Peter Forstmoser

Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht

Zehn Beobachtungen

Der folgende Beitrag blickt auf die Umsetzung des revidierten Aktienrechts in den ersten beiden Jahren seiner Geltung zurück. Hingewiesen wird auf die erstaunlich hohe Akzeptanz in der Praxis, auf die intensive Auseinandersetzung mit dem neuen Recht in der Literatur, auf die ersten Gerichtsentscheide, aber auch auf die zahlreichen noch offenen Fragen und Unsicherheiten.

Seit gut zwei Jahren ist das revidierte schweizerische Aktienrecht in Kraft – ein geeigneter Zeitpunkt für eine kurze Rückschau auf die praktische Umsetzung der Novelle, mit der sich die gesetzgebenden Instanzen während eines Vierteljahrhunderts befasst haben.

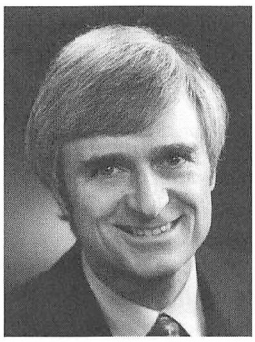
Ein solcher Rückblick fällt zwangsläufig subjektiv aus, basiert auf den persönlichen Erfahrungen des Berichterstatters. Andere mögen andere Beobachtungen gemacht haben und die Gewichte verschieden legen.

1. Das neue Aktienrecht wird ernst genommen

Eine erste – keineswegs selbstverständliche – Feststellung ist die, dass die Praxis *das neue Recht zur Kenntnis genommen hat, sich des Wandels der Rechtsordnung bewusst ist.* Kaum ein Verwaltungsrat, der sich noch nicht mit der Erweiterung seiner Rechte und Pflichten auseinandergesetzt hätte, kaum eine Generalversammlung, in der nicht die Frage nach der Anpassung der Statuten an das neue Recht gestellt worden wäre. Erstaunlich viel ist durch die neuen Bestimmungen in Bewegung geraten, und auch da, wo vorderhand alles beim alten bleibt, hat sich das Problembewusstsein verschärft.

2. Rasche und im ganzen problemlose Umsetzung

a) Die Anpassung an das neue Recht erfolgt schneller als geplant und gefordert: Die Grosszahl der Aktiengesellschaften wird wohl die bis Mitte 1997 dauernde fünfjährige Übergangsfrist nicht ausschöpfen, und zahlreiche Gesellschaften haben bereits heute die Anpassung an das neue Recht vollzogen. (Ausnahmen wurden zum Teil für die Vinkulierung gemacht, wo die Beschränkungen der statutarischen Gestaltungsfreiheit einiges Kopfzerbrechen zu bewirken scheinen.)



Peter Forstmoser, Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich

b) Wichtiger noch: *Das neue Recht wird gelebt.* Die Kinderkrankheiten der ersten Tage – Nichtbeachtung der neuen Vorschriften über die Einberufung der Generalversammlung [1], Missachtung der verschärften Unabhängigkeitsvorschriften für die Revisionsstelle und vieles andere – sind schon heute weitgehend behoben.

c) Eine *Ausnahme* mag für die Einführung – oder Überarbeitung – der *Organisationsreglemente* gelten, ohne die jede Kompetenzdelegation durch den Verwaltungsrat rechtlich wirkungslos bleibt. Hier haben zahlreiche Gesellschaften – bzw. ihre Verwaltungsräte – die Hausaufgaben noch nicht gemacht, obschon gerade dafür *keine Übergangsfrist* besteht.

d) Im übrigen kann man – mit einigem Erstaunen – feststellen, dass der Übergang zum neuen Recht *keine grossen Probleme* aufgeworfen hat. Ausgeblieben sind die Eclats, die etwa wegen der massiven Verbesserung der Transparenz in der Rechnungslegung und besonders der Neuordnung der stillen Reserven befürchtet wurden.

3. Intensive theoretische Auseinandersetzung mit dem neuen Recht

a) Das revidierte Aktienrecht 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 Unbekannte* ein. *Neue Institute* – vom bedingten und dem genehmigten Kapital über den Sonderprüfer bis zum gesetzlich geregelten Partizipationsschein – waren kennenzulernen. Überdies ist der Text als Folge der langen und wechselvollen Reformarbeiten in vielen Punkten *mangelhaft und widersprüchlich redigiert.* Auf Ungereimtheiten und Unklarheiten wurde schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes hingewiesen. Die ersten praktischen Erfahrungen führten weitere offene Fragen zutage.

