

Vorschläge zur Aktienrechtsrevision

Hans Caspar von der Crone | Luca Angstmann*

On November 23, 2016, the Federal Council published its proposal for a revised law on companies limited by shares. After the proposal was mainly well received it's ready to take the next step: Since the Legal Affairs Committees decided to enter into the proposal the National Council will probably hold discussions 2017 (Winter Session).

This year's SZW Conference strongly focused on the proposal for a revised law on companies limited by shares. The present article takes up the resulting discussions and drafts particular suggestions pursuing the proposal.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Aktienkapital
 - 1. Kapitalaufbringung
 - 2. Ordentliche Kapitalerhöhung
 - 3. Bedingte Kapitalerhöhung
 - 4. Ordentliche Kapitalherabsetzung
 - 5. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz
 - 6. Kapitalband
- III. Corporate Governance
 - 1. Traktandierungs- und Antragsrecht
 - 2. Verwendung elektronischer Medien an der Generalversammlung
 - 3. Beschlussfassung an der Generalversammlung
 - 4. Rückerstattungsklage
 - 5. Statutarische Schiedsklausel
- IV. Änderungsvorschläge

I. Einleitung

Am 23. November 2016 hat der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zur Revision des Aktienrechts verabschiedet.¹ Nachdem die vorgeschlagene Änderung mehrheitlich positiv aufgenommen wurde,² geht es nun in die nächste Etappe: Die Kommission für Rechtsfragen hat an der Sitzung vom 31. August 2017 entschieden, auf den Entwurf des Bundesrats einzutreten. Sie betont, dass die nun mittlerweile seit fünfzehn Jahren hängige Revision im Interesse der Rechtssicherheit zum Abschluss gebracht werden müsse.³ Das Geschäft wird daher voraussichtlich in der Wintersession 2017 Eingang in die Beratung des Nationalrats finden. Der Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen zufolge werden mehr die politischen und weniger die technischen Aspekte der Vorlage im Vordergrund der Diskussion stehen.⁴

¹ Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. sowie Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff.

² Vgl. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil II, SJZ 113/2017, 153–163, 162 f., welche zu Recht auf die übertriebene Reaktion des Gewerbeverbands hinweisen; Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 1/2017, 28–46, 29; Peter Böckli, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2/2017, 133–151, 133.

³ Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 4. September 2017.

⁴ Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 26. Juni 2017, wonach in den Beratungen namentlich die potenziellen Auswirkungen der Vorlage auf die Wirtschaft, die vorgesehenen Geschlechterrichtwerte und die Bestimmungen zur Transparenz im Rohstoffsektor diskutiert wurden.

* Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und RA MLaw Luca Angstmann, beide Universität Zürich.

Die SZW-Tagung 2017 stand im Zeichen der laufenden Aktienrechtsrevision. Der vorliegende Beitrag greift die daraus entstandenen Diskussionen auf und formuliert in Anknüpfung an den von den Autoren im Februar 2017 veröffentlichten Beitrag einige Vorschläge zur Weiterführung der Vorlage.⁵

II. Aktienkapital

Eine Revision des Aktienrechts, welche die Vorschriften über das Aktienkapital unberührt lässt, wäre kaum denkbar. Die angestrebte Modernisierung der Kapitalvorschriften kann als gelungen betrachtet werden.⁶ Die folgenden Punkte wären jedoch einer Verbesserung zugänglich.

1. Kapitalaufbringung

Bei der Gründung und Kapitalerhöhung kommt der Einbringung von Sachwerten grosse praktische Bedeutung zu. Im geltenden Recht steht dazu die Sacheinlageliberierung im Vordergrund. Die Regelung zur Sachübernahme versteht die aktienrechtliche Literatur demgegenüber primär als präventive Massnahme gegen eine mögliche Umgehung der Sacheinlagevorschriften.⁷ Diese Sichtweise ist verkürzt: Die Sachübernahme ist ein alternativer Weg, mit dem sich Sachwerte in einer anderen zeitlichen Abfolge, aber mit gleicher Rechtssicherheit als Aktivum in die Bilanz der Aktiengesellschaft einbringen lassen.⁸

Der Entwurf sieht nun eine Streichung der Vorschriften über die Sachübernahme vor. Die Botschaft führt dazu aus, die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR sowie die Verantwortlichkeit stellen einen genügenden Schutz der Gesellschaft sicher.⁹ Aus

der Sicht der Gründer bzw. der an der Kapitalerhöhung Beteiligten besteht allerdings ein legitimes Interesse an einem Verfahren, das – soweit es korrekt abgewickelt wird – verlässlich vor dem späteren Vorwurf schützt, die Gläubigerinteressen seien durch falsch bewertete Sachübernahmen gefährdet worden. Mit der Neuerung entfällt dieser *safe harbor*.

