicht einen Gang durch den Gemüsegarten tun und bei jedem Pflänzchen kurz verweilen. Die Zeit der allgemeinen Übersichten – am Anfang unumgänglich – ist heute vorbei. Vielmehr will ich einige praktisch wichtige Fragen, deren Beantwortung nicht selbstverständlich ist, herausgreifen und vertiefen. Ich hoffe so Hinweise geben zu können, die für den Praktiker nützlich sind.

Bei diesem Potpourri konzentriere ich mich auf zwei Bereiche:

- zum ersten auf die Organe, und zwar hier auf Generalversammlung und Verwaltungsrat;
- zum zweiten auf die Rechtsstellung des Aktionärs.

Zum Schluss möchte ich noch einen kurzen Blick in die Zukunft tun.

#### Die Organe

##### Die Generalversammlung

###### *Einberufungs- und Traktandierungsrecht*

Die Neuordnung des Rechts der Generalversammlung gibt kaum Probleme auf. Immerhin zeigt der juristische Alltag, dass einige der neuen Bestimmungen noch keineswegs stets beachtet werden:

- a) Das gilt zunächst für die Vorschrift des neuen Rechts, wonach bei der Einberufung zu einer Generalversammlung nicht nur die Traktanden, sondern auch die Anträge (des Verwaltungsrates oder allenfalls auch von Aktionären, OR 700 II) bekanntzugeben sind. Dies heisst für Statutenänderungen, dass die Änderungsvorschläge den Aktionären bei der Einberufung im vollen Wortlaut zu übermitteln sind. Bei einer Totalrevision der Statuten, wie sie von vielen Gesellschaften zur Anpassung an das neue Recht vorzunehmen ist, sind also die neuen Statuten im Volltext wiederzugeben.

Für Gesellschaften mit Inhaberaktien ist dies allenfalls eine teure Übung: Zumindest dann, wenn nicht sämtliche Aktionäre der Gesellschaft bekannt sind, muss der Text in den Publikationsorganen der Gesellschaft vollständig abgedruckt werden. Nicht zuletzt aus diesem Grunde empfiehlt es sich, als Publikationsorgan nur gerade eine einzige Zeitung, das Schweizerische Handelsamtsblatt, und nicht noch weitere Periodika vorzusehen. Die Gesellschaft ist dann immer noch frei, die Einladung auch in anderen Blättern zu veröffentlichen, aber als "unoffizielle" Kurz-

fassung mit dem Hinweis, dass die Anträge der Publikation im SHAB entnommen werden können.

b) Die erwähnte Bekanntgabepflicht ersetzt die bisherige Pflicht (alt OR 700 I), Anträge auf Abänderung der Statuten bei der Gesellschaft zur Einsicht aufzulegen. Weiterhin aufzulegen sind aber der Geschäftsbericht (der nach neuer Terminologie neben dem Jahresbericht als dem verbalen Teil die Jahresrechnung – Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang – sowie allenfalls die Konzernrechnung enthält, OR 662) und der Revisionsbericht (OR 696). Die Auflage muss nur noch am Gesellschaftssitz, nicht mehr bei den Zweigniederlassungen erfolgen, wobei statutarisch natürlich freiwillig die Auflage bei den Zweigniederlassungen beibehalten werden kann. Nach meinen Erfahrungen sehen dies viele Gesellschaften in ihren revidierten Statuten vor, was ich nicht für sinnvoll erachte: Die Auflage bei den Zweigniederlassungen geht oft vergessen, und die Gesellschaft, die diese Auflage statutarisch vorgesehen hat, begeht dann einen Formfehler.

Auf die Auflage müssen Namenaktionäre schriftlich und Inhaberaktionäre durch Bekanntgabe im SHAB (und allfälligen weiteren Publikationsorganen) hingewiesen werden (OR 696 II), was zweckmässig mit der Einberufung zur Generalversammlung geschieht.

c) Hat eine Gesellschaft Partizipationsscheine ausstehend, so müssen den Partizipanten die Einberufung der Generalversammlung sowie Traktanden und Anträge ebenfalls bekanntgegeben werden. Sinnvoll ist es, auch diese Bekanntgabe mit der Einberufung der Generalversammlung zu verbinden, wobei zusätzlich noch darauf hinzuweisen ist, dass die Beschlüsse der Generalversammlung zur Einsicht der Partizipanten am Sitz der Gesellschaft und auch bei den Zweigniederlassungen (!) aufliegen (vgl. OR 656d).

d) Die Frist für die Einberufung der Generalversammlung ist von zehn auf zwanzig Tage verlängert worden (OR 700 I). Die Verlängerung war schon wegen der Neuordnung des Depotstimmrechts (Anfragepflicht des Depotvertreters vor jeder Generalversammlung) unumgänglich, sie bringt aber Gesellschaften nicht selten in zeitliche Bedrängnis, da ja bei der Einladung zur ordentlichen Generalversammlung die Bilanz in revidierter Form vorliegen muss. Dazu ist zu betonen, dass die Frist – will man die Anfechtbarkeit der Generalversammlungsbeschlüsse vermeiden – voll eingehalten werden muss. Es genügt dafür nicht das Datum des Poststempels, sondern es muss der Aktionär vielmehr zwanzig volle Tage für die Vorbereitung zur Verfügung haben, wobei man wohl das normale Funktionieren der Post voraussetzen darf. Die zwanzig-

tägige Frist ist zwingend; sie kann statutarisch nicht abgekürzt werden, m.E. – aber das ist umstritten – auch nicht dadurch, dass in den Statuten erklärt wird, es sei das Datum des Poststempels massgebend.