«Das wohl bedeutendste Urteil ist der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich in Sachen BK Vision AG gegen Schweiz. Bankgesellschaft.»

b) Diesem Zustand der Unsicherheit bei der weitaus bedeutsamsten Organisationsform für wirtschaftliches Tätigwerden in der Schweiz 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.

c) Ausserordentlich intensiv ist auch die Behandlung des neuen Rechts in der *Literatur*. Zahllose Aufsätze sind erschienen, teils gesammelt in Sondernummern von Zeitschriften und in Sammelwerken, die (wohl etwas gar häufig) in der Folge von Tagungen veröffentlicht wurden, teils verstreut in den verschiedensten Fachzeitschriften. Monographien – manche schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts publiziert – haben einzelne der neuen Regeln vertieft beleuchtet. Daneben sind einige Gesamtdarstellungen erschienen, von denen drei herausragen:

- das brillante *Handbuch von Peter Böckli [2],* das schon vor dem Inkrafttreten des revidierten Rechts die Probleme vorausschauend aufgelistet und durchwegs vertretbar beantwortet hat,
- das ebenfalls schon bei der Inkraftsetzung des neuen Rechts vorgelegte zweibändige Revisionshandbuch der Schweiz 1992 [3], das sich in erster Linie an Revisoren und Buchhalter/Controller richtet, aber auch für Mitglieder des Verwaltungsrates zu einem unentbehrlichen Nachschlagewerk geworden ist,
- und schliesslich der ebenfalls von vielen Bearbeitern getragene *Basler Kommentar zu OR 530–1186 [4],* der dem Aktienrecht mehr als 900 Seiten widmet.

d) Schon heute hat sich zu zahlreichen unklaren Normen eine *herrschende Lehre* gebildet, und in manchen Punkten kann man auch schon von einer *gefestigten Praxis* sprechen. Freilich bleibt die Liste der Unklarheiten lang, und die Themen, die einer vertieften Behandlung bedürfen, mehren sich fast täglich.

4. Erste Entscheide

Naturgemäss hinkt die Bearbeitung des revidierten Aktienrechts in der Judikatur der Auseinandersetzung in der Literatur nach. Immerhin sind bereits einige Entscheide ergangen:

a) Kantonale Urteile setzten sich mit dem Recht auf eine *Sonderprüfung* auseinander. Dabei wurde übertriebenen Erwartungen an dieses neue Instrument ein Dämpfer aufgesetzt und klargestellt, dass mit der Sonderprüfung keine zweite Revision, sondern nur (aber immerhin) die Abklärung bestimmter für die Ausübung von Aktionärsrechten relevanter Einzelfragen verlangt werden kann.

b) Ein erster bundesgerichtlicher Entscheid [5] hatte sich mit dem *Einsichtsrecht des Gläubigers* nach OR 697h II und – vor allem – mit dem *Übergangsrecht* zu befassen. Festgehalten wurde, dass OR 697h II inhaltlich mit dem bisherigen Art. 704 übereinstimmt. Im übrigen wurde entschieden, dass ein Gesuch um Bilanzauflage, das beim Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts bereits bei einer Handelsregisterbehörde hängig war, in deren Zuständigkeitsbereich verbleiben soll und nicht – entsprechend Art. 697h II des revidierten Rechts – an den Richter zu überweisen ist.

c) Ein weiterer Bundesgerichtsentscheid hat die im Vollzug von OR 727b II vom Bundesrat erlassene Verordnung vom 15. Juni 1992 über die *fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren [6]* zum Gegenstand [7]. Festgehalten wird, dass eine juristische Person die besondere fachliche Befähigung als Revisorin hat, wenn in ihrem Betrieb mindestens eine Person tätig ist, welche diese Anforderungen erfüllt. Im übrigen befasst sich der Entscheid mit der Hinterlegung der Unterlagen beim Handelsregisteramt, durch welche eine Revisionsstelle ihre besondere fachliche Befähigung nachzuweisen hat.

