

---

**Peter V. Kunz\***

# **Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften**

## **Inhaltsübersicht**

I.	Einleitung	55
	A. Was ist eine Gesellschaft?	55
	B. Was sind Gesellschaftsstatuten?	57
	1. Theorie	57
	2. Praxis	59
	3. Reflexdiskussionen	60
II.	Statuten	61
	A. Form – keine Änderungen durch Aktienrechtsrevision	61
	1. Öffentliche Beurkundung	61
	2. Eintragung im Handelsregister	62
	3. Exkurs: Transparenz	62
	B. Inhalt – kaum Änderungen durch Aktienrechtsrevision	63
	1. Notwendige Statuteninhalte	63
	2. Bedingt notwendige Statuteninhalte	63
	3. Freiwillige Statuteninhalte	69
	4. Börsengesellschaftsrechtliche Spezialitäten	71
	C. Statutenänderungen – kaum Änderungen durch Aktienrechtsrevision	75
	1. Zuständigkeiten	75
	2. Beschlussquoren	75
	3. Wirksamkeit	77
	D. Übergangsrecht	77
	E. Sonstige Gesellschaftsformen	78
III.	Schluss	79

## **I. Einleitung**

### **A. Was ist eine Gesellschaft?**

Sololäufe taugen in der Wirtschaft und im Wirtschaften selten, d.h. Zusammenarbeit ist unerlässlich. Zahlreiche Kooperationsformen in der Wirtschaftsrealität

---

\* Ich bedanke mich für ihre äusserst wertvolle Unterstützung bei meiner wissenschaftlichen Assistentin, Frau Rechtsanwältin Stefanie Alder.

basieren auf einer *vertragsrechtlichen Basis*. Oftmals besteht aber eine *gesellschaftsrechtliche* Grundlage für eine wirtschaftliche Zusammenarbeit. Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen «Vertrag» und «Gesellschaft», mit der weitreichende Rechtsfolgen verbunden sind<sup>1</sup>, durchaus strittig sein – dies selbst für den Fall des Einsatzes von Arbeit oder von Kapital durch die Parteien bzw. die Gesellschafter<sup>2</sup>.

Damit überhaupt eine *Gesellschaft* (statt einem Vertrag) vorliegt, müssen in jedem Fall drei Voraussetzungen erfüllt sein<sup>3</sup>:

Es müssen eine (i) Personenvereinigung<sup>4</sup>, ein (ii) gemeinsamer Zweck zwischen diesen Personen sowie eine (iii) *vertragliche Grundlage* vorliegen – bei den Körperschaften stellen die sog. *Statuten* das letztgenannte Element dar. Während bei den Personengesellschaften betreffend Gesellschaftsvertrag keine Formvorschriften bestehen, gilt dies nicht bei den Statuten, die in einem *formalisierten Akt* zu erlassen und zu publizieren sind<sup>5</sup>.

Der ohne Zweifel revisionsbedürftige *Begriff* der Aktiengesellschaft (AG)<sup>6</sup> enthält heute keinen Hinweis auf die Statuten (Art. 620 Abs. 1 OR), sondern erwähnt sie einzig bei den «statutarischen Leistungen» im Rahmen von Art. 620 Abs. 2 OR. Zwar werden die Statuten auch mit dem aktuellen Aktienrechtsprojekt *nicht zum Begriffselement*, doch immerhin werden sie insofern erwähnt, als das Aktienkapital darin erwähnt werden muss (Art. 620 Abs. 1 Satz 2 E-OR). Gegenüber dem Status quo handelt es sich indes um keine inhaltliche Neuerung<sup>7</sup>.

Materiell wird das neue Aktienrecht die *Bedeutung der Statuten* im Übrigen nicht verändern. Die Statuten sind Grundbaustein sämtlicher Körperschaften im Schweizer Gesellschaftsrecht.

---

<sup>1</sup> Bei *Vertragsparteien*, die als Gläubiger oder als Schuldner berechtigt bzw. verpflichtet sind, unterscheidet sich die Rechtslage erheblich von der Situation bei *Gesellschaftern* – im Wesentlichen geht es bei den Differenzen meist um Fragen der *Haftung* und der *Mitsprache*.

<sup>2</sup> Die einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR ist nicht immer leicht abzugrenzen von den sog. *partiarischen Vertragsverhältnissen* (z.B. von den partiarischen Darlehen oder von den partiarischen Einzelarbeitsverträgen); allg.: MARTIN FURRER, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft (Diss. Zürich 1995) 130 ff.

<sup>3</sup> Im Detail: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007) § 1 N 2 f. m.w.H.

<sup>4</sup> Der Begriff «Vereinigung» deutet zwar auf eine *Mehrzahl von Gesellschaftern* hin, doch ist dies seit einiger Zeit bei den AG und bei den GmbH nicht (mehr) erforderlich: Art. 625 OR sowie Art. 772 Abs. 1 OR.

<sup>5</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. A.

<sup>6</sup> Die AG hat zwei Pflichtorgane, nämlich die *Generalversammlung* (GV) und den *Verwaltungsrat* (VR).

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 1.

## B. Was sind Gesellschaftsstatuten?

### 1. Theorie

#### a) Privatautonomie

Die Statuten sind das *zentrale Organisationselement* sämtlicher AG und berechtigten bzw. verpflichten nebst der Gesellschaft im Prinzip sämtliche (aktuellen und künftigen) Aktionäre<sup>8</sup>. Die Statuten erhöhen somit die Rechtsverbindlichkeit.

Im Hinblick auf die *Rechtsnatur* der Statuten besteht eine Verwandtschaft zu einem «Vertrag» oder zu einem «Gesetz», was sich nicht zuletzt bei deren Auslegung zeigt<sup>9</sup>. Die Statuten sind *obligatorisch* bei einer AG – anders als andere praxisrelevante Strukturelemente bei AG wie etwa die Organisationsreglemente<sup>10</sup> oder die Aktionärsbindungsverträge (ABV)<sup>11</sup>. Die Statuten stellen sozusagen die «*Verfassung*» der AG dar<sup>12</sup>.

Ohne Statuten kann eine AG weder gegründet werden noch fortbestehen, d.h. sie sind *conditio sine qua non* für die Körperschaften bzw. für die AG. Dem *Errichtungsakt* bei der Gesellschaftsgründung müssen die *Statuten beigelegt* werden (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Das neue Aktienrecht wird daran nichts ändern.

Der *Grundsatz der Privatautonomie* beherrscht das Privatrecht im Allgemeinen und das Aktienrecht im Besonderen – m.E. ist also das Aktienrecht im Zweifel nicht zwingender, sondern dispositiver Natur<sup>13</sup>. Die Privatautonomie gelangt somit als Prinzip ebenfalls bei der *Statutengestaltung* zur Anwendung. *Einschränkungen* der Gestaltungsfreiheit ergeben sich immerhin daraus, dass in der Praxis einerseits meist Musterstatuten verwendet werden<sup>14</sup>, und dass andererseits gewisse Statuteninhalte notwendig bzw. obligatorisch sind<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Statt aller: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 15 N 4 ff. m.w.H.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. I. B. 2. b.

<sup>10</sup> Ein Organisationsreglement braucht es – nebst einer statutarischen Grundlage – für den Fall einer *Delegation*, mit der eine *Haftungsbegrenzung* verbunden sein soll: Art. 716b Abs. 1 OR i.V.m. Art. 754 Abs. 2 OR.