Falls die Zeit allzu knapp ist, wird man eher in Kauf nehmen, die sechsmonatige Frist nach Abschluss des Geschäftsjahres, während der die ordentliche Generalversammlung stattzufinden hat (OR 699 II), um einige Tage zu überziehen. Man verletzt dann zwar auch das Gesetz, aber in einer blossen Ordnungsvorschrift und damit – besondere Umstände vorbehalten – folgenlos. Möglich ist es natürlich auch, das Einverständnis der Aktionäre zu einer verkürzten Einberufungsfrist einzuholen, aber jeweils nur für eine Versammlung und mit Einstimmigkeit.

e) Das neue Aktienrecht regelt auch das Traktandierungsrecht des Aktionärs ausdrücklich: Aktionäre, die Aktien im Nennwert von 1 Mio. Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen, bei kleineren Gesellschaften sodann – trotz des Schweigens des Gesetzes – Aktionäre, die über mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals verfügen.

Strittig kann sein, wie viele Tage vor der Generalversammlung ein Begehren bei der Gesellschaft eingehen muss, um noch traktandiert zu werden. Es dürfte sinnvoll sein, diesen Punkt statutarisch oder in einem Reglement zu regeln, wobei die Frist nicht länger sein darf als erforderlich zur angemessenen Vorbereitung der Einberufung.

Vereinzelt haben Publikumsgesellschaften in den letzten Monaten die Aktionäre auf das Traktandierungsrecht und die vorgesehenen Fristen in Inseraten hingewiesen. Dies ist eine aktionärsfreundliche Serviceleistung, die aber natürlich gesetzlich nicht verlangt ist.

#### *Pro memoria: Statutarische Quorumsvorschriften*

a) Bekanntlich sind im neuen Aktienrecht die qualifizierten Quoren, die auf das Gesamtkapital abstellten (etwa für Zweckänderungen oder die Einführung von Stimmrechtsaktien) und die bei Publikumsgesellschaften wegen fehlender Präsenz oft gar nicht mehr erreichbar waren, konsequent beseitigt worden. Für "wichtige" Beschlüsse gibt es zwar auch im neuen Recht erschwerte Quoren, doch bemessen sich diese durchwegs an den jeweils vertretenen Stimmen (OR 704: zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte).

Die gesetzliche Neuordnung ist nun aber dann wirkungslos, wenn die bisherigen Quoren – was häufig war – in die Statuten übernommen worden sind. Um die Anpassung an das neue Recht auch solchen Gesellschaften zu ermögli-

chen, wurde in den Schlussbestimmungen zum revidierten Aktienrecht vorgesehen, dass statutarische Quoren, die lediglich die früheren gesetzlichen Bestimmungen wiederholen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen aufgehoben werden können. Diese Möglichkeit der erleichterten Anpassung konnte jedoch gemäss den Schluss- und Übergangsbestimmungen (Art. 6) nur innert Jahresfrist seit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts, also bis Mitte 1993, erfolgen.

b) Bei kleinen und mittleren Gesellschaften, bei denen das Quorum an der Generalversammlung problemlos erreichbar ist, war eine solche Anpassung freilich nicht empfehlenswert, ganz im Gegenteil: Mit den bisherigen am Gesamtkapital orientierten Quoren ist ein wesentliches Element des Minderheitenschutzes entfallen, kann doch der Minderheitsaktionär, der über z.B. 35 Prozent der Aktienstimmen verfügt, nun nicht mehr darauf vertrauen, bestimmte wichtige Beschlüsse durch seine blosse Absenz verhindern zu können. In solchen Gesellschaften stellt sich daher eher die umgekehrte Frage, ob nicht neu Quoren, die sich am Gesamtkapital bemessen, statutarisch verankert werden sollten.

## Der Verwaltungsrat

### *Beibehaltene Flexibilität und ihre Schranken*

a) Im Zuge der Aktienrechtsreform ist – trotz etwelcher Kritik – am Grundsatz der Einheit des Aktienrechts festgehalten worden. Damit stand von allem Anfang an fest, dass auch die Flexibilität – besonders im Bereich der organisatorischen Ausgestaltung – beibehalten werden musste. Nur so war es möglich, die AG weiterhin als “Mädchen für alles” der Wirtschaft zur Verfügung zu halten.

