

Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts enthält einen bunten Strauss von Änderungsvorschlägen. Darunter sind nicht nur berechtigte und längst überfällige Änderungen und Klarstellungen des geltenden Rechts, sondern auch etliche neue Regelungen. Im Beitrag werden ausgewählte Bestimmungen kurz dargestellt und kritisch gewürdigt. Auf nicht im Entwurf enthaltene Bereiche und auf die Revision des Buchführungs- und Rechnungslegungsrechts wird nicht eingegangen.

LUKAS GLANZMANN

DIE GROSSE AKTIENRECHTSREVISION

Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates*

1. AKTIEN

Im Zusammenhang mit der Regelung der Aktien macht der bundesrätliche Entwurf^[1] zwei wenig problematische Vorschläge: Einerseits soll der Nennwert einer Aktie nur noch grösser als null Rappen – und nicht mehr mindestens ein Rappen – sein (Art. 622 Abs. 4 E-OR). Andererseits soll die Mindestliberierung jeder Aktie von heute 20% auf neu 25% des Nennwerts erhöht werden (Art. 632 Abs. 1 E-OR). Beide Bestimmungen dürften für die Praxis von geringer Bedeutung sein.

Viel relevanter ist die neue Bestimmung von Art. 623 Abs. 2 E-OR, wonach Aktien, die an einer Börse kotiert sind, mit einem qualifizierten Quorum von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte zusammengelegt werden können. Es ist zu begrüssen, dass bei börsenkotierten Gesellschaften nicht mehr jeder Aktionär seine Zustimmung zu einer Zusammenlegung geben muss. Eine flexiblere Ausgestaltung wäre aber auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften wünschenswert. Auch bei diesen Gesellschaften ist ein Aktienhandel durchaus möglich^[2], was grundsätzlich die Voraussetzung ist, um eine Zusammenlegung sinnvoll durchführen zu können. Deshalb sollte das relevante Kriterium für die Erleichterung der Zusammenlegung von Aktien nicht die Börsenkotierung, sondern der Handel der Aktien sein.

Die im Vorentwurf noch vorgeschlagene Abschaffung der Inhaberaktien ist nicht mehr Bestandteil des Entwurfs. Immerhin soll aber die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien erleichtert werden. Diesbezüglich wird einmal auf das Erfordernis verzichtet, dass die Statuten die Umwandlung

von Inhaberaktien in Namenaktien und umgekehrt vorsehen müssen (Art. 627 Ziff. 7 OR). Zudem bestimmt Art. 704a E-OR neu, dass die Statuten die Umwandlung nicht erschweren dürfen; ein entsprechender Beschluss ist mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen.

2. KAPITALVERÄNDERUNGEN

2.1 Sacheinlagen. In Art. 634 Abs. 3 Satz 1 E-OR wird vorgeschlagen, dass eine einzige öffentliche Urkunde auch dann genügt, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Diese Bestimmung ist grundsätzlich zu begrüssen, weil sie zu einer wesentlichen Vereinfachung bei der Übertragung von Grundstücken im Zusammenhang mit einer Sacheinlage führt. Zudem ist es unbedenklich, von der zwingenden Zuständigkeit des Notars am Ort der gelegenen Sache abzusehen, weil dies auch schon bei der Vermögensübertragung gemäss *Fusionsgesetz* der Fall ist (vgl. Art. 70 Abs. 2 *FusG*). Jedoch sollte von der zwingenden Zuständigkeit des Notars am Ort der gelegenen Sache nicht nur dann abgesehen werden, wenn mehrere Grundstücke als Sacheinlage dienen, sondern bei jeder Sacheinlage von Grundstücken.

Nicht sachgerecht ist Art. 634 Abs. 3 Satz 2 E-OR, wonach bei einer Sacheinlage von Grundstücken die öffentliche Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden muss. Zwar stimmt es, dass die gleiche Vorschrift auch schon im *Fusionsgesetz* enthalten ist (Art. 70 Abs. 2 *FusG*). Es ist aber zu beachten, dass im Gesellschaftsrecht – im Gegensatz zum Sachenrecht – bis anhin immer der Grundsatz galt, dass öffentliche Urkunden bei einem beliebigen Notar in der Schweiz errichtet werden können, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Gründungen, Statutenänderungen oder die Übertragung von GmbH-Stammanteilen handelt^[3]. Wenn nun richtigerweise die zwingende Zuständigkeit eines Notars am Ort der gelegenen Sache aufgegeben wird, dann ist es nicht sachgerecht, gleichzeitig eine neue zwingende Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft einzuführen. Dies gilt umso mehr, als am Sitz der Gesellschaft unter Umständen nicht einmal ein Grundstück liegt. Es ist auch nicht zu erkennen, inwiefern diese Regelung dem Gläubiger-, Aktionärs- oder Verkehrsschutz dienen soll. Schliesslich



LUKAS GLANZMANN,
PD DR. IUR., LL. M.,
RECHTSANWALT,
PRIVATDOZENT AN DER
UNIVERSITÄT ST. GALLEN,
BAKER & MCKENZIE,
ZÜRICH

verlangt auch der Schutz des Verkehrs mit dem Handelsregisteramt nicht nach einer solchen Regelung. Die Handelsregisterämter müssen schon heute ausserkantonale Urkunden entgegennehmen, was in der Regel nicht zu Problemen führt. Die betreffende Vorschrift ist somit sachlich nicht begründbar.

2.2 Sachübernahmen. Die Botschaft geht davon aus, dass die Sachübernahmenvorschriften bei jeder Gründung oder Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen können, egal in welcher Form die Liberierung des Aktienkapitals erfolge [4]. Diese Aussage beruht auf einem falschen Verständnis der

*«Weder sind Verwandte per se
nahestehend, noch ist der Begriff auf
natürliche Personen beschränkt.»*

Sachübernahme, und zwar aus folgenden Gründen: Sowohl bei einer Sacheinlage als auch bei einer Sachübernahme überträgt der Aktionär der Gesellschaft einen Vermögenswert und erhält dafür letztlich Aktien. Während bei einer *Sacheinlage* die Leistung der Gesellschaft an den Aktionär in Aktien erfolgt, besteht bei der *Sachübernahme* die Leistung der Gesellschaft gegenüber dem Veräusserer in Geld, das ihr zuvor im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung zugeführt worden ist. Weil die *Sacheinlagen* strengen Form- und Publizitätsvorschriften unterliegen, lässt das Gesetz eine *Sachübernahme* nur zu, wenn diese ähnlich strenge Form- und Publizitätsvorschriften erfüllt. In diesem Sinne ist die *Sachübernahme* eine vom Gesetz legitimierte Umgehung der *Sacheinlage*. Dabei ist wesentlich, dass nicht jedes Erwerbsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Aktionär als Sachübernahme gilt. Vielmehr liegt eine Sachübernahme nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann vor, wenn das Erwerbsgeschäft im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung bereits geplant und seine Ausführung als einigermaßen sicher anzusehen ist [5]. Die Sachübernahmenvorschriften sollen also nicht zu einer generellen Publizitätspflicht von Erwerbsgeschäften gegenüber Aktionären führen. Daraus ist zu folgern, dass eine Sachübernahme nur dann vorliegt, wenn das Erwerbsgeschäft in einem funktionalen Zusammenhang mit einer vorhergehenden Gründung oder Kapitalerhöhung steht. Dies ist in der Regel aber nur der Fall, wenn die Gesellschaft eine Bar-Gründung oder Bar-Kapitalerhöhung durchführt und danach den Preis gegenüber dem Aktionär ebenfalls in Geld bezahlt. Aus diesem Grund ist die in der Botschaft vertretene Auffassung, dass die Sachübernahmenvorschriften bei jeder Gründung oder Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen, unzutreffend. Aus den gleichen Überlegungen ist auch die Bestimmung von Art. 45 Abs. 3 der Handelsregisterverordnung (HRegV) falsch: Danach liegt bei einer Sacheinlage, deren anzurechnender Wert die Einlagepflicht übersteigt und für welche die Gesellschaft neben den ausgegebenen Aktien eine Gegenleistung gewährt, im Umfang dieser Gegenleistung eine Sachübernahme (gemischte Sacheinlage und Sachübernahme) vor. Weil die Verletzung der

Sachübernahmenvorschriften für die Beteiligten gravierende Folgen haben und im Extremfall den Straftatbestand der Falschbeurkundung erfüllen kann [6], ist anlässlich der Aktienrechtsrevision klarzustellen, dass die Sachübernahmebestimmungen nur im Zusammenhang mit einer Bargründung bzw. Barkapitalerhöhung anwendbar sind.

Art. 634 a Abs. 2 E-OR bestimmt, dass die Regelung der Sachübernahme nur auf Vermögenswerte Anwendung findet, die Gegenstand einer Sacheinlage sein können. Auch bei diesen Bestimmungen geht die Botschaft von einem falschen Verständnis der Sachübernahmebestimmungen aus. Die Sachübernahmebestimmungen dienen primär dem Schutz des Publikums. So ist es durchaus möglich, dass eine Gesellschaft nach ihrer Gründung bzw. nach einer Kapitalerhöhung von einem Aktionär Rechte erwirbt, die nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein könnten, wie z. B. Domain-Namen oder Rechte an Fussballspielern [7]. Hingegen ist unzweifelhaft, dass die Gesellschaft aus handelsrechtlicher Sicht Zahlungen für die Übertragung von entsprechenden Rechten tätigen darf. In diesen Fällen ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine solche Transaktion nicht unter die Sachübernahmebestimmungen fallen und publizitätspflichtig sein soll.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der nahestehenden Person in der Botschaft und oft auch in der Praxis falsch verstanden wird. Weder sind Verwandte per se nahestehend, noch ist der Begriff auf natürliche Personen beschränkt [8]. In Art. 634 a Abs. 1 E-OR geht es alleine darum, Gesetzesumgehungen zu vermeiden bzw. Interessenkonflikte offenzulegen [9]. Die Gesetzesbestimmung sollte dies zum Ausdruck bringen und nicht generell von nahestehen-

*«Eine Verrechnungs-
liberierung muss ebenfalls
zulässig sein.»*

den Personen sprechen. Damit würde auch die fragwürdige Auffassung der Botschaft, wonach der Begriff der nahestehenden Person im ganzen *Obligationenrecht* (OR) einheitlich auszulegen sei [10], hinfällig.