<sup>11</sup> In ABV werden häufig Themen geregelt, die in den Statuten *nicht* festgeschrieben werden können (z.B. hinsichtlich Finanzierungs- und sonstiger *Pflichten* der Aktionäre).

<sup>12</sup> DAVID HÜPPI, Die Methode zur Auslegung von Statuten (Diss. Zürich 1971) 1.

<sup>13</sup> PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13 (Berlin/New York 1997) 256; detailliert: KUNZ (FN 8), § 6 N 172 ff.

<sup>14</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. I. B. 2. a.

<sup>15</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 1.

## b) Kognition des Handelsregisterführers

Dem *Handelsregisterführer* steht gemäss Art. 940 Abs. 1 OR eine spezifische *Prüfungsbefugnis* betreffend die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragungen im Handelsregister (HR) zu – insofern besteht eine staatliche Vorkontrolle<sup>16</sup>, die eine mögliche gerichtliche Überprüfung aufgrund einer Aktionärsklage (z.B. basierend auf Art. 706 f OR) ergänzt. Art. 940 Abs. 2 OR hält in Bezug auf die *Gesellschaftsstatuten* fest:

«Bei der Eintragung juristischer Personen ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen».

Umstritten war (und ist weiterhin) in der Doktrin<sup>17</sup> die *Kognitionsbefugnis* in erster Linie bei *Statutenänderungen*. Die Gerichtspraxis<sup>18</sup> erweist sich als Bollwerk und unterscheidet nach wie vor<sup>19</sup> zwischen (i) sog. registerrechtlichen Aspekten (mit «voller Kognition») und (ii) sog. materiellrechtlichen Fragen (mit «beschränkter Kognition») – materiell interveniert der Handelsregisterführer in *qualifizierten Situationen*, nämlich wenn die Statuten gegen zwingendes Recht verstossen, das im öffentlichen Interesse oder zum Schutze von Dritten aufgestellt wurde, sofern diese Gesetzesverletzung offensichtlich und unzweideutig ist<sup>20</sup>.

Das *Handelsregisterrecht* erfährt durch die aktuelle Aktienrechtsrevision zahlreiche Änderungen, auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen werden kann. Allerdings wird die Kognition des Handelsregisterführers durch diese Revision *nicht berührt* werden, so dass der Status quo zur (materiell: beschränkten) Statutenprüfung weiterhin bestehen bleibt – diese rechtspolitische Unterlassung ist m.E. zu bedauern<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> In diese *staatliche Vorkontrolle* wird nebst dem *Handelsregisterführer* die *öffentliche Urkundsperson* (bzw. der Notar) eingebunden: Vgl. dazu hinten Ziff. II. A. 1.

<sup>17</sup> Übersichten: LUKAS BLÄTTLER, Von den Mühen mit den Mühen oder: Was Parkinsons Gesetz mit der Kognition des Handelsregisterführers zu tun haben könnte, in: FG für P. Forstmoser (Zürich 2008) 217 ff.; THOMAS KOCH, Das Zwangsverfahren des Handelsregisterführers (Diss. Zürich 1997) 106 ff.; THOMAS SCHNEIDER, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidkompetenz der Handelsregisterbehörden (Diss. Zürich 1959) 259 ff.

<sup>18</sup> Beispiele: BGE 132 III 668 Erw. 3.1; BGE 125 III 21 Erw. 3. b.; BGE 119 II 465 Erw. 2. b.

<sup>19</sup> Hinweise: CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörden (Diss. Zürich 1996) 103 ff.; KUNZ (FN 8), § 6 N 239 ff.; MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (FN 3), § 6 N 41 ff., v.a. N 44 ff.

<sup>20</sup> Prototypisch für diese Formel des Bundesgerichts: BGE 117 II 188 Erw. 1.

<sup>21</sup> Detailliert: PETER V. KUNZ, Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft (...), REPRAX 2/3 (2008) 151 ff., v.a. 153.

## 2. Praxis

### a) Musterstatuten

In der Wirtschaftsrealität beruhen die Statuten der Körperschaften im Allgemeinen und der AG im Besonderen – trotz erheblichen privatautonomen Gestaltungsfreiheiten<sup>22</sup> – regelmässig auf privaten oder auf offiziellen<sup>23</sup> *Musterstatuten*.

Dieser faktische Umstand führt zwar zu erhöhter Rechtssicherheit (nicht zuletzt für die Rechtsberater)<sup>24</sup>, doch resultiert daraus eine Eintönigkeit bei den Statuten, die m.E. deren *kreatives Potential ungenutzt* lässt (z.B. bei den möglichen freiwilligen Statuteninhalten<sup>25</sup>, die verkannt werden). Statuten sollten *Massarbeit und nicht Konfektion* sein, um die individuellen Bedürfnisse der AG optimal zu befriedigen.

### b) Auslegung

Nebst der Gestaltung ist die *Auslegung* der Statuten seit vielen Jahren ein wichtiges Thema des Aktienrechts<sup>26</sup>. Auf den ersten Blick scheint es naheliegend, die Grundsätze der Vertragsauslegung (insbesondere das Willensprinzip) heranzuziehen, handelt es sich doch bei den Statuten um *privatautonome Willenserklärungen* der Gesellschafter<sup>27</sup>.

Das Bundesgericht<sup>28</sup> und die herrschende Lehre<sup>29</sup> wenden hingegen mindestens bei Statutenbestimmungen mit *Aussenwirkung* und bei Streitigkeiten *ausserhalb von Kleinstverhältnissen* eher die Methodik der Gesetzesauslegung an (z.B. die Systematik und die Zielsetzung der Statutenregelungen).

Diese *Differenzierungen* nach *Aktionärskreis* einerseits und nach *Wirkung der Statuten* andererseits<sup>30</sup> machen durchaus legalen Sinn. Es wurde mit gutem Grund vorgebracht, dass die jedermann zugänglichen<sup>31</sup> Statuten u.a. als *Orientierungsmittel für Dritte* gedacht<sup>32</sup> sind.

<sup>22</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. a.

<sup>23</sup> Beispiel: [http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/handelsregister/gmbh\\_musterstatuten.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/handelsregister/gmbh_musterstatuten.html).

<sup>24</sup> Bei Musterstatuten wird regelmässig auf die *Vorprüfungen* bei den Handelsregisterämtern *verzichtet*.

<sup>25</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 3.

<sup>26</sup> Im Detail: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009) § 1 N 625 ff. m.w.H.

<sup>27</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. a.

<sup>28</sup> BGE 107 II 185 f. Erw. 4 b/c.

<sup>29</sup> Hinweise: BÖCKLI (FN 26), § 1 N 631 ff.

<sup>30</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. C. 3.

<sup>31</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. A. 2.

<sup>32</sup> EDWARD EMIL OTT, Die Interpretation von Verträgen und Statuten (Basel 2000) 10 f.

Sollten im konkreten Fall also Dritte betroffen sein, die beim Erlass der in Frage stehenden Statuten *nicht direkt involviert* waren (z.B. erst später hinzu gekommene Gesellschafter), haben sich diese Aktionäre m.E. einzig die konkrete Auslegung entgegenhalten zu lassen, mit der ein *vernünftiger Dritter objektiv rechnen musste*.

