

# Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht

von

Professor DR. PETER FORSTMOSER, Zürich

## *Inhaltsübersicht*

I. Die Verbreitung der verschiedenen Gesellschaftsformen in der Schweiz . . .	255
II. Die AG als „Bonne à tout faire“ des schweizerischen Gesellschaftsrechts . .	255
1. Omnipräsens der Aktiengesellschaft . . . . .	255
2. Liberales Einheitsrecht als Grundlage für den Erfolg der schweizerischen Aktiengesellschaft . . . . .	256
3. Schranken für die personenbezogene Ausgestaltung schweizerischer Ak- tiengesellschaften . . . . .	261
4. Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit bei der „großen“ Aktiengesellschaft	267
III. Die Entdeckung der GmbH . . . . .	270
1. Unattraktive Ausgestaltung der GmbH und fehlende Verankerung in der Schweiz . . . . .	271
2. Der Boom von GmbH-Gründungen in den letzten Jahren . . . . .	272
3. Die Zukunft der schweizerischen GmbH . . . . .	273
IV. Beschränkte Einsatzmöglichkeiten der personengesellschaftlichen Rechtsformen	274
V. Absetzbewegungen bei den Genossenschaften . . . . .	275
VI. Rechtsformwechsel, Fusion, Spaltung . . . . .	275
VII. Schlußbemerkung . . . . .	276

Die Schweizer nehmen für sich in Anspruch, ihre Rechtsordnung sei liberal, sie zeichne sich durch eine relativ geringe Regelungsdichte und entsprechend große Gestaltungsfreiheit aus. Stolz wird etwa darauf hingewiesen, daß das schweizerische Zivilgesetzbuch – dem deutschen BGB entsprechend – mit weniger als 1000 Gesetzesartikeln auskommt, was freilich nur durch einen Trick gelang: dadurch nämlich, daß das gesamte Schuldrecht ausgeklammert und zusammen mit dem Gesellschaftsrecht und weiteren Teilen des Handelsrechts in einem zweiten Gesetz, dem Obligationenrecht, untergebracht wurde.

Im folgenden möchte ich die Gesellschaftsformen des schweizerischen Rechts – von der AG über die GmbH und die Personengesellschaften bis zur Genossenschaft<sup>1</sup> – Revue passieren lassen und auf ihre Flexibilität hin prüfen. Das Schwer-

<sup>1</sup> Weggelassen wird die Kommandit-AG, die zwar im schweizerischen Recht vorgesehen ist, aber äußerst selten (gesamtschweizerisch nur gerade 10 Einheiten) vorkommt.

gewicht wird dabei auf der AG liegen<sup>2</sup>. Vorab möchte ich aber einige Angaben zur zahlenmäßigen Verbreitung der verschiedenen Gesellschaftsformen in der Schweiz machen<sup>3</sup>. Abschließen möchte ich meinen tour d'horizon mit einem Hinweis zu den Möglichkeiten der Umstrukturierung<sup>4</sup> und einer Schlußbemerkung<sup>5</sup>.

### *I. Die Verbreitung der verschiedenen Gesellschaftsformen in der Schweiz*

Ein Blick auf die Statistik zeigt ein gänzlich anderes Bild als das dem deutschen Juristen vertraute: Zahlenmäßig absolut dominierend ist in der Schweiz die Rechtsform der *Aktiengesellschaft*, während die GmbH, aber auch die Personengesellschaften und die Genossenschaft ein vergleichsweise kümmerliches Dasein fristen:

Ende 1996<sup>6</sup> waren im schweizerischen Handelsregister 170 429 Aktiengesellschaften eingetragen (in Deutschland sind es gut 3 000), neben 16 206 Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Deutschland: über 600 000)<sup>7</sup>, 16 734 Kollektivgesellschaften (dem Pendant zur deutschen Offenen Handelsgesellschaft), 3 549 Kommanditgesellschaften und 14 174 Genossenschaften<sup>8</sup>.

Die AG ist also die *bei weitem beliebteste Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts* – ein erstes Indiz dafür, daß das schweizerische Aktienrecht flexibel und gestaltungsfreundlich sein muß.

### *II. Die AG als „Bonne à tout faire“ des schweizerischen Gesellschaftsrechts*

#### *1. Omnipräsenz der Aktiengesellschaft*

Die Dominanz der AG ist aber nicht nur quantitativer, sie ist vor allem auch *qualitativer* Art: In den letzten Jahrzehnten ist diese Rechtsform zum „Mädchen für alles“ für wirtschaftliche Tätigkeiten schlechthin geworden: Von selbst versteht sich dabei, daß *Publikumsgesellschaften* das Kleid der AG tragen. Aber auch kleine, personenbezogene Gebilde mit einigen wenigen aktiv im Unternehmen tätigen Gesellschaftern sind zumeist nicht – wie man es erwarten könnte – als Personen-

2 Vgl. II–V.

3 Vgl. I.

4 Vgl. VI.

5 Vgl. VII.

6 Quelle: Schweiz. Handelsamtsblatt Nr. 14 vom 23. 1. 1997.

7 Ende 1992 gab es gar nur 2 964 GmbHs; auf den sprunghaften Anstieg während der letzten Jahre ist zurückzukommen, vgl. bei Fn. 108.

8 Der Vollständigkeit halber: Im gleichen Zeitpunkt waren nur 128 114 Einzelfirmen registriert, ein Hinweis darauf, daß sich Einzelunternehmer häufig der Rechtsform der (Einpersonen-)AG bedienen.

gesellschaft oder GmbH organisiert, sondern als AG. Häufig ist auch die Einperson-AG, und zwar nicht etwa nur als Konzerntochter, sondern sehr oft auch als eine Art *Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung*<sup>9</sup>. Verbreitet sind sodann *Immobilien-gesellschaften*, die eigentlich nichts anderes sind als Grundstücke mit eigener Rechtspersönlichkeit. Auch *kooperative Gebilde* kommen – allerdings ungleich seltener – vor.

## 2. *Liberales Einbeitsrecht als Grundlage für den Erfolg der schweizerischen Aktiengesellschaft*

### a) *Vergleichsweise geringe zwingende Anforderungen*

aa) Im schweizerischen Recht fehlt eine Bestimmung entsprechend § 23 Abs. 5 des deutschen Aktiengesetzes, wonach die Satzung von den Vorschriften des Gesetzes nur abweichen kann, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie sind daher die aktienrechtlichen Vorschriften in der Schweiz im Zweifel dispositiver Natur, was Raum für die Anpassung an individuelle Verhältnisse läßt<sup>10</sup>.

bb) Das heißt nicht, daß es nicht auch in der Schweiz zum Zwecke des Gläubiger-, Minderheiten-, Kleinaktionärs- und Publikumsschutzes viel zwingendes Recht gäbe. Die Mindestanforderungen sind in der vor kurzem abgeschlossenen schweizerischen Aktienrechtsreform<sup>11</sup> maßvoll angehoben worden. Sie liegen aber noch immer deutlich unter dem, was etwa das deutsche Aktienrecht verlangt<sup>12</sup>.

9 Oder besser: mit beschränktem Risiko.

10 Ein Querschnitt der Statuten (Satzungen) schweizerischer Aktiengesellschaften zeigt freilich, daß der Phantasie der Juristen offenbar Grenzen gesetzt sind: Zwar lassen sich deutlich zwei Typen mit unterschiedlichen Regelungen ausmachen: die Publikumsgesellschaft auf der einen Seite, die private AG auf der anderen. Innerhalb dieser Typen aber sehen sich die Statuten zumeist sehr ähnlich. Gebrauch gemacht wird weniger von der Gestaltungsfreiheit als von der Möglichkeit, zwingendes Recht zu derogieren.

Anpassungen an die individuellen Verhältnisse erfolgen überwiegend in (nicht öffentlich zugänglichen) Reglementen sowie – insbesondere bei Gesellschaften mit geschlossenem Aktionärskreis – in Aktionärbindungsverträgen (zu diesen nachstehend Fn. 52).

11 Dazu hinten Ziff. 4. a); das revidierte Recht ist am 1. 7. 1992 in Kraft getreten, wobei für die Anpassung der Statuten eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen ist.

12 Die Vereinfachungen, die das deutsche Gesetz für Kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts (BGBl. I/1994, S. 1961) gebracht hat, bewegen sich durchwegs im Rahmen dessen, was in der Schweiz bei *allen* Aktiengesellschaften zulässig ist, mit Ausnahme der Einpersonengründung. Das schweizerische Erfordernis von drei Gründern (OR 625 I) bereitet in der Praxis aber keinerlei Probleme: Ob die erforderliche Zahl von Gründern gegeben ist, bestimmt sich nach rein *formalrechtlichen* Gesichtspunkten, vgl. BGE (Bundesgerichtsentscheid) 81 [1955] II 54. Durch die Mitwirkung von zwei treuhänderisch tätigen Gründern ist es daher – wirtschaftlich betrachtet – ohne weiteres möglich, *Einpersonen-Gesellschaften* zu gründen (vgl. auch BGE 115 [1989] II 468).