Eine effiziente aktienrechtliche Ordnung beschränkt sich nicht darauf, Pflichtverletzungen *ex post* zu sanktionieren, sondern ermöglicht es den Beteiligten auch, sich *ex ante* einen verlässlichen Überblick über ihre Rechte und Pflichten zu verschaffen. Die Sachübernahmenvorschriften schaffen in diesem Sinn Klarheit und Vorhersehbarkeit und sollten deshalb nicht gestrichen werden (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 634 E-OR und Art. 704 E-OR in Abschnitt IV).¹⁰

Zu begrüssen ist hingegen die vorgesehene Regelung der Verrechnungsliberierung (Art. 634a E-OR):¹¹ Mit der Verrechnungsliberierung wird Fremd- in Eigenkapital umgewandelt. Dieser Tausch von Forderungen in Aktien ist vor allem bei Sanierungen von grosser praktischer Bedeutung.¹² Die bisherige, punktuelle Regelung der Verrechnungsliberierung wird der Bedeutung dieses Instituts nicht gerecht.

2. Ordentliche Kapitalerhöhung

Es scheint wenig überzeugend, dass Gesellschaften mit einem erweiterten Statuteninhalt nicht in den Genuss der Verfahrenserleichterungen nach Art. 650 Abs. 4 bzw. Art. 652g Abs. 3 E-OR kommen sollen. Kapitalerhöhungen in Schweizer Franken unter Einräumung des Bezugsrechts sollten daher unabhängig vom übrigen Statuteninhalt, nicht der öffentlichen Beurkundung unterstehen (vgl. Vorschlag für die An-

⁵ Siehe Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, 3–24.

⁶ Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den vorgesehenen Änderungen der Vorschriften über das Aktienkapital findet sich im Beitrag Hans Caspar von der Crone/Linus Cathomas, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 5/2017.

⁷ Vgl. Peter Forstmoser, Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme, kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f., REPRAX 4/2003, 1–16, 5; Markus D. Vischer, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 4/2012, 287–298, 289.

⁸ Siehe auch Manuel Meyer, Die Sacheinlage im Aktienrecht, SSHW, Band 328, Zürich/St. Gallen 2015, 47.

⁹ Botschaft (Fn. 1), 89.

¹⁰ Ausführlich dazu Böckli (Fn. 2), 140 ff.; zutreffend weisen Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann (Fn. 2), 27, sodann darauf hin, dass im Falle der Abschaffung der Sachübernahmenvorschriften eine verdeckte Sacheinlage nur unter den restriktiven Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots angenommen werden darf (vgl. auch von der Crone/Angstmann [Fn. 5], 5).

¹¹ Vgl. jedoch Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann (Fn. 2), 27, die es ablehnen, die Verrechnungsliberierung während zehn Jahren in den Statuten erwähnen zu müssen.

¹² Böckli (Fn. 2), 138, nach dem der in der Verrechnung enthaltene Forderungsverzicht im Falle der Überschuldung nicht genügt, um die Deckung der neu in Verkehr gesetzten Aktien durch einen Aktivenüberschuss herzustellen.

passung der Art. 650 E-OR und Art. 653g E-OR in Abschnitt IV).¹³

3. Bedingte Kapitalerhöhung

Bei der bedingten Kapitalerhöhung sollten die Voraussetzungen zur Festsetzung des Ausgabebetrags in Art. 653c Abs. 4 E-OR den in Art. 652b Abs. 4 E-OR genannten Voraussetzungen für den Entzug des Bezugsrechts entsprechen (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 653c Abs. 4 E-OR und Art. 653g E-OR in Abschnitt IV).