d) Ein dritter Bundesgerichtsentscheid [8] nimmt zur Rechtmässigkeit der von den Registerämtern bei der Gründung verlangten *Nicht-Sacheinlageerklärung (der sog. Stampa-Erklärung)* Stellung. Schon unter bisherigem Recht haben die Registerämter bei der Bargründung eine ausdrückliche Erklärung der Gründer verlangt, dass keine qualifizierenden Tatbestände (Sacheinlage, Sachübernahme oder besondere Gründervorteile) vorliegen. Im Zuge der Revision der Handelsregisterverordnung im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Aktienrechts ist diese Erklärung ausdrücklich als erforderlicher Anmeldungsbeleg in der Verordnung aufgeführt worden [9]. Obwohl die herrschende Lehre zum bisherigen Aktienrecht die Stampa-Erklärung – bei allem Verständnis für ihre sachliche Berechtigung – für rechtswidrig hielt [10] (und dies vereinzelt auch in Gerichtsentscheiden festgehalten wurde), hat das Bundesge-

richt im genannten Entscheid die Rechtmässigkeit der Stampa-Erklärung bestätigt, freilich, ohne auf die Problematik einzutreten.

e) Das wohl bedeutendste Urteil unter neuem Aktienrecht ist der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 15. September 1994 in Sachen BK Vision AG gegen Schweiz. Bankgesellschaft. Das Urteil nimmt eine *restriktive* – den Wortlaut des Gesetzes in den Vordergrund stellende – *Haltung* ein *hinsichtlich der Verwendbarkeit des genehmigten Kapitals wie auch der Möglichkeit,* bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen *das sog. Vorwegzeichnungsrecht [11] wegzubedingen.* Da es sich um für die Praxis äusserst bedeutsame und zugleich stark umstrittene Fragen handelt – ein restriktives Verständnis könnte das rasche Ende des neu und mit grossen Hoffnungen eingeführten genehmigten Kapitals wie auch wichtiger Einsatzmöglichkeiten des bedingten Kapitals bedeuten –, ist es zu begrüssen, dass der Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen wird. Schade ist freilich, dass ein *atypischer Fall* zu entscheiden ist: Zu beurteilen ist nicht die Rechtsposition des Kleinaktionärs in einer typischen Publikumsaktiengesellschaft, sondern die eines Grossaktionärs, der sich in einer Auseinandersetzung mit dem Verwaltungsrat befindet. Die Interessenlage entspricht daher (obwohl eine Grossbank Beklagte ist) eher der einer kleineren, personenbezogenen AG. Man ist gespannt auf das bundesgerichtliche Urteil und kann für einmal hoffen, dass nicht nur zum konkreten Fall Stellung genommen, sondern auch in dicta zur *typischen Interessenlage* Ausführungen gemacht werden.

5. Entdeckungen

Die Auseinandersetzung mit dem neuen Aktienrecht brachte eine Reihe von Entdeckungen im Hinblick auf Neuorientierungen, die wohl dem Gesetzgeber nicht in ihrer ganzen Tragweite bewusst waren:

a) Allen voran zu erwähnen ist das neue oder – genauer besehen – das endlich klar geäusserte *Verständnis der Rolle des Verwaltungsrates,* wie es in der gehaltvollen Liste unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben dieses Gremiums in OR 716a zum Ausdruck kommt. Damit wird mit der sog. *Paritätstheorie* ernst gemacht, die jedem Organ bestimmte Funktionen zuweist und der Omnipotenz der Generalversammlung eine Absage erteilt.

«Verschärft hat sich die Konzernproblematik.»

Die praktischen Auswirkungen dieser Bestimmung werden erst nach und nach erkannt. Hingewiesen sei auf zwei Umstände:

- 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 verbreiteten statutarischen Bestimmungen ausgedient, welche die Organisation des Verwaltungsrates festlegen und etwa vorsehen, wieviele Sitzungen jährlich stattzufinden haben, welches Quorum für die Beschlussfähigkeit verlangt wird und mit welchem Mehr zu entscheiden ist. All dies ist vom Verwaltungsrat selbst – im Organisationsreglement – zu regeln. Auch eine Direktion, Geschäftsleitung oder Konzernleitung kann nicht mehr zwingend durch die Generalversammlung vorgeschrieben werden; vielmehr liegt auch hier der Entscheid in der Organisationskompetenz des Verwaltungsrates [12].
- Verschärft hat sich die *Konzernproblematik:* Bekanntlich führen die Weisungs- und Rapportwege im Konzern vielfach am Verwaltungsrat vorbei, direkt von der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft zu derjenigen der Tochtergesellschaft. Mit den unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates nach (revidiertem) Aktienrecht ist eine solche – sachlich gerechtfertigte – Ordnung aber kaum in Einklang zu bringen.