- Das Mindestkapital liegt bei Fr. 100 000,– (ca. DM 120 000,–)<sup>13</sup>. Einbezahlt oder durch Sacheinlage gedeckt sein müssen lediglich Fr. 50 000,–<sup>14, 15</sup>.
- Zwar wurden die Anforderungen an die Rechnungslegung markant erhöht<sup>16</sup>, doch liegen die Mindestanforderungen noch immer weit unter dem, was in der EU für mittlere und große Gesellschaften verlangt wird.
- Im Interesse des Minderheitenschutzes wurden sodann die Möglichkeiten der personenbezogenen Ausgestaltung etwas eingeschränkt. Insbesondere sind nicht mehr – wie unter bisherigem Recht – beliebige Übertragungerschwörungen zulässig<sup>17</sup>. Auch wurde die Möglichkeit, einzelne Aktionäre in ihren Mitwirkungsrechten durch Stimmrechtsaktien zu privilegieren, begrenzt<sup>18</sup>.

### b) Große Freiheit der organisatorischen Ausgestaltung

aa) Zwar sind auch im schweizerischen Recht Kompetenzen und Durchführung der Mitgliederversammlung (*Generalversammlung*) durch gesetzliche Mindestanforderungen, die in der Praxis weitgehend in die statutarische Ordnung übernommen werden, zwingend fixiert<sup>19</sup>. Und auch die Anforderungen an die Abschlussprüfer und ihre Tätigkeit (das entsprechende Organ wird im schweizerischen

13 OR (Schweizerisches Obligationenrecht, in dessen Art. 620 ff das Aktienrecht geregelt ist) 621.

14 OR 632 Abs. 2.

15 Nach bisherigem Recht betrug das Mindestkapital gar nur Fr. 50 000,–, und fast 50% aller schweizerischen Aktiengesellschaften erfüllten nur gerade dieses Minimum. Da Gesellschaften, die bereits vor dem 1. 1. 1985 gegründet waren, ihr Mindestkapital nicht anzupassen brauchen, wird noch auf lange Zeit ein großer Teil der schweizerischen Aktiengesellschaften ein Aktienkapital von nur Fr. 50 000,– aufweisen.

16 Zwingende minimale Gliederungsvorschriften für Bilanz (OR 663a) und Erfolgsrechnung (OR 663) sowie Neueinführung eines Bilanzanhangs (OR 663b), vor allem aber Einschränkung der Möglichkeit, mittels stiller Reserven das Ergebnis besser darzustellen als effektiv ausgefallen: Stille Reserven dürfen zwar weiterhin in erheblichem Ausmaß (still) gebildet werden. Über die Auflösung ist dagegen im Bilanzanhang Rechenschaft abzulegen, „wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird“ (OR 663b Ziff. 8.).

17 Dazu hinten bei Fn. 60 ff und 81 ff. Das bisherige Recht erlaubte für alle Aktiengesellschaften, statutarisch vorzusehen, daß bei Namenaktien ein Erwerber „ohne Angabe von Gründen“ abgelehnt werden könne (altOR 686 Abs. 2). Bis in die späten achtziger Jahre gehörten entsprechende Klauseln selbst bei Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien zur statutarischen Routine.

18 Vgl. OR 693 Abs. 2, wonach die Privilegierung – gemessen am Kapitaleinsatz – maximal nur noch das Zehnfache betragen darf. Das bisherige Recht enthielt keine Begrenzung, doch waren in der Praxis Stimmenprivilegien, die das Fünffache überschritten, nicht üblich.

19 Vgl. OR 698 ff.

Recht als „*Revisionsstelle*“ bezeichnet) sind durch gesetzliche Minimalerfordernisse umschrieben<sup>20</sup>.

bb) Für die Organisation der aktienrechtlichen Exekutive – der *Strukturierung der Geschäftsführung und ihrer Beaufsichtigung* – besteht dagegen große Freiheit, die es ermöglicht, unterschiedlichsten betriebswirtschaftlichen Bedürfnissen nachzukommen und die im Ausland üblichen oder gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Strukturen nachzuempfinden. Gesetzlich verlangt ist ein einziges Organ, der *Verwaltungsrat*. Doch kann statutarisch – in gewissem Umfang wenigstens – auch eine *Zweiteilung* in ein geschäftsführendes und ein beaufsichtigendes Organ vorgeesehen werden. Im einzelnen gilt folgendes:

(1) Nach der dispositiven gesetzlichen Ordnung ist der *Verwaltungsrat selbst das geschäftsführende Organ*<sup>21</sup>, wobei alle Mitglieder des Verwaltungsrates – wiederum nach dispositivem Recht – „*gesamthaft*“ zuständig sein sollen<sup>22</sup>. Diese gesetzliche Grundform erstaunt bei einem Gebilde, das seinem Typus nach eigentlich für die kapitalbezogene Publikumsgesellschaft geschaffen ist<sup>23</sup>. Wirtschaftlich betrachtet führt sie zu einer Art Selbstorganschaft, wie sie für *Personengesellschaften* charakteristisch ist.

Das Gesetz ermächtigt nun aber den Verwaltungsrat, aufgrund einer statutarischen Basis „die Geschäftsführung ... ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen“<sup>24</sup>. Dadurch können unterschiedlichste Organisationsformen realisiert werden<sup>25</sup>:

(2) Werden Geschäftsführung und Vertretung einzelnen „internen“ Mitgliedern des Verwaltungsrates zugewiesen, während weitere „externe“ Mitglieder im wesentlichen eine Überwachungsfunktion erfüllen sollen, kann eine dem angelsächsischen „*Board System*“ ähnliche Struktur verwirklicht werden mit einer Gliederung

20 OR 727a ff.

21 OR 716 Abs. 2.

22 OR 716b Abs. 3.

23 Zum gesetzlichen Leitbild des schweizerischen Aktienrechts vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 2 mit weiteren Angaben.

24 OR 716b I. Man beachte die doppelte Schranke: Eine Delegation von Geschäftsführungsaufgaben ist nur zulässig aufgrund einer statutarischen Ermächtigungsnorm, also mit Zustimmung der (Mehrheit der) Aktionäre. Doch können die Statuten nicht selbst die Delegation vorschreiben und regeln. Vielmehr liegt es in der Kompetenz des Verwaltungsrates zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er von den ihm eingeräumten Delegationsmöglichkeiten Gebrauch machen will. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Hinweise auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, nachstehend bei Fn. 30 ff.

25 Vgl. dazu etwa BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., 1996, N 1578g; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, aaO (Fn. 23), § 29 N 10 ff; FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, 1992, S. 13 ff.

des Verwaltungsrates in externe, nebenamtliche und interne, vollamtlich geschäftsführende Mitglieder<sup>26</sup>.

(3) 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<sup>27, 28</sup>.

(4) Schließlich können auch einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und kann er zugleich zum Verwaltungspräsidenten gewählt werden. Damit nähert man sich dem französischen System des „*Président Directeur Général*“<sup>29</sup>.

cc) Das revidierte Aktienrecht macht nun freilich einen grundlegenden Unterschied etwa zum deutschen Aufsichtsratssystem deutlich und schränkt dadurch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit erheblich ein: Es enthält nämlich eine gehaltvolle Liste von *unübertragbaren* und *unentziehbaren* Aufgaben des Verwaltungsrates, Aufgaben also, die er *nicht an einzelne seiner Mitglieder oder gar Dritte abgeben* kann<sup>30</sup>. Inwieweit durch diese Liste, die zu unendlichen Diskussionen nicht nur unter Juristen

26 Näheres etwa bei BÖCKLI, aaO (Fn. 25), N 1611, 1759 ff.

27 Schranken ergeben sich aus der zwingenden Zuweisung von Kompetenzen an den Verwaltungsrat, die deutlich über Aufsichtsfunktionen hinausgehen, vgl. dazu Fn. 30.

28 Eine Trennung von Aufsicht und Geschäftsführung ist zwingend vorgeschrieben für Bankaktiengesellschaften, vgl. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. 11. 1934 (letzte Änderung am 24. 3. 1995) Art. 3 Abs. 2 lit.a und Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. 5. 1972 (letzte Änderung am 24. 4. 1996) Art. 8. Näheres bei KLEINER, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Komm. z. Schweiz. Bankengesetz, Loseblatt, 1976 ff, Art. 3–3ter N 21 ff.

29 Die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Bundesblatt 1983 II 745 ff, hier zitiert nach dem Sonderdruck) erblickt darin einen Systembruch, der aber wegen der Verbreitung dieser Ordnung in der Westschweiz gerechtfertigt sei, S. 180. In Wirklichkeit findet sich dieses Konzept aber ebenso in der deutschen Schweiz, und zwar besonders bei privaten Aktiengesellschaften, nicht selten aber auch bei Publikumsgesellschaften.

30 Vgl. Art. 716a Abs. 1, der wie folgt lautet:

„Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erstellung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen;
5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;
6. die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;
7. die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.“

geführt hat und weiterhin führt, neues Recht geschaffen wurde, ist freilich nicht klar: Das bisherige Recht enthielt zwar keine einschlägige Bestimmung, doch ergaben sich ähnliche Pflichten – entwickelt an pathologischen Fällen – aus der strengen Praxis, welche die schweizerischen Gerichte zur persönlichen Verantwortlichkeit von pflichtvergessenen Verwaltungsratsmitgliedern<sup>31</sup> entwickelt haben<sup>32</sup>.

Auf die einzelnen in OR 716a Abs. 1 enthaltenen Aufgaben kann hier nicht eingegangen werden. Zusammenfassend und grob betrachtet geht es darum, daß der Verwaltungsrat als Gremium und damit auch seine einzelnen Mitglieder persönlich verantwortlich bleiben für die *Oberleitung* der AG und die *Oberaufsicht*, die Festlegung ihrer *Organisation*, die *Planung* – insbesondere durch den Einsatz der Finanzmittel –, die maßgebenden *personellen Entscheide*<sup>33</sup>, die *Rapportierung* an die Aktionäre und schließlich die *Benachrichtigung des Richters* im Falle der Überschuldung<sup>34</sup>.