### 3. Reflexdiskussionen

Die *Statuten als solche* stellen *kein spezifisches Thema* der Aktienrechtsrevision dar. Das Revisionsprojekt beschäftigt sich mit den Gesellschaftsstatuten, wenn überhaupt, nur am Rande, d.h. sozusagen beiläufig *als Folge* der Diskussion zu anderen materiellen (neuen) Rechtsinstituten. Bei möglichen Themen einer (ausgebliebenen) «Statuten-Debatte» – z.B. zur Beurkundung<sup>33</sup> der Statuten oder zu deren Publizität<sup>34</sup> – wird das neue Aktienrecht im Grossen und Ganzen überhaupt *keine Veränderungen* bringen.

Einige interessante aktienrechtliche Neuerungen werden ihren *Niederschlag in den Statuten* finden (beispielsweise das Kapitalband<sup>35</sup>, gewisse Elemente der Vergütung<sup>36</sup>, die Zwischendividende<sup>37</sup> oder – allenfalls der Genehmigungsvorbehalt<sup>38</sup>).

Insofern kommt den Statuten eigentlich nur, aber immerhin eine *reflexweise Bedeutung* für die aktuelle Aktienrechtsdiskussion zu. Die rechtspolitischen Debatten und Streitigkeiten konzentrieren sich indes jeweils auf diese *materiellen* Rechtsinstitute, die an den unterschiedlichsten Stellen im Aktienrecht geregelt sein können<sup>39</sup>, und *nicht auf die Statuten*. Eine «Statuten-Debatte» findet nicht statt.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. A. 1.

<sup>34</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. A. 2.

<sup>35</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. a.

<sup>36</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. c.

<sup>37</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. d.

<sup>38</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. b.

<sup>39</sup> Zum *Genehmigungsvorbehalt* (vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. b.) wird zwar *unbestritten* festgehalten, dass er (wenn überhaupt) in den Statuten als bedingt notwendiger Inhalt niedergeschrieben werden muss (Art. 627 Ziff. 14 E-OR); doch die materielle Ordnung oder auch das Erfordernis einer qualifizierten Beschlussfassung – Themen, die *umstritten* sind – finden sich nicht im Zusammenhang mit den Statuten, sondern an anderen Stellen (Art. 716b E-OR sowie Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 E-OR).

## II. Statuten

### A. Form – keine Änderungen durch Aktienrechtsrevision

#### 1. Öffentliche Beurkundung

Das Gesellschaftsrecht – beispielsweise das Aktienrecht – als Basisrecht des Notariatsrechts umschreibt, wann bzw. für *welche Lebenssachverhalte* eine öffentliche Urkunde nötig ist<sup>40</sup>. In der Schweiz bilden insbesondere (i) die Notare als öffentliche Urkundspersonen zusammen mit (ii) den Handelsregisterführern<sup>41</sup> eine sog. vorsorgende Rechtspflege zum Gesellschaftsrecht<sup>42</sup>, d.h. es wird eine *staatliche Vorkontrolle* (z.B. der Statuten) angestrebt.

Die *Statuten* von AG bedürfen in jeder Phase der Gesellschaft – also von der Gründung gemäss Art. 629 Abs. 1 OR («Geburt») bis zur Auflösung und Liquidation («Tod») – einer qualifizierten Schriftlichkeit, d.h. sie müssen *öffentlich beurkundet* werden (Beurkundungszwang bei Änderungen der Gesellschaftsstatuten: Art. 647 OR)<sup>43</sup>. Die aktuelle Aktienrechtsrevision bringt in diesem Zusammenhang *keine Neuerungen* mit sich, d.h. die öffentliche Beurkundung von Statuten(änderungen) bleibt nach wie vor unerlässlich.

Der sog. *Grundsatz der Beurkundungsfreiheit* beherrscht das Gesellschaftsrecht<sup>44</sup> – m.a.W. stellen die Beurkundungsfälle gesellschaftsrechtliche *Ausnahmen* von der Regel dar. Von den üblichen Zwecken der Beurkundung – nämlich: Schaffung von Belegen, Verfahrenskontrolle sowie Schutz vor Unbedachtheit («Übereilungsschutz») – steht die *Belegfunktion* im Vordergrund<sup>45</sup>. Die Aktienrechtsrevision verändert die aktuellen Beurkundungsfälle kaum<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Im Detail: PETER V. KUNZ, Gesellschaftsrecht als Basisrecht für Notare und andere öffentliche Urkundspersonen, in: Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht (Zürich 2007) 170 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. b. und hinten Ziff. II. A. 2.

<sup>42</sup> Allg.: CHRISTIAN MAUCH, Vorsorgende Rechtspflege in Europa am Beispiel der GmbH – Lateinisches Notariat und seine Entsprechungen im common law, ZVglRWiss 106 (2007) 272 ff.

<sup>43</sup> Nicht erforderlich ist der Beizug einer öffentlichen Urkundsperson hingegen bei *Genossenschaften*, d.h. die *einfache Schriftlichkeit* genügt für deren Statuten: Art. 830 OR i.V.m. Art. 834 Abs. 1 OR.

<sup>44</sup> KUNZ (FN 40), 174 f.

<sup>45</sup> Dem *Schutz vor Unbedachtheit* kommt im Rahmen des Aktienrechts eher eine *reduzierte* Bedeutung zu – grundlegend zur Thematik: CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht (Zürich 1993) § 6 N 240 sowie § 106 N 2978 ff.; zudem: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 14 N 70 ff.

<sup>46</sup> KUNZ (FN 40), 183 ff. m.w.H.

## 2. Eintragung im Handelsregister

Die Statuten und deren Änderungen sind nicht nur öffentlich zu beurkunden<sup>47</sup>, sondern ausserdem *im HR einzutragen*: «Jeder Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates über eine Änderung der Statuten muss öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden» (Art. 647 OR).

Statutenänderungen können aus diesem Grund durch eine sog. *Handelsregister-sperre blockiert* werden. Immerhin wurde das frühere Missbrauchspotential<sup>48</sup> des privatrechtlichen Einspruchs bzw. der daraus resultierenden Eintragungssperre durch die kürzliche Revision der Handelsregisterverordnung (HRegV)<sup>49</sup> relativiert<sup>50</sup>.

Das *neue Aktienrecht* wird beide Formvorschriften beim Erlass von Statuten – also: Beurkundung durch eine öffentliche Urkundsperson sowie Eintragung im HR – *materiell nicht verändern*. M.E. gab und gibt es denn auch keine Gründe für eine allfällige Revision in diesem Bereich, haben sich doch diese Formvorschriften in der *Praxis bewährt*.

## 3. Exkurs: Transparenz

Die Statuten sowie die Statutenänderungen sind *publik für jedermann*. Dadurch wird einerseits Rechtssicherheit geschaffen und andererseits das Publikum geschützt<sup>51</sup>. Diese Publizität wird durch verschiedene *Transparenzmethoden* sichergestellt:

(i) Das HR<sup>52</sup> ist eine Datenbank mit Gesellschaftsinformationen (basierend u.a. auf den Statuten), die jedermann ohne Interessennachweis *zur Einsicht offen* steht<sup>53</sup>. (ii) Die Statuten werden *hinterlegt beim HR*, wodurch sie jedermann

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II. A. 1.