Wie das alte, so geht auch das neue Aktienrecht davon aus, dass der Verwaltungsrat selbst das geschäftsführende Organ ist. Gemäss OR 716 II führt der Verwaltungsrat “die Geschäfte des Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat”.

Diese Organisationsform passt bei den in der Schweiz sehr zahlreichen “Personengesellschaften in der Rechtsform der AG”, bei den atypischen, aber häufigen Gesellschaften, in denen faktisch Selbstorganschaft besteht.

b) Von der Grundordnung kann aber – wie bisher – abgewichen werden, wobei als Basis die gesetzlich vorgesehenen Delegationsmöglichkeiten dienen:

Gemäss OR 716b I können die Statuten “den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen”.

Und gemäss OR 718 II kann der Verwaltungsrat “die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierten) oder Dritten (Direktoren) übertragen”.

Damit ist es möglich, die Organisation der jeweils betriebswirtschaftlich sinnvollen Konzeption anzupassen und im Ausland gängige oder gesetzlich vorgeschriebene Lösungen mehr oder minder getreu nachzubilden:

- Werden Geschäftsführung und Vertretung einzelnen “internen” Mitgliedern des Verwaltungsrats zugewiesen, während weitere “externe” Mitglieder im wesentlichen eine Überwachungsfunktion erfüllen sollen, kann das amerikanische “Board-System” verwirklicht werden mit einer Gliederung des Verwaltungsrates in externe nebenamtlich tätige und interne vollamtlich geschäftsführende Mitglieder.
- Durch eine konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung im grösstmöglichen Ausmass an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren kann das dualistische deutsche System nachempfunden werden, freilich nicht in der Konsequenz eines eigentlichen Aufsichtsratssystems.
- Schliesslich können auch einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und kann ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen werden. Dies entspricht in etwa dem französischen System des “Président Directeur Général”.

c) Auch wenn damit eine Anpassung an die praktischen Bedürfnisse weitgehend möglich ist, muss doch auf ihre Grenzen hingewiesen werden:

- Einmal hat das neue Recht die Stellung des Verwaltungsrates verstärkt und dafür gesorgt, dass der Verwaltungsrat Exekutive oder zumindest “Ober”-Exekutive bleibt. Dies wird sichergestellt dadurch, dass dem Verwaltungsrat explizit eine gehaltvolle Liste von undelegierbaren Aufgaben zugewiesen wird. (Darauf ist noch zurückzukommen.) Ein konsequentes Aufsichtsratssystem nach deutschem Konzept ist daher wie soeben erwähnt auch – oder gerade – unter neuem Recht in der Schweiz nicht möglich.
- Sodann bleibt auch unter neuem Aktienrecht in Konzernverhältnissen ein unlösbarer Konflikt zwischen der wirtschaftlich-organisatorischen Realität und den gesetzlichen Erfordernissen bestehen: Bekanntlich führen im Konzern die Weisungs- und Rapportwege vielfach am Verwaltungsrat vorbei, direkt vom Verantwortlichen der Untergesellschaft zu dem der Konzernleitung. Nur so kann ein Konzern unter einheitlicher Leitung geführt werden, was zu seiner Definition gehört. Das

neue Aktienrecht hat zu dieser Konzernrealität ein zwiespältiges Verhältnis: Bei der Rechnungslegung wird speziell auf sie eingegangen, indem für Konzerne eine konsolidierte Rechnung verlangt wird (OR 663e). Auf der anderen Seite lassen jedoch die zwingenden Regeln zur Organisation des Verwaltungsrates eine solche einheitliche Leitung gerade nicht zu. Vielmehr wird in OR 716a explizit verlangt, dass die wichtigsten und grundlegendsten geschäftsführenden Entscheide beim Verwaltungsrat der Gesellschaft bleiben müssen und auch nicht nach oben, zur Muttergesellschaft, delegiert werden können.

- Von einem praktischen Gesichtspunkt aus wird daher der Verwaltungsrat einer Konzerntochter resigniert feststellen müssen, dass er die zwingenden gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt. Er wird sich – und muss sich – wohl auch künftig oft darauf beschränken, für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft und die Einhaltung der (schweizerischen) Rechtsordnung zu sorgen. Damit ist sein Risiko kalkulierbar: Der einzige Aktionär ist mit diesem Vorgehen einverstanden, und Gläubiger können nur ein Interesse daran haben, nicht zu Schaden zu kommen. Befriedigend ist diese Situation aber nicht.

#### *Verstärkung des Paritätsprinzips*

a) Das schweizerische Aktienrecht beruhte schon bisher – jedenfalls nach herrschender Lehre – auf dem sog. Paritätsprinzip, wonach jedem Organ bestimmte unentziehbare Aufgaben zukommen. Die Generalversammlung sollte zwar “oberstes Organ” sein, aber nur in dem Sinne, dass ihr die grundlegenden Aufgaben – insbesondere die Abänderung der Statuten und die Wahl der übrigen Organe – zugeordnet waren.