Die in der gesetzlichen Checkliste aufgeführten Aufgaben soll der Verwaltungsrat *materiell selber erfüllen*. Dies bedeutet zum einen, daß – wie erwähnt – eine Delegation an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder an eine Geschäftsleitung bzw. Direktion rechtlich nicht zulässig ist. Nur die „Vorbereitung“, die „Ausführung“ und die „Überwachung“ können übertragen werden<sup>35</sup>, wobei die Verantwortung beim Verwaltungsrat als Gesamtorgan bleibt. Eine Delegation ist aber grundsätzlich auch *nach oben*, an die Generalversammlung, ausgeschlossen, was die Möglichkeit unterbindet, wichtige Geschäftsführungsaufgaben der Generalversammlung zum verbindlichen Entscheid vorzulegen<sup>36</sup>. Und durch das in der parlamentarischen Beratung neu eingefügte Wort „*unentziehbar*“ wird zudem klargestellt, daß die Generalversammlung keine Möglichkeit hat, im Rahmen der zwingenden Verwaltungsratskompetenzen in die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung einzu-

31 Vgl. OR 752 ff. Vorgesehen ist in OR 754 Abs. 1 eine persönliche Haftung für jedes Verschulden. Eine solche Haftung trifft übrigens aufgrund von OR 755 auch die Revisionsstelle.

32 Vgl. dazu die Zusammenstellung der Kasuistik bei FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., 1987, N 781 ff.

33 In dieser Hinsicht geht die Verantwortung des Verwaltungsrates sehr – und für Großgesellschaften unverständlich – weit, indem OR 721 präzisiert, daß der Verwaltungsrat zuständig und verantwortlich für die Ernennung *sämtlicher Zeichnungsberechtigter* – auch von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten – ist.

34 Ausführlich zu diesen Aufgaben BÖCKLI, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, 1994, Schriften zum neuen Aktienrecht, S. 7. Vgl. auch etwa STRÖCKLI, Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates, AJP [Aktuelle Juristische Praxis] 3 (1994) 581 ff sowie neuestens KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, erscheint 1997.

35 So ausdrücklich OR 716a Abs. 2.

36 Zulässig bleibt es dagegen, eine Konsultativabstimmung der Aktionärgesamtheit zu erwirken, was vor allem bei kleineren, personenbezogenen Verhältnissen sinnvoll sein kann.

greifen. Es entspricht dies einer Absage an die sog. Omnipotenztheorie und einem bewußten Entscheid zugunsten des *Paritätsprinzips*, das von einer „Gewaltenteilung“ ausgeht und jedem gesetzlichen Organ der AG gewisse Funktionen zwingend zuweist<sup>37, 38</sup>. Wo im einzelnen die Grenze zwischen delegierbaren/entziehbareren und undelegierbaren/unentziehbareren Aufgaben verläuft, ist freilich bis heute umstritten<sup>39</sup>.

### 3. Schranken für die personenbezogene Ausgestaltung schweizerischer Aktiengesellschaften

#### a) Das Problem

Nach einer verbreiteten (aber nicht unbestrittenen) Auffassung ist das schweizerische Aktienrecht auf *kapitalbezogene Publikumsgesellschaften* ausgerichtet<sup>40</sup>.

In der Rechtswirklichkeit – es wurde bereits darauf hingewiesen – bildet dagegen die Publikumsgesellschaft zahlenmäßig die seltene Ausnahme: Börsenkotiert sind nur etwa 300 Aktiengesellschaften, und auch bei diesen kommt vielfach einem Einzelaktionär oder einer verbundenen Gruppe von Aktionären eine vorherrschende Stellung zu<sup>41</sup>. Das zahlenmäßige Schwergewicht liegt – dies ergibt sich schon aus der großen Anzahl schweizerischer Aktiengesellschaften – bei den klei-

37 So schon Botschaft, aaO (Fn. 29), 98; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, aaO (Fn. 23), § 20 N 10 ff und etwa MEIER-SCHATZ, Über die Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit der Generalversammlung, ST [Schweizer Treuhänder] 69 (1995), 823 ff.

38 Dies steht auch im Einklang mit der Ordnung der Verantwortlichkeit, da die in der Generalversammlung versammelten Aktionäre für geschäftsführende Entscheide keinerlei Verantwortung tragen, während die Verwaltungsratsmitglieder ihre persönliche Verantwortung für solche Entscheide nicht wegbedingen können.

39 Zum Problem vgl. etwa BÖCKLI, aaO (Fn. 34), S. 36 ff; FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrats – Möglichkeiten und Grenzen, SZW [Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht] 66 (1994), 169 ff; MÜLLER, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP 1 (1992), 784 ff; WATTER, in: Basler Komm. z. Obligationenrecht Bd. II, 1994, Art. 716 N 7.

40 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, aaO (Fn. 23), § 2 N 13 ff sowie – differenzierend – DRUEY, AG 1995, 545 ff.

41 Eine 1991 erschienene Studie kam zum Schluß, daß von 114 untersuchten börsenkotierten Gesellschaften nur bei 19 die Aktien breit gestreut und frei handelbar waren. 75 Gesellschaften waren von Großaktionären beherrscht (vgl. KAUFMANN/KUNZ, Besitzverhältnisse von Schweizer Aktien, Studie der Bank Bär, 1991, S. 3). Eine Untersuchung von 1996 bestätigte dieses Ergebnis: Von 112 untersuchten Gesellschaften wurden 21 als „echte“ Publikumsgesellschaften (kein Aktionär mit einer Beteiligung von mehr als 10%) eingestuft. Immerhin machten diese 55% der gesamten Börsenkapitalisierung aus (Bank Julius Bär: Marktübersicht Schweiz, September 1996, S. 22 ff).



nen, *personenbezogenen* Gesellschaften<sup>42</sup>. Damit besteht ein Bedürfnis nach einer stärker personalistischen Ausgestaltung, welchem der Gesetzgeber durch die grundsätzlich dispositive Ausgestaltung des Aktienrechts allgemein sowie etwa durch die Zulassung von Stimmrechtsaktien<sup>43</sup>, Vorzugsaktien<sup>44</sup>, Übertragungserleichterungen<sup>45</sup> und Minderheitsvertretungen im Verwaltungsrat<sup>46</sup> im besonderen Rechnung getragen hat.

Konsequent an der *Kapitalbezogenheit* hat das schweizerische Recht aber seit jeher mit Bezug auf die Aktionärspflichten festgehalten<sup>47</sup>. Und bezüglich der Möglichkeit von Übertragungserleichterungen hat das revidierte Recht neue Schranken eingeführt<sup>48</sup>.

### *b) Das Verbot statutarischer Nebenleistungspflichten*

aa) Eine aus dem bisherigen in das geltende schweizerische Aktienrecht unverändert übernommene eherne Regel besagt, daß der Aktionär „auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden [kann], mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag“<sup>49</sup>. Während in der Literatur verschiedentlich Möglichkeiten zusätzlicher Verpflichtungen bei gewissen Gesellschaften oder für bestimmte Aktionäre diskutiert wurden und werden<sup>50</sup>, hat sich

42 Vgl. dazu schon MEIER-HAYOZ, Gedenkschrift Gschnitzer, 1968, S. 303 ff sowie neuestens DRUEY, AG 1995, 545.

43 Dazu vorn Fn. 18.

44 OR 654, 656; diese sind in vermögensrechtlicher Hinsicht gegenüber den gewöhnlichen Aktien (Stammaktien) privilegiert, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, aaO (Fn. 23), § 41 N 26 ff.

45 Vgl. dazu aber nachstehend Fn. 61 ff und 81 f.

46 OR 709 Abs. 2.

47 Vgl. Ziff. b).

48 Vgl. Ziff. c).

49 OR 680 I.

50 Nach GILLIARD, FS Bürgi, 1971, S. 149 ff, 152 ff, ist bei der kooperativ strukturierten AG unter gewissen Voraussetzungen eine persönliche Haftung der Aktionäre zu bejahen. BÄR (Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR [Zeitschrift für schweizerisches Recht] 1966 II 321 ff, 498) und vor allem WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1968, ZBR [Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft], S. 268, insbesondere S. 107 ff haben die Frage gestellt, ob der Grundsatz der beschränkten Leistungspflicht statutarische Konkurrenzverbote oder eine Treuepflicht des Aktionärs ausschliesse. Nach einzelnen Autoren soll sodann der Großaktionär einer besonderen Treuepflicht unterliegen (in diesem Sinn NENNINGER, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, 1974, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 105, S. 112), nach anderen ist eine Treuepflicht allgemein in stark personalistisch strukturierten Gesellschaften zu bejahen (so BAUDENBACHER, in: Basler Komm. z. OR, Bd. II, 1994, Art. 635 N 35). Vgl. auch HÜNERWADEL, Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf, 1995, SSHW, Bd. 162 sowie WÜRSCH, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, 1989, SSHW, Bd. 124.

das Bundesgericht unzweideutig festgelegt: „Der Aktionär ist zu nichts weiterem verpflichtet als zur Leistung seiner Einlage. Verpflichtungen persönlicher Art auferlegt ihm das Gesetz nicht“<sup>51</sup>.

bb) Die Probleme, die sich daraus für personenbezogene Gesellschaften ergeben, werden durch vertragliche Vereinbarungen, insbesondere *Aktionärbindungsverträge*<sup>52</sup>, gelöst. Typischer Inhalt solcher Verträge sind etwa Stimmbindungen und Erwerbsberechtigungen, aber auch Treuepflichten und Konkurrenzverbote, Pflichten zu Arbeitsleistungen, Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen und -rechte, Nachschuß- und Zuzahlungspflichten sowie die Übernahme einer persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft<sup>53</sup>.