<sup>48</sup> Übersicht: KUNZ (FN 8), § 1 N 295 ff. (Möglichkeit des Minderheitsmissbrauchs); JEAN NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung (Zürich 1997) 158 FN 105 sprach sogar von einem «*Gratis-Terror*»; generell: MATTHIAS KUSTER, Die Einsprache nach Art. 32 Abs. 2 HRegV, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1997 (Zürich 1997) 105 ff.

<sup>49</sup> Allg.: HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, 61 ff.; LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV, in: Entwicklungen zum Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 119 ff.

<sup>50</sup> Art. 162 f. HRegV; der Einsprecher muss (neu) *innert zehn Tagen* nachweisen, dass er ein *Gesuch* um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt hat (Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV); generell: MATTHIAS KUSTER, Die Handelsregister-sperre nach revidierter Handelsregisterverordnung, GesKR 2009, 554 ff.

<sup>51</sup> Beispielsweise ergibt sich die im Geschäftsverkehr zentrale sog. *Vertretungsmacht* hinsichtlich des Abschlusses von Rechtsgeschäften aus dem *Gesellschaftszweck* (Art. 718a Abs. 1 OR), der in den Statuten niedergelegt und im HR publiziert werden muss.

<sup>52</sup> Allg.: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 3), § 6 N 8 ff.

<sup>53</sup> Art. 10 ff. HRegV.

physisch zugänglich werden, was nicht zuletzt bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen ist<sup>54</sup>; somit ist es ohne weiteres möglich, beim HR eine Kopie der Statuten zu verlangen. (iii) Ausserdem müssen die Handelsregistereintragungen im *Schweizerischen Handelsamtsblatt* (SHAB) publiziert werden<sup>55</sup>.

## B. Inhalt – kaum Änderungen durch Aktienrechtsrevision

### 1. Notwendige Statuteninhalte

Die sog. *notwendigen* Statuteninhalte<sup>56</sup> stehen *nicht zur Disposition* der AG bzw. der Aktionäre. Zwar kann die konkrete Ausgestaltung des Inhalts (etwa zum Gesellschaftszweck oder zur Kapitalstruktur oder zum Sitz der AG) im Rahmen der Privatautonomie *so oder anders* ausfallen. Doch der Umstand, *dass überhaupt* eine Regelung dieses Inhalts getroffen werden muss, kann nicht verhandelt werden und ist somit *zwingend*.

Art. 626 OR regelt den notwendigen Inhalt<sup>57</sup> der Gesellschaftsstatuten und wird von der Aktienrechtsrevision nicht verändert:

Die *abschliessende* Aufzählung der obligatorischen Regelungsbereiche umfasst beispielsweise die Firma und den Sitz sowie den Zweck der AG (Ziff. 1/Ziff. 2), die detaillierte Aktienkapitalstruktur (Ziff. 3/Ziff. 4) sowie schliesslich die Gesellschaftsorgane für die Verwaltung und – allenfalls – für die Revision (Ziff. 6). Statuten, die nicht *sämtliche zwingenden* Themen im zulässigen Gesetzesrahmen umschreiben, werden bei der Anmeldung beim HR vom Handelsregisterführer<sup>58</sup> zurückgewiesen.

### 2. Bedingt notwendige Statuteninhalte

#### a) Übersicht

Im Bereich der sog. *bedingt notwendigen* Statuteninhalte<sup>59</sup> gibt es im Rahmen der Aktienrechtsrevision zwar nicht viele, aber zumindest einige Änderungsvorschläge<sup>60</sup>. Der Bundesrat hält in der Botschaft hinsichtlich Art. 627 OR fest: «Die

<sup>54</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 2. b.

<sup>55</sup> Art. 35 HRegV; der Zugang zum HR ist *unentgeltlich*: Art. 12 HRegV sowie Art. 928 Abs. 2 E-OR; hierzu: KUNZ (FN 21), 146.

<sup>56</sup> Statt aller: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 45), § 8 N 7 ff.

<sup>57</sup> Die Marginalie von Art. 626 OR spricht vom «*gesetzlich vorgeschriebenen*» Statuteninhalt.

<sup>58</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. b./II. A. 2.

<sup>59</sup> Der Begriff «*bedingt notwendig*» bedeutet, dass die entsprechenden Regelungsinhalte zwar *nicht zwingend* sind, doch müssen sie in den Statuten aufgenommen werden, *sofern* eine verbindliche Ordnung für die AG und die Aktionäre vorgesehen werden soll.

<sup>60</sup> Hinweise: PETER V. KUNZ, Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision, GesKR Sondernummer/2008, 10 f. sowie 12 f.

heutige Regelung ist (...) lückenhaft und wird vervollständigt»<sup>61</sup>. Einzig eine Ziffer wird deshalb unverändert beibehalten, andere werden neu nummeriert – entweder mit oder ohne inhaltliche Änderungen<sup>62</sup>.

*Unverändert* gegenüber dem Status quo sind – als ausgewählte *Beispiele* – die folgenden Regelungsbereiche:

Unterzeichnung der Aktien (Ziff. 2), Ausrichtung von Tantiemen (Ziff. 3) und von Bauzinsen (Ziff. 5), Erwähnung von Sacheinlagen (Ziff. 6) und von Sachübernahmen (Ziff. 6), Begrenzung der Dauer der Gesellschaft (Ziff. 7), Konventionalstrafen (Ziff. 8), Vinkulierung von Namenaktien (Ziff. 12), Beschränkungen des Stimmrechts (Ziff. 13), qualifizierte GV-Beschlüsse (Ziff. 18), Vertretung von Gruppen im VR (Ziff. 19) sowie Delegationen auf VR-Delegierte oder Direktoren (Ziff. 21).

*Veränderungen* ergeben sich *insbesondere* in den folgenden Bereichen von Art. 627 E-OR, wobei die materielle Diskussion weniger bei den Statuten als vielmehr bei den in Frage stehenden Rechtsinstituten stattfindet:

(i) Genehmigungsvorbehalt (Ziff. 14)<sup>63</sup>, (ii) Vergütungsthematik (Ziff. 4)<sup>64</sup>, (iii) Zwischendividende (Ziff. 11)<sup>65</sup>, (iv) Festschreibung der Verrechnungsliberierung (Ziff. 6)<sup>66</sup>, (v) Kapitalband (Ziff. 9), (vi) Durchführung von GV im Ausland (Ziff. 16)<sup>67</sup> oder schliesslich (vii) statutarische Anzeigepflichten (Ziff. 22)<sup>68</sup>. Nicht vom Bundesrat, sondern vom *Ständerat* als Erstrat der Aktienrechtsrevision wird – im Zusammenhang mit dem sog. Nominee-Modell – in Ziff. 26<sup>69</sup> neu vorgesehen, dass (viii) u.a. der Ausschluss der Eintragung einer Verwahrungsstelle in das Aktienbuch einer Publikumsgesellschaft einer statutarischen Regelung bedarf.

---

<sup>61</sup> BBl 2008 1637, zudem: BÖCKLI (FN 26), § 1 N 508.

<sup>62</sup> Botschaft des Bundesrats: BBl 2008 1637 f.; einige bedingt notwendige Statuteninhalte sind *nicht in Art. 627 E-OR* (oder in Art. 627 OR) erwähnt, was deren Rechtsnatur indes nicht verändert, nämlich etwa die Bildung freiwilliger Gewinnreserven (Art. 673 E-OR) oder – wie bisher – der Anspruch der Partizipanten auf VR-Vertretung (Art. 656e OR: unverändert).