Unklar war jedoch, welche praktischen Folgen aus der Paritätstheorie zu ziehen waren und ob es der Generalversammlung verwehrt sei, in den grundsätzlich dem Verwaltungsrat reservierten Kompetenzbereich einzugreifen. Hier hat das neue Recht diskrete, aber tiefgreifende Änderungen gebracht, indem dem Verwaltungsrat bestimmte, ausformulierte Kompetenzen unentziehbar und undelegierbar zugewiesen werden. Diese Aufgaben sind in einer – nicht ganz vollständigen – Liste in OR 716a aufgeführt.

Die Tragweite dieser Bestimmung wird erst nach und nach voll erkannt. Ich weise auf zwei Konsequenzen von praktischer Bedeutung hin:

b) Gemäss OR 716a Ziff. 2 steht dem Verwaltungsrat unübertragbar und unentziehbar (!) die Aufgabe zu, die Organisation festzulegen. Nimmt man diese Bestimmung ernst, dann haben die ausserordentlich verbreiteten statu-

tarischen Bestimmungen ausgedient, welche die Organisation des Verwaltungsrates festlegen und etwa vorsehen, wie viele Sitzungen jährlich stattzufinden haben, welches Quorum für die Beschlussfähigkeit erreicht werden muss und mit welchem Mehr zu entscheiden ist. All dies ist nun vom Verwaltungsrat selbst – in einem Organisationsreglement – zu regeln. Und selbst eine Direktion, Geschäftsleitung oder Konzernleitung kann nicht mehr zwingend durch die Generalversammlung vorgeschrieben werden, sondern auch hier liegt der Entscheid in der Organisationskompetenz des Verwaltungsrates (mit dem Vorbehalt, dass die Generalversammlung verhindern kann, dass solche Organe bestellt werden, dazu sogleich nachstehend).

c) Da die wichtigsten Geschäftsführungsaufgaben dem Verwaltungsrat nicht nur unübertragbar, sondern auch unentziehbar zugewiesen werden, soll die Generalversammlung auch im übrigen keine Möglichkeit mehr haben, in die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung einzugreifen. Auch soll sich der Verwaltungsrat seiner Verantwortung nicht entschlagen können, indem er ihm zugewiesene Aufgaben der Generalversammlung zum Entscheid vorlegt.

Hieraus können sich für kleinere, personenbezogene Gesellschaften Probleme ergeben: In solchen Verhältnissen kann es durchaus sinnvoll sein, grundlegende Entscheide (auch) der Geschäftspolitik in den Kompetenzbereich des Aktionariats und damit der Generalversammlung zu legen, etwa vorzusehen, dass Investitionen von einer bestimmten Höhe an durch die Generalversammlung zu beschliessen oder zu genehmigen sind.

Meines Erachtens sollte die Praxis in diesem Punkt nicht allzu päpstlich sein: Zumindest aufgrund einer statutarischen Basis (wobei deren Zulässigkeit freilich selbst umstritten ist) sollte der Verwaltungsrat grundlegende Fragen der Generalversammlung vorlegen dürfen. (Er muss dies übrigens auch unter neuem Recht dann tun, wenn mit einem geschäftspolitischen Entscheid faktisch eine Änderung des Gesellschaftszwecks verbunden ist, so etwa in einem Produktionsbetrieb dann, wenn die Fabrikliegenschaft verkauft oder die Produktion eingestellt wird.) Auch weiterhin unbedenklich sind sodann Konsultativabstimmungen, die dem Verwaltungsrat im weiten Rahmen des Ermessens der Geschäftsführung den Weg weisen können.

#### *Verbleibende Einflussmöglichkeiten der Generalversammlung im Bereich der Organisation der Exekutive*

Wenn auch die Festlegung der Organisation nach neuem Recht grundsätzlich unentziehbar in der Verantwortung des Verwaltungsrates selbst liegt, so ergeben sich aus der

neuen gesetzlichen Ordnung immerhin drei Ausnahmen, bei denen die Generalversammlung Einfluss nehmen kann:

- Da jede Kompetenzdelegation nur aufgrund einer statutarischen Ermächtigung möglich ist (OR 716b I), kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat – indem sie eine solche statutarische Ermächtigung verweigert – dazu zwingen, die Geschäfte der Gesellschaft vollumfänglich selber zu führen.
- Die Generalversammlung kann sich sodann statutarisch die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten vorbehalten (OR 712 II), während die übrigen Funktionen im Verwaltungsrat durch diesen selber zu bestimmen und zu besetzen sind.
- Schliesslich kann die Generalversammlung den gesetzlich vorgesehenen Stichtagswahl des Präsidenten des Verwaltungsrates in Verwaltungsratsitzungen wegbedingen (vgl. OR 713 I).