In der schweizerischen Lehre und Praxis ist heute unbestritten, daß für Aktionärbindungsverträge das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt, daß sie also in den allgemeinen Schranken vertraglicher Ausgestaltung frei vereinbart werden können<sup>54</sup>. Damit besteht grundsätzlich auch ein Recht auf Realerfüllung<sup>55</sup>: Die Partei eines Aktionärbindungsvertrages kann mit einer Leistungsklage die Erfüllung verlangen und diese durch vorsorgliche Maßnahmen im Rahmen des kantonalen Prozeßrechts sicherstellen lassen<sup>56</sup>. Doch vermag auch der Anspruch auf Realerfüllung nicht zu verhindern, daß Aktionärbindungsverträge *verletzt* werden: Die Gesell-

51 BGE 91 [1965] II 305. M. E. lassen sich in der Schweiz Postulate, welche die beschränkte Leistungspflicht des Aktionärs in Frage stellen, nur de lege ferenda vertreten. Vorbehalten bleibt natürlich die allgemeine Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 2 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, entsprechend § 242 BGB), und in der Tat gehen denn auch einzelne der in der Lehre vertretenen Ansichten kaum über die (selbstverständliche) Forderung hinaus, das Gebot von Treu und Glauben auch im Aktienrecht zu beachten. Eine Treuepflicht, wie sie deutsche Gerichte für Großaktionäre (BGHZ 103, 184 ff) und neuestens gar für Minderheitsaktionäre (vgl. Urteil des BGH JZ 1995, 1064 ff) bejahen, wird in der Schweiz durch das Bundesgericht ausdrücklich abgelehnt, vgl. BGE 105 [1979] II 128; 99 [1973] II 62; 91 [1965] II 305, offen noch BGE 80 [1954] II 270).

52 Vgl. zu diesen etwa BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 1993, 475 ff; DOHM, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de Droit suisse et allemand (Thèse Genève 1971); FORSTMOSER, FS Schlupe, 1988, 359 ff (mit zahlreichen weiteren Angaben). Aus der Bundesgerichtspraxis vgl. BGE 114 [1988] II 64; 109 [1983] II 43 ff; 88 [1962] II 172 ff; 81 [1955] II 534 ff sowie nicht amtlich veröffentlichter Entscheid vom 13. 2. 1990, referiert in SZW 62 (1990) 212 ff; aus der kantonalen Judikatur vgl. etwa ZR [Blätter für zürcherische Rechtsprechung] 89 (1990) Nr. 49 S. 93 ff (= SZW 63 [1991], 210 ff); ZR 93 (1994) Nr. 53 S. 139 ff; ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 260 ff; Semaine judiciaire (Genève) 1978, 521 und Repertorio di Jurisprudenza patria (Bellinzona) 1977, 193 ff.

53 In der Praxis sind solche Verträge außerordentlich verbreitet, und für den im Handelsrecht tätigen Juristen gehören sie zum täglichen Brot.

54 Vgl. aus der Judikatur BGE 109 [1983] II 45; 88 [1962] II 174 ff; ZR 83 (1984) Nr. 53, S. 141 und 69 (1990) Nr. 101 S. 261.

55 So ausdrücklich ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 141 Erw. 5b.

56 So etwa ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 133 ff.

schaft hat sich um vertragliche Vereinbarungen unter Aktionären nicht zu kümmern, und es ist auch eine bindungswidrig abgegebene Stimme gültig und so zu beachten, wie sie abgegeben wurde<sup>57</sup>. Ebenso läßt sich ein im Aktionärbindungsvertrag verankertes Kaufs- oder Vorkaufsrecht nicht mehr durchsetzen, wenn die Aktien bereits an einen Dritten veräußert und diesem übertragen worden sind.

Angesichts dieser Unsicherheiten wird in der Praxis versucht, die Erfüllung von Pflichten aus Aktionärbindungsverträgen *faktisch* zu erzwingen, etwa durch die Vereinbarung von Konventionalstrafen, die gemeinsame Hinterlegung der belasteten Aktien, die fiduziarische Übertragung der gebundenen Aktien an einen als Treuhänder tätigen Dritten oder gar – womit freilich die Aktionärserschaft der Beteiligten als solche preisgegeben wird – durch Einbringung dieser Aktien in eine gemeinsame Holdinggesellschaft.

Obwohl Aktionärbindungsverträge – besonders solche unter allen Aktionären einer Gesellschaft – nicht selten den notwendigen, wenn auch für Dritte verborgenen Teil einer statutarisch nur bruchstückhaft geregelten Ordnung darstellen, hat der schweizerische Gesetzgeber auf eine gesetzliche Regelung verzichtet<sup>58</sup>, und auch für die Zukunft ist eine solche nicht geplant<sup>59</sup>.

### c) Schranken für Übertragungsbeschränkungen

aa) Eine stark personalistische Komponente ließ das bisherige Schweizer Aktienrecht dadurch zu, daß es – bis an die Grenze der Willkür und ohne Pflicht, auch nur eine Begründung anzugeben – die Ablehnung von Aktienerwerbern seitens der Gesellschaft (und damit regelmäßig ihres Verwaltungsrates) zuließ<sup>60</sup>.

Im Interesse der Minderheiten und der Kleinaktionäre, aber auch der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts wurde diese Bestimmung im Zuge der Aktien-

57 ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 260 ff.

58 Eine solche wurde zwar bei der Beratung der Aktienrechtsreform im Parlament eingebracht, dann aber mit knapper Mehrheit abgelehnt mit der wohlthuenden Begründung des jetzigen Bundesrates *Leuenberger*: „Lassen wir doch den Anwälten, ihrer Innovationsfreudigkeit und ihrer Phantasie freien Lauf. Sie finden schon Lösungen.“ (Amtliches Bulletin des Nationalrates 1985, 1764).

59 Eine vom Bundesrat 1993 eingesetzte „Groupe de réflexion ‚Gesellschaftsrecht‘“, welche die Aufgabe hatte, den rechtspolitischen Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts zu prüfen, kam mehrheitlich zur Auffassung, es sei auch in Zukunft auf eine gesetzliche Regelung der Aktionärbindungsverträge zu verzichten, vgl. Schlußbericht (Bern 1993), S. 30 ff. Damit wird man freilich auch künftig nicht nur mit den Problemen der Durchsetzbarkeit von Aktionärbindungsverträgen, sondern auch etwa mit der Unsicherheit hinsichtlich der längstmöglichen Dauer solcher Verträge leben müssen.

60 Vgl. Art. 686 Abs. 2 des bisherigen Rechts: „Die Statuten können bestimmen, daß die Eintragung [eines Aktienerwerbers in das Aktienregister] ohne Angabe von Gründen verweigert werden darf.“ Die Literatur zu dieser Bestimmung ist immens. Vgl. statt aller Lutz, Vinkulierte Namenaktien, 1988, SSHW, Bd. 110.

rechtsreform durch eine gänzlich neue Ordnung ersetzt, welche die Vinkulierungsmöglichkeiten stark einschränkt<sup>61</sup>. Dabei wurde auch die Einheit des Aktienrechts<sup>62</sup> preisgegeben und durch eine unterschiedliche Regelung für kotierte und für nicht kotierte Namenaktien ersetzt.

Für *nicht kotierte Namenaktien*<sup>63</sup> gilt – vereinfacht gesagt –, daß die Zustimmung zur Übertragung nur noch verweigert werden kann aufgrund eines wichtigen, in den Statuten selbst genannten Grundes<sup>64</sup>. „Wichtige Gründe“ werden im Gesetz umschrieben als „Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen“<sup>65</sup>. Der unter bisherigem Recht zur Domestizierung von Minderheiten nicht selten geübten Praxis einer systematischen Verweigerung von Übertragungsbewilligungen soll damit ein Ende bereitet werden.

Mit Rücksicht auf die Bedeutung, die bei kleineren Aktiengesellschaften persönlichen Eigenschaften zukommen kann, läßt freilich auch das revidierte Aktienrecht die Ablehnung eines Erwerbers von nicht kotierten Namenaktien ohne Grundangabe zu, jedoch nur dann, wenn die Gesellschaft bereit ist, die zur Veräußerung anstehenden Aktien „zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen“<sup>66</sup>. Damit bleibt der privaten AG die Möglichkeit erhalten, unerwünschten Dritten den Eintritt aus beliebigen Gründen zu verwehren. Doch wird durch diese *escape clause* faktisch eine Art „Austrittsrecht“ geschaffen: Entweder stimmt die Gesellschaft dem Übertragungsgesuch zu (immer vorausgesetzt, es liege nicht ein wichtiger Ablehnungsgrund vor) oder sie erklärt sich bereit, die zur Veräußerung anstehenden Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen. So oder so kann der veräußerungswillige Aktionär aus der Gesellschaft ausscheiden und seine Investition zu Geld machen.

bb) Noch nicht restlos geklärt ist die Frage, ob die unter bisherigem Recht verbreiteten statutarischen *Vorhandrechte* der Mitaktionäre bei der Veräußerung von Aktien unter revidiertem Recht zulässig bleiben<sup>67</sup>. Fest steht jedenfalls, daß solche

61 Die Regelung der Vinkulierung war im Endstadium der Aktienrechtsreform das Thema der politischen Auseinandersetzung, vgl. etwa FORSTMOSER, *Alter Wein in neuen Schläuchen? Zur schweizerischen Aktienrechtsreform*, ZSR 111 (1992) I 1 ff, 5 f.