b) Schon unter bisherigem Aktienrecht war das *Recht der Aktionäre auf Gleichbehandlung* in Lehre und Praxis unbestritten [13]. Im Gegensatz zum bisherigen wird im revidierten Recht der Anspruch des Aktionärs auf Gleichbehandlung nun aber im Gesetz ausdrücklich erwähnt, und zwar an zwei Stellen: In OR 717 II als Pflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates, «die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln», und in OR 706 II Ziff. 3. als Anfechtungsgrund für den Fall, dass die Generalversammlung «eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung... der Aktionäre» beschlossen hat.

Diese Verstärkung des Gleichbehandlungsprinzips könnte praktische Konsequenzen haben, die heute noch kaum absehbar sind: So ist es z. B. bei der *Vinkulierung* zwar weiterhin zulässig, dem Verwaltungsrat einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen, indem etwa Aktienerwerber bei Publikumsgesellschaften auch mit einer über eine statutarische Prozentklausel [14] hinausgehenden Zahl von Aktien als Vollaktionäre anerkannt werden können. Doch ist bei der Ausschöpfung solcher Ausnahmen die Gleichbehandlung der Aktionäre – im Sinne einer relativen Gleichbehandlung, d. h. der Beurteilung aller Gesuche nach gleichem Massstab und der allfälligen Differenzierung nach gleichen, sachgerechten Kriterien – zu beachten. Oder: OR 659 liberalisiert den *Erwerb eigener Aktien* [15]. Eine – nicht ausgesprochene – Schranke für den Erwerb kann sich aber aus dem Recht aller Aktionäre auf Gleichbehandlung ergeben, da der «Rückkauf» von Aktien von einem einzelnen Aktionär eine Ungleichbehandlung impliziert. Und schliesslich: In OR 704 wird für gewisse wichtige Beschlüsse ein *qualifiziertes Quorum* vorgeschrieben. Entgegen dem ersten Anschein genügt jedoch dessen Einhaltung nicht, sondern sind solche Beschlüsse zusätzlich unter dem Aspekt der Gleichbehandlung (und weiterer Aktionärsrechte, namentlich dem Recht auf schonende Rechtsausübung) zu betrachten.

6. Unsicherheiten

Wenn auch erstaunlich viele offene Fragen in kurzer Zeit durch die Praxis gelöst werden konnten, verbleibt doch eine erhebliche Zahl von Unsicherheiten:

a) Nicht geklärt sind die *Einsatzmöglichkeiten für das bedingte und das genehmigte Kapital* und – damit zusammenhängend – die *Voraussetzungen für den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts* bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen. Wird der Gesetzestext eng und wörtlich ausgelegt, dann werden dem Einsatz der vom revidierten Recht vorgesehenen neuen Instrumente der Kapitalbeschaffung Fesseln angelegt, die vom Gesetzgeber nicht gewollt waren. Orientiert man sich an einem liberalen Verständnis, dann kommt man nicht umhin, dem Wortlaut des Gesetzes Zwang anzutun. Es ist zu hoffen, dass die vorstehend erwähnte Auseinandersetzung zwischen BK Vision und Schweiz. Bankgesellschaft einige Klärungen bringt.

«Nicht geklärt sind die Einsatzmöglichkeiten für das bedingte und das genehmigte Kapital und die Voraussetzungen für den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen.»

b) Umstritten ist vorderhand auch die *Abgrenzung zwischen den unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates und den Einwirkungsmöglichkeiten der Generalversammlung.* Fest steht zwar, dass das Gesetz ganz bewusst einen eigenen Kompetenzbereich des Verwaltungsrates ausspart, in welchen die Generalversammlung nicht eingreifen kann. Inwieweit und mit welchen Mitteln die Generalversammlung – und damit die Aktionäre – dennoch auf Geschäftsführungshandlungen Einfluss nehmen können, ist noch nicht entschieden.

c) Grosse Unsicherheit herrscht zur Zeit im Hinblick auf die *Handelsregisterpraxis,* und es scheint, dass die kantonalen Ämter in Fragen, die mehrere Lösungen zulassen, fast systematisch *unterschiedliche Anforderungen* anstreben. Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister war bisher nicht in der Lage, für Einheitlichkeit zu sorgen. Dieser Zustand sollte bald beendet werden, wobei es vielfach nicht so sehr darauf ankommt, *wie entschieden* wird, sondern dass sich die Praxis auf eine *einheitliche Regelung* verlassen kann.