#### *Handlungsbedarf hinsichtlich des Organisationsreglementes*

Das Gesetz stellt für eine Delegation von Kompetenzen des Verwaltungsrates – von Teilen oder der Gesamtheit der “Geschäftsführung”, wie es sich ausdrückt – in OR 716b I klare formale Voraussetzungen auf. Erforderlich sind

- eine statutarische Grundlage (ohne sie kann der Verwaltungsrat wie soeben erwähnt keinerlei Kompetenzen delegieren);
- die Ermächtigung zur Delegation in dieser statutarischen Grundlage;
- ein vom Verwaltungsrat beschlossenes Organisationsreglement, das die Delegation im Rahmen der statutarischen Ermächtigung und der gesetzlichen Schranken (unübertragbare und unentziehbare Aufgaben gemäss OR 716a) vornimmt.

Dies ergibt bei Gesellschaften, die heute noch kein Organisationsreglement haben, einen unmittelbaren Handlungsbedarf: Solange die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, bleibt der Verwaltungsrat als Gesamtorgan für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vollumfänglich verantwortlich.

### **Die Stellung des Aktionärs**

#### **Gesetzliche Verankerung des Gleichbehandlungsprinzips**

a) Dass den Aktionären ein Recht auf Gleichbehandlung – freilich nicht auf absolute, sondern nur auf relative Gleichbehandlung – zusteht, war schon unter altem Aktienrecht

in Lehre und Praxis unbestritten (vgl. etwa BGE 95 II 162). Doch fehlte eine gesetzliche Verankerung.

Das neue Recht erwähnt nun das Recht des Aktionärs auf Gleichbehandlung ausdrücklich, und zwar an zwei Stellen:

- In OR 717 II wird den Mitgliedern des Verwaltungsrates die Pflicht auferlegt, “die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln”.
- In OR 706 II Ziff. 3. wird “eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ... der Aktionäre” als Anfechtungsgrund genannt.

b) Diese Verstärkung des Gleichbehandlungsprinzips könnte praktische Konsequenzen haben, die heute noch kaum absehbar sind. Ein Beispiel:

Es dürfte zwar bei der Vinkulierung weiterhin zulässig sein, dem Verwaltungsrat einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen, indem er z.B. Aktienerwerber auch mit einer über eine statutarische Prozentklausel hinausgehenden Zahl von Aktien als Aktionäre anerkennen kann. Auch bei solchen Ausnahmen ist aber die Gleichbehandlung der Aktionäre – im Sinne einer relativen Gleichbehandlung freilich, d.h. der Beurteilung aller Gesuche nach gleichem Massstab und der allfälligen Differenzierung nach gleichen, sachgemässen Kriterien – zu beachten.

#### **Die Vinkulierung**

Bekanntlich weicht das neue Recht bei der Vinkulierung vom Konzept der Einheit des Aktienrechts ab, indem es unterschiedliche Ordnungen für Publikumsgesellschaften einerseits und für private Aktiengesellschaften auf der anderen Seite vorsieht:

##### *Bei Publikumsgesellschaften*

Bei börsenkotierten Namenaktien sind nur noch zwei Vinkulierungsgründe zulässig, eine Prozentklausel und eine verkappte Ausländerklausel, die in absehbarer Zeit dahinfallen soll und daher nur in den Schlussbestimmungen aufgeführt ist. Dabei wird jedoch auch derjenige Erwerber, der die statutarischen Voraussetzungen nicht erfüllt (etwa der Aktienkäufer, der mit den neuerworbenen Aktien eine prozentuale Limite überschreitet) zum Aktionär. Lediglich seine Mitwirkungsrechte ruhen. Damit ist – was man im Zuge der Gesetzgebung nicht in der ganzen Tragweite erkannt hat – eine vollständige Devinkulierung der wirtschaftlichen Substanz vollzogen worden. Trotz Vinkulierungsklauseln kann jedermann in beliebiger Höhe “Aktionär ohne Stimmrecht” werden, nur die Vorklassierungsstellung bleibt ihm allenfalls versagt. Eine ausländische Beherrschung kann daher – was die Kapitalseite betrifft – bei Gesellschaften mit kotierten Namenaktien trotz der gutge-

meinten Ausländerklausel nicht mehr verhindert werden. Vielmehr muss jeder Erwerber mit seinen sämtlichen Aktien in das Aktienbuch eingetragen werden, wobei zwei Kolonnen vorzusehen sind, eine für Aktionäre ohne Stimmrecht und eine zweite für Vollaktionäre.

### *Bei "privaten" Gesellschaften*

Bei nicht börsenkotierten Namenaktien ist das Gesetz hinsichtlich der Vinkulierungsmöglichkeiten flexibler: Eine Gesellschaft kann die Aktienübertragung dann ablehnen, "wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt", wobei als wichtige Gründe "Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen", gelten sollen (OR 685b). Hinzu kommt eine sog. Escape-Clause: Private Aktiengesellschaften können die Übertragung weiterhin ohne Grundangabe ablehnen, jedoch nur dann, wenn sie bereit sind, die zur Veräusserung anstehenden Aktien "zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen" (OR 685b I).