62 Zur grundsätzlichen Beibehaltung vgl. unten Ziff. 4. a) aA.

63 Zur Regelung für kotierte Aktien vgl. unten bei Fn. 81 f.

64 OR 685b Abs. 1.

65 OR 685b Abs. 2.

66 OR 685b Abs. 1 a. E.

67 Die Mehrheitsmeinung geht von der Zulässigkeit – unter gewissen Voraussetzungen und mit bestimmten Einschränkungen – aus, vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, aaO (Fn. 23), § 44 N 265 ff; KÜRER/DU PASQUIER/OERTLE, in: *Basler Komm. z. OR*, Bd. II, 1994, Art. 680 N 10 und Art. 685b N 20; MEIER-SCHATZ, *Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht*, SZW 64 (1992), 224 ff; REYMOND, *Les clauses statutaires d'agrément*, SZW 64 (1992), 259 ff, 261; WEBER, *Vertrags- bzw. Statutengestaltung und Minderheitenschutz*, in: *Das neue Aktienrecht, wichtige Reformen aus anwaltlicher Sicht*,

Vorhandrechte eine Abfindung des ausscheidenden Aktionärs zum wirklichen Wert gewährleisten müssen.

cc) Die – begrüßenswerte – Neuordnung der Vinkulierung schließt eine Technik der Absicherung von Aktionärbindungsverträgen aus, die unter bisherigem Recht verbreitet war: die Möglichkeit nämlich, die Zulassung eines Aktienerwerbers als Aktionär von der Anerkennung eines Aktionärbindungsvertrages abhängig zu machen. Der Vorbehalt einer Zustimmung zu einer vertraglichen Vereinbarung kann – im Lichte der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs<sup>68</sup> – keinesfalls als „wichtiger Grund“ im Sinne des revidierten Rechts gelten.

d) *Excurs: „Heimatschutz“ durch Nationalitäts- und Domizilerfordernisse*

Nur am Rande sei erwähnt, daß eine – sachlich längst überholte – Vorschrift des bisherigen Rechts in das revidierte Aktienrecht übernommen worden ist: Nach wie vor muß die Mehrheit des Verwaltungsrates einer schweizerischen AG aus Personen bestehen, „die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen“<sup>69</sup>. Eine Ausnahme von dieser 1919 aufgrund der Erfahrungen mit der „Feindgesetzgebung“ im Ersten Weltkrieg eingeführten Vorschrift ist nur für Holdinggesellschaften und auch für diese nur im Einzelfall möglich<sup>70</sup>.

Bei ausländisch beherrschten schweizerischen Aktiengesellschaften ist diese Vorschrift lästig, mehr freilich nicht: Zur Erfüllung genügt es, eine schweizerische Mehrheit fiduziarisch tätiger Verwaltungsratsmitglieder einzusetzen<sup>71</sup>. Eine andere Möglichkeit besteht darin, neben dem Verwaltungsrat als weiteres Gremium einen *Beirat* vorzusehen, der ausschließlich aus Ausländern bestehen kann und jeweils zusammen mit dem Verwaltungsrat tagt. Faktisch können die Beiratsmitglieder dieselben Einwirkungsmöglichkeiten wie die Mitglieder des Verwaltungsrates haben<sup>72</sup>.

Schriftenreihe SAV Bd. 11, 1992, S. 71 ff, 84. Gegenmeinung: BÖCKLI, 2 BJV 1993, 475 503 sowie DERS., aaO (Fn. 25), N 755 ff; Groupe de réflexion, aaO (Fn. 59), S. 28.

68 Dazu vorn bei Fn. 49 ff.

69 OR 708 Abs. 1.

70 Vgl. OR 708 Abs. 1, wonach der Bundesrat bei Holdinggesellschaften Ausnahmen vom Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernis bewilligen kann, wenn die Mehrheit der Beteiligungsgesellschaften sich im Ausland befindet.

71 Diese unterstehen freilich der persönlichen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (vgl. FORSTMOSER, aaO [Fn. 32], N 697 f), sollten also mehr sein als bloße Strohmänner.

72 Zwar kommt den Mitgliedern des Beirates kein Stimmrecht zu. In der Praxis wird es jedoch in aller Regel – und bei Konstruktionen mit Beiräten ohnehin – vermeiden, im Verwaltungsrat Mehrheitsbeschlüsse zu fassen.

#### 4. Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit bei der „großen“ Aktiengesellschaft

##### a) Die Aktienrechtsreform 1968/1991

aa) Am 1. 7. 1992 ist – nach überaus langer, 23jähriger gesetzgeberischer Bemühung – in der Schweiz ein revidiertes Aktienrecht in Kraft getreten. Von der Reform – der ersten seit 1936 – wurden die weitaus meisten Bestimmungen des bisherigen Rechts erfaßt, und dieses wurde um gut die Hälfte erweitert. Trotzdem verstand sich die Reform als eine *Teilrevision*. Festgehalten wurde dabei an der *Einheit des Aktienrechts*, die freilich an einigen wichtigen Stellen durchbrochen wurde durch Sondervorschriften für Großgesellschaften. Die Abgrenzung erfolgte dabei nach unterschiedlichen Kriterien:

bb) So wurde für Konzerne die *konsolidierte Jahresrechnung* zwingend vorgeschrieben, wobei Kleinkonzerne<sup>73</sup> von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung befreit sind, es sei denn, eine solche sei für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft erforderlich<sup>74</sup>.

cc) Gesellschaften, die Anleiensobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an einer Börse kotiert sind, müssen *Jahresrechnung und Konzernrechnung veröffentlichen* oder jedermann innerhalb eines Jahres zur Verfügung stellen<sup>75</sup>. Gesellschaften, deren Aktien kotiert sind, müssen zudem im Anhang zur Bilanz ihre bedeutenden Aktionäre und deren Beteiligungen angeben<sup>76</sup>.

dd) Die Revision (*Abschlussprüfung*) muß bei volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften<sup>77</sup> in zweierlei Hinsicht erhöhten Anforderungen genügen: Die Re-

73 Zwei der folgenden Größen dürfen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden: Bilanzsumme Fr. 10 Mio., Umsatzerlös Fr. 20 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

74 OR 663e.

75 OR 697h I. Die übrigen Aktiengesellschaften müssen einzig Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in Jahresrechnung und Konzernrechnung geben.

76 OR 663c, vgl. dazu FORSTMOSER, FS zum Schweizerischen Juristentag 1994, 1994, 69 ff. Als bedeutend gelten Aktionäre und stimmrechtsverbundene Aktionärsgruppen, deren Beteiligung 5% aller Stimmrechte bzw. eine tiefere prozentuale Begrenzung gemäß den Vinkulierungsvorschriften der Gesellschaft (dazu nachstehend bei Fn. 82) übersteigt. Da Aktiengesellschaften ihre Inhaberaktionäre allenfalls gar nicht kennen, kann diese Bestimmung zur Zeit nur unvollkommen erfüllt werden. Unter dem künftigen Börsengesetz (dazu nachstehend Ziff. b), das eine Meldepflicht einführt, wird sich dies ändern.

77 Unterstellt sind Gesellschaften, die Anleiensobligationen ausstehend haben, deren Aktien börsenkotiert sind oder die zwei der folgenden Größen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten haben: Bilanzsumme Fr. 20 Mio., Umsatzerlös Fr. 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

visoren müssen besondere fachliche Voraussetzungen erfüllen<sup>78, 79</sup>, und die Revisionsstelle hat neben ihrem an die Generalversammlung gerichteten kurzen Bestätigungsbericht einen ausführlicheren Bericht zuhanden des Verwaltungsrates zu erstellen, „worin sie die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung erläutert“<sup>80</sup>.

e) Eine eigentliche Zweiteilung wurde im Hinblick auf die statutarischen Möglichkeiten einer Erschwerung der Übertragbarkeit von Namenaktien – die *Vinkulierung* – vollzogen: Während für nicht kotierte Namenaktien noch immer vielfältigste – freilich nur „wichtige“ – Gründe für die Ablehnung von Aktienwerbungen vorgesehen werden können<sup>81</sup>, kennt das Gesetz für börsenkotierte Namenaktien nur noch einen einzigen Vinkulierungsgrund: Die Gesellschaft kann „einen Erwerber als Aktionär nur ablehnen, wenn die Statuten eine prozentmäßige Begrenzung der Namenaktien vorsehen, für die ein Erwerber als Aktionär anerkannt werden muß, und diese Begrenzung überschritten wird“<sup>82</sup>.