7. Korrigierte Versehen

a) Das revidierte Aktienrecht ist kein Beispiel sorgfältiger Gesetzgebung. Nicht nur ist die Ausdrucksweise gelegentlich salopp, sondern es wurden oft auch die Konsequenzen überstürzt beschlossener Neuerungen nicht zu Ende gedacht. In solchen Bereichen sind erstaunlich rasch Lösungen entwickelt worden, die mit dem Sinn des Gesetzes im Einklang und zugleich praktikabel sind. Einige Beispiele:

«Grosse Unsicherheit herrscht zur Zeit im Hinblick auf die Handelsregisterpraxis.»

b) Das revidierte Recht verlangt, dass *sämtliche Zeichnungsberechtigungen durch den Verwaltungsrat zu erteilen* sind [16] – bei Grossgesellschaften eine sinnlose Übung. In der Praxis ist man verschiedentlich dazu übergegangen, bei Grossunternehmen generelle Lösungen zu treffen, nämlich allen nach aussen auftretenden Sachbearbeitern (nach einer bestimmten Karenzfrist im Unternehmen) die Unterschriftsberechtigung im Sinne einer nicht im Handelsregister einzutragenden Handlungsvollmacht [17] zu erteilen und nur noch einige wenige Zeichnungsberechtigte namentlich zu bestimmen und im Handelsregister einzutragen.

c) Bei der *Kapitalerhöhung* ist bekanntlich der *Feststellungsbeschluss* neu dem Verwaltungsrat zugeordnet [18]. Dies bedingt die Durchführung einer Verwaltungsratssitzung und eine öffentlich zu beurkundende Beschlussfassung in derselben. Um diesen unnötig komplizierten Vorgang für eine rein formale Feststellung zu vereinfachen, sind viele Gesellschaften dazu übergegangen, auf ein Präsenzquorum für Verwaltungsratssitzungen dann zu verzichten, wenn ausschliesslich die erfolgte Durchführung einer Kapitalerhöhung festzustellen und im Anschluss daran eine entsprechende Statutenänderung zu beschliessen ist.

d) Gesellschaften mit Inhaberaktien müssen regelmässig durch *Publikation* zur Generalversammlung einladen. Da nach neuemAktienrecht nicht nur die Traktanden, sondern auch die *Anträge im voraus bekanntzugeben* sind, kann dies zu umfangreichen und kostspieligen Veröffentlichungen führen: Bei einer Totalrevision der Statuten, wie sie von vielen Gesellschaften zur Anpassung an das neue Aktienrecht vorzunehmen ist, müssen die gesamten Statuten im Volltext publiziert werden.

Zahlreiche Aktiengesellschaften haben in ihren revidierten Statuten nicht zuletzt aus diesem Grunde als *Publikationsorgan nur gerade eine einzige Zeitung,* das Schweizerische Handelsamtsblatt, und nicht – wie vielfach früher – noch weitere Periodika vorgesehen. Die Gesellschaft publiziert dann zwar die Einladung trotzdem noch in weiteren Blättern, aber als «inoffizielle» Kurzfassung mit dem Hinweis darauf,

dass die Anträge der vollständigen Publikation im Handelsamtsblatt entnommen werden können.

e) Für den *Einsatz des bedingten und des genehmigten Kapitals* haben sich über den Wortlaut des Gesetzestextes hinausgehende Übungen entwickelt, die jedenfalls solange von niemandem bestritten werden, als keinerlei Aktionärsrechte beeinträchtigt werden.

«Ob in der Zukunft vielleicht eine neue Hausse des PS folgen wird, bleibt abzuwarten.»

8. 1992 – das Jahr Null?