Auch die Wirkung der Vinkulierung ist anders als bei kotierten Aktien: Von Ausnahmen abgesehen sollen "das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer" bleiben (OR 685c I), bis die Zustimmung erteilt worden ist (wobei passives Verhalten während dreier Monate als Zustimmung gilt, OR 685c III).

Die für private Aktiengesellschaften vorgesehene Neuordnung der Vinkulierung wird bei vielen Gesellschaften Anlass sein, die Umschreibung des Zwecks in den Gesellschaftsstatuten zu überdenken: Zweckumschreibungen wurden bisher oft möglichst weit gefasst, damit sich die Gesellschaft auch ohne Statutenänderung geschäftlich neu orientieren konnte. Unter dem revidierten Recht wird es dagegen allenfalls sinnvoll sein, den Zweck präzise zu fassen, weil das Kriterium des "wichtigen Grundes" für die Ablehnung von Aktienerwerb am Gesellschaftszweck gemessen wird.

### **Bezugsrecht und Vorwegzeichnungsrecht**

Die Stellung des Aktionärs soll bei Kapitaltransaktionen der Gesellschaft dadurch verstärkt werden, dass das Bezugsrecht besser geschützt und dem Aktionär bei der Ausgabe von Wandel- oder Optionsanleihen ein sog. Vorwegzeichnungsrecht eingeräumt wird (OR 653c).

Dazu folgendes:

#### *Verstärkung des Bezugsrechts*

Die formale Stärkung des Bezugsrechts ist klar überblickbar: Es kann nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungs-

beschlusses (und nicht mehr wie bisher auch generell durch die Statuten) entzogen werden. Überdies bedarf es dazu eines qualifizierten Mehrs (OR 704 Ziff. 6.).

Noch durch die Gerichtspraxis zu klären sein wird dagegen die materielle Verstärkung des Bezugsrechtes dadurch, dass es nur noch "aus wichtigen Gründen" (OR 652b II) aufgehoben werden können soll. Was ein "wichtiger Grund" ist, geht nämlich aus dem Gesetz nicht klar hervor. Die erwähnten Beispiele – Übernahme von Unternehmen, Arbeitnehmerbeteiligung – zeigen jedenfalls, dass dieser Ausdruck nicht im gleichen Sinne zu verstehen ist wie an anderen Orten des Gesetzes (etwa im Arbeitsvertragsrecht oder im Mietvertragsrecht), wo "wichtiger Grund" mit "Unzumutbarkeit" gleichgesetzt wird. Im neuen Aktienrecht dürfte daher der Begriff des "wichtigen Grundes" – beim Bezugsrecht wie auch andernorts – dem des sachlichen Grundes (allenfalls eines qualifiziert sachlichen Grundes) nahestehen.

#### *Das Vorwegzeichnungsrecht*

Bei der Ausgabe von Wandel- oder Optionsanleihen muss das Bezugsrecht notgedrungen entzogen werden, weil dem zur Wandlung oder Option berechtigten Anleihegläubiger Aktien zur Verfügung gehalten werden müssen. Das neue Recht will die Aktionäre jedoch durch ein Vorwegzeichnungsrecht schadlos halten: Nach OR 653c I sind Anleihe- oder ähnliche Obligationen, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind, "vorweg den Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung zur Zeichnung anzubieten". Dadurch bleibt indirekt das Bezugsrecht gewahrt, indem der Aktionär die Anleihe zeichnen und so die Aktien durch Ausübung der Option oder des Wandelrechts erlangen kann.

Die Tragweite dieser Ordnung ist noch heute stark umstritten:

Es wurde darauf hingewiesen, dass sie der wirtschaftlichen Realität nicht Rechnung trägt: Solche Anleihen werden nämlich zumeist innert Stunden zu Marktbedingungen fest platziert, und die Einräumung eines Vorwegzeichnungsrechts hätte für die Gesellschaft schlechtere Anleihebedingungen zur Folge, ohne dem Publikumsaktionär einen Vorteil zu verschaffen, da das Recht bei der Ausgabe der Anleihe zu Marktbedingungen wertlos ist. Andererseits wurden Möglichkeiten des Missbrauchs bei der Wegbedingung aufgezeigt: Zuweisung einer Wandel- oder Optionsanleihe zu günstigen Bedingungen an einen Grossaktionär, der auf diese Weise seine Position in der Gesellschaft einseitig verstärken kann.