Vorläufig bleibt freilich noch ein zweiter Vinkulierungsgrund zulässig, nämlich eine verkappte Ausländerklausel, die jedoch im Zuge der Annäherung an Europa in absehbarer Zeit dahinfallen soll und die daher nur in den Schlußbestimmungen – in einer Formulierung, die wohl nur Schweizern verständlich ist – aufgeführt ist<sup>83</sup>.

ff) Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf eine Reihe von weiteren Vorschriften, die zwar unterschiedslos für alle Aktiengesellschaften Geltung beanspruchen, jedoch *in erster Linie für große Gesellschaften konzipiert* sind. Zu denken ist etwa an die durch die Aktienrechtsreform neu – in starker Anlehnung an deutsches Recht – eingeführten Möglichkeiten der genehmigten und der bedingten Kapitalerhö-

78 OR 727b.

79 Die verlangten fachlichen Anforderungen sind vom Bundesrat in einer Verordnung vom 15. 6. 1992 näher umschrieben worden. Sie entsprechen in etwa denen an Personen, die gemäß der 8. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts die Pflichtprüfung der Jahresrechnung durchführen dürfen.

80 OR 729a.

81 Vgl. vorn Fn. 60 ff.

82 OR 685d Abs. 1, vgl. dazu die Stellungnahme einer Arbeitsgruppe: Musterklauseln für vinkulierte Namenaktien bei börsenkotierten Gesellschaften, SZW 65 (1993), 80 ff.

83 Die Bestimmung mit dem Marginale „Ablehnung von Namenaktionären“ lautet: „In Ergänzung zu Art. 685d Abs. I [d. h. der soeben erwähnten Prozentklausel] kann die Gesellschaft, aufgrund statutarischer Bestimmung, Personen als Erwerber börsenkotierter Namenaktien ablehnen, soweit und solange deren Anerkennung die Gesellschaft daran hindern könnte, durch Bundesgesetze geforderte Nachweise über die Zusammensetzung des Kreises der Aktionäre zu erbringen.“ Solche Nachweise werden insbesondere durch die sog. Lex Friedrich, die den Erwerb von schweizerischen Grundstücken durch Ausländer eindämmen soll, und durch das Bankengesetz verlangt, ferner in einigen wenigen anderen Bundesgesetzen, wobei es durchwegs um die schweizerische Beherrschung geht.

hung<sup>84</sup> sowie an die Regelung der institutionellen Stellvertretung in der Generalversammlung durch Depotvertreter, Organvertreter und unabhängige Stimmrechtsvertreter<sup>85</sup>.

### b) Das neue Börsenrecht

aa) Im Februar 1997 ist in der Schweiz ein Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) mit einschlägigen Verordnungen in Kraft getreten. Es hat die bisherigen Ordnungen des kantonalen Rechts<sup>86</sup> ersetzt. Dadurch wird bei Publikumsgesellschaften das Gesellschaftsrecht in größerem Stil durch *Kapitalmarktrecht* überlagert<sup>87</sup>. Einige Hinweise:

bb) Deutlich verbessert wird die Transparenz: Die Konzernrechnung wird – was freilich schon heute guter Praxis bei den Publikumsgesellschaften entspricht – auf die *true and fair view* verpflichtet. Ab Mitte 1998 wird zusätzlich ein *Halbjahresbericht* verlangt sowie bereits seit Oktober 1996 *Ad-hoc-Information* bei wichtigen Ereignissen<sup>88</sup>.

Zusätzlich führt BEHG 20 – in Abweichung von der bisherigen Grundregel, wonach dem Aktionär keinerlei Pflichten außer der Liberierungspflicht obliegen<sup>89</sup> – eine *Meldepflicht für Großaktionäre* ein<sup>90</sup>, die beim Erreichen, Unter- oder Überschreiten der Grenzwerte von 5%, 10%, 20%, 33 1/3%, 50% und 66 2/3% der Stimmrechte beachtet werden muß. Dadurch werden die Gesellschaften in der Lage sein, über ihr Aktionariat im Sinne von OR 663c<sup>91</sup> präzise zu informieren. Außerdem müssen sie die ihr mitgeteilten Informationen über Veränderungen der Stimmrechtsverhältnisse veröffentlichen<sup>92</sup>.

84 OR 651 f, 653 ff.

85 OR 689c ff.

86 Gesetze über die Börsen oder den Wertpapierhandel kannten freilich nur einige wenige Kantone.

87 Vgl. dazu etwa VON BÜREN/BÄHLER, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 5 (1996), 391 ff; HIRSCH, Le droit boursier et le droit des sociétés, SZW 67 (1995), 228 ff; sowie allgemein die in SZW 67 (1995), Heft 5 und ZSR 115 (1996), Heft 2 (Sondernummern zum Kapitalmarktrecht) veröffentlichten Aufsätze.

88 Vgl. BERTSCHINGER/HAAG/MOSER, Rechnungslegung nach dem Kotierungsreglement der Schweizer Börse, 1996.

89 Dazu vorn Fn. 49 f.

90 Vgl. dazu VON DER CRONE, Offenlegung von Beteiligungen und Kontrolltransaktionen im neuen Börsengesetz, in: Zobl (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, 1996, SSB 37, S. 37 ff; MEIER-SCHATZ, Offenlegung von Beteiligungen/Öffentliche Kaufangebote, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Das neue Börsengesetz der Schweiz, 1996, S. 95 ff. Das Inkrafttreten dieser Bestimmung ist aufgeschoben worden und erst für die zweite Hälfte von 1997 vorgesehen.

91 Dazu vorn Fn. 76.

92 BEHG 21.



cc) Ein weiterer Bruch mit der aktienrechtlichen Tradition der Beschränkung der Gesellschafterpflichten auf die Liberierung, zugleich aber eine Erweiterung des Gleichbehandlungsprinzips liegt in der Einführung einer *Angebotspflicht*. Wenn ein Aktienerwerber direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten den Grenzwert von 33 1/3% der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet, muß er ein öffentliches Kaufangebot für alle kotierten Beteiligungspapiere dieser Gesellschaft unterbreiten<sup>93, 94</sup>. Der Preis des Angebots muß mindestens dem Börsenkurs entsprechen, und er darf höchstens 25% unter dem höchsten Kaufpreis, den der Anleger in den letzten zwölf Monaten bezahlt hat, liegen<sup>95</sup>.

Schweizerischem Pragmatismus entsprechend und mit Rücksicht auf die zahlreichen „unechten“ Publikumsgesellschaften, bei denen eine Kontrollmehrheit in festen Händen liegt<sup>96</sup>, wird die Angebotspflicht freilich nicht zwingend vorgeschrieben: Die Gesellschaften haben die Möglichkeit, den Grenzwert durch statutarische Bestimmung bis auf 49% der Stimmrechte anzuheben (Opting up)<sup>97</sup> oder auch die Angebotspflicht ganz auszuschließen (Opting out)<sup>98</sup>. Ob Gesellschaften, die ein Opting up oder Opting out gewählt haben, vom Markt bestraft werden, wie der Gesetzgeber dies annimmt, bleibt abzuwarten.

dd) Unter Preisgabe eines weiteren aktienrechtlichen Dogmas sieht das BEHG sodann ein *Ausschlussrecht* vor: Wenn ein Anbieter im Zuge eines öffentlichen Angebots mehr als 98% der Stimmrechte der Zielgesellschaft erlangt hat, kann er verlangen, daß die restlichen Beteiligungspapiere vom Richter für kraftlos erklärt werden<sup>99</sup>. Die betroffenen Aktionäre erhalten dafür den Angebotspreis oder gegebenenfalls zum Austausch angebotene Aktien einer anderen Gesellschaft<sup>100</sup>.

### III. Die Entdeckung der GmbH

Je attraktiver und flexibler die AG in einer Rechtsordnung ausgestaltet ist, desto weniger besteht das Bedürfnis, sich der GmbH zu bedienen und umgekehrt. Das

93 BEHG 32 I; auch diese Bestimmungen werden zu einem späteren Zeitpunkt – im Laufe des Jahres 1997 – in Kraft gesetzt werden. Zur Angebotspflicht vgl. etwa GRUBER, Die Pflicht zum Übernahmeangebot im neuen Börsengesetz, 1996, SSHW Bd. 168; FREI, Öffentliche Übernahmeangebote in der Schweiz, 1996; PETITPIERRE, OPA et droit des sociétés, ST 69 (1995), 937 ff; MEIER-SCHATZ, aaO (Fn. 90), S. 109 ff.

94 Seit 1989 bestand in der Schweiz ein auf Freiwilligkeit beruhender Übernahme-Kodex der Börsen, der zwar fast durchwegs beachtet wurde, wegen des Fehlens staatlicher Sanktionen aber dennoch ein zahnloser Tiger war.

95 BEHG 32 IV.

96 Vgl. dazu den Hinweis vorn in Fn. 41.

97 BEHG 32 I.

98 BEHG 22 II, III.

99 BEHG 33 I.

100 BEHG 33 II.

schweizerische Aktienrecht und seine Reform haben diese Binsenweisheit eindrücklich unter Beweis gestellt:

### 1. Unattraktive Ausgestaltung der GmbH und fehlende Verankerung in der Schweiz

a) Die GmbH<sup>101</sup> hat in der Schweiz keine eigenständige Rechtstradition. Sie wurde 1936 anlässlich der letzten Reform des Gesellschaftsrechts als Retortenbaby kreiert, wobei man sich am deutschen Recht orientierte, da und dort aber – zumeist problematische – schweizerische Eigenarten vorsah<sup>102</sup>.

b) Beabsichtigt war, das Bedürfnis nach einem „Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Gesellschaftsformen“<sup>103</sup> zu befriedigen. In der Beurteilung eines der parlamentarischen Berichtersteller erschien die GmbH dadurch „als das Kreuzungsprodukt einer individualistischen Personenverbindung und einer Kapitalgesellschaft, als der Bastard einer Kollektivgesellschaft [OHG] und einer Aktiengesellschaft, so eine Art juridisches Maultier“<sup>104</sup>.