4. Ordentliche Kapitalherabsetzung

Nach Art. 653k Abs. 1 E-OR hat der Verwaltungsrat im Rahmen der Kapitalherabsetzung einen einmaligen Schuldenruf durchzuführen. Die Botschaft führt hierzu aus, dass der Verwaltungsrat die Wahl hat, den Schuldenruf vor oder nach der Beschlussfassung der Generalversammlung durchzuführen.¹⁴ Der vergrösserte Spielraum des Verwaltungsrats bei der Ausgestaltung des Verfahrens ist zu begrüssen. Angesichts der grossen praktischen Bedeutung wäre es aber sinnvoll, diese Wahlmöglichkeit explizit im Gesetzestext vorzusehen. Darüber hinaus sollte auch geregelt werden, wie aktuell der Schuldenruf sein sollte, wenn er vor der Generalversammlung durchgeführt wird. Eine den Bestimmungen des Fusionsgesetzes zum Erfordernis der Zwischenbilanz entsprechende Regelung (vgl. Art. 11 Abs. 1; Art. 35 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 FusG) wäre hierbei angebracht (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 653k E-OR in Abschnitt IV).

5. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz

Eine Kapitalherabsetzung kann zur teilweisen oder vollständigen Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz erfolgen. Nach Art. 653p E-OR finden diesfalls die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung zum Gläubigerschutz und zu den Feststellungen des Verwaltungsrats keine Anwendung. Der Entwurf äussert sich nicht näher zur Frage, wann eine Unterbilanz vorliegt, und insbeson-

dere nicht dazu, ob stille Reserven aufzulösen sind. Diese Frage ist indes unter geltendem Recht umstritten.¹⁵ Sofern stille Reserven nach Aktien- und Rechnungslegungsrecht aufgelöst werden dürfen, hat der Verwaltungsrat nach hier vertretener Auffassung davon Gebrauch zu machen, bevor eine Unterbilanz mittels Kapitalherabsetzung herabgesetzt werden darf. Vorbehalten bleibt jedoch die Kapitalherabsetzung in Form von gleichmässiger Nennwertherabsetzung. Da hierbei keine Aktionärsinteressen tangiert sind, sollte der Verwaltungsrat auch nicht zur vorgängigen Auflösung der stillen Reserven verpflichtet sein (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 653p E-OR in Abschnitt IV).¹⁶

6. Kapitalband

Kapitalveränderungen liegen grundsätzlich in der Kompetenz der Generalversammlung. Immerhin kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat nach geltendem Recht im Rahmen des genehmigten Kapitals zur Erhöhung des Kapitals ermächtigen (Art. 651 OR). Mit dem Kapitalband wird der zeitliche Spielraum für eine solche Ermächtigung ausgebaut, und sie wird durch eine spiegelbildliche Kompetenz zur Kapitalherabsetzung ergänzt (Art. 653s ff. E-OR): Die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat in den Statuten ermächtigen, das Aktienkapital während einer Dauer von fünf Jahren um maximal 50% zu erhöhen bzw. herabzusetzen (Art. 653s Abs. 1 E-OR).¹⁷

Das Kapitalband wird den Gesellschaften künftig neben den ordentlichen Verfahren zur Kapitalerhöhung und -herabsetzung zur Verfügung stehen.¹⁸ Die verschiedenen Verfahren müssen deshalb aufeinander abgestimmt werden.¹⁹ Der Entwurf sieht dazu vor, dass ein früher eingeführtes Kapitalband entfällt,

¹³ Ausführlich dazu von der Crone/Cathomas (Fn. 6), Kap. III. 2.1.4.

¹⁴ Botschaft (Fn. 1), 506.

¹⁵ Zum Meinungsstand vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 400, FN 911 und 912.

¹⁶ Vgl. von der Crone/Cathomas (Fn. 6), Kap. III. 2.1.2.

¹⁷ Zur Entwicklung und Umsetzung vgl. von der Crone/Angstmann (Fn. 5), 7 f.

¹⁸ Entsprechend werden die Bestimmungen über die genehmigte Kapitalerhöhung gestrichen.

¹⁹ Ausführlich dazu: Dieter Gericke, Kapitalband, Flexibilität in Harmonie und Dissonanz, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen, 113–133, 118 ff.; ders., Das Kapitalband im Vorentwurf 2014, GesKR 1/2015, 109–113, 112.

wenn eine spätere Generalversammlung eine ordentliche Kapitalerhöhung oder -herabsetzung beschliesst (Art. 653v E-OR). Soll das Kapitalband fortbestehen, hat es die Generalversammlung nach der Kapitalerhöhung oder -herabsetzung und deshalb unter Einbezug der neuen Ausgangslage zu bestätigen.²⁰

Will die Gesellschaft Wandel- oder Optionsrechte ausgeben, braucht sie bedingtes Kapital. Dieses kann die Generalversammlung künftig sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Kapitalbands zur Verfügung stellen.²¹