Meines Erachtens dürfte ein Entzug des Vorwegzeichnungsrechts jedenfalls dann zulässig (und sogar im Gesell-

schaftsinteresse und damit letztlich auch dem der Aktionäre geboten) sein, wenn die Anleihe zu Marktbedingungen ausgegeben und am Markt plaziert wird, wenn also nicht einzelne Aktionärsgruppen oder Dritte einseitig bevorzugt werden. Verlangt man allenfalls noch, dass die Zahl der neu geschaffenen Aktien im Vergleich zu den bisherigen relativ klein ist, so dass keine nennenswerte Verschiebung in den Stimmverhältnissen eintritt.

### **Statutarische Erwerbsberechtigungen und Aktionärsbindungsverträge**

#### *Statutarische Erwerbsberechtigungen*

a) Die Statuten zahlreicher privater Aktiengesellschaften enthalten neben Vinkulierungsbestimmungen auch Anbietungspflichten oder Vorkaufsrechte: Werden Aktien veräußert, so sollen die bisherigen Aktionäre diese privilegiert übernehmen können.

Weithin unbekannt war (und ist), dass solche Erwerbsrechte in vielen Fällen schon unter bisherigem Recht ungültig waren: Dem Aktionär dürfen bekanntlich neben der Pflicht zur Liberierung keinerlei weiteren Pflichten auferlegt werden (OR 680 I). Statutarische Erwerbsberechtigungen waren im Lichte dieser ehernen Regel des Aktienrechts jedenfalls dann seit jeher unverbindlich, wenn sie dem Aktionär nicht die Möglichkeit boten, die Aktien zum wirklichen Wert zu veräußern. Vorkaufsrechte zum Steuerwert etwa waren daher als statutarische unwirksam.

Inwieweit statutarische Erwerbsrechte unter neuem Aktienrecht noch zulässig sind, ist umstritten und unklar. Es scheint aber, dass sie nicht mehr benötigt werden. Nach OR 685b (Escape-Clause) besteht ja schon von Gesetzes wegen die Möglichkeit, dass die verbleibenden Aktionäre zum Kauf angebotene vinkulierte Aktien an sich ziehen, vorausgesetzt, sie seien bereit, für diese Aktien den wirklichen Wert zu bezahlen. Eine bessere Stellung aber konnte auch unter bisherigem Recht – wie soeben gezeigt – nicht eingeräumt werden.

#### *Aktionärsbindungsverträge*

Auf eine gesetzliche Regelung der Aktionärsbindungsverträge wurde im Zuge der Reform trotz entsprechender Vorschläge verzichtet. Damit bleiben zahlreiche Einzelfragen ungeklärt, so insbesondere die der längstmöglichen Dauer solcher Verträge. Die Gültigkeit von Aktionärsbindungsverträgen an sich ist aber auch unter neuem Recht unbestritten.

Dagegen dürfte es nun schwieriger sein sicherzustellen, dass Neuerwerber von Aktien einem bestehenden Aktionärsbindungsvertrag beitreten: Unter bisherigem Recht konn-

te ein Aktienerwerber als Aktionär unter beliebigen, nur nicht gerade willkürlichen Gründen, abgelehnt werden. Voraussetzung für die Anerkennung als Aktionär konnte daher auch der Beitritt zu einem Aktionärsbindungsvertrag sein. Diese Möglichkeit, mit Hilfe der Vinkulierung Kongruenz zwischen den Aktionären und den an einem Aktionärsbindungsvertrag Beteiligten zu schaffen, besteht unter neuem Recht nicht mehr.

#### *Exkurs:*

##### *Unwirksamkeit statutarischer Schiedsklauseln*

Nur am Rande – denn hier handelt es sich nicht in erster Linie um ein Problem der Aktienrechtsreform – sei erwähnt, dass Schiedsklauseln, wie sie in den Statuten von Aktiengesellschaften verbreitet sind, sehr oft unwirksam sind: Nach Art. 6 II des Schweiz. Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3./27.8.1969, das mittlerweile mit Ausnahme des Kantons Luzern gesamtschweizerisch gilt, setzt die Gültigkeit einer Schiedsabrede Schriftlichkeit voraus. Bei statutarischen Schiedsklauseln ist die Schriftlichkeit gemäss Konkordat Art. 6 II gewahrt, wenn eine schriftliche Beitrittserklärung “ausdrücklich auf die in den Statuten oder in einem sich darauf stützenden Reglement enthaltene Schiedsklausel Bezug nimmt”.

Eine solche ausdrückliche Bezugnahme wurde schon bisher in der Praxis kaum je verlangt. Immerhin war es in Verbindung mit der Vinkulierung möglich, die schriftliche Anerkennung durchzusetzen: Als Bedingung für die Anerkennung als Aktionär konnte auch die ausdrückliche Unterwerfung unter eine Schiedsklausel vorausgesetzt werden. Auch diese Möglichkeit besteht nun nicht mehr, und es wird sich daher bei der Totalrevision der Statuten im Zuge der Anpassung an das neue Recht in der Regel empfehlen, Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit zu streichen.