Man wollte die *Vorteile* der Personengesellschaft (Selbstorganschaft und Anpassungsfähigkeit) mit denen der AG (Ausprägung als Körperschaft und namentlich Beschränkung des Risikos) verbinden und hoffte, die GmbH werde als Rechtsform für kleinere Unternehmen die AG ersetzen<sup>105</sup>. In Wirklichkeit wurden dagegen – so scheint es – eher die *Nachteile* von Personengesellschaft und Körperschaft kombiniert: Von der AG wurden die strengen Gründungs-, Gläubigerschutz- und Buchführungsvorschriften übernommen. Von den Personengesellschaften dagegen stammen die Immobilität der Anteile, die enge Bindung an die

101 Vgl. zur schweizerischen GmbH insbesondere HANDSCHIN, Die GmbH. Ein Grundriß, 1996; JANGGEN/BECKER, Berner Komm. z. Recht der GmbH, 1939; VON STEIGER, Zürcher Komm. z. Recht der GmbH, 1965; WOHLMANN, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/2, 1982, 315 ff.

102 Während z. B. nach dem deutschen GmbH-Gesetz (§ 24) die Gesellschafter für Fehlbeträge auf Stammeinlagen zunächst nur nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufkommen müssen, besteht nach schweizerischem Recht eine persönliche subsidiäre Haftung jedes einzelnen Gesellschafters für alle nicht einbezahlten Stammkapitalanteile (OR 802 Abs. 1 i. V. m. OR 568 Abs. 2). Und während das deutsche Recht grundsätzlich die freie Übertragbarkeit der Stammanteile vorsieht, mit der Möglichkeit, Erschwerungen vertraglich einzuführen (GmbHG 15 I, V), enthält das schweizerische Recht eine unnötig strenge zwingende gesetzliche Vinkulierung (Zustimmung sowohl von drei Vierteln aller Gesellschafter wie auch drei Vierteln des Stammkapitals, OR 791 Abs. 2), die vertraglich nur verschärft werden kann.

103 Botschaft des Bundesrates vom 21. 2. 1928, Sonderdruck 68.

104 Sieben Vorträge über das neue OR, 1937 100.

105 So enthält denn auch das OR Bestimmungen über die Umwandlung einer AG in eine GmbH (OR 824 ff), nicht aber für den umgekehrten Vorgang, vgl. hinten Fn. 132.

Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter und damit die Probleme bei Übertragung und Vererbung.

- c) Dazu kommen Nachteile faktischer Art:
- Wegen ihres geringen Mindestkapitals erscheint die GmbH als *AG des kleinen Mannes*, der potentielle Kreditgeber skeptisch gegenüberstehen<sup>106</sup>.
  - Sodann werden hinter der GmbH – oft zu Recht – ausländische Kapitalgeber vermutet, was ihrem Ruf offenbar auch nicht bekömmlich war<sup>107</sup>.
- d) Die GmbH hat denn auch bis zu Beginn der neunziger Jahre in der Schweiz ein Mauerblümchendasein gefristet. Ende 1991 gab es ganze 2 769 Gesellschaften mit beschränkter Haftung (neben 166 470 Aktiengesellschaften). Die meisten dieser Gesellschaften dürften ausländisch beherrscht gewesen sein.

## 2. Der Boom von GmbH-Gründungen in den letzten Jahren

a) Inzwischen haben sich die Dinge gründlich geändert: Ende 1992 zählte man in der Schweiz 2 964 Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Ende 1993 – dem ersten vollen Jahr unter neuem Aktienrecht – 4 186. In den Folgejahren setzte sich der Trend fort: Ende 1994 gab es 6 600 Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Ende 1995 10 705 und Ende 1996 16 206. Die Tendenz ist weiterhin ansteigend, wobei nicht nur Neugründungen vorkommen, sondern – wohl erstmals seit 1936 – auch Umwandlungen bisheriger Aktiengesellschaften.

Im gleichen Zeitraum stagnierte die Zahl der Aktiengesellschaften: Ende 1992 gab es 170 597 Aktiengesellschaften, deren Zahl bis Ende 1993 um weniger als ½ Prozent auf 171 323 anstieg. 1994, 1995 und 1996 war die Zahl der Aktiengesellschaften gar leicht rückläufig (Ende 1994: 171 271, Ende 1995: 170 693, Ende 1996: 170 429).

b) Es ist offenkundig, daß dieser plötzliche Hang zu „small is beautiful“ eine Folge der Aktienrechtsreform ist<sup>108</sup>. Dabei dürften es in erster Linie die *Kosten* sein, die der GmbH im Vergleich zum revidierten Aktienrecht einen Vorteil verschaffen:

106 Dies um so mehr, als unter bisherigem Recht eine AG bereits mit einer minimalen Einlage von Fr. 20 000,– auf das Aktienkapital gegründet werden konnte.

107 Vgl. im übrigen WENGLE, Die Verbreitung der schweizerischen GmbH, 1969, ZBR, Bd. 309.

108 Die Gründe sind verschiedentlich untersucht worden, vgl. insbesondere BAUDENBACHER/BANKE, Die GmbH gestern, heute und morgen, SZW 68 (1996), 49 ff; VON BÜREN/BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 1996, 17 ff, aktualisierter Nachdruck in Berner Notar 1996, 221 ff; PLÜSS, FS Bühler, 1996, S. 53 ff sowie DERS. in Finanz und Wirtschaft vom 12. 4. 1007, S. 27.

- Durch die Anhebung des Aktienkapitals auf Fr. 100 000 (wovon mindestens Fr. 50 000 liberiert sein müssen)<sup>109</sup> ist der Abstand zur GmbH mit ihrem minimalen Stammkapital von Fr. 20 000<sup>110</sup>, von dem nur die Hälfte liberiert sein muß<sup>111</sup>, beachtlich geworden.
- Die qualifizierte Gründung und die qualifizierte Kapitalerhöhung können bei der GmbH einfacher und damit kostengünstiger durchgeführt werden<sup>112</sup>.
- Sodann fällt ins Gewicht, daß bei der GmbH die Abschlußprüfung fakultativ ist<sup>113</sup>. Da das geltende Aktienrecht – im Gegensatz zum bisherigen – die Laienrevision nicht mehr zuläßt und dadurch die Abschlußprüfung tendenziell verteuert hat, kann auch dieser Punkt bedeutsam sein.

Ein zusätzlicher Grund für die Entdeckung der GmbH mag in der Möglichkeit liegen, auch weiterhin beliebige *Übertragungsschwerungen* vorzusehen. Schließlich hat man sich vielleicht auch auf zwei Vorteile der GmbH besonnen, obwohl sich diesbezüglich durch die Aktienrechtsreform nichts geändert hat: die Möglichkeit von gesellschaftsrechtlichen *Nebenleistungspflichten* und das *Fehlen von Nationalitätsvorschriften*<sup>114</sup>.

Ganz allgemein scheint sich auch die im Zuge der Aktienrechtsreform wiederholt geäußerte Befürchtung<sup>115</sup> zu bewahrheiten, wonach im revidierten Aktienrecht die kleinen und mittleren Unternehmen zu kurz kommen.

### 3. Die Zukunft der schweizerischen GmbH

Der unerwartete Aufschwung der GmbH hat den Bundesrat – einer Anregung der Groupe de réflexion<sup>116</sup> folgend<sup>117</sup> – bewogen, eine Revision des Rechts dieser Gesellschaftsform an die Hand zu nehmen. Im Herbst 1995 wurde eine dreiköpfige Expertengruppe eingesetzt, die vor Ende 1996 ihren Bericht mit ausformulierten Reformvorschlägen abgeliefert hat. Bericht und Vorschläge sind in deut-

109 Bisher: Fr. 50 000, wovon mindestens Fr. 20 000 liberiert.

110 OR 773.

111 OR 774 Abs. 2.

112 VON BÜREN/BÄHLER, recht 1996, 26, die diesen Punkt für die Kapitalerhöhung jedoch zu Recht relativieren.

113 Eine Kontrollstelle braucht nicht eingesetzt zu werden, wenn den Gesellschaftern umfassende Kontrollrechte eingeräumt werden, vgl. OR 819.

114 OR 813 Abs. 1. Verlangt wird lediglich, daß wenigstens ein Geschäftsführer seinen Wohnsitz in der Schweiz hat.

115 Vgl. FORSTMOSER, Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Reform des Aktienrechts, SAG 56 (1984), 50 ff.

116 Vgl. vorn bei Fn. 59.

117 Vgl. Schlußbericht (Fn. 59), 41 ff.

schers und französischer Sprache im Buchhandel erschienen<sup>118</sup>. Schweizerischen Gepflogenheiten folgend dürfte der Entwurf allen interessierten Kreisen zur Vernehmlassung unterbreitet werden. Anschließend wird der Bundesrat voraussichtlich dem Parlament einen Gesetzesvorschlag vorlegen, und in einigen Jahren könnte sich zum revidierten Schweizer Aktienrecht ein revidiertes GmbH-Recht gesellen.

Die Reform soll die Attraktivität der GmbH durch eine flexiblere gesetzliche Ordnung verbessern, was jedoch nicht auf Kosten des Gläubigerschutzes gehen darf. Vielmehr sind die dem Kapitalschutz dienenden Bestimmungen zu verstärken und in die Nähe des revidierten Aktienrechts zu führen. Sicherergestellt werden soll auch – wie ganz allgemein in der neueren schweizerischen Gesetzgebung – die EU-Kompatibilität des schweizerischen GmbH-Rechts.