2.3 Verrechnungsliberierung. In Art. 634 b Abs. 1 Satz 2 E-OR wird vorgeschlagen, dass Forderungen nur verrechnet werden dürfen, wenn die ihnen zugrunde liegenden Leistungen Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein könnten. Damit wäre es z. B. nicht möglich, ausstehende Lohnzahlungen oder Mietzinsforderungen in Aktienkapital umzuwandeln, weil die diesen Forderungen zugrunde liegenden Leistungen (Arbeit bzw. Gebrauchsüberlassung) nicht sacheinlagefähig sind. Aus dem gleichen Grund wäre es auch unzulässig, gestundete Zinsen zu kapitalisieren und zusammen mit dem Darlehen, das zweifelsohne verrechnet werden dürfte, ebenfalls zu verrechnen. Diese Beispiele zeigen, dass es Sachverhalte gibt, bei denen eine Verrechnung möglich sein muss, auch wenn die der Forderung zugrunde liegende Leistung nicht Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein kann. Doch selbst eine reine Schadenersatzforderung sollte nicht von

einer Verrechnung ausgeschlossen sein. Zwar stimmt es, dass diese schwieriger zu verifizieren sind. Der Bestand der Forderung ist jedoch vom Verwaltungsrat (Art. 635 Ziff. 2 OR) und von einem zugelassenen Revisor (Art. 635 a OR) zu bestätigen. Zudem ist eine solche Forderung zumindest dann nicht mehr zweifelhaft, wenn sie z. B. auf einem rechtskräftigen Gerichtsurteil gründet. In all diesen Fällen muss eine Verrechnungsliberierung ebenfalls zulässig sein [11].

In Art. 634 b Abs. 2 E-OR wird festgehalten, dass auf das Erfordernis der Werthaltigkeit bei der Liberierung durch Verrechnung verzichtet wird. Diese Klarstellung ist zu begrüßen. Die Einschränkung, dass dies nur im Falle einer Sanierung gilt, ist allerdings unsachlich und verwirrend.

Schliesslich ist anzumerken, dass die Verrechnungsliberierung neu hinsichtlich der Publizitätsvorschriften und des Beschlussquorums wie die anderen qualifizierten Liberie-

rungsformen behandelt werden soll. Diese Änderung ist sachgerecht.

2.4 Genehmigtes Kapital. Die Bestimmungen über das genehmigte Kapital sollen aufgehoben werden. Grundsätzlich stimmt es, dass diese Bestimmungen durch die Einführung des Kapitalbandes obsolet werden. Allerdings ist zu beachten, dass z. B. das Fusionsgesetz auf gerade diese Bestimmungen verweist (Art. 9 Abs. 2 FusG) und die Kapitalerhöhung bei der Fusion in der Regel mittels eines genehmigten Kapitals durchgeführt wird. Eine gewöhnliche ordentliche Kapitalerhöhung dürfte auch in Zukunft nicht in jedem Fall geeignet sein, bei einer Umstrukturierung das neue Kapital zu schaffen, obwohl die Frist der Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses von drei auf sechs Monate verlängert werden soll (Art. 650 Abs. 3 E-OR). Falls in diesen Fällen zu-

künftig das Kapitalband verwendet werden soll, wäre der Verweis in Art. 9 Abs. 2 FusG anzupassen. Zudem müsste auch beim Kapitalband die maximale Obergrenze für die Durchführung einer Fusion aufgehoben werden. Man kann sich jedoch auch bei der Aktiengesellschaft der Form des bedingten ordentlichen Kapitals bedienen; dies ist die bei der GmbH gängige Form, weil die GmbH kein genehmigtes Kapital kennt [12]. In jedem Fall ist aber der Verweis in Art. 9 Abs. 2 FusG anzupassen.

2.5 Bezugsrecht. Die Bestimmungen über das Bezugsrecht sollen verschärft werden. Nach Art. 652 b Abs. 4 E-OR darf die Ausübung des Bezugsrechts nicht in unsachlicher Weise erschwert werden. Diese Formulierung ist sehr unbestimmt und wirft deshalb auch viele Fragen auf. Nach Ansicht der Botschaft soll es in Zukunft unzulässig sein, eine wirtschaftlich nicht erforderliche Kapitalerhöhung ohne Vorliegen

«Gerichte sollten nicht darüber urteilen müssen, ob eine Kapitalerhöhung notwendig ist.»

sachlicher Gründe zu einem Zeitpunkt durchzuführen, in dem ein Aktionär aufgrund eines finanziellen Engpasses nicht in der Lage ist, das Bezugsrecht auszuüben. Dieses Beispiel zeigt, wie problematisch die Bestimmung ist. Abgesehen davon, dass auch im Aktienrecht der Grundsatz «Geld muss man haben» gelten muss, sollten Gerichte nicht darüber urteilen müssen, ob eine Kapitalerhöhung notwendig ist oder nicht. Sobald eine Kapitalerhöhung aus Sicht der Gesellschaft notwendig ist, muss sie auch dann zulässig sein, wenn ein Aktionär aus finanziellen Gründen nicht mitmachen kann. Was hingegen problematisch wäre, ist ein geradezu rechtsmissbräuchliches Vorgehen, dessen *einzig*er Zweck wäre, einen bisherigen Aktionär zu verwässern. Ein solches Vorgehen ist aber aufgrund des generellen Rechtsmissbrauchsverbots [13] ohnehin nicht zulässig, weshalb Art. 652 b Abs. 4 E-OR gestrichen werden sollte.

Nach Art. 652 b Abs. 5 E-OR darf der Ausgabebetrag nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, wenn das Bezugsrecht handelbar ist oder sämtliche Aktionäre dem Ausgabebetrag zustimmen. Diese Bestimmung ist grundsätzlich gerechtfertigt. Wenn das Bezugsrecht handelbar ist, dann ist ein Aktionär vor einer wertmässigen Verwässerung geschützt, weil er sein Bezugsrecht veräussern kann. Sofern das Bezugsrecht nicht handelbar ist, muss er dem Ausgabebetrag grundsätzlich zustimmen. Es ist richtig, dass eine solche Zustimmung nur dann notwendig sein soll, wenn der Ausgabebetrag wesentlich unter dem wirklichen Wert liegt. Was wesentlich ist, muss aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden. Das Ziel muss letztlich sein, eine Transaktion so strukturieren zu können, dass eine hohe Transaktionssicherheit erreicht wird. So sind in der Praxis Discounts von bis zu 30% anzutreffen [14], was auch in Zukunft zulässig sein muss. Fraglich ist allerdings, ob bei einem wesentlichen Discount wirklich jeder Aktionär seine

Zustimmung geben muss oder ob es nicht besser nur die an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen sein sollten. Erfahrungsgemäss ist eine Zustimmung sämtlicher Aktionäre in der Praxis oft nicht erhältlich. Aktionäre, die sich an der Generalversammlung nicht vertreten lassen, sind zudem auch nur beschränkt schützenswert.

2.6 Bedingtes Kapital. Art. 653 Abs. 1 E-OR schlägt vor, dass Optionen auch an Aktionäre, an Verwaltungsratsmitglieder und an Gläubiger ausgegeben werden können. Diese Klarstellung der heutigen Praxis ist zu begrüßen. Konsequenterweise dürfen Optionen auch an Aktionäre und an Verwaltungsratsmitglieder anderer Konzerngesellschaften ausgegeben werden (Art. 653 Abs. 2 E-OR). Leider werden die Gläubiger von anderen Konzerngesellschaften in dieser Bestimmung nicht erwähnt, was entweder auf ein Versehen oder auf eine nicht nachvollziehbare Differenzierung zurückzuführen ist.

Neu soll bei der Schaffung eines bedingten Kapitals das Vorwegzeichnungsrecht nicht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt oder aufgehoben werden können, sondern auch, wenn die Aktien an der Börse kotiert sind und die Anlehens- oder ähnliche Obligationen zu angemessenen Bedingungen ausgegeben werden (Art. 653 c Abs. 3 Ziff. 2 E-OR). Diese Regelung für Publikumsgesellschaften ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Erleichterung sollte jedoch nicht nur bei einer Börsenkotierung gelten, sondern auch, wenn die Aktien sonst gehandelt werden.

2.7 Kapitalherabsetzung. Die Kapitalherabsetzung soll neu ausführlich geregelt werden, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Allerdings sind folgende Vorbehalte anzubringen:

Im Falle einer Harmonika, d. h., wenn das Aktienkapital herabgesetzt und gleichzeitig mindestens bis zur bisherigen Höhe durch neues Kapital ersetzt wird, finden die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung keine Anwendung (vgl. Art. 732 Abs. 1 OR). Dieser Grundsatz soll neu in Art. 653 p E-OR verankert werden. Dieser Artikel bestimmt, dass die Kapitalherabsetzungsvorschriften immer dann nicht zu beachten sind, wenn die Statuten nicht angepasst werden müssen. Dies ist der Fall, wenn sowohl der Betrag der geleisteten Einlage als auch die Anzahl und der Nennwert der Aktien unverändert beibehalten werden. Leider verkennt diese Bestimmung, dass es einen weiteren bedeutenden Fall der Harmonika gibt, nämlich die Splitting-Fusion. In diesem Fall wird der Nennwert der bisherigen Aktien herabgesetzt und die Zahl der ausgegebenen Aktien erhöht, das gesamte Nennkapital jedoch beibehalten. Nach dem Wortlaut des neuen Art. 653 p E-OR wären bei einer Splitting-Fusion die Voraussetzungen einer Harmonika nicht erfüllt und müsste das Kapitalherabsetzungsverfahren durchgeführt werden. Dies kann aber nicht Sinn der neuen Bestimmung sein und widerspricht auch klar der heute gängigen Praxis in diesem Bereich [15].

In Art. 653 k E-OR wird die Frist für den Schuldenruf von zwei auf einen Monat verkürzt. Diese Verkürzung ist vertretbar, denn sie hat kaum negative Auswirkungen auf die Gläubiger. Es wäre zudem sachgerecht, wenn die ebenfalls zwei-monatige Frist bei der Spaltung (Art. 46 Abs. 1 FusG), die sich an die Kapitalherabsetzungsvorschriften anlehnt, auch ange-

passt und von zwei auf einen Monat verkürzt würde. In diesem Zusammenhang ist auch zu bemerken, dass die Verweise in Art. 32 FusG an die neuen Bestimmungen des Aktienrechts angepasst werden müssen. Zudem sollten die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung mit Ausnahme des Generalversammlungsbeschlusses bei einer Kapitalherabsetzung im Rahmen einer Spaltung generell keine Anwendung finden. Die einschlägigen Vorschriften beim Spaltungsverfahren bieten den Gläubigern bereits einen adäquaten Schutz [16].

Anlässlich der Revision wäre zu prüfen, ob der aus dem heutigen Recht (vgl. Art. 732 Abs. 2 OR) übernommene Art. 653 m Abs. 1 E-OR anzupassen ist. Danach muss bei einer Kapitalherabsetzung ein zugelassener Revisionsexperte gestützt auf die Bilanz schriftlich bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt sind. Ein Revisor wird immer bestätigen können, dass die Forderungen der Gläubiger vollständig gedeckt sind, solange die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Er sollte wohl eher bestätigen müssen, dass die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger durch die Kapitalherabsetzung nicht gefährdet wird.