##### *Erleichterte Möglichkeiten des Ausscheidens*

a) Im Aktienrecht gilt bekanntlich – anders als etwa im Recht der Genossenschaft – nicht das Prinzip des Eintritts und Austritts, sondern das der Übertragung der Mitgliedschaftsstelle. Die Übertragbarkeit – und damit auch das Ausscheiden – wird wie soeben gezeigt unter dem neuen Recht deutlich erleichtert: Börsenkotierte Namenaktien können trotz Vinkulierung an jeden beliebigen Dritten übertragen werden. Und nichtkotierte Namenaktien können jedenfalls dann mit Sicherheit veräußert werden, wenn ein Erwerber gefunden wird, gegen den kein “wichtiger” Ablehnungsgrund geltend gemacht werden kann: Entweder anerkennt die Gesellschaft den Erwerber, oder sie bzw. die verbleibenden Aktionäre oder ein Dritter müssen die Ak-

tien zum wirklichen Wert übernehmen. (Unter bisherigem Recht konnte dagegen die AG jeden potentiellen Erwerber aufgrund einer entsprechenden Vinkulierungsbestimmung ohne Grundangabe ablehnen, ohne dem veräusserungswilligen Aktionär seine Aktien abnehmen zu müssen.)

b) Ein eigentlicher "Austritt" (d.h. ein Ausscheiden ohne Rechtsnachfolger) ist bei der AG nur in zwei Fällen möglich: bei der Kapitalherabsetzung und der Auflösung.

Auch in diesem Punkt findet sich im neuen Aktienrecht eine Erleichterung, die freilich nicht auf den ersten Blick erkennbar ist:

Bekanntlich kann eine AG aus wichtigen Gründen durch den Richter aufgrund einer Aktionärsklage aufgelöst werden (OR 736 Ziff. 4). Das neue Recht erleichtert diese Klage insofern, als sie nun nur noch von zehn Prozent des Aktienkapitals (statt bisher zwanzig) unterstützt werden muss.

Wichtiger ist aber ein Zweites: Dem Richter, der eine Auflösungsklage zu beurteilen hat, wird im Gesetz neu die Möglichkeit einer Alternative eingeräumt: "Statt derselben [der Auflösung] kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen".

Dadurch könnten die Chancen solcher Klagen deutlich verbessert werden: Ein Richter wird nämlich nur im äussersten Notfall eine Gesellschaft auflösen und damit allenfalls wirtschaftliche Werte zerstören und Arbeitsplätze gefährden. Das neue Recht gibt ihm nun die Möglichkeit, auf die Auflösung zu verzichten und eine andere Lösung zu suchen, die den Interessen der Beteiligten entgegenkommt. Worin solche Lösungen bestehen können, ist noch nicht zu übersehen. Denkbar könnte etwa die Verfügung einer Kapitalherabsetzung sein, bei der die Aktien der klagenden Aktionäre vernichtet und die freiwerdenden Beträge an diese Aktionäre ausbezahlt werden.

#### Revisionsbedürftigkeit des neuen Aktienrechts?

Zum Schluss noch ein kurzer Blick in die Zukunft.

Es scheint abwegig, schon heute, kurz nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts, die Frage zu stellen, wann dieses wohl erneut revidiert werde. Immerhin hat das "alte" Aktienrecht fünfeinhalb Jahrzehnte praktisch unverändert Bestand gehabt.

Trotzdem wird bereits jetzt über die Revision des revidierten Aktienrechts laut nachgedacht:

Der Bundesrat hat anfangs 1993 eine "Groupe de réflexion" eingesetzt, welche die Reformbedürfnisse im Gesellschaftsrecht abzuklären hatte.

Zur Diskussion stehen etwa die Schaffung einer neuen Rechtsform für Klein- und Mittelbetriebe sowie die Aufwertung anderer Rechtsformen – etwa der GmbH – als echter Alternative zur AG.

Diskutiert wird aber auch die erneute Überarbeitung des neuen Aktienrechts mit unterschiedlichen Zielen:

- Ausmerzen von bereits heute zutage getretenen Mängeln;
- freiwillige Anpassung an internationale Standards,
- Differenzierung des Aktienrechts, um für kleine und mittlere, aber auch für grosse und grösste Gesellschaften differenzierte und damit adäquatere Lösungen zu finden.

Kaum ist die Diskussion zum neuen Aktienrecht so richtig angelaufen, wird somit über seine Revision verhandelt. Auch im Aktienrecht gilt so die Erkenntnis, dass nur eines beständig ist: der Wandel.



### VON SURY TREUHAND AG

Spalentorweg 20, 4009 Basel  
Telefon 061/261 65 85  
Fax 061/261 59 96

Wir gründen und verwalten  
Ihre in- und ausländische

## GESELLSCHAFT

Incorporation et administration de votre

## SOCIETE

en Suisse ou à l'étranger

Formazione, fondazione e gestione di

## SOCIETÀ

nazionali ed internazionali