Mit der Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte erhöht sich das Aktienkapital. Formell hat der Verwaltungsrat deshalb nach Abschluss des Geschäftsjahrs das Aktienkapital sowohl in den Statuten als auch im Handelsregister anzupassen. Soll danach der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats für Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands erhalten bleiben, müssen im Fall von bedingtem Kapital ausserhalb des Kapitalbands mit der Eintragung des neuen Aktienkapitals auch die Grenzen des Kapitalbands angehoben werden.²²

Erhöhung aus bedingtem Kapital um 60

Ausgangspunkt: Aktienkapital 200



²⁰ Hierzu könnte aber auch eine vorgängig in die Statuten aufgenommene Bestimmung dienen.

²¹ Eingehend *Olivier Baum*, Kapitalband und bedingtes Kapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision: Zwei Spieler derselben Mannschaft?, GesKR 1/2017, 47–58, 48.

²² *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 2), 29; *Baum* (Fn. 21), 52.

Das Gesetz sollte dies klarstellen und den Verwaltungsrat ausdrücklich dazu ermächtigen, mit der Anpassung des statuarischen Aktienkapitals auch die obere und untere Grenze des Kapitalbands anpassen zu können.²³

Die obere Grenze des Kapitalbands erhöht sich demzufolge um den Betrag der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital. Die untere Grenze des Kapitalbands leitet sich aus dem ursprünglichen Verhältnis von der oberen Grenze und der unteren Grenze des Kapitalbands ab (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 653g E-OR und Art. 653w E-OR in Abschnitt IV).²⁴

III. Corporate Governance

1. Traktandierungs- und Antragsrecht

Seit dem Inkrafttreten der VegüV werden an den Generalversammlungen der schweizerischen Publikums-gesellschaften in der Regel mehr als 90% (teilweise sogar über 99%) der vertretenen Aktienstimmen durch unabhängige Stimmrechtsvertreter ausgeübt.²⁵ Soweit Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter keine Weisungen zur Stimmabgabe erteilen, hat sich dieser der Stimme zu enthalten (Art. 10 Abs. 2 VegüV bzw. Art. 689b Abs. 3 E-OR). Damit verlagert sich die Entscheidungsfindung auf den Zeitraum vor der Generalversammlung: Eine repräsentative Stimmabgabe ist nur für Geschäfte gewährleistet, die samt den dazugehörigen Anträgen bereits auf dem Instruktionsformular für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter aufgeführt sind. Art. 699b E-OR trägt dem mit der Einführung eines Minderheitenrechts zur vorgängigen Antragsstellung Rechnung. Allerdings sind die neuen Schwellenwerte tief:²⁶ Aktionäre, die 0,5% der Aktienstimmen vertreten, können verlangen, «dass Anträge zu Verhandlungsgegenständen

in die Einberufung der Generalversammlung aufgenommen werden». Die tiefe Schwelle von 0.5% für das vorgängige Antragsrecht scheint jedoch akzeptabel, wenn umgekehrt am bisherigen Art. 703 OR festgehalten wird (vgl. dazu hinten Abschnitt III.3).²⁷

Richtigerweise sieht der Entwurf für die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit 5% bzw. 10% sodann einen höheren Schwellenwert vor. Ausserordentliche Generalversammlungen sind aufwendig und schaffen im Vergleich zu einem Zuwarten bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung oft nur einen geringen Mehrwert.

2. Verwendung elektronischer Medien an der Generalversammlung

Mit der Verwendung von elektronischen Mitteln und ganz besonders mit einer künftigen virtuellen Generalversammlung werden aktienrechtliche Entscheidungsvorgänge in den Bereich der sozialen Medien verlagert. Erfahrungsgemäss ist die Entwicklung der Technik und des Benutzerverhaltens in den sozialen Medien kaum vorhersehbar. Insofern ist es richtig, dass sich der Gesetzgeber auf die Regelung der Eckwerte beschränkt und im Übrigen Raum für künftige Entwicklungen lässt.²⁸ Der weitgehende Freiraum beim Einsatz elektronischer Medien an der Generalversammlung, verbunden mit klaren Eckwerten zu den Aktionärsrechten, ist somit zu begrüssen.