2.8 Kapitalband. Eines der Hauptziele der Revision des Aktienrechts ist die Flexibilisierung der Kapitalstruktur. Zu

diesem Zweck schlägt der Entwurf ein sogenanntes Kapitalband vor. Die Generalversammlung soll den Verwaltungsrat in den Statuten ermächtigen können, während einer bestimmten Dauer das aktuelle Aktienkapital im Rahmen eines Kapitalbandes zu verändern. Das Kapitalband wird durch ein Basiskapital und ein Maximalkapital begrenzt. Dabei darf das Maximalkapital das im Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses bestehende Aktienkapital höchstens um die Hälfte überschreiten, und das Basiskapital darf das aktuelle Aktienkapital um höchstens die Hälfte unterschreiten (Art. 653 s Abs. 2 E-OR). Das Kapitalband ersetzt einerseits die genehmigte Kapitalerhöhung und hat andererseits gleichzeitig die Wirkung einer genehmigten Kapitalherabsetzung. Die Generalversammlung kann die Befugnisse des Verwaltungsrats beschränken, indem sie z. B. nur eine Erhöhung oder nur eine Herabsetzung zulässt.

Die Ermächtigung an den Verwaltungsrat kann für maximal drei Jahre gewährt werden, wobei diese Frist mit dem Generalversammlungsbeschluss beginnt (Art. 653 s Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 653 s Abs. 6 E-OR). Während der Ermächtigungsfrist kann der Verwaltungsrat das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbandes beliebig verändern. Nach jeder Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals muss er dessen aktuelle Höhe innerhalb von 30 Tagen nach der Beschlussfassung beim Handelsregister zur Eintragung anmelden

(Art. 653 u Abs. 3 E-OR). Setzt hingegen die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung das ausgegebene Aktienkapital herauf oder herab, fällt der Beschluss über das Kapitalband dahin (Art. 653 v E-OR).

Die Einführung eines Kapitalbandes mit einem Basiskapital, das tiefer angesetzt wird als das aktuelle Aktienkapital, ist nur zulässig, wenn vorgängig die Gläubigerschutzvorschriften der Kapitalherabsetzung beachtet werden (Art. 653 w Abs. 1 E-OR). Dies bedeutet, dass die Gläubiger vor der Generalversammlung aufzufordern sind, ihre Forderungen anzumelden, und ein zugelassener Revisionsexperte eine Bestäti-

«Eines der Hauptziele der Revision des Aktienrechts ist die Flexibilisierung der Kapitalstruktur.»

gung nach Art. 653 m E-OR abgegeben hat. Nach dem Beschluss durch die Generalversammlung sind hingegen grundsätzlich keine Gläubigerschutzmassnahmen mehr vorgesehen; immerhin darf aber der Verwaltungsrat nach Art. 653 w Abs. 4 E-OR eine Herabsetzung im Rahmen des Kapitalbandes nur durchführen, wenn die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.

Obwohl der Gläubigerschutz beim Kapitalband grundsätzlich vorgezogen ist, muss ein zugelassener Revisionsexperte nach Abschluss des Geschäftsjahres prüfen, ob die Forderungen der Gläubiger noch vollständig gedeckt sind, und das Ergebnis schriftlich bestätigen (Art. 653 x Abs. 1 E-OR). Zudem muss der Verwaltungsrat diese Prüfungsbestätigung innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres beim Handelsregisteramt einreichen (Art. 653 x Abs. 2 E-OR). Der Zweck dieser Prüfungsbestätigung ist nicht klar. Es ist zu beachten, dass schon vor der Ermächtigung des Verwaltungsrats eine entsprechende Prüfungsbestätigung abzugeben ist. Zudem muss die Prüfungsbestätigung wohl entgegen dem Wortlaut von Art. 653 x Abs. 1 E-OR auf den Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung abgegeben werden und nicht per Ende des Geschäftsjahres. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Kapitalherabsetzung bei Abgabe der Prüfungsbestätigung bereits durchgeführt wurde. Schliesslich ist der Inhalt der Prüfungsbestätigung derart, dass die Bestätigung eigentlich immer positiv ausfallen muss, sofern die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Auch wenn der Inhalt der Prüfungsbestätigung im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen ist (Art. 653 y E-OR), dürfte es wohl kaum Konsequenzen haben, wenn im konkreten Fall die Prüfungsbestätigung negativ ausfallen sollte. Aus all diesen Gründen macht diese zweite Prüfungsbestätigung wenig Sinn.

Der Anhang zur Jahresrechnung muss Angaben zu allen im Rahmen eines Kapitalbandes durchgeführten Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen enthalten (Art. 653 y E-OR). Diese Offenlegungspflicht ist nicht zu beanstanden.

2.9 Partizipationsscheine. Die Bestimmungen über die Partizipationsscheine sollen geändert werden. Neu soll unterschieden werden, ob die Partizipationsscheine an einer

Börse kotiert sind oder nicht. Sofern die Partizipationsscheine kotiert sind, soll die Höhe des Partizipationskapitals unabhängig von der Höhe des Aktienkapitals festgelegt werden können (Art. 656 b Abs. 1 E-OR). In den übrigen Fällen gilt nach wie vor, dass das Partizipationskapital das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen darf.

Der Entwurf enthält weiter eine differenzierte Ordnung, wann das Partizipationskapital dem Aktienkapital zuzurechnen ist und wann nicht. Weiter soll klargestellt werden, dass die Partizipanten unter den gleichen Voraussetzungen wie die Aktionäre ein Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung (Art. 656 c Abs. 3 E-OR) und zur Auflösungsklage (Art. 656 b Abs. 4 E-OR) haben. Diese Regelungen sind insofern nicht neu, als die Partizipanten aufgrund des Verweises in Art. 656 a Abs. 2 OR bereits heute die Möglichkeit haben, von diesen Rechten Gebrauch zu machen [17].

Nach Auffassung der Botschaft sind das Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung sowie die Auflösungsklage bedeutende Korrekturen zum fehlenden Stimmrecht der Partizipanten [18]. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Ausgabe von Partizipationsscheinen primär deswegen problematisch ist, weil diese das volle Risiko tragen, ohne jedoch ein Stimmrecht zu haben. Partizipationsscheine sind demnach gerade bei Publikumsgesellschaften sehr selten anzutreffen; im heutigen Zeitpunkt scheinen keine zehn Gesellschaften Partizipationsscheine an der SWX Swiss Exchange kotiert zu haben. Dass diese Partizipationsscheine strukturelle Mängel aufweisen, zeigt auch, dass ihr Wert ca. 10% unter jenem der Aktien liegt. Diese strukturellen Mängel werden durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht beseitigt. Das Hauptproblem wird auch in Zukunft darin liegen, dass die Partizipanten das volle Risiko tragen, aber kein Stimmrecht haben. Bei Publikumsgesellschaften wird dieses Problem mit der Aufhebung der Obergrenze tendenziell noch verschärft werden.

2.10 Eigene Aktien. Im Bereich der Bestimmungen über die eigenen Aktien schlägt die Botschaft ebenfalls gewisse Änderungen vor. So soll gemäss Art. 659 Abs. 3 E-OR die 10%-Grenze für den Erwerb eigener Aktien nicht nur im Falle eines Erwerbs im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung, sondern auch bei einem Erwerb infolge einer Auflösungsklage nicht gelten. In diesem Fall beträgt die Obergrenze 20%, wobei die über 10% hinaus erworbenen Aktien innert zwei Jahren zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten sind. Diese Änderung ist zu begrüssen und kann bei Klage auf Auflösung der Gesellschaft zu sinnvollen Regelungen durch das Gericht führen. Es stellt sich aber die Frage, weshalb die Schwelle nicht wie bei der GmbH bei 35% (vgl. Art. 783 Abs. 2 OR) angesetzt wurde bzw. welche Gründe eine unterschiedliche Regelung zwischen Aktiengesellschaft und GmbH verlangen.

Eine Folge des Erwerbs eigener Aktien ist, dass das mit diesen Aktien verbundene Stimmrecht ruht. Art. 659 a Abs. 2 E-OR bestimmt neu, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte auch dann ruhen, wenn die Gesellschaft eigene Aktien überträgt und die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien vereinbart wird. Damit wird bezweckt, Umgehungsgeschäfte mittels einer Effektenleihe,

eines Repo-Geschäfts oder eines ähnlichen Rechtsgeschäfts zu unterbinden.

3. RESERVEN

Die Vorschriften über die Reserven sollen grundlegend geändert werden. Aufgrund der neuen Rechnungslegungsvorschriften sollen die Aufwertungsreserve und die Reserve für eigene Aktien abgeschafft werden. Weiter soll die bisherige allgemeine Reserve neu unterteilt werden in eine gesetzliche Kapitalreserve und eine gesetzliche Gewinnreserve. Bezweckt wird damit, sämtliche Kapitaleinlagen, die in die Reserve fliessen, besser zu schützen. Damit soll insbesondere die Diskussion über die Behandlung des Agios beendet werden, d. h., ob dieses als Einlage geschützt oder – nach Äufnung der allgemeinen Reserve – an die Aktionäre ausgeschüttet werden kann [19].

Das heutige System, wonach das Agio nach seiner Zuweisung an die allgemeine Reserve auch als allgemeine Reserve zu behandeln ist, sollte m. E. beibehalten werden; das Agio hat die Funktion des Einkaufs in die allgemeine Reserve, wenn bei einer Kapitalerhöhung nicht alle bisherigen Aktionäre mitmachen. Dieser Betrag steht primär den bisherigen Aktionären und nicht der Gesellschaft zu. Rein wirtschaftlich betrachtet könnte nämlich ein Aktionär den Agio-Betrag den übrigen Aktionären direkt zukommen lassen. Aus diesem

Grund spricht nichts dagegen, das Agio gleich zu behandeln wie die aus Gewinnen gebildete allgemeine Reserve. Hinzu kommt, dass ein Systemwechsel für die Praxis schwerwiegende Konsequenzen haben wird: Bei Finanzierungen werden regelmässig Sicherheiten von Tochtergesellschaften zugunsten ihrer Ober- bzw. Schwestergesellschaften gewährt, wobei diese Sicherheiten nach herrschender Auffassung auf den Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals der betreffenden Tochtergesellschaft beschränkt sind. Wird das Agio nun plötzlich zu einer Kapitalreserve und damit nicht mehr als frei verfügbares Eigenkapital betrachtet, dann wird sich die Sicherheitenposition der Darlehensgeber bei zahlreichen Finanzierungen massiv verschlechtern. Gleichzeitig wird eine Finanzierung in Zukunft schwieriger erhältlich sein. Aus diesen Gründen ist auf die Einführung einer gesetzlichen Kapitalreserve zu verzichten.