<sup>63</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. b.

<sup>64</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. c.

<sup>65</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. d.

<sup>66</sup> KUNZ (FN 60), 11.

<sup>67</sup> Ein *ausländischer Tagungsort* für die GV setzt nicht nur voraus, dass eine statutarische Grundlage dafür besteht, sondern ausserdem, dass «die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden» sind: Art. 701b Abs. 1 Ziff. 2 E-OR; zur Aufnahme der Statutenbestimmung braucht es in der GV ein *qualifiziertes Mehr* (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 E-OR).

<sup>68</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. 2. e.

<sup>69</sup> AB 2009 617 ff.

## b) Genehmigungsvorbehalt

Der sog. *Genehmigungsvorbehalt* war im bundesrätlichen Vorentwurf (noch) nicht vorgesehen. In der Vernehmlassung wurde ein solches Rechtsinstitut ebenfalls nicht gefordert. Erst der *Entwurf* des Bundesrats brachte den Genehmigungsvorbehalt auf<sup>70</sup>, der also sozusagen eine «spontane Eingebung der letzten Stunde» in der Bundesverwaltung war<sup>71</sup>. Aktuellerweise will der *Ständerat* auf diese Neuerung indes *verzichten* – dies ist m.E. zu begrüssen<sup>72</sup>.

Der statutarische Genehmigungsvorbehalt soll in das *Machtgefüge zwischen GV und VR* (sc. «checks and balances») direkt eingreifen, d.h. die «Genehmigung von Entscheiden des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung» kann in den Statuten vorbehalten werden (Art. 627 Ziff. 14 E-OR), und zwar gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 E-OR durch *qualifizierten* Beschluss der GV. Die *materielle Basis* findet sich in Art. 716b E-OR<sup>73</sup> – insbesondere können nur «bestimmte Entscheide» des VR<sup>74</sup> der GV vorgelegt werden (Abs. 1), und die Haftung des VR wird dadurch nicht eingeschränkt (Abs. 3)<sup>75</sup>.

Sollte das neue Aktienrecht tatsächlich den Genehmigungsvorbehalt einführen, was nach wie vor völlig offen ist, sind *hohe Anforderungen* an die *Statutengestaltung* zu erfüllen:

«Die Statuten müssen die vom Genehmigungsvorbehalt erfassten Entscheide [des VR] unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit möglichst genau umschreiben. Im Zweifelsfalle gelten Entscheide des Verwaltungsrats entsprechend der gesetzlichen Grundordnung des Aktienrechts als nicht genehmigungsbedürftig (dies entspricht auch dem Grundsatz *in dubio contra stipulatorem*)»<sup>76</sup> – beispielsweise wäre es denkbar, sämtliche Ausgabenbeschlüsse des VR ab einem bestimmten Betrag (z.B. über CHF 500'000.--) genehmigen zu lassen.

<sup>70</sup> Detailliert: DIETER DUBS, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziff. 14 E-OR, SZW 2008, 159 ff.

<sup>71</sup> PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008) 359; beim Genehmigungsvorbehalt handelt es sich nicht um eine gänzliche Neuschöpfung, wurde dieses Rechtsinstitut doch bereits im *GmbH-Recht* eingeführt: Art. 776a Abs. 1 Ziff. 11 OR, Art. 804 Abs. 2 Ziff. 17 OR sowie Art. 811 OR.

<sup>72</sup> KUNZ (FN 60), 13; der *Ständerat strich* nicht nur die statutarische Regelung in Art. 627 Ziff. 14 E-OR, sondern ebenfalls dessen materielle Basis in Art. 716b E-OR und in Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 E-OR.

<sup>73</sup> BBl 2008 1783.

<sup>74</sup> Insbesondere können die *unübertragbaren und unentziehbaren* VR-Aufgaben der GV *nicht vorgelegt* werden: Art. 716b Abs. 1 Satz 2 E-OR.

<sup>75</sup> Sibyllinisch wird immerhin festgehalten, dass nichtsdestotrotz der GV-Genehmigung die «Wirkung eines Entlastungsbeschlusses gemäss Artikel 758 OR» zukommen kann: BBl 2008 1687.

<sup>76</sup> BBl 2008 1686; Hervorhebung im Original.

Gegen die Einführung eines Genehmigungsvorbehalts als bedingt notwendiger Statuteninhalt sprechen mehrere (rechtspolitische) Überlegungen:

Ein Vorbehalt zugunsten der GV würde *Rechtsunsicherheiten* mit sich bringen, weil unklar wäre, ob die Formulierung im Einzelfall genügen würde<sup>77</sup>. Ausserdem ist nicht ersichtlich, weshalb der VR *weiter geschwächt* werden sollte gegenüber der GV – die Kompetenzordnung aufzubrechen macht zudem keinen Sinn, weil Aktionäre oder GV *niemals haftbar* gemacht werden könnten. Schliesslich würde der Genehmigungsvorbehalt zumindest potentiell den *Geschäftsverkehr unterminieren* (z.B. würde die *Vertretungsmacht* nicht allein durch den Zweck der AG, sondern zudem durch allfällige Genehmigungsvorbehalte umschrieben).

### c) Vergütungsthematik

Die sog. *Vergütungsthematik* in Bezug auf den VR einerseits und auf die Geschäftsleitung andererseits spielt sich auf verschiedenen Ebenen ab. Nebst der Forderung nach erhöhter Transparenz trat insbesondere der Aspekt der *Beschlusskompetenz* in den Vordergrund<sup>78</sup>.

Unter dem Eindruck einer äusserst populären Volksinitiative («Abzocker-Initiative»)<sup>79</sup> machte der Bundesrat *zwei Vorschläge*, nämlich im Entwurf 2007<sup>80</sup> und im Zusatzentwurf 2008<sup>81</sup> – seither erfolgt ein Hin und Her, dessen Ende im heutigen Zeitpunkt *völlig offen* erscheint.

Die sog. «*Abzocker-Initiative*» verlangt u.a. gesetzliche Normen zur GV-Kompetenz in Vergütungsfragen sowie zum Verbot gewisser institutioneller Stimmrechtsvertretungen. Zudem soll Art. 95 Abs. 3 *lit. c* der (entsprechend zu revidierenden) Bundesverfassung vorsehen: «Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder».

Dieser Teil der Volksinitiative erweist sich zwar – anders als andere Vorgaben der Initiative – durchaus als legiferierbar. M.E. macht aber diese Ordnung *wenig Sinn*

---

<sup>77</sup> Die sog. *Zweifelfallregel*, die zur Anwendung gelangen sollte bei der Statutenauslegung, dürfte in der (künftigen) Praxis zahlreiche Fragen in diesem Zusammenhang aufwerfen.

<sup>78</sup> Legislative Hinweise: PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20xx, in: Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz. 82 ff. sowie Rz. 137 ff. m.w.H.

<sup>79</sup> Vorprüfung: BBl 2006 8755 ff.; zudem: BBl 2008 2577 f.

<sup>80</sup> Die Statuten sollen als *bedingt notwendigen* Inhalt eine *GV-Kompetenz* vorsehen können, und zwar betreffend *VR-Entscheidungen*: BBl 2008 1752.