3. Beschlussfassung an der Generalversammlung

Der Entwurf sieht für Abstimmungen in der Generalversammlung den Übergang von der Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen zur Mehrheit der abgegebenen Stimmen vor. Stimmenthaltungen, die heute wie Nein-Stimmen zählen, würden sich nicht mehr auf das Ergebnis auswirken.

Auf den ersten Blick erhöht die neue Regel die Aussagekraft von Generalversammlungsentscheiden. Zusammen mit der bereits erwähnten Verschiebung der Stimmrechtsausübung zum unabhängigen Stimm-

²³ Eine konkretisierende Regelung könnte jedoch auch in die Handelsregisterverordnung Eingang finden (vgl. von Crone/Angstmann [Fn. 5], 10); vgl. auch Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann (Fn. 2), 30.

²⁴ Denkbar wäre auch, dass die Anhebung der unteren Grenze des Kapitalbands ebenfalls um den Betrag der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital erfolgt (so explizit Baum [Fn. 21], 56).

²⁵ Siehe dazu Kaspar Projer, Die Übermittlung des Aktionärs-willens durch die unabhängige Stimmrechtsvertretung, Diss. Zürich 2017, 18.

²⁶ Von der Crone/Angstmann (Fn. 5), 11.

²⁷ Es scheint indes unwahrscheinlich, dass ein Antrag eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 0,6% an der Generalversammlung angenommen wird (Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann [Fn. 2], 35).

²⁸ Im Einzelnen von der Crone/Angstmann (Fn. 5), 13.

rechtsvertreter seit Inkrafttreten der VegüV könnte die Neufassung von Art. 703 E-OR in der Praxis der kotierten Gesellschaften allerdings das Gegenteil bewirken.²⁹ Neben dem Minderheitenrecht zur vorgängigen Antragsstellung (Art. 699b E-OR, vgl. vorn Abschnitt III.1) wird den Aktionären nach wie vor das Individualrecht zur Antragsstellung an der Generalversammlung selbst zustehen. Für solche erst an der Generalversammlung gestellten Anträge können naturgemäss keine konkreten Weisungen vorliegen.

Zwar können die Aktionäre Auffangweisungen erteilen wie etwa, es sei bei neuen Anträgen der Empfehlung des Verwaltungsrats zu folgen. Auffangweisungen tragen aber nur beschränkt zu einer repräsentativen Entscheidungsfindung bei. Viele institutionelle Anleger sind denn auch nicht bereit, solche allgemeine Instruktionen zu erteilen. Als Konsequenz dürfte sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei neuen Anträgen mit dem überwiegenden Teil der ihm zur Vertretung übertragenen Stimmen zu enthalten haben. Der neue Antrag führt für das betreffende Geschäft zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse zugunsten der weniger als 5% der Aktienstimmen, die an der Generalversammlung persönlich vertreten werden. Es besteht die Gefahr von Entscheidungen gestützt auf Zufallsmehrheiten.³⁰

Mittelfristig könnte der Einbezug der elektronischen Medien neue Lösungsansätze eröffnen. Die entsprechenden Entwicklungen lassen sich zurzeit aber, wie erwähnt, nur beschränkt abschätzen – eine Socialmedia-Generalversammlung kann schon bald Realität sein oder noch lange auf sich warten lassen.

Bei dieser Ausgangslage scheint es besser, am geltenden Art. 703 OR festzuhalten und den Aktionären nach Art. 699 Abs. 2 E-OR mit einer Beteiligung von 0,5% des Aktienkapitals das Recht zu geben, Anträge vorgängig einzubringen und so auf das Instruktionsformular setzen zu lassen (vgl. Vorschlag für die Anpassung der Art. 703 E-OR und Art. 704 E-OR in Abschnitt IV).

4. Rückerstattungsklage

Art. 678 Abs. 1–3 E-OR sehen gegenüber dem aktuellen Art. 678 OR folgende in der Sache gerechtfertigte Änderungen vor:

- Erweiterung der Passivlegitimation auf Mitglieder der Geschäftsleitung sowie die faktischen Organe;
- Absehen von der Voraussetzung, dass die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht;
- Ausdehnung der erfassten Leistungen auf «Verfügungen»;
- Angleichung an die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (Streichung der Voraussetzung der Bösgläubigkeit, Vorbehalt der gutgläubigen Entreichung [Art. 64 OR]).