Weiter ist zu beachten, dass eine Kapitalreserve quasi nie mehr aus der Gesellschaft herausgelöst werden kann, ausser wenn z. B. Verluste vorliegen (Art. 671 Abs. 2 E-OR). Sollte an der Kapitalreserve festgehalten werden, dann muss es zumindest möglich sein, diese wie bei einer Kapitalherabsetzung wieder aus der Gesellschaft herauszulösen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kapitalreserve stärker gebunden sein soll als das Aktienkapital. Auch sollte es zulässig sein, diese Reserve in Aktienkapital umzuwandeln.

In diesem Zusammenhang ist generell auf die Bildung von Aktienkapital aus Reserven hinzuweisen: Gemäss Art. 652 d Abs. 1 OR kann das Aktienkapital durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erhöht werden. Diese Bestimmung soll nicht geändert werden. Es stellt sich aber die Frage, weshalb das Aktienkapital nur aus frei verwendbarem Eigenkapital erhöht werden kann und nicht generell aus den Reserven; eine Umwandlung von Reserven in Aktienkapital, sofern diese vollständig gedeckt sind, stellt letztlich immer eine Stärkung der Position der Gläubiger dar, weil das Aktienkapital besser geschützt ist als die Reserven. Aus diesem Grund sollte Art. 652 d Abs. 1 OR entsprechend geändert werden.

4. ZWISCHENDIVIDENDEN

Art. 675 a E-OR sieht vor, dass in Zukunft Zwischendividenden ausgerichtet werden dürfen. Dazu bedarf es vorab einer statutarischen Ermächtigung. Der Beschluss der Generalversammlung muss sich sodann auf eine geprüfte Zwischenbilanz stützen, die nicht älter als sechs Monate sein darf. Im übrigen finden für den Beschluss und die Ausschüttung der Zwischendividende die Bestimmungen zu den Dividenden Anwendung. Bei dieser Zwischendividende handelt es sich um eine Dividende aus dem Gewinn des laufenden Geschäftsjahres. Damit ist die Zwischendividende von der normalen Dividende, die sich auf die letzte ordentliche Bilanz stützt, zu unterscheiden.

Erfreulich ist, dass Art. 675 a Abs. 2 Satz 2 E-OR klar festhält, dass die Zwischenbilanz nach den Vorschriften zur eingeschränkten Revision zu prüfen ist. Damit nehmen hoffentlich auch in anderen Bereichen die Diskussionen über den bei der Prüfung einer Zwischenbilanz anzuwendenden Standard ein Ende [20].

5. RÜCKERSTATTUNG VON LEISTUNGEN

Gemäss Art. 678 Abs. 1 E-OR werden neu die Geschäftsleitung sowie dieser nahestehende Personen passiv legitimiert, wenn sie ungerechtfertigt Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen haben. Diese Ausweitung auf die Mitglieder der Geschäftsleitung ist sachgerecht.

Die Mitglieder der Geschäftsleitung sollen nach Art. 678 Abs. 2 E-OR neu aber auch verpflichtet werden, andere Leistungen der Gesellschaft zurückzuerstatten, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung und zur Ertragslage der Gesellschaft stehen. Hierzu ist einmal festzustellen, dass eine Rückerstattungspflicht durch die Mitglieder der Geschäftsleitung immer dann nicht gerechtfertigt ist, wenn kein In-sich-Geschäft vorliegt, d. h., die Geschäftsleitung vom Verwaltungsrat unabhängig ist. In diesem Fall ist es nicht gerechtfertigt, wenn eine nachträgliche Überprüfung dieser Leistungen durch ein Gericht erfolgt. Die Bestimmung der Rückforderungsklage zielt nämlich darauf ab, Situationen mit Interessenkonflikten zu überwinden und dort eine nachträgliche Überprüfung zuzulassen. Diese Voraussetzungen sind gerade nicht erfüllt, wenn die Geschäftsleitung vom Verwaltungsrat unabhängig ist und die Leistungen at arm's length erfolgen, auch wenn im nachhinein Leistung und Gegenleistung als in einem offensichtlichen Missverhältnis stehend erscheinen sollten. Der Verweis

in Art. 678 Abs. 3 E-OR auf Art. 64 OR, wonach die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden kann, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung nachweisbar nicht mehr bereichert ist, löst dieses Problem auch nicht. Gerade bei Salären dürfte in den meisten Fällen im Zeitpunkt der Rückforderung noch eine Bereicherung vorliegen.

Andererseits ist beim Entwurf zu bemängeln, dass eine Rückforderung nur dann möglich sein soll, wenn die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Ertragslage der Gesellschaft steht. Schon das geltende Recht verlangt, dass die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen muss, was in der Lehre einhellig kritisiert wird [21]. Es ist unverständlich, weshalb nun dieses Kriterium durch das Kriterium des offensichtlichen Missverhältnisses zur Ertragslage der Gesellschaft ersetzt werden soll, denn auch die Ertragslage darf kein Massstab für eine Rückerstattungspflicht sein [22]; was zuviel ist, ist zuviel – egal, wie die Ertragslage der Gesellschaft aussieht. Es macht auch keinen Unterschied, ob man eine Flasche Champagner in einem Tante-Emma-Laden oder bei einem Grossverteiler stiehlt.

Zu begrüssen ist, dass gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 5 E-OR die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien für die Anhebung einer Klage auf Rückerstattung einer ungerechtfertigten Leistung nicht anwendbar ist. In diesem Fall verlieren somit etwaige Stimmrechtsaktien ihre verstärkte Stimmkraft.

6. GENERALVERSAMMLUNG

6.1 Vertretung in der Generalversammlung. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien soll neu geregelt werden. Art. 689 c Abs. 5 E-OR schlägt vor, dass eine institutionelle Stimmrechtsvertretung nur noch durch unabhängige Stimmrechtsvertreter erfolgen kann. Hinzu kommt, dass die Erteilung von Dauervollmachten an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter unzulässig ist (Art. 689 c Abs. 2 E-OR). Hat der unabhängige Stimmrechtsvertreter keine Weisungen zu angekündigten Anträgen erhalten, so muss er sich der Stimme enthalten (Art. 689 c Abs. 3 E-OR).

Nach Art. 689 c Abs. 4 E-OR muss der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei nicht angekündigten Anträgen das Stimmrecht gemäss den Empfehlungen des Verwaltungsrats ausüben, sofern der Aktionär für diesen Fall nicht eine andere Weisung erteilt hat. Diese Bestimmung ist sachgerecht, weil die Generalversammlung gemäss Art. 703 E-OR ihre Beschlüsse neu mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen fasst, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen zählen. In dieser Konstellation könnten spontane Anträge relativ einfach beschlossen werden, weil dann nämlich nur die Stimmen der an der Generalversammlung anwesenden Aktionäre für den Beschluss zählen würden. Terminologisch müsste in Art. 689 c Abs. 4 E-OR allerdings von «Anträgen zu nicht angekündigten Verhandlungsgegenständen» die Rede sein. Es kann sich nur um die Verhandlungsgegenstände gemäss Art. 700 Abs. 5 E-OR handeln, also um den Antrag auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, auf Durchführung einer Sonderuntersu-

chung oder auf Wahl einer Revisionsstelle in Folge eines Begehrens eines Aktionärs. Nur wenn ein solcher Antrag gestellt wird, muss der weisungslose unabhängige Stimmrechtsvertreter gemäss den Empfehlungen des Verwaltungsrats stimmen. Wenn hingegen Gegenanträge oder abgeänderte Anträge des Verwaltungsrats zu einem angekündigten Traktandum zur Diskussion stehen, dann muss der unabhängige Stimmrechtsvertreter gemäss seinen Weisungen stimmen oder sich der Stimme enthalten. Ansonsten könnte der Verwaltungsrat die Vorschriften über die Stimmenthaltung gemäss Art. 689 c Abs. 3 E-OR allzu leicht umgehen, indem er einen Antrag anlässlich der Generalversammlung leicht modifiziert; wäre dies ein nicht angekündigter Antrag im Sinne von Art. 689 c Abs. 4 E-OR, müsste der unabhängige Stimmrechtsvertreter stets im Sinne des Verwaltungsrats stimmen, sofern er keine andere Weisung hat.

Bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien sollen die Statuten nach wie vor bestimmen können, dass ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär an der Generalversammlung vertreten werden kann (Art. 689 d Abs. 1 E-OR). Immerhin muss die Gesellschaft, wenn sie die Vertretungsbefugnis auf andere Aktionäre einschränkt, auf Verlangen eines Aktionärs eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung in der Generalversammlung beauftragt werden kann. Kommt die Gesellschaft ihrer Pflicht zur Ernennung

eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters binnen der vom Gesetz vorgegebenen Fristen nicht nach, so kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten an der Generalversammlung vertreten lassen (Art. 689 d Abs. 5 E-OR). Trotzdem ist die Beschränkung der Vertretungsbefugnis auf andere Aktionäre problematisch, weil gerade in kleinen Verhältnissen unter Umständen ein gesteigertes Bedürfnis nach einer professionellen Vertretung des Aktionärs besteht. Eine Gesellschaft, die den Kreis der Gesellschafter eingeschränkt halten möchte, d. h. auch keine Vertreter in der Generalversammlung zulassen möchte, sollte sich in der Form einer GmbH konstituieren; allerdings müsste dann Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR entsprechend angepasst werden.

6.2 Auskunftsrecht. Eine Neuregelung erfährt auch das Auskunftsrecht, und dies namentlich bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind. So soll gemäss Art. 697 Abs. 2 E-OR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften jeder Aktionär vom Verwaltungsrat jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können, wobei der Verwaltungsrat innert 90 Tagen schriftlich Auskunft erteilen muss. Die erteilten Antworten sind sodann an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen oder umgehend elektronisch zu publizieren. Die Auskunft kann immer noch aufgrund der bereits heute gel-

tenden Gründe verweigert werden, doch ist die Verweigerung neu schriftlich zu begründen (Art. 697 Abs. 3 E-OR).

Die Pflicht des Verwaltungsrats, innerhalb von 90 Tagen schriftlich Auskunft über eine Anfrage zu erteilen, ist problematisch. Zu denken ist nicht primär an den Aktionär, der einmal eine Auskunft verlangt, wobei diese innerhalb von 90 Tagen zu erteilen ist. Es ist bei einer operativen Gesellschaft sogar davon auszugehen, dass innerhalb von 90 Tagen eine Verwaltungsratsitzung stattfindet, an der das Auskunftsbegehren diskutiert werden kann, oder dass andernfalls innerhalb dieser Frist ein Zirkularbeschluss gefasst werden kann. Problematischer dürfte der querulatorische Aktionär sein, der dieses Auskunftsrecht strapaziert. Es wird sehr schwierig sein, darzulegen, dass das Auskunftsrecht geradezu missbräuchlich beansprucht wird. Für grössere, nicht börsennotierte Gesellschaften kann dieses Auskunftsrecht zu einer Belastungsprobe werden. Es wäre deshalb sinnvoller, den Verwaltungsrat zu verpflichten, anlässlich der Generalversammlung und z. B. sechs Monate nach Durchführung der Generalversammlung nochmals Auskunft erteilen zu müssen. Dies würde bedeuten, dass der Verwaltungsrat dann einfach zweimal im Jahr eine Auskunft erteilen müsste. Es könnte so verhindert werden, dass der Verwaltungsrat dauernd mit Auskunftsbegehren konfrontiert wird, von denen jedes einzelne einen Fristenlauf auslöst.