<sup>81</sup> Der Bundesrat schlug mit der Zusatzbotschaft einen sog. *indirekten Gegenvorschlag* zur «Abzocker-Initiative» vor; damit sollte nebst der VR-Entscheidung v.a. die Entschädigungsfrage für die *Geschäftsleitung* beantwortet werden, und zwar mittels *Konsultativabstimmung*: BBl 2009 343 sowie 345.

und lässt ausserdem *zahlreiche Fragen unbeantwortet*, was erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringt<sup>82</sup>:

Es ist *unklar*, ob die angesprochenen und gemäss Initiative zu regelnden Themen zum notwendigen oder zum bedingt notwendigen Statuteninhalt gehören sollen<sup>83</sup>. Ausserdem ist *unklar*, inwiefern eine inhaltliche Regelung in den Statuten zu konkretisieren wäre<sup>84</sup>. Zudem scheint offen bzw. *unklar*, ob die Statuten anders lautenden Verträgen vorgehen<sup>85</sup>. Es würde ausserdem eine (weitere) Gewichtsverlagerung *weg vom VR* stattfinden, die dessen operative Handlungsfähigkeit in Frage stellen<sup>86</sup> und Obstruktionsmöglichkeiten bieten könnte.

Schliesslich würden die *Statuten überladen* mit diesen zusätzlichen Informationen – die Gesellschaftsstatuten würden dadurch in ihrer Bedeutung als Orientierungshilfe relativiert.

#### **d) Zwischendividende**

Die sog. *Zwischendividende* (bzw. Interimsdividende) erweist sich als ein für die Praxis wichtiges Thema. Das Bedürfnis zur Ausschüttung «unterjähriger» Dividenden bestand schon seit langer Zeit, und zwar insbesondere in *Konzernverhältnissen* als weitere «upstream» Finanzierungsmöglichkeit (also «von unten nach oben»)<sup>87</sup>.

Ob solche Auszahlungen während des Geschäftsjahres aus den Erträgen des laufenden Jahres rechtlich möglich sind unter geltendem Recht bzw. wie die «Zwi-

<sup>82</sup> Die Volksinitiative, die aus sich selber heraus verstanden werden muss (d.h. es geht nicht an, etwa bei den Initianten nach deren Ideen oder Wünsche zu fragen), ist *schlecht formuliert*.

<sup>83</sup> Der Wortlaut «*Die Statuten regeln*» lässt *beide Varianten* offen, dürfte aber wohl eher auf den *notwendigen* Statuteninhalt abzielen – dies wäre indes für die (wohl nicht seltenen) Fälle problematisch, in denen die AG eben gerade *keine Darlehen* etc. an VR gewährt – soll dann ein *statutarisches Verbot* aufgenommen werden, das einzig mittels späterer Statutenänderung wieder rückgängig gemacht werden kann?

<sup>84</sup> Gewisse Themen müssen *im Detail umschrieben* werden (nämlich die «Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns» und die «Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder»); die Statuten sollen zudem die «*Höhe der Kredite*» etc. regeln – bedeutet dies, dass eine *exakte Ziffer* (oder allenfalls ein Verbot der Darlehensvergabe) vorgesehen werden muss?

<sup>85</sup> Was wäre – als Beispiel – die Rechtsfolge, wenn die *Statuten* im Hinblick auf die zu regelnde «Dauer der Arbeitsverträge» eine Kündigungsfrist von einem Jahr vorschreiben, im konkreten *Einzelarbeitsvertrag* aber eine Kündigungsfrist von zwei Jahren vereinbart wurde?

<sup>86</sup> Beispielsweise ist die *Vertragsdauer* ein *Verhandlungsgegenstand* bei Anstellungsgesprächen mit dem Management – eine uniforme Regelung in den Statuten würde dem Einzelfall allenfalls nicht gerecht.

<sup>87</sup> Zur Zwischendividende in Konzernen: PETER FORSTMOSER/GAUDENZ G. ZINDEL/VALERIE MEYER BAHAR, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 105 (2009) 212 ff.; generell zur Thematik: PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V (Bern 2010) 80 ff.

schenddividende» heute qualifiziert werden muss, ist umstritten<sup>88</sup> – unbesehen dessen kommen solche Ausschüttungen in der Praxis immer wieder vor<sup>89</sup>.

Im Ausland sind Zwischendividenden in verschiedenen Rechtsordnungen (z.B. in den USA, in Frankreich, in Italien, in Luxemburg, in Kanada oder in Japan)<sup>90</sup> vorgesehen. M.E. mit gutem Grund soll dieses Rechtsinstitut ebenfalls in der Schweiz eingeführt werden<sup>91</sup>:

Die Möglichkeit einer Zwischendividende setzt in jedem Fall (i) eine *statutarische Grundlage* voraus, d.h. es handelt sich um einen bedingt notwendigen Statuteninhalt (Art. 627 Ziff. 11 E-OR)<sup>92</sup>. Nebst der Statutenbasis kann eine Interimsdividende überhaupt nur beschlossen werden, wenn (ii) eine maximal sechs Monate alte *Zwischenbilanz* – geprüft nach den Prinzipien der eingeschränkten Revision (Art. 675a Abs. 2 E-OR) – vorliegt (Art. 675a Abs. 1 Ziff. 2 E-OR)<sup>93</sup>. Eine Erschwerung der Zwischendividende z.B. durch das Erfordernis einer *qualifizierten Mehrheit* gemäss Art. 704 E-OR wird *nicht* vorgesehen.

#### e) Anzeigepflichten

Der *Sanierungsnorm* von Art. 725 OR kommt eine grosse praktische Bedeutung zu. (Noch) nicht berücksichtigt werden allerdings die Aspekte des Liquiditätsmanagements.

Die aktuelle Regelung unterscheidet zwischen einem (i) qualifizierten Bilanzverlust bzw. einem sog. *Kapitalverlust* gemäss Abs. 1 (also: Verlust der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven – Rechtsfolge: Einberufung einer GV und Beantragung von Sanierungsmassnahmen) und einer (ii) sog. *Überschuldung* gemäss Abs. 2 (nämlich: Aktiven decken Fremdkapital nicht mehr – Rechtsfolge: Benachrichtigung des Richters bzw. «Bilanzdeponierung» als Grundsatz). Diese Regelung genügt den Anforderungen nicht mehr:

«In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass Sanierungsmassnahmen nicht mehr greifen und der Konkurs nicht mehr abgewendet werden kann, wenn das Akti-

---

<sup>88</sup> Statt aller: BÖCKLI (FN 26), § 12 N 532 ff.; für die *Zulässigkeit* schon de lege lata (unter gewissen Voraussetzungen): FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER BAHAR (FN 87), 205 ff.; PAUL THALMANN/TONY WAIBEL/DAVID BUNDI, Endlich – die Interimsdividende setzt sich im schweizerischen Recht durch, SZW 2007, 18 ff.

<sup>89</sup> Zu einigen *steuerrechtlichen* Aspekten: DANIEL SCHÄR, Interimsdividenden bei der Verrechnungssteuer, ST 4/2001, 371 ff.

<sup>90</sup> Hinweise: CORINA DRACK, Zwischendividende wie in den USA?, FuW Nr. 25 vom 31. März 2010, 15.

<sup>91</sup> RICO A. CAMPONOVO/HANS MOSER, Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden, ST 2010, 48 ff.