Neben der Gesellschaft und den Aktionären soll neu auch ein Gläubiger für die Gesellschaft klagen können, sofern die Leistung an eine Gesellschaft des gleichen Konzerns erfolgte (Art. 678 Abs. 4 E-OR). Ein auf konzerninterne Transaktionen beschränkter Gläubigerschutz ausserhalb eines Konkurses erscheint allerdings nicht gerechtfertigt. Soweit eine Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommt, besteht kein Anlass, die Gläubiger zum Eingriff in ihre Geschäftstätigkeit zu legitimieren.³¹ Konkursnahe konzerninterne Transaktionen werden bereits von Art. 288 Abs. 2 SchKG erfasst, gemäss dem Gesellschaften eines Konzerns als «nahestehende Personen» gelten, für die im Rahmen der Absichtspauliana eine Benachteiligungsabsicht vermutet wird (Art. 288 Abs. 1 SchKG). Auf ein Klagerecht der Gläubiger bei konzerninternen Transaktionen einer aufrechtstehenden Gesellschaft ist daher zu verzichten. Art. 678 Abs. 3 E-OR ist entsprechend zu streichen (vgl. Vorschlag für die Anpassung von Art. 678 E-OR in Abschnitt IV).³²

5. Statutarische Schiedsklausel

Neu soll in den Statuten für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten eine für die Gesellschaft, deren Organe, Mitglieder der Organe und die Aktionäre bindende Schiedsklausel vorgesehen werden können (Art. 697n Abs. 1 E-OR).

²⁹ Die *Botschaft* (Fn. 1), 563, geht gerade im gegenteiligen Sinn davon aus, dass die vorgeschlagene Änderung zur Beseitigung von Missständen im Zusammenhang mit weisungslosen Stimmrechtsvertretern führe.

³⁰ Gl. A. *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 2), 39; weniger kritisch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 2), 156.

³¹ Eingehend *Böckli* (Fn. 2), 145 f.

³² Vgl. auch *Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann* (Fn. 2), 39; *Böckli* (Fn. 2), 146; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 2), 154.

Die Geschäftstätigkeit von Aktiengesellschaften wirkt sich regelmässig auch auf die Interessen Dritter aus, zeigt – ökonomisch gesehen – also externe Effekte. Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind deshalb oft von öffentlichem Interesse. Sie unterscheiden sich in dieser Hinsicht von technischen Handelsstreitigkeiten, welche den Kern der kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit ausmachen. Angesichts dieses öffentlichen Interesses kommt einer transparenten

Rechtsprechung besondere Bedeutung zu. Schiedsgerichte aber leisten mit ihrer gewollten Intransparenz keinen Beitrag zur Entwicklung der Rechtsprechung.

Auf die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel mit bindender Wirkung, auch für Organpersonen und Aktionäre, die der Schiedsklausel persönlich nicht zugestimmt haben, ist zu verzichten.³³

IV. Änderungsvorschläge

Die Änderungen (*kursiv gesetzt*) könnten wie folgt formuliert werden:

Sachübernahme

- b. Sacheinlagen und Sachübernahmen
- Art. 634 E-OR
- ¹ Gegenstände einer Sacheinlage gelten als Deckung, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
1. Sie können als Aktiven bilanziert werden.
 2. Sie können in das Vermögen der Gesellschaft übertragen werden.
 3. Die Gesellschaft kann nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin frei darüber verfügen oder erhält, im Falle eines Grundstücks, einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch.
 4. Sie können durch Übertragung auf Dritte verwertet werden.
- ² Die Sacheinlage ist schriftlich zu vereinbaren. Der Vertrag ist öffentlich zu beurkunden, wenn dies für die Übertragung des Gegenstandes vorgeschrieben ist.
- ³ Eine einzige öffentliche Urkunde genügt auch dann, wenn Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, in verschiedenen Kantonen liegen. Die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft errichtet werden.
- ⁴ Die Statuten müssen den Gegenstand und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die dafür ausgegebenen Aktien sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft angeben. Die Generalversammlung kann die Statutenbestimmungen nach zehn Jahren aufheben.
- ⁵ *Übernimmt die Gesellschaft von Aktionären oder einer dieser nahestehenden Person Vermögenswerte oder beabsichtigt sie solche Sachübernahmen, so gelten die Voraussetzungen zur Sacheinlage entsprechend. Bestimmungen der Statuten über Sachübernahmen können auch aufgehoben werden, wenn die Gesellschaft endgültig auf die Sachübernahme verzichtet.*

³³ Gl. A. Böckli (Fn. 2), 149 f.; mit Blick auf die Rechtssicherheit befürwortend Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann (Fn. 2), 28, die allerdings hinsichtlich der Konformität mit Art. 6 Abs. 1 EMRK Zweifel hegen.