Ebenfalls neu haben die Gesellschafter von nicht börsennotierten Gesellschaften das Recht, vom Verwaltungsrat die gleichen Auskünfte über die Vergütungen, Darlehen und Kredite der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zu erhalten, wie diese bei börsennotierten Gesellschaften gemäss Art. 697^{quater} E-OR im Anhang der Jahresrechnung offenzulegen sind. Bei diesem Auskunftsbegehren muss der Verwaltungsrat die Auskunft innerhalb von 45 Tagen erteilen (Art. 697^{quinquies} Abs. 2 E-OR). Inhaltlich ist dieses Auskunftsrecht sachgerecht. Bezüglich der 45-tägigen Frist ist zu bemerken, dass die Auskunft erst nach Erstellen der Jahresrechnung erteilt werden kann. Somit sollte auch ein solches Auskunftsbegehren erst nach Erstellen der Jahresrechnung gestellt werden können. Deshalb wäre es sinnvoller, wenn ein Aktionär z. B. bis zehn Tage vor der Generalversammlung verlangen könnte, dass der Verwaltungsrat anlässlich der Generalversammlung eine entsprechende Auskunft zu erteilen hat. Vor der Generalversammlung liegt sicher die Jahresrechnung vor, und eine Auskunftserteilung anlässlich der Generalversammlung würde auch eine gleichmässige Information der Aktionäre ermöglichen. Hingegen macht es bestimmt keinen Sinn, dass der Verwaltungsrat Fragen über Entschädigungen jederzeit innerhalb von 45 Tagen beantworten muss, weil sich diese Angaben gemäss Art. 697^{quater} E-OR auf ein Geschäftsjahr beziehen; deshalb kann eine Antwort auch nur nach Ablauf eines Geschäftsjahres und nach Erstellen der Jahresrechnung erteilt werden.

Weiter wird das Auskunftsrecht der Aktionäre im Bereich der Information über die Organisation der Gesellschaft erweitert. Nach Art. 716 c Abs. 4 E-OR orientiert der Verwaltungsrat die Aktionäre und, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auch die Gläubiger der Gesell-

schaft auf Anfrage schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung, soweit diese im Organisationsreglement zwingend zu umschreiben ist. Im Gegensatz zum heute geltenden Recht muss der Aktionär kein schutzwürdiges Interesse mehr glaubhaft machen, um eine diesbezügliche Information zu erhalten. Dies ist sachgerecht.

6.3 Einsichtsrecht. Das Einsichtsrecht der Aktionäre soll erweitert werden. Nach Art. 697^{bis} Abs. 3 E-OR soll jeder Aktionär einer Konzernobergesellschaft in die Geschäftsbücher und Korrespondenz einer Konzernuntergesellschaft Einsicht nehmen können, sofern die grundsätzlichen Voraussetzungen einer Einsichtnahme (vgl. Art. 697^{bis} Abs. 1 und 2 E-OR) erfüllt sind. Die Botschaft begründet diese Erweiterung damit, dass es sich dabei um eine Klarstellung handle und dieses Recht heute schon bestehe [23]. Diese Aussage ist falsch [24] und widerspricht der klaren bundesgerichtlichen Praxis, wonach sich das Einsichtsrecht des Aktionärs im Konzern nur auf die schriftlichen Unterlagen bezieht, die sich bei jener Gesellschaft befinden, an der er selbst direkt beteiligt ist [25]. Es ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ausweitung des Einsichtsrechts auf andere Konzerngesellschaften notwendig und vertretbar ist. Dabei ist auch zu beachten, dass es bei Konzern-Tochtergesellschaften möglicherweise Minderheitsaktionäre gibt. Zumindest in diesem Fall könnte der Fall eintreten, dass dem Minderheitsaktionär einer Konzern-Tochtergesellschaft das Einsichtsrecht verweigert wird, während es dem Aktionär der Konzern-Muttergesellschaft zugestanden wird.

6.4 Schwellenwerte für die Ausübung von Minderheitsrechten. Gewisse Minderheitsrechte stehen nicht jedem Aktionär zu, sondern können von diesem nur geltend gemacht werden, wenn er eine bestimmte Anzahl Aktien vertritt. Dazu gehören:

- die Anordnung einer Sonderuntersuchung (Art. 697 b E-OR);
- die Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 3 E-OR);
- das Traktandierungs- und Antragsrecht (Art. 699 a Abs. 1 E-OR);
- die Klage auf Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR);
- das Recht, eine ordentliche Revision (Art. 727 Abs. 2 OR) zu verlangen, sowie
- das Recht, einen ausführlichen Geschäftsbericht (Art. 961 d Abs. 2 E-OR) oder einen Abschluss nach einem anerkannten Standard (Art. 962 Abs. 3 E-OR) zu verlangen.

Der Entwurf enthält eine detaillierte Ordnung, unter welchen Voraussetzungen diese Minderheitsrechte geltend gemacht werden können. In der *Abbildung* sind die einzelnen Schwellenwerte aufgeführt. Die *Abbildung* zeigt, dass diese Schwellenwerte wenig systematisch sind. So wird in gewissen Fällen zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften unterschieden, während es in anderen Fällen keine diesbezügliche Unterscheidung gibt. Weiter braucht es z. B. bei nicht kotierten Gesellschaften eine doppelt so hohe Schwelle, um die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen wie um auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen, während bei einer kotierten Gesellschaft dies gerade umgekehrt ist. Weiter ist bemerkenswert, dass bei Publi-

kumgesellschaften bei fast jedem Minderheitsrecht eine andere Prozentzahl gilt, jedoch meistens CHF 1.0 Mio. Nennwert massgebend sind. Die Prozentzahlen beziehen sich zudem einmal auf das Aktienkapital oder die Stimmrechte, ein anderes Mal nur auf das Aktienkapital und schliesslich wieder auf das Grundkapital (das bei der Aktiengesellschaft wohl auch das Partizipationskapital umfasst).

Eine sinnvolle Ausgestaltung dieser Schwellenwerte darf durchaus zwischen den einzelnen Minderheitsrechten differenzieren, wobei vermutlich das Traktandierungs- und Antragsrecht die kleinste Schwelle und die Klage auf Auflösung der Gesellschaft die höchste Schwelle haben sollten. Aus Praktikabilitätsgründen ist es jedoch nicht sinnvoll, für jedes einzelne Minderheitsrecht einen eigenen Schwellenwert festzulegen, sondern man sollte sich auf zwei, maximal drei Schwellenwerte beschränken. Fraglich ist zudem, ob es nicht konsequent wäre, bei Publikumsgesellschaften beim Nennwert ebenfalls zu differenzieren.

6.5 Sonderuntersuchung. Die heutige Sonderprüfung soll neu «Sonderuntersuchung» genannt werden. Bereits erwähnt wurde, dass für die Einleitung einer Sonderuntersuchung neue Schwellenwerte vorgeschlagen werden. Weiter soll bei der Sonderuntersuchung neu darauf verzichtet werden, dass die Gesuchsteller glaubhaft machen müssen, dass die Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben; vielmehr genügt es, wenn sie glaubhaft machen, dass die Verletzung von Gesetz oder Statuten die Gesellschaft oder die Aktionäre schädigen kann (Art. 697b Abs. 3 E-OR). Diese Anpassung ist gerechtfertigt.

6.6 Einberufung einer Generalversammlung. Wie bereits erwähnt, sind für die Einberufung einer Generalversammlung neue Schwellenwerte vorgesehen. Daneben sieht der Entwurf auch vor, dass der Verwaltungsrat dem Begehren innerhalb einer Frist von sechzig Tagen zu entsprechen hat, andernfalls der Gesuchsteller an das Gericht gelangen kann (Art. 699 Abs. 5 E-OR).

Ein Revisionsvorschlag betrifft das erst am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Revisionsrecht. Gemäss Art. 727a Abs. 4 OR

hat jeder Aktionär das Recht, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. In der Regel dürfte es für die Gesellschaft nicht möglich sein, den geprüften Geschäftsbericht bereits der ordentlichen Generalversammlung zu unterbreiten. Der Verwaltungsrat muss deshalb innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Durchführung der ordentlichen Generalversammlung eine zusätzliche Generalversammlung einberufen und ihr den Geschäftsbericht zur Genehmigung vorlegen (Art. 699 Abs. 6 E-OR). Auch wenn diese Bestimmung Sinn macht, zeigt sie wieder einmal deutlich die Qualität des Gesetzgebungsverfahrens: Bevor eine neue Regelung in Kraft trat, wurde bereits deren Revision vorgeschlagen [26].

6.7 Traktandierungs- und Antragsrecht. Die Schwellenwerte für die Geltendmachung des Traktandierungs- und Antragsrechts wurden bereits besprochen. Nach Art. 699a Abs. 3 E-OR müssen Traktandierungs- und Antragsbegehren spätestens fünfzig Tage vor der Generalversammlung schriftlich bei der Gesellschaft eingereicht werden. Diese Fünfzigtagesfrist kann nur dann eine Bedeutung haben, wenn der Aktionär weiss, wann die Generalversammlung stattfindet und welches die Traktanden und die Anträge an die Generalversammlung sein werden. Gerade bei nicht börsenkotierten Gesellschaften ist dies in der Regel aber nicht der Fall, sondern für die Generalversammlung wird relativ kurzfristig eingeladen, und die Traktanden und Anträge erscheinen in der Regel das erste Mal in der Einladung selbst. Aus diesem Grund können das Traktandierungs- und Antragsrecht, wie sie momentan in Art. 699a Abs. 3 E-OR vorgesehen sind, in vielen Fällen wohl kaum ausgeübt werden. In diesen Fällen hilft es auch nicht, dass bei einer Weigerung des Verwaltungsrates, dem Begehren zu entsprechen, ein Gericht die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen oder die Aufnahme von Anträgen in die Einladung zur Generalversammlung anordnen kann (Art. 699a Abs. 4 E-OR). Auch besteht unter Umständen ein Bedürfnis, zu bestimmten vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Traktanden schon vor der Generalversammlung einen Antrag zu stellen und den übrigen Aktionären zukommen zu lassen. Dies ist mit der momentanen Regelung nicht möglich.