Eine interessante Feststellung macht man bei der Durchsicht der Literatur zum revidierten Recht: Ob der Neuerungen geht zum Teil vergessen, dass die Aktienrechtsreform nur eine *Teilrevision* war und dass sowohl die Grundlagen des Aktienrechts wie auch zahlreiche Einzelbestimmungen unverändert geblieben sind. Eine Folge dieser unrichtigen Sicht ist es, dass die *bisherige Lehre und Praxis unbeachtet bleiben,* obwohl sie auf weite Strecken weiterhin verwendbar und massgebend sind [19].

9. Ein Paradox: Das Verschwinden des Partizipationsscheins

Kaum ein Institut hat im Zuge der Aktienrechtsreform gleichviel Liebe und Betreuung erfahren wie der Partizipationsschein, der von einem Wildwuchs der Praxis mit völlig ungenügenden Schutzbestimmungen zu einer eigentlichen «Aktie ohne Stimmrecht» umgestaltet worden ist. Es entbehrt daher nicht der Ironie, dass zahlreiche Gesellschaften unmittelbar vor oder nach dem Inkrafttreten der neuen Ordnung ihre Partizipationsscheine abgeschafft bzw. in Aktien umgewandelt haben. Die Begründung dafür liegt wohl weniger in der Neuordnung des Partizipationsscheins als in der erhöhten Flexibilität der Aktie und des Aktienkapitals [20], die ein Ausweichen auf den PS erübrigt. Vor allem aber ist der Trend zur Aktie daraus zu erklären, dass der Partizipationsschein seit etlichen Jahren im Kapitalmarkt nicht geschätzt ist. Ob die Umwandlungswelle der letzten zwei Jahre zum endgültigen Out führen oder ob in der Zukunft vielleicht eine neue Hausse des PS folgen wird, bleibt abzuwarten.

10. Neuentdeckung der GmbH

Eine weitere unerwartete Auswirkung der Aktienrechtsreform ist der markante Zuwachs bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung:

Im Jahre 1993 – dem ersten vollen Jahr unter neuem Aktienrecht – hat die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung um mehr als einen Drittel [21] zugenommen, während die Zahl der Aktiengesellschaften – die in den letzten Jahren und Jahrzehnten stets die weitaus höchsten Zuwachsraten hatten – nahezu konstant blieb [22].

Der Grund dürfte in den verschärften Anforderungen des Aktienrechts – besonders der Anhebung des Minimalkapitals auf Fr. 100 000.– [23] und den höheren Anforderungen an Sachkunde und Unabhängigkeit der Revisionsstelle – liegen. Auch scheint sich die im Zuge der Aktienrechtsreform wiederholt geäusserte Befürchtung zu bewahrheiten, dass im revidierten Aktienrecht die kleinen und mittleren Unternehmen zu kurz kommen.

Man wird die Besinnung auf die GmbH nicht nur bedauern. Doch drängen sich eine Revision des Rechts dieser Gesellschaft und eine Anpassung an gewandelte Bedürfnisse gebieterisch auf. Diese «Anschlussreform» sollte der Gesetzgeber rasch an die Hand nehmen.

Anmerkungen

1 Zwanzigtagefrist, Bekanntgabe nicht nur der Traktanden, sondern auch der Anträge des Verwaltungsrates.

2 Das neue Aktienrecht (Zürich 1992; eine neue Auflage soll 1995 erscheinen).

3 Hg. von der Treuhand-Kammer und bearbeitet von einer Vielzahl von Juristen und Revisoren.

4 Hg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Basel 1994).

5 BGE 119 II 46ff, Urteil vom 16. Februar 1993.

6 SR 221.302.

7 BGE 119 II 259ff, Urteil vom 15. April 1993.

8 BGE 119 II 463 ff, Urteil vom 17. November 1993.

9 HRV 78 I lit. g.

10 Der Gesetzgeber verlangt zwar bei der qualifizierten Gründung einen Gründungsbericht, er sieht aber für die einfache Gründung keinen «negativen Gründungsbericht» – und um einen solchen handelt es sich bei der Stampa-Erklärung – vor.

11 Vgl. OR 653c.

12 Mit dem Vorbehalt, dass die Generalversammlung verhindern kann, dass solche Organe bestellt werden: Eine Übertragung von Geschäftsführungskompetenzen durch den Verwaltungsrat an Dritte ist nämlich gemäss OR 716b I nur möglich, wenn die Statuten eine entsprechende Ermächtigungsnorm enthalten.