Kapitalerhöhung

1. Beschluss der Generalversammlung
- Art. 650 E-OR
- ¹ Die Generalversammlung beschliesst die ordentliche Erhöhung des Aktienkapitals.
- ² Der Beschluss der Generalversammlung muss öffentlich beurkundet werden und folgende Angaben enthalten:
1. den Nennbetrag oder gegebenenfalls den maximalen Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht werden soll;
 2. die Anzahl oder gegebenenfalls die maximale Anzahl, Nennwert und Art der neu ausgegebenen Aktien sowie Vorrechte, die mit einzelnen Kategorien von Aktien verbunden sind;
 3. den Ausgabebetrag oder die Ermächtigung des Verwaltungsrats, diesen festzusetzen, sowie den Zeitpunkt, ab dem die neuen Aktien zum Bezug von Dividenden berechtigen;
 4. bei Sacheinlagen: deren Gegenstand und Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die dafür ausgegebenen Aktien sowie allfällige weitere Gegenleistungen der Gesellschaft;
 5. bei Liberierung durch Verrechnung mit einer Forderung: den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien;
 6. die Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital;
 7. Inhalt und Wert von besonderen Vorteilen sowie die Namen der begünstigten Personen;
 8. eine Beschränkung der Übertragbarkeit neuer Namenaktien;
 9. eine Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts und die Folgen, wenn dieses nicht ausgeübt oder entzogen wird;
 10. die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte.
- ³ Die Kapitalerhöhung muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Beschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden; sonst fällt der Beschluss dahin.
- ⁴ Für den Beschluss der Generalversammlung ist die schriftliche Form ausreichend, sofern die Bezugsrechte der Aktionäre weder eingeschränkt noch aufgehoben werden, das Aktienkapital auf Schweizer Franken lautet und die Liberierung vollständig und in Schweizer Franken erfolgt.
9. Statutenänderung und Feststellungen des Verwaltungsrats
- Art. 652g E-OR
- ¹ Liegen der Kapitalerhöhungsbericht und, sofern erforderlich, die Prüfungsbestätigung vor, so ändert der Verwaltungsrat die Statuten und stellt dabei fest:
1. dass die Anforderungen des Gesetzes, der Statuten und des Generalversammlungsbeschlusses an die Leistung der Einlagen im Zeitpunkt der Feststellungen erfüllt sind;
 2. dass keine anderen Sacheinlagen, Verrechnungstatbestände oder besonderen Vorteile bestehen, als die in den Belegen genannten;
 3. dass ihm die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, vorgelegen haben.
- ² Der Beschluss über die Änderung der Statuten und die Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden. Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie ihr vorgelegen haben. Die Belege sind der öffentlichen Urkunde beizulegen.
- ³ Für den Beschluss und die Feststellungen ist die schriftliche Form ausreichend, sofern die Bezugsrechte der Aktionäre weder eingeschränkt noch aufgehoben werden, das Aktienkapital auf Schweizer Franken lautet und die Liberierung vollständig und in Schweizer Franken erfolgt.

4. Schutz der Aktionäre
- Art. 653c E-OR*
- ¹ Werden den Aktionären im Rahmen des bedingten Kapitals Optionsrechte eingeräumt, so sind die Vorschriften über das Bezugsrecht bei der ordentlichen Kapitalerhöhung sinngemäss anwendbar.
- ² Werden im Rahmen des bedingten Kapitals Anleiensobligationen oder ähnliche Obligationen ausgegeben, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind, so sind diese Obligationen vorweg den Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung zur Zeichnung anzubieten.
- ³ Dieses Vorwegzeichnungsrecht kann beschränkt oder aufgehoben werden, wenn:
1. ein wichtiger Grund vorliegt; oder
 2. die Aktien an einer Börse kotiert sind und die Anleiensobligationen oder ähnlichen Obligationen zu angemessenen Bedingungen ausgegeben werden.
- ⁴ *Durch die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts oder des Vorwegzeichnungsrechts sowie durch die Festsetzung des Ausgabebetrags darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden.*