Abbildung: **SCHWELLENWERTE FÜR DIE AUSÜBUNG VON MINDERHEITSRECHTEN**

	Börsenkotierte Gesellschaft	Nicht börsenkotierte Gesellschaft
Sonderuntersuchung	0,5% des AK/Stimmen CHF 1.0 Mio. Nennwert	5,0% des AK/Stimmen CHF 250 000 Nennwert
Einberufung einer GV	2,5% des AK/Stimmen CHF 1.0 Mio. Nennwert	10% des AK/Stimmen CHF 1.0 Mio. Nennwert
Traktanden/Antrag	0,25% des AK/Stimmen CHF 1.0 Mio. Nennwert	2,5% des AK/Stimmen CHF 250 000 Nennwert
Auflösungsklage		5,0% des AK/Stimmen CHF 1.0 Mio. Nennwert
Opting-up bei Revision		10% des Aktienkapitals
Ausführlicher Geschäftsbericht bzw. Abschluss nach anerkanntem Standard		10% des Grundkapitals

6.8 Tagungsort der Generalversammlung. Der Entwurf will den Tagungsort der Generalversammlung neu regeln und ausdrücklich zulassen, dass eine Generalversammlung auch im Ausland durchgeführt werden kann. Bereits heute ist jedoch völlig unbestritten, dass dies zulässig ist, sofern dadurch nicht ein bedeutender Teil der Aktionäre von der Teilnahme ausgeschlossen wird [27]. Mit der neuen Regelung von Art. 701 b Abs. 1 E-OR, der bestimmt, dass die Statuten dies vorsehen müssen oder die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden sein müssen, wird die heutige flexible Lösung ohne zwingenden Grund eingeschränkt. Es ist deshalb von einer Regelung, wie sie momentan in Art. 701 b E-OR vorgesehen ist, abzusehen. Zudem wäre es vorteilhafter, eine generelle Regel in den Entwurf aufzunehmen, dass die Generalversammlung an einem geeigneten Ort durchzuführen ist, als darauf abzustellen, ob dieser im Ausland oder in der Schweiz liegt. Für eine in Sargans ansässige Gesellschaft dürfte eine Generalversammlung im Vorarlberg immer noch passender sein als z. B. in Genf [28].

6.9 Elektronische Generalversammlung und Zirkularbeschlüsse. Art. 701 d E-OR regelt neu, dass die Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln und ohne Tagungsort durchgeführt werden kann. Richtigerweise sind die Voraussetzungen dafür relativ streng: Einerseits müssen die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden sein, andererseits dürfen die Beschlüsse der Generalversammlung keine öffentliche Beurkundung erfordern.

In diesem Zusammenhang ist auf die Problematik des Zirkularbeschlusses hinzuweisen: Nach jahrzehntealter konstanter Praxis des Bundesgerichts sind Zirkularbeschlüsse bei einer Generalversammlung nichtig [29]. Diese Rechtsprechung beruht auf der Fiktion, dass eine Generalversammlung im Diskurs ihren Willen bildet. Abgesehen davon, dass diese Auffassung in vielen Fällen unzutreffend ist, spricht nichts dagegen, einen Zirkularbeschluss zumindest dann zuzulassen, wenn die Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden sind. Dies gilt umso mehr, als das Gesetz an anderer Stelle den Zirkularbeschluss bereits eingeführt hat: Nach Art. 727 a Abs. 3 OR kann der Verwaltungsrat die Aktionäre bei einem Opting-out schriftlich um Zustimmung ersuchen. Diese Bestimmung geht sogar noch weiter, indem eine Zustimmung vermutet wird, wenn der Verwaltungsrat für die Beantwortung eine Frist von mindestens zwanzig Tagen ansetzt und darauf hinweist, dass das Ausbleiben einer Antwort als Zustimmung gilt.

6.10 Protokoll. Art. 702 Abs. 3 E-OR sieht neu vor, dass das Protokoll den Aktionären innerhalb von zwanzig Tagen nach der Generalversammlung auf elektronischem Weg zugänglich zu machen ist oder jedem Aktionär kostenlos eine Kopie zuzustellen ist. Das gleiche Recht haben die Partizipanten (Art. 656 d Abs. 2 E-OR). Diese Änderung ist zu begrüßen.

6.11 Teilnahmerecht der Mitglieder des Verwaltungsrats. Bei der kleinen Aktienrechtsrevision, die seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist, wurde aufgrund der Abschaffung der

Vorschrift, dass sich der Verwaltungsrat aus Aktionären zusammensetzen muss, dem Verwaltungsrat gleichzeitig das Recht eingeräumt, an der Generalversammlung teilzunehmen und Anträge zu stellen. In der Folge stellte sich die Frage, ob der Verwaltungsrat auch an der Universalversammlung teilnehmen muss oder ob diese immer noch als Versammlung sämtlicher Aktionäre durchgeführt werden kann. Diese Frage ist namentlich bei privaten oder konzerninternen Gesellschaften relevant, wenn es um die Abwahl von Verwaltungsratsmitgliedern geht. Richtigerweise kann eine Universalversammlung gültig durchgeführt werden, auch wenn kein Verwaltungsratsmitglied anwesend ist, und die Verwaltungsratsmitglieder müssen dazu auch nicht eingeladen werden. Diese Ansicht, die offenbar auch von der Botschaft vertreten wird [30], soll im neuen Art. 702 a E-OR ausgedrückt werden, was jedoch leider nur unzulänglich gelang.

6.12 Beschlussfassung und Wahlen. Nach Art. 703 E-OR soll die Generalversammlung ihre Beschlüsse und Wahlen neu mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen fassen bzw. vollziehen, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gelten. Diese Bestimmung ist dispositiv, d. h., die Statuten können eine andere Regelung vorsehen. Die Neuregelung dieser Bestimmung ist sachgerecht, weil damit Stimmenthaltungen nicht mehr automatisch als Nein-Stimmen gelten. Weil zahlreiche Statuten die heute geltende Regelung wiedergeben und die neu vorgeschlagene Bestimmung dispositiver Natur ist, wird in der Praxis die heute geltende Regel wohl noch lange eine grosse Bedeutung haben.

6.13 Wichtige Beschlüsse. In Art. 704 Abs. 1 E-OR wird die Liste von wichtigen Beschlüssen, die eines qualifizierten Quorums bedürfen, ergänzt. Neu gehört dazu das Zusammenlegen von börsenkotierten Aktien, die Kapitalerhöhung mittels Einlage durch Verrechnung, die Einführung eines Kapitalbandes, die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien, die Aufnahme von Statutenbestimmungen über die Genehmigung von Entscheiden des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung und die Aufnahme einer Statutenbestimmung über einen ausländischen Tagungsort der Generalversammlung.

Art. 704 Abs. 2 E-OR stellt klar, dass Statutenbestimmungen, die ein höheres als das gesetzliche Quorum vorschreiben, dieses höheren Quorums nicht nur bei der Einführung, sondern auch bei der Abschaffung bedürfen.

7. VERWALTUNGSRAT

7.1 Amtsdauer. Nach Art. 710 Abs. 1 E-OR wählt die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrats jährlich, wobei die Wahl für jedes Mitglied einzeln erfolgt. Diese Neuregelung wird damit begründet, dass mit einer jährlichen Amtszeit eine bessere Kontrolle der Verwaltungsratsmitglieder durch die Generalversammlung erfolgen könne. Diese Aussage stimmt nur bedingt, denn Verwaltungsratsmitglieder können aufgrund von Art. 705 Abs. 1 OR durch die Generalversammlung jederzeit abberufen werden. Es ist nicht zu vermuten, dass die Abwahl eines Verwaltungsratsmitglieds schwieriger ist als die Verweigerung seiner Wiederwahl. Des-

halb ist die Kontrolle bei einer jährlichen Wiederwahl nur minim stärker, denn aus rein rechtlicher Sicht hat die Generalversammlung jederzeit die Möglichkeit, ihr Kontrollrecht durch Abwahl auszuüben. Zudem darf davon ausgegangen werden, dass wegen der Erleichterungen beim Recht auf Einberufung einer Generalversammlung sowie dem Traktandierungs- und Antragsrecht von dieser Möglichkeit in Zukunft vermehrt Gebrauch gemacht werden wird.

Gegen eine zwingende jährliche Amtszeit spricht aber auch ein weiterer Grund: In Krisensituationen ist es oft wünschenswert, dass die Verwaltungsratsmitglieder die Gesellschaft nicht verlassen, sondern diese aus der Krise führen. Ein Rücktritt zur Unzeit wird gemeinhin sogar als Haftungsgrund angenommen [31]. Läuft nun ein Mandat am Ende einer einjährigen Periode aus, so kann nicht von einem Rücktritt zur Unzeit die Rede sein und dürfte es einem Verwaltungsratsmitglied auch schwerlich als sorgfaltspflichtwidriges Verhalten angelastet werden, wenn es sich für eine Wiederwahl nicht zur Verfügung stellt. Aus dieser Sicht wäre eigentlich eine Struktur des Verwaltungsrats am vorteilhaftesten, die auf der heutigen dreijährigen Amtszeit beruht, wobei aber in jedem Jahr ein Drittel der Verwaltungsratsmitglieder neu gewählt wird. Dadurch würde die grösste Kontinuität der Verwaltungsratsmitglieder sichergestellt, was sich insbesondere in Krisensituationen auszahlen würde.

7.2 Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung.

Art. 716 b E-OR sieht neu einen Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung für Entscheide des Verwaltungsrats vor. Danach können die Statuten vorsehen, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen muss [32]. Mit dieser Bestimmung wird das heute geltende Paritätsprinzip in der Aktiengesellschaft auf eine nicht unbedenkliche Art durchbrochen. Die Aktiengesellschaft zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, dass der Verwaltungsrat sämtliche geschäftsführenden Handlungen vornehmen kann, sofern diese nicht zu einer (faktischen) Liquidation der Gesellschaft oder zu einer Änderung des Zwecks führen. Weiter ist zu beachten, dass aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich alles im Rahmen des Zwecks der Gesellschaft liegt, was diesem nicht geradezu widerspricht [33].

Wenn nun die Möglichkeit besteht, dass die Statuten bestimmte Entscheide des Verwaltungsrats der Generalversammlung zur Genehmigung vorbehalten können, dann ist dies aus Sicht der Gestaltungsautonomie jeder einzelnen Gesellschaft grundsätzlich zu begrüssen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass ein solcher Genehmigungsvorbehalt gravierende Auswirkungen auf die Interessen Dritter haben kann. Es stellt sich namentlich die Frage, was die Rechtsfolge ist, wenn der Verwaltungsrat einen Beschluss fasst, ohne diesen der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen, obwohl er aufgrund der Statuten dazu verpflichtet wäre. Gemäss Botschaft soll die Genehmigung nur gesellschaftsintern und nur in bezug auf offengelegte Tatsachen Wirkung haben und damit hinsichtlich der Rechte Dritter grundsätzlich ohne Bedeutung bleiben [34]. Diese Auffassung ist zu begrüssen. Denn insbesondere aufgrund des Umstands, dass

die Statuten ein Handelsregisterbeleg sind und in Zukunft über Internet verfügbar sein sollen (Art. 928 Abs. 2 E-OR), würde ansonsten das Risiko bestehen, dass ein Dritter nicht mehr als gutgläubig erachtet und ihm die fehlende Zustimmung der Generalversammlung entgegengehalten werden könnte. Dies würde aber einen massiven Einbruch in die Rechtssicherheit bzw. den Verkehrsschutz darstellen. Aufgrund dieser gravierenden Rechtsfolge muss im Gesetz selbst klargestellt werden, dass ein Genehmigungsvorbehalt keinen Einfluss auf die Vertretungsmacht des Verwaltungsrats hat.