<sup>92</sup> Die Genehmigung der Zwischenbilanz und die Festsetzung der Zwischendividende gehören zum *zwingenden GV-Kompetenzbereich*: Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 E-OR).

<sup>93</sup> Eine *summarische Erfolgsrechnung* ist unerlässlich: BBl 2008 1663.

enkapital und die Reserven der Gesellschaft zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind (...). Da jedoch die Finanzstrukturen und der Finanzbedarf in den einzelnen Unternehmen unterschiedlich sind, erweist sich die gesetzliche Verankerung anderer Kriterien als äusserst schwierig»<sup>94</sup>.

Eine gewichtige Neuerung stellt hierbei die Möglichkeit sog. *statutarischer Anzeigepflichten* dar, die zum bedingt notwendigen Statuteninhalt (Art. 627 Ziff. 22 E-OR) gehören werden:

M.E. bezieht sich dieses Institut einzig auf den *Kapitalverlust* bei einer AG<sup>95</sup> und nicht auf deren Überschuldung. Die Gesellschaft ist nicht gänzlich frei in Bezug auf die *statutarischen Voraussetzungen*, die zur Einberufung der GV und zum Beantragen von Sanierungsmassnahmen führen (Art. 725b E-OR); die gesetzlichen Parameter dürfen nicht etwa ersetzt, sondern einzig *ergänzt* und ausserdem *verschärft* werden (z.B. könnte die massgebliche Schwelle des Bilanzverlusts von der Hälfte auf ein Viertel gesenkt werden)<sup>96</sup>.

### 3. Freiwillige Statuteninhalte

#### a) (Fast) unbestrittene Regelungsbereiche

Prinzipiell besteht grosse Freiheit bei der Gestaltung der Statuten<sup>97</sup>. Als sog. *freiwillige* Statuteninhalte kommen insbesondere *strukturelle Regelungen* in Frage.

Beispielsweise können die Statuten einen sog. (i) Beirat<sup>98</sup>, eine (ii) Spezialrevisionsstelle<sup>99</sup>, einen (iii) sog. «*contrôleur minoritaire*» (Minderheitsrevisor)<sup>100</sup>, besondere (iv) Ausschüsse des VR<sup>101</sup> oder ein (v) spezifisches Wahlverfahren für

<sup>94</sup> BBl 2008 1690.

<sup>95</sup> Art. 627 Ziff. 22 E-OR erwähnt *ausschliesslich* die «Voraussetzungen, bei deren Eintritt der Verwaltungsrat die Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen hat»; im Wesentlichen identisch: Art. 725b E-OR.

<sup>96</sup> BBl 2008 1690.

<sup>97</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. a.

<sup>98</sup> Der Begriff «Beirat» wird mit der «*Abzocker*»-Initiative angesprochen: Vgl. dazu vorne Ziff. II. B. 2. c; der Beirat als freiwilliges Organ wird nicht im HR eingetragen.

<sup>99</sup> Zum Hintergrund dieses statutarischen Organs (nämlich dessen Notwendigkeit nach US-amerikanischem Recht): PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung (...), recht 24 (2006) 39.

<sup>100</sup> Bei der letzten grossen Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er Jahre stand die Einführung eines Minderheitsrevisors – also eines Revisors, den eine *Minderbeit einsetzen* darf – zur Diskussion, wurde aber im legislativen Verfahren *abgelehnt*: KUNZ (FN 8), § 6 N 150 ff.

<sup>101</sup> VR-Ausschüsse mit Entscheidungskompetenz – anders als Ausschüsse ohne diese Befugnis – brauchen eine statutarische Grundlage: THOMAS JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 2008) 144 sowie 159 f.

den VR (das aus den USA seit langer Zeit bekannte sog. «cumulative voting»<sup>102</sup>)<sup>103</sup> vorsehen. Der privatautonomen<sup>104</sup> *Kreativität* der Statutengestalter sind *kaum Grenzen* gezogen.

Nach bundesgerichtlicher Praxis und nach herrschender Lehre gelten (vi) *statutarische Schiedsklauseln* prinzipiell als rechtlich zulässig<sup>105</sup> – doch zumindest deren Praktikabilität muss (nicht nur, aber gerade bei Publikumsgesellschaften) in Zweifel gezogen werden. Generell überzeugt m.E. die Ansicht zur Legalität *nicht*, weil die Schiedsklausel dem Aktionär eine *Pflicht auferlegt*, nämlich auf den Gang vor ordentliche Gerichte zu verzichten bzw. sich einem Schiedsgericht zu unterwerfen, was in Widerspruch zu Art. 680 Abs. 1 OR steht<sup>106</sup>.

## **b) (Mehrheitlich) umstrittene Regelungsbereiche**

Ein aktiv-kreativer Statutengestalter, der die privatautonomen Möglichkeiten<sup>107</sup> nutzen will, könnte versucht sein, *weitere Inhalte* in die Gesellschaftsstatuten aufzunehmen oder zumindest zu thematisieren. Sollte sich die gestalterische Kreativität beispielsweise inspirieren lassen von GmbH-Statuten oder auch von Genossenschafts-Statuten, werden bald schon Grenzen ersichtlich. Das *Spannungsverhältnis zu Art. 680 Abs. 1 OR* muss beachtet werden<sup>108</sup>.

Seit Jahren herrscht ein Streit in der Lehre über die Zulässigkeit von (i) *statutarischen Erwerbsrechten* (z.B. in den Statuten vorgesehene Vorkaufs- und Vorhandrechte)<sup>109</sup>:

Die aktuelle Revision löst diese Streitfragen nicht, so dass – unter gewissen Parametern (nämlich: Sicherstellung des Preiselements)<sup>110</sup> – m.E. von deren *Zuläs-*

---

<sup>102</sup> Ein Beispiel findet sich in Artikel 20 Ziff. 4 der Statuten der *Sentarom SA* in Genf: «(...) Chaque actionnaire dispose alors d'un nombre de voix correspondant au nombre d'actions qui lui appartient, multiplié par le nombre d'administrateurs à élire. Chaque actionnaire peut librement cumuler ou répartir les voix qui lui sont ainsi attribuées sur un même ou plusieurs candidats (...)».

<sup>103</sup> Allg.: LUKAS GLANZMANN, Das Proporzwahlverfahren (cumulative voting) als Instrument der Corporate Governance, in: FS für J.N. Druey (Zürich 2002) 401 ff.; PETER V. KUNZ, Swiss Corporate Governance (...), in: Swiss Reports Presented at the XVIII<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law (Bern 2010) 108; DERS. (FN 8), § 6 N 111 ff.

<sup>104</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. a.

<sup>105</sup> Umfassende Nachweise: BÖCKLI (FN 26), § 16 N 149 ff.

<sup>106</sup> Die statutarische Schiedsfähigkeit (generell) in Frage stellend: PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) 178 f.

<sup>107</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. a.

<sup>108</sup> Art. 680 Abs. 1 OR betrifft ausschliesslich (gewisse) *Aktionärspflichten*, aber nicht *Aktionärsrechte*.

<sup>109</sup> Zum Meinungsstand: BÖCKLI (FN 26), § 6 N 295 ff. m.w.H.