Kapitalherabsetzung

- b. Gläubigerschutz
- Art. 653k E-OR*
- ¹ Soll das Aktienkapital herabgesetzt werden, so weist der Verwaltungsrat die Gläubiger darauf hin, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Der Hinweis muss im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden.
- ² *Die zeitliche Abfolge von Schuldenruf und Generalversammlung legt der Verwaltungsrat fest. Wird der Schuldenruf vor der Generalversammlung durchgeführt und liegt er mehr als sechs Monate zurück oder sind seither wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten, ist ein erneuter Schuldenruf durchzuführen.*
- ³ Die Gesellschaft muss die Forderungen der Gläubiger sicherstellen, wenn diese es innerhalb von 30 Tagen nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt verlangen.
- ⁴ Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft die Forderung erfüllt oder nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Aktienkapitals nicht gefährdet wird.
2. Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz
- Art. 653p E-OR*
- ¹ Wird das Aktienkapital zur teilweisen oder vollständigen Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz herabgesetzt und bestätigt ein zugelassener Revisionsexperte zuhanden der Generalversammlung, dass der Betrag der Kapitalherabsetzung den Betrag dieser Unterbilanz nicht übersteigt, so finden die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung zum Gläubigerschutz und zu den Feststellungen des Verwaltungsrats keine Anwendung.
- ² *Stille Reserven sind vom Betrag der Unterbilanz abzuziehen, es sei denn die Kapitalherabsetzung erfolgt in Form von gleichmässiger Nennwertherabsetzung.*
- ³ Der Beschluss der Generalversammlung enthält die Angaben gemäss Artikel 653n. Er nimmt Bezug auf das Ergebnis des Prüfungsberichts und ändert die Statuten.

Kapitalband und bedingtes Kapital

- c. Statuten-
änderung und
Feststellung
des Ver-
waltungsrats
- Art. 653g E-OR
- ¹ Nach Eingang der Prüfungsbestätigung ändert der Verwaltungsrat die Statuten und stellt dabei fest:
1. Anzahl, Nennwert und Art der neu ausgegebenen Aktien;
 2. gegebenenfalls die Vorrechte, die mit einzelnen Aktienkategorien verbunden sind;
 3. den Stand des Aktienkapitals, des bedingten Kapitals *und gegebenenfalls die neue obere und untere Grenze des Kapitalbands* nach Ablauf des Geschäftsjahres oder im Zeitpunkt der Prüfung;
 4. dass ihm die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, vorgelegen haben.
- ² Der Beschluss über die Änderung der Statuten und die Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden. Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie ihr vorgelegen haben. Die Belege sind der öffentlichen Urkunde beizulegen.

4. Erhöhung
oder Herab-
setzung des
Kapitals aus-
serhalb des
Kapitalbands
- Art. 653v E-OR
- ¹ Findet ausserhalb des Kapitalbands eine Erhöhung des Aktienkapitals aus bedingtem Kapital statt, so passt der Verwaltungsrat im Rahmen der Statutenänderung nach Artikel 653g auch die obere und die untere Grenze des Kapitalbands an.
- ² Beschliesst die Generalversammlung während der Dauer der Ermächtigung des Verwaltungsrats das Aktien- oder Partizipationskapital herauf- oder herabzusetzen, ein bedingtes Kapital einzuführen oder die Währung des Aktien- oder Partizipationskapitals zu ändern, so fällt der Beschluss über das Kapitalband dahin. Die Statuten sind entsprechend anzupassen.

Rückerstattungsklage

- E. Rückerstat-
tung von
Leistungen.
1. Im All-
gemeinen
- Art. 678 E-OR
- ¹ Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen sind zur Rückerstattung von Dividenden, Tantiemen, anderen Gewinnanteilen, Vergütungen, Bauzinsen, gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven oder anderen Rückzahlungen verpflichtet, wenn sie diese ungerechtfertigt bezogen haben.
- ² Übernimmt die Gesellschaft von solchen Personen Vermögenswerte oder schliesst sie mit diesen sonstige Rechtsgeschäfte ab, so werden diese Personen rückerstattungspflichtig, soweit ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.
- ³ Artikel 64 findet Anwendung.
- ~~⁴ Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft und dem Aktionär sowie, falls die Leistung zugunsten einer Gesellschaft des gleichen Konzerns erfolgt, dem Gläubiger zu. Aktionär und Gläubiger klagen auf Leistung an die Gesellschaft.~~
- ⁴ Die Generalversammlung kann beschliessen, dass die Gesellschaft Klage auf Rückerstattung erhebt. Sie kann den Verwaltungsrat oder einen Vertreter mit der Prozessführung betrauen.