13 Vgl. etwa BGE 95 II 162f, 93 II 406, 91 II 300f.

14 Dazu OR 685d I.

15 Zulässigkeit des voraussetzungslosen Erwerbs bis 10% (und im Ausnahmefall von OR 659 II bis 20%) des Aktienkapitals, falls dafür frei verwendbares Eigenkapital eingesetzt werden kann.

16 OR 721.

17 Vgl. OR 462.

18 Sachlich richtig wäre es freilich gewesen, die Revisionsstelle mit der Feststellung der ordnungsgemässen Durchführung der Erhöhung zu betrauen.

19 Beispiele hierfür finden sich im vorstehend Anm. 4 erwähnten – im übrigen hervorragenden – Basler Kommentar: Verschiedene Autoren befassen sich fast nur mit der rudimentären Literatur zum neuen Recht, ohne zu beachten, dass die Rechtslage nicht geändert hat und daher die umfassenden Darlegungen zur bisherigen Ordnung mit Gewinn beizuziehen gewesen wären.

20 Stichworte: Bedingtes und genehmigtes Kapital, kleinerer Mindestnennwert für Aktien.

21 Von 2964 auf 4186.

22 170597 Einheiten Anfang Jahr, 171323 am Ende.

23 Wovon Fr. 50000.– bei der Gründung zu liberieren sind, OR 621, 632 II.

RÉSUMÉ

Le nouveau droit des sociétés anonymes: deux ans déjà

Voici plus de deux ans que le nouveau droit des sociétés anonymes est en vigueur. A cette occasion, l'auteur de l'article nous livre une série d'observations personnelles en rapport avec l'acceptation du nouveau droit aussi bien en théorie qu'en pratique.

Il est réjouissant de constater que la doctrine s'occupe activement du nouveau droit et de voir que l'application pratique s'effectue dans l'ensemble sans problèmes. La plupart des sociétés ont déjà adapté leurs statuts au nouveau droit et peu d'entre elles vont épuiser le délai transitoire au 30 juin 1997. Il existe une exception concernant le règlement d'organisation qui fait encore défaut dans beaucoup de sociétés, alors même qu'aucun délai transitoire n'est accordé.

Les premières décisions de justice concernaient le contrôle spécial, le droit de consultation des créanciers, les exigences spéciales pour les réviseurs particulièrement qualifiés et la légitimité de la déclaration «Stampa« (confirmation de libération du capital en espèces et non en nature). La décision la plus significative n'est pas encore exécutoire: il s'agit du conflit opposant BK Vision et l'Union de Banques Suisses, dans lequel il convient de se prononcer sur des questions telles que l'utilisation du capital autorisé et la possibilité d'en détacher le droit préférentiel de souscription.

Le droit révisé contient de nouvelles orientations, dont le législateur n'était pas entièrement conscient, comme en particulier à l'égard du rôle du conseil d'administration, mais aussi en rapport avec les droits des actionnaires. Dans ce dernier domaine, un nombre important d'inconnues ont subsisté, comme les possibilités d'utilisation du capital conditionnel et du capital autorisé et les conditions pour le retrait du droit préférentiel de souscription, mais aussi en rapport avec la délimitation des attributions inaliénables du conseil d'administration et des possibilités d'influence de l'assemblée générale. Il est ensuite insatisfaisant de constater qu'en pratique les autorités cantonales du Registre du Commerce imposent des exigences divergentes dans certaines questions d'importance pratique.

Il est également réjouissant de constater que la pratique a su instaurer des solutions praticables pour des questions mal réglées par la loi, comme celles se référant à la détermination des personnes habilités à engager les grandes sociétés, pour la constatation de la prise de décision en cas d'augmentation de capital, ainsi que pour la publication de la convocation à l'assemblée générale.

A cause des innombrables changements dans le droit des sociétés anonymes, certains auteurs semblent ne pas s'apercevoir que la révision n'a été que partielle et que, de ce fait, doctrine et pratique ayant prévalu jusqu'à présent demeurent dans une large mesure d'actualité.

Le paradoxe est constitué néanmoins par le bon de participation auquel le législateur a voué un soin particulier, mais que beaucoup de sociétés ont supprimé durant les trois dernières années. Une conséquence innattendue du nouveau droit est ensuite la «redécouverte« de la Sàrl, dont le nombre a augmenté de plus d'un tiers en l'espace d'un an. *PF/PAP*