Doch selbst wenn ein Genehmigungsvorbehalt einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann, bestehen all jene Fälle, in denen der Dritte von der Beschränkung der Vertretungsbefugnis Kenntnis hat. Im weiteren ist es absehbar, dass aufgrund unzureichend formulierter Statutenbestimmungen Streitigkeiten darüber entstehen werden, ob ein bestimmtes Geschäft in den Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung fällt oder nicht. Eine zusätzliche praktische Schwierigkeit wird sein, dass den Aktionären die entsprechenden Informationen zur Genehmigung zur Verfügung gestellt werden müssen. Fällt z. B. die Akquisition von Gesellschaften oder die Aufnahme von Krediten in den genehmigungsbedürftigen Bereich, dann stellt sich die Frage, ob der Generalversammlung jeweils der eigentliche Vertrag vorgelegt werden muss oder ob die Bekanntgabe von Eckpunkten genügt. Weil die Aktionäre keinerlei Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft haben, ist die Bekanntgabe des eigentlichen Vertrages problematisch. Auf der anderen Seite ist es regelmässig fraglich, ob die Genehmigung von gewissen Eckpunkten dann auch spezielle Vertragsbestimmungen tatsächlich abdeckt. Auch unter diesem Aspekt wirft der neue Genehmigungsvorbehalt etliche Fragen auf.

Zu relativieren ist die Bestimmung von Art. 716 b Abs. 3 E-OR, wonach die Genehmigung durch die Generalversammlung die Haftung des Verwaltungsrats nicht einschränkt. Es ist richtig, dass die Generalversammlung nur eine Genehmigungs-, aber keine Gestaltungskompetenz hat. Dieses System ist bereits aus dem Fusionsgesetz bekannt, wo die Generalversammlung in den meisten Fällen einen Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsvertrag bzw. -plan genehmigen muss. Die Abschlusskompetenz liegt auch dort ganz klar beim Verwaltungsrat. Im Innenverhältnis muss eine Genehmigung jedoch ähnliche Wirkung haben wie ein Entlastungsbeschluss (Art. 758 OR).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Entscheide des Verwaltungsrats nach Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 3–7 E-OR nicht der Genehmigung durch die Generalversammlung unterstellt werden können (Art. 716 b Abs. 1 Satz 2 E-OR). Diese Einschränkung ist in der vorgeschlagenen Form diskutabel; so stellt sich die Frage, weshalb zwar Entscheide über die Oberleitung der Gesellschaft oder die Festlegung der Organisation der Genehmigung durch die Generalversammlung zugewiesen werden können, nicht jedoch die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen. Sachgerecht ist hingegen, dass die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung nicht der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden darf. Bei einer Überschuldung ist eine

uneingeschränkte Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrats notwendig.

Aufgrund der oben stehenden Ausführungen ist zu befürchten, dass der vorgeschlagene Genehmigungsvorbehalt in der Praxis zu etlichen Problemen führen und eine erhebliche Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit zur Folge haben wird. Deshalb sollten Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter eine fallbezogene Kontrolle über die Leitungsorgane haben wollen, sich der Rechtsform der GmbH bedienen müssen (vgl. Art. 811 OR). Die Aktiengesellschaft sollte jedoch am geltenden Paritätsprinzip festhalten, das sich in der Praxis bewährt und zu einer wohltuenden Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr mit Aktiengesellschaften geführt hat.

7.3 Interessenkonflikte. Der Entwurf schlägt eine ausführliche Bestimmung betreffend Interessenkonflikte der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vor. Dieser Vorschlag lehnt sich im wesentlichen an die Regelung des Swiss Code of Best Practice an. Nach Art. 717 a Abs. 1 E-OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats ihren Präsidenten über einen Interessenkonflikt unverzüglich und vollständig informieren. Befindet sich der Präsident in einem Interessenkonflikt, so wendet er sich an den stellvertretenden Präsidenten. Der Präsident oder der stellvertretende Präsident informieren soweit erforderlich den Verwaltungsrat und dieser ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind (Art. 717 a Abs. 2 und 3 Satz 1 E-OR). Dabei wird ausdrücklich festgehalten, dass bei der Beschlussfassung über die entsprechenden Massnahmen die betreffende Person in den Ausstand treten muss (Art. 717 a Abs. 3 Satz 2 E-OR). Hingegen äussert sich der Entwurf nicht zu den möglichen Massnahmen. Nach Auffassung der Botschaft gehört dazu insbesondere der Ausstand, wobei dieser sowohl bei der Beratung als auch bei der Beschlussfassung oder in weniger gravierenden Fällen nur bei der Beschlussfassung zu beachten ist. Ein Ausstand nur bei der Abstimmung soll beispielsweise zulässig sein, wenn die betroffene Person als einzige über das erforderliche Fachwissen verfügt, um das Geschäft zu beurteilen [35]. Gerade in diesem Fall besteht aber die Gefahr, dass die den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern vermittelten Informationen wegen des Interessenkonflikts verzerrt sein können. Es stellt sich dann die Frage, wie wirksam ein Ausstand bei der Beschlussfassung überhaupt noch ist.

Ein besonderer Fall des Interessenkonflikts ist die gegenseitige Einflussnahme bei der Festsetzung von Vergütungen. Nach Art. 717 b Abs. 1 E-OR muss bei börsenkotierten Gesellschaften ausgeschlossen sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, die zugleich dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung einer anderen Gesellschaft angehören, gegenseitig Einfluss auf die Festsetzung ihrer Vergütung haben. Eine Verletzung dieser Bestimmung führt nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses (Art. 717 b Abs. 2 E-OR). Die Folge wäre, dass entsprechende Vergütungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder aufgrund von Art. 678 OR zurückgefordert werden können.

7.4 Kapitalverlust und Überschuldung

7.4.1 Kapitalverlust. Die Handlungspflichten bei Kapitalverlust bzw. Überschuldung werden im Entwurf ebenfalls angepasst. Weil die betreffenden Bestimmungen ohnehin revidiert werden, wäre es angezeigt, bei der Bestimmung über den Kapitalverlust (Art. 725 E-OR) einige Klarstellungen vorzunehmen. So ist weitgehend unbestritten, dass der Verwaltungsrat nicht nur dann tätig werden muss, wenn die letzte Jahresbilanz einen Kapitalverlust ausweist, sondern auch, wenn sich die Verhältnisse während eines Jahres so verschlechtern, dass er begründete Besorgnis haben muss, dass ein Kapitalverlust vorliegt [36]. Deshalb sollte die Terminologie an die Vorschrift der Überschuldung angepasst werden, die heute schon von begründeter Besorgnis spricht.

Der Verwaltungsrat muss grundsätzlich unverzüglich Sanierungsmassnahmen einleiten, wenn ein Kapitalverlust vorliegt. Daneben hat er auch eine sogenannte Sanierungsversammlung einzuberufen. Der Sinn einer Sanierungsversammlung ist einerseits, gewisse Sanierungsmassnahmen zu beschliessen, andererseits muss der Verwaltungsrat die Aktionäre über den Kapitalverlust und die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen orientieren. Namentlich bei Publikumsgesellschaften kann aber der Fall vorliegen, dass es einer Sanierung geradezu hinderlich wäre, wenn der Verwaltungsrat die Aktionäre sofort über den Kapitalverlust informieren würde. Hinzu kommt, dass diese Gesellschaften ohnehin aufgrund der Vorschriften über die Ad-hoc-Publizität informieren müssen. In diesen Fällen sollte es deshalb zulässig sein, dass der Verwaltungsrat von der Einberufung einer Sanierungsversammlung absieht, sofern diese nicht über Sanierungsmassnahmen beschliessen muss.

7.4.2 Zahlungsunfähigkeit. Art. 725 a E-OR führt neu den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit ein. Danach muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, unverzüglich einen Liquiditätsplan erstellen. Dieser muss die Periode der nächsten zwölf Monate abdecken. Der Liquiditätsplan muss von einem zugelassenen Revisor geprüft werden. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat ferner unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen (Art. 725 a Abs. 3 E-OR). Die Bedeutung dieser Bestimmung wird wohl gering sein, weil bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft aufgrund der Rechnungslegungsvorschriften wohl meistens auch eine Überschuldung vorliegen dürfte.

7.4.3 Überschuldung. Die Pflichten bei einer Überschuldung sind neu in Art. 725 c E-OR geregelt, wobei keine wesentlichen materiellen Änderungen vorgeschlagen werden. Insbesondere ist zu begrüssen, dass auf die im Vorentwurf noch enthaltene Regelung, dass der Verwaltungsrat beim Vorliegen einer Überschuldung das Gericht unverzüglich zu benachrichtigen hat, verzichtet wird. So kann die bewährte bundesgerichtliche Praxis, wonach auch in der Überschuldungssituation noch eine letzte «Schonfrist» besteht, um Sanierungsmassnahmen umzusetzen, weitergeführt werden [37].

Wie unter dem geltenden Recht ist der Verwaltungsrat verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen, wenn eine begründete Besorgnis besteht, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch deren Aktiven gedeckt sind (Art. 725 c Abs. 1 E-OR). Eine Überschuldung im Sinne des Gesetzes liegt nur dann vor, wenn die (Zwischen-)Bilanz sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung aufweist (Art. 725 c Abs. 4 E-OR). Die in diesem Zusammenhang relevante Frage, wie lange eine Gesellschaft überhaupt noch zu Fortführungswerten bilanzieren darf, soll im neuen Rechnungslegungsrecht geregelt werden. Nach Art. 958 a Abs. 2 E-OR sind der Rechnungslegung Veräusserungswerte zugrunde zu legen, wenn die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen derselben in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist. Diese Bestimmung statuiert die heutige Praxis der Revisionsstellen. Gleichzeitig wird klargestellt, dass die Zwölfmonatsfrist ab Bilanzstichtag und nicht etwa ab der Generalversammlung oder ab der Prüfung der Bücher läuft.

Sollten die Veräusserungswerte über den Fortführungswerten liegen, dann dürfen diese in der Zwischenbilanz höher festgelegt werden als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte, sofern beabsichtigt ist, die entsprechenden Vermögenswerte binnen zwölf Monaten zu veräussern, und die Veräusserung voraussichtlich möglich ist (Art. 725 c Abs. 2 E-OR). Es stellt sich die Frage, weshalb diese Vorschrift in Art. 725 c E-OR und nicht bei den Bestimmungen über die Rechnungslegung enthalten ist. Zudem hat sie wohl nur dann eine Bedeutung, wenn die Gesellschaft überhaupt einen Abschluss nach OR erstellt; gemäss Art. 962 Abs. 1 E-OR kann auf die Erstellung der Jahresrechnung gemäss OR verzichtet werden, wenn die Gesellschaft einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt.