#### IV. Beschränkte Einsatzmöglichkeiten der personengesellschaftlichen Rechtsformen

1. Im Bestreben, das Personengesellschaftsrecht typengerecht auszugestalten, hat der schweizerische Gesetzgeber – in Abkehr vom deutschen Recht<sup>119</sup> – eine Einschränkung für den Kreis der Gesellschafter getroffen: Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft (OHG) und damit auch unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft können *nur natürliche Personen* sein<sup>120</sup>.

Die außerordentliche praktische Relevanz dieser genuin schweizerischen Lösung liegt auf der Hand: Eine Kombination von Kapital- und Personengesellschaft in der Form der deutschen *GmbH & Co. KG* ist in der Schweiz nicht möglich. Verbaut ist damit insbesondere eine Risikobeschränkung für die beteiligten natürlichen Personen oder zumindest für einzelne unter ihnen, die sich als Komplementäre zur Verfügung stellen müssen.

2. In der schweizerischen Lehre hat sich in neuerer Zeit mehr und mehr die Auffassung durchgesetzt, daß diese unnötig doktrinäre Typenfixierung, welche die Attraktivität der Personengesellschaften einschränkt, fallengelassen werden sollte. So hat auch die *Groupe de réflexion*<sup>121</sup> die Zulassung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung im künftigen schweizerischen Recht postuliert<sup>122</sup>. Eine entsprechende Korrektur könnte bereits im Zuge der Reform des Rechts der GmbH vorgenommen werden.

118 BÖCKLI/FORSTMOSER/RAPP, Reform des GmbH-Rechts. Expertenentwurf vom 29. November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1997; DIES., Révision du droit de la Sàrl. Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996 (1997).

119 Das deutsche Recht hat im übrigen das schweizerische Personengesellschaftsrecht maßgeblich beeinflusst.

120 OR 552 Abs. 1, 594 Abs. 2.

121 Vgl. Fn. 59.

122 Schlußbericht, aaO (Fn. 59), S. 53, 55.

### V. Absetzbewegungen bei den Genossenschaften

1. Die Genossenschaft ist in der Schweiz noch immer die dritthäufigste Gesellschaftsform<sup>123</sup>. Ihr Einsatzbereich erstreckt sich auf die verschiedensten Wirtschaftszweige, mit einem Schwergewicht bei den landwirtschaftlichen Genossenschaften<sup>124</sup>, bei den Bau- und Wohngenossenschaften<sup>125</sup> und den Konsumgenossenschaften<sup>126</sup>.

2. In den letzten zwei Jahrzehnten ist jedoch die Bedeutung der Genossenschaft in der Schweiz deutlich zurückgegangen<sup>127</sup>, und bei den Banken und Versicherungsgesellschaften ist ein eigentlicher *Exodus aus dem Genossenschaftsrecht* im Gange.

Der Grund ist – einmal mehr – in einer (allzu) starken Typenfixierung der gesetzlichen Ausgestaltung zu suchen. Hingewiesen sei auf zweierlei:

- Die zwingende Verankerung des *Kopfstimmprinzips*<sup>128</sup> macht es unmöglich, dem unterschiedlichen Gewicht der Genossenschafter angemessene Rechnung zu tragen.
- Vor allem aber strengt eine *gesetzliche Dividendenbeschränkung*<sup>129</sup> die Möglichkeit der Eigenkapitalbeschaffung empfindlich ein.

Auch die Reform des Genossenschaftsrechts ist daher eine Pendenz des schweizerischen Gesetzgebers<sup>130</sup>. Sie dürfte freilich nicht allzu bald aufgegriffen werden.

### VI. Rechtsformwechsel, Fusion und Spaltung

1. Das schweizerische Recht sieht die Möglichkeit der Fusion nur für einzelne Gesellschaftsformen ausdrücklich vor, namentlich für die AG<sup>131</sup> und die Genos-

123 Vgl. vorn Fn. 8.

124 Jeder Schweizer Bauernbetrieb soll Mitglied von zwei bis drei Genossenschaften sein.

125 Der soziale Wohnungsbau wird in der Schweiz vorwiegend durch die Subventionierung von Genossenschaften getragen.

126 Die größten schweizerischen Organisationen des Detailhandels – Migros und Coop – sind genossenschaftlich organisiert.

127 Die Zahl der im Handelsregister eingetragenen Genossenschaften ist seit Jahren leicht rückläufig.

128 OR 885.

129 Vgl. OR 859, wonach der auf Genossenschaftsanteile ausschüttbare Reinertrag höchstens dem landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten entsprechen darf. Die finanzielle Beteiligung an einer Genossenschaft kann daher nicht attraktiv ausgestaltet werden. – Für Kreditgenossenschaften besteht freilich eine Ausnahme von dieser Regel (vgl. OR 861 I).

130 Die Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, aaO (Fn. 59), hält eine solche Revision für geboten, vgl. Schlußbericht, S. 59 ff.

131 OR 748 ff.

senschaft<sup>132</sup>. Auch ein Wandel der Rechtsform ohne Liquidation und anschließende Neugründung ist nur punktuell gesetzlich verankert<sup>133</sup>. Die bisher herrschende Lehre<sup>134</sup> nahm an, die gesetzliche Aufzählung sei abschließend und es bleibe im übrigen nur der (aus Steuergründen meist praktisch nicht gangbare) Weg über die Liquidation und Neugründung.

2. Gestützt auf einen neueren Entscheid des Bundesgerichts, in welchem die Fusion von Stiftungen trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage für zulässig erachtet wurde<sup>135</sup>, hat sich in neuerer Zeit in der *Doktrin* jedoch die Auffassung durchgesetzt, Umstrukturierungen in Form von Fusionen und Rechtsformwechseln müssten auch bei Fehlen einer expliziten gesetzlichen Regelung ohne Liquidation zulässig sein<sup>136</sup>. Die *Praxis* hat sich diesbezüglich an immer kühnere Projekte gewagt, deren vorläufige Höhepunkte die für die nächsten zwei Jahre vorgesehenen Umwandlungen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt (Berner Kantonalbank) und einer großen Versicherungsgenossenschaft ohne Anteilscheinkapital (Schweiz. Lebensversicherungs- und Rentenanstalt) in Aktiengesellschaften sind.

3. Mit einiger Verspätung will der *Gesetzgeber* diese Entwicklung nachvollziehen: Ein Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung, das die durch die Praxis angebahnte Flexibilisierung für Umstrukturierungen unter Vermeidung von Liquidation und Neugründung privatrechtlich regeln und steuerrechtlich neutral ausgestalten soll, liegt im Stadium des Vorentwurfs vor und dürfte in den nächsten Jahren durch das Parlament beraten werden.

## VII. *Schlußbemerkung*

Der kleine Streifzug durch das schweizerische Recht hat gezeigt, wie empfindlich die Praxis auf Einschränkungen der gestalterischen Freiheit durch den Gesetzgeber reagiert. Er hat aber auch den Druck der Praxis auf den Gesetzgeber nach-

132 OR 914.

133 So für die Umwandlung einer AG in eine GmbH (OR 824 ff), aber nicht umgekehrt, für die Übernahme einer AG oder einer Genossenschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (OR, 751, 915) und – aufgrund einer Bewilligung im Einzelfall – für die Umwandlung von Genossenschaftsbanken in Aktiengesellschaften (BankG 14 I).

134 In diesem Sinne noch Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schlußbericht, aaO (Fn. 59), S. 65.

135 Vgl. BGE 115 II 415 ff.

136 Vgl. etwa KÜNG, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, SZW 63 (1991), 245 ff; VISCHER, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, SZW 65 (1993), 1 ff; MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit außergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, ZSR 1994 I 353 ff; VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine privat-rechtliche Aktiengesellschaft nach OR 620 ff, SZW 67 (1995), 85 ff und PETER, La transformation des Sociétés ..., Jahrbuch des Handelsregisters, 1995, S. 30 ff.

gewiesen, Einschränkungen, die nur in doktrinären Überlegungen begründet sind, preiszugeben und die Anpassung an gewandelte Verhältnisse durch liberale Lösungen zu ermöglichen.

Der schweizerische Gesetzgeber hat auf diesen Druck – mit der für ihn üblichen Verzögerung – reagiert. Er hat das Recht der AG als der in der Praxis weitaus bedeutendsten Organisationsform für wirtschaftliches Tätigwerden überarbeitet und steht davor, dies auch für die GmbH, die Personengesellschaften und ganz allgemein für organisationsrechtliche Umstrukturierungen zu tun. Diese Schritte sind nur zu begrüßen, auch wenn dadurch das bisher beschauliche Dasein des schweizerischen Gesellschaftsrechtlers beendet ist. Bei aller Offenheit für neue und freiheitliche Lösungen dürfen dabei freilich die Grundanliegen jedes Gesellschafts- (und Kapitalmarkt-)rechts nicht vernachlässigt werden: der Gläubiger-, Minderheiten- und Anlegerschutz.



1998

*Sonderdruck aus*

*Nicht im Handel erhältlich*

# **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**

herausgegeben von

Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt, Marcus Lutter,  
Walter Odersky, Herbert Wiedemann

**Sonderheft 13**

## **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht**

**Deutschland, Europa und USA  
11. ZGR-Symposium „25 Jahre ZGR“**

herausgegeben von

Marcus Lutter und Herbert Wiedemann



Walter de Gruyter · Berlin · New York