Der Rangrücktritt wird in Art. 725 c Abs. 5 E-OR geregelt. Die vorgeschlagene Regelung ist ähnlich knapp gehalten wie im geltenden Recht. Selbstredend muss ein Rangrücktritt viele weitere Merkmale aufweisen, um seinen gesetzlich vorgesehen Zweck zu erfüllen [38]. Der Entwurf schlägt neu vor, dass bei einem Rangrücktritt nicht nur die Darlehensvaluta gestundet werden muss, sondern auch die Zinsen. Obwohl dies grundsätzlich sachgerecht ist, ist zu beachten, dass diese Regelung der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht [39]. Zudem ist aufgrund der Erfahrungen in Krisensituationen davon auszugehen, dass Gläubiger einen geringeren Anreiz haben werden, einen Rangrücktritt zu gewähren, wenn sie keine Zinsen mehr erhalten. Damit wird die Bereitschaft, einen Rangrücktritt zu gewähren, abnehmen, was gewisse Sanierungen verunmöglichen wird.

7.4.4 Zusätzliche Anzeigepflichten. Nach Art. 725 b E-OR können die Statuten zusätzliche Anzeigepflichten des Verwaltungsrats vorsehen. Obwohl diese Freiheit grundsätzlich zu begrüßen ist, sollte man solche Verwaltungsratsmandate tunlichst meiden. Dadurch werden nämlich die Pflichten in einem ohnehin heiklen Bereich verschärft, was unweigerlich zu einer Verschärfung der Haftung führt.

8. VERANTWORTLICHKEIT DER REVISIONSSTELLE

Die Botschaft schlägt vor, die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Bereich der Solidarität neu zu regeln. Gemäss Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR sollen Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, bis zu dem Betrag haften, für den sie zu Folge Rückgriffs aufkommen müssten. Interessanterweise enthielt der Entwurf für die Aktienrechtsrevision 1983 eine fast identische Bestimmung [40]. Damals wurde jedoch eine entsprechende Regelung nicht nur für die Revisionsstelle, sondern für alle Personen, deren Verschulden im Verhältnis zu demjenigen ihrer solidarisch Mithaftenden geringfügig ist, vorgeschlagen [41].

Mit der vorgeschlagenen Regelung wird die geltende Solidarhaftung der Revisionsstelle aufgehoben. Damit kann vermutlich das Ziel, dass die Revisionsstellen bei einem Konkurs der Gesellschaft weniger zur Rechenschaft gezogen werden, erreicht werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dass von dieser Haftungserleichterung nur die Revisionsstellen profitieren. Es ist nicht zu verkennen, dass nicht-exekutive Verwaltungsratsmitglieder oft in einer ähnlichen Situation sind wie die Revisionsstelle und unter Umständen sogar noch weniger Informationen über die Situation der Gesellschaft haben.

9. FUSIONSGESETZ

Es ist bemerkenswert, dass im Entwurf kein einziger Verweis des Fusionsgesetzes aufs Aktienrecht angepasst worden ist [42]. Diese Unterlassung ist noch zu beheben. Das Gleiche gilt selbstverständlich auch für sämtliche übrigen Gesetze, die auf das Aktienrecht verweisen. Zudem wäre es begrüssenswert, wenn diverse Bestimmungen des Fusionsgesetzes auf ihre Zweckmässigkeit hin überprüft und bestehende Unklarheiten und Fehler beseitigt würden.

10. FAZIT

Die Ausführungen zeigen, dass etliche der im Entwurf zur Revision des Aktienrechts vorgeschlagenen Bestimmungen Mängel aufweisen oder inkohärent sind. Es bleibt zu hoffen, dass es in der parlamentarischen Beratung gelingen wird, die

größten Mängel des Entwurfs noch zu beheben. Dennoch ist nicht davon auszugehen, dass mit dieser Gesetzesnovelle der Reigen der Gesetzesrevisionen im Gesellschaftsrecht [43] beendet wird. Wegen der im Entwurf enthaltenen Mängel

und weil darauf verzichtet wurde, berechnete Reformanliegen wie z. B. die Regelung der Dispoaktien in den Entwurf aufzunehmen [44], ist ein erneuter Revisionsbedarf im Aktienrecht schon heute absehbar [45]. ■

Anmerkungen: * Der vorliegende Text basiert auf einem vom Autor gehaltenen Referat und ist als erste Stellungnahme und nicht als abschliessende Würdigung zu verstehen; es sei dem Autor zugestanden, da und dort klüger zu werden. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakernet.com). **1)** Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, 1589–1818. **2)** Vgl. diesbezüglich etwa die elektronische Handelsplattform der Berner Kantonbank für Aktien, die nicht an der Börse kotiert sind. **3)** Vgl. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 698. **4)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1640. **5)** BGE 83 II 284 E. 3c. **6)** Vgl. z. B. den in ZBGR 1999, 160–167, publizierten Entscheid des Bundesgerichts. **7)** Vgl. Mitteilung des EHRA betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, Reprax 2/2001, 59–65. **8)** So aber wohl die Botschaft (zit. Anm. 1), 1641 Fn 105. **9)** Ähnlich Trigo Trindade, *Révision(s) du droit de la société anonyme et du droit comptable*, in: Jean-Tristan Michel (Hrsg.), *La révision du droit de la société anonyme*, Cedidac n. 76, Lausanne 2008, 12. **10)** Vgl. Botschaft (zit. Anm. 1), 1641, Fn 105. **11)** Gl.M. Trigo Trindade (zit. Anm. 9), 1–25, 11. **12)** Vgl. Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstel-

lung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Aufl., Bern 2008, N 261. **13)** Art. 2 Abs. 2 ZGB. **14)** Vgl. z. B. die Ausgabebedingungen für die am 23. April 2008 beschlossene Kapitalerhöhung der UBS AG, bei der das Bezugsrecht allerdings handelbar war. **15)** Vgl. dazu Glanzmann (zit. Anm. 12), N 256. **16)** Vgl. dazu Glanzmann (zit. Anm. 12), N 271 a. **17)** Vgl. statt vieler Hess, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 656 a N 5 und Art. 656 d N 5. **18)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1656–1657. **19)** Vgl. Botschaft (zit. Anm. 1), 1660. **20)** Vgl. dazu z. B. Glanzmann (zit. Anm. 12), N 279 b f. **21)** Vgl. statt vieler Kurer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 678 N 16. **22)** Gl.M. Trigo Trindade (zit. Anm. 9), 18. **23)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1672. **24)** Gl.M. Trigo Trindade (zit. Anm. 9), 16. **25)** BGE 132 III 71 E. 1.2. **26)** Das Gleiche gilt auch für Art. 702 a OR; vgl. unten 6.11. **27)** Vgl. z. B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 23 N 84; Lambert, *Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei Tagungsarten*, Reprax 2/2000, 37 f. **28)** In diesem Sinne auch Trigo Trindade (zit. Anm. 9), 23. **29)** Vgl. etwa BGE 67 I 347; 128 III 145. **30)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1683.

31) Vgl. etwa Wernli, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 711 N 5, m. w. H. **32)** Eingehend dazu Dubs, *Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre*, SZW 2008, 159–174. **33)** Vgl. BGE 111 II 288 f.; 116 II 323. **34)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1687. **35)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1688. **36)** Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 27), § 50 N 198; Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 722. **37)** Vgl. BGE 116 II 541. **38)** Vgl. dazu Glanzmann, *Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung?*, Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 2007, 6–23, 10–18. **39)** Vgl. BGE 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003, E. 4. **40)** Art. 759 Abs. 2 OR des Entwurfs über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 992. **41)** Art. 759 Abs. 3 OR des Entwurfs über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 992. **42)** Vgl. oben 2.4 und 2.7. **43)** Vgl. dazu Kunz, *Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht*, SJZ 2006, 145–155; Forstmoser, *Wirtschaftsrecht im Wandel*, SJZ 2008, 133–137. **44)** Botschaft (zit. Anm. 1), 1619–1621. **45)** Gl.M. Trigo Trindade (zit. Anm. 9), 25.

RÉSUMÉ

La grande réforme du droit de la SA

Le projet de révision du droit de la société anonyme est un bouquet multicolore de modifications dont certaines sont véritablement bienvenues. Il propose par exemple que les sociétés cotées en bourse puissent procéder à un regroupement d'actions sans le consentement de l'ensemble des actionnaires, qu'en cas d'apports en nature sous forme de biens immobiliers il soit possible de ne produire qu'un seul acte authentique même si les biens se trouvent dans des cantons différents, que les statuts puissent prévoir une marge de fluctuation du capital dans les limites de laquelle le conseil d'administration pourrait modifier le capital-actions comme il l'entend pendant trois ans au plus, que la société puisse verser un dividende intermédiaire issu du bénéfice de l'exercice en cours ou encore que les actionnaires des sociétés privées puissent obtenir, sur demande, les mêmes informations sur les indemnités de la haute direction que

dans les sociétés cotées. Enfin, il envisage d'abolir la responsabilité solidaire de l'organe de révision.

Mais ce projet contient aussi de nombreuses propositions boiteuses, voire incohérentes. En cas de libération par compensation, il ne devrait par exemple être possible de compenser des créances que si les prestations sur lesquelles elles portent peuvent faire l'objet d'un apport en espèces ou en nature. Par ailleurs, tous les apports en capital d'un associé – y compris les agios et les versements supplémentaires – devraient être affectés à une réserve issue du capital, mais ils ne pourraient cependant pas être reversés aux actionnaires car la réserve issue du capital ne peut être ni distribuée ni réduite. Pour l'exercice des droits des actionnaires minoritaires, le projet ne prévoit pas moins de neuf seuils différents, totalement incohérents pour certains. Une assemblée générale ne devrait pouvoir se tenir à l'étranger que si les statuts

le prévoient. La durée du mandat des membres du conseil d'administration serait obligatoirement d'un an, avec des conséquences négatives pour la continuité. Les statuts devraient pouvoir contenir une réserve d'approbation de l'assemblée générale pour la plupart des décisions du conseil d'administration, ce qui réduirait la sécurité juridique des transactions avec les sociétés anonymes.

Espérons donc que le Parlement corrigera les plus gros défauts de ce projet. Mais il ne faut pas s'attendre à ce que cette nouvelle mette un terme aux révisions du droit des sociétés. En effet, les défauts du projet et surtout le fait d'avoir renoncé à certaines réformes pourtant nécessaires, par exemple en matière d'actions dispo, laissent déjà présager de la prochaine révision du droit de la société anonyme. LG/PB