<sup>110</sup> Ein statutarisches Erwerbsrecht erscheint *unproblematisch*, wenn die Aktienübernahme zum wirklichen Wert bzw. zum *inneren Wert garantiert* ist – unter dieser Voraussetzung wird nämlich die «exit»-Variante des Aktionärs nicht (übermässig) relativiert.

sigkeit auszugehen ist<sup>111</sup>. Verschiedene Handelsregisterführer verweigern indes die Eintragung von statuarischen Erwerbsrechten und überschreiten damit ihre Kognitionsbefugnisse<sup>112</sup>.

Das aktuelle (und ebenfalls das künftige) Aktienrecht besagt nichts zur Zulässigkeit von (ii) *statutarischen Treuepflichten* zu Lasten der Aktionäre:

Auf den ersten Blick scheint Art. 680 Abs. 1 OR eine solche Pflicht zwar generell auszuschliessen. Tatsächlich spricht m.E. allerdings rechtlich nichts gegen<sup>113</sup> Treuepflichten im Sinne einer *Unterlassungspflicht* (z.B. ein Konkurrenzverbot, eine Schweigepflicht oder eine Ausstandspflicht bei Interessenkonflikten) – anders hingegen bei der Ausgestaltung einer *Handlungspflicht* (z.B. eine Haftung oder eine Nachschusspflicht). Vorauszusetzen ist immerhin, dass eine solche Pflicht entweder in den *Gründungsstatuten* vorgesehen wird, oder dass *sämtliche Aktionäre* einer solchen Statutenänderung zugestimmt haben<sup>114</sup>.

Bei GmbH ist das Austrittsrecht der Gesellschafter von Gesetzes wegen oder aufgrund der Statuten unbestritten (Art. 822 Abs. 1/Abs. 2 OR). Bei AG gibt es hingegen – leider – kein gesetzliches Austrittsrecht, und die Zulässigkeit (iii) eines *statutarischen Austrittsrechts* für Aktionäre erweist sich als umstritten<sup>115</sup>:

Im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision wurde diese Thematik überhaupt nicht angesprochen, d.h. es liegt insbesondere kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor, das ein solches Recht untersagen würde. Sowohl unter heutigem als auch unter künftigem Recht muss m.E. ein Austrittsrecht auf statutarischer Basis *zugelassen* werden<sup>116</sup>.

#### 4. Börsengesellschaftsrechtliche Spezialitäten

##### a) Publikumsgesellschaften

Unter sog. *Publikumsgesellschaften* sind AG zu verstehen, deren Beteiligungspapiere an einer schweizerischen Börse kotiert sind.

<sup>111</sup> KUNZ (FN 8), § 4 N 187 ff. m.w.H.

<sup>112</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. b.

<sup>113</sup> Zur Argumentation: KUNZ (FN 8), § 8 N 35 ff. m.w.H.

<sup>114</sup> Insofern steht dem Aktionär ein sog. *absolut wohlerworbenes Recht* zu, dass ihm eine statutarische Treuepflicht *nicht gegen seinen Willen* aufgezwungen wird; ein Gesellschafter, der die Aktien *nach* der Statutenrevision erwirbt, ist darauf verpflichtet, selbst wenn er *nicht einverstanden* ist – ihm war die statutarische Unterlassungspflicht infolge Transparenz der Statuten bekannt, d.h. er wusste, worauf er sich einlässt.

<sup>115</sup> BÖCKLI (FN 26), § 16 N 203a spricht sich gegen ein statutarisches Austrittsrecht aus – Verweisung auf abweichende Meinungen in der Doktrin: a.a.O. N 203a FN 487.

<sup>116</sup> Im Detail begründet: KUNZ (FN 8), § 4 N 98 ff., v.a. N 103 f.

Eine Kotierung führt u.a. dazu, dass auf die Gesellschaft (heute ausschliesslich AG) das *Börsengesetz* (BEHG) anwendbar ist. Das Börsenrecht – als *lex specialis* zum Aktienrecht<sup>117</sup> – bringt in Ergänzung zur Liberierungspflicht insbesondere *zwei Pflichten* für Publikumsaktionäre mit sich, die beim Erreichen gewisser Grenzwerte ausgelöst werden, nämlich (i) die Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG<sup>118</sup> sowie (ii) die Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG.

Es stellt sich die Frage, *ob bzw. inwiefern* bei Publikumsgesellschaften die *Statuten* diese börsengesetzlichen Ordnungen umgestalten können. Während die Gesellschaftsstatuten bei der Meldepflicht überhaupt *nicht erwähnt* werden, wird ihnen bei der Angebotspflicht *im Gesetz* sogar ausdrücklich eine spezifische Rolle zugewiesen:

Die *Angebotspflicht* gilt zwar von Gesetzes wegen, doch die Gesellschaftsstatuten können in dieses börsenrechtliche Regime unmittelbar eingreifen<sup>119</sup>. Die Statuten können insbesondere diese Investorenpflicht generell ausschliessen (sog. *Opting-out*: Art. 22 Abs. 2 BEHG); ausserdem ist es möglich, den die Pflicht auslösenden Grenzwert von 33 1/3 Prozent der Stimmrechte auf maximal<sup>120</sup> 49 Prozent zu erhöhen (sog. *Opting-up*: Art. 32 Abs. 1 BEHG).

Dabei hat die Formulierung der Ausnahme in den Statuten jeweils generell-abstract zu erfolgen, d.h. es darf m.E. insbesondere *keine statutarische Individualisierung* vorgenommen werden – m.a.W. ist ein sog. *partielles Opting-out* in den Statuten unzulässig<sup>121</sup>.

Es stellt sich ausserdem die Frage, ob die Statuten von Publikumsgesellschaften in Bezug auf die *Meldepflicht* die prozentualen *Grenzwerte verändern* können (z.B. die Schwellenwerte senken oder erhöhen oder neue Schwellenwerte einführen):

---

<sup>117</sup> Hierzu: PETER V. KUNZ, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Unternehmen – Transaktion – Recht (Zürich 2008) 233 ff.

<sup>118</sup> Statt aller: ROLF H. WEBER, Börsenrechtliche Meldepflichten im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in: FS für R. von Büren (Basel 2009) 769 ff.

<sup>119</sup> Detailliert: KUNZ (FN 8), § 10 N 154 ff., m.w.H.

<sup>120</sup> Die Terminologie «*bis auf*» in Art. 32 Abs. 1 BEHG stellt m.E. klar, dass *irgendein* Grenzwert zwischen 33 1/3 Prozent und 49 Prozent möglich ist (z.B. 38 Prozent oder 45 Prozent), d.h. es geht beim *Opting-up* somit nicht um ein «entweder oder»; a.M.: BÖCKLI (FN 26), § 7 N 253.

<sup>121</sup> *Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) vom 23. Juni 2000 i.S. Esec Holding AG bzw. Unaxis Holding AG*: «Würde die Einführung einer statutarischen befristeten *Opting-out*-Klausel zu Gunsten einer [bestimmten] Partei zugelassen, so müsste befürchtet werden, dass in Zukunft eine Vielzahl beliebiger Varianten von kumulierten Einschränkungen des *Opting out* als zulässig erachtet würden. Dies würde zu einer Aushöhlung des *Opting out* führen und Umgehungen der Angebotspflicht gemäss Börsengesetz Tür und Tor öffnen» (Erw. 6, S. 13).

M.E. ist dies *nicht* der Fall – auf der einen Seite muss eine *Erleichterung* (= Erhöhung) abgelehnt werden, weil dies in Widerspruch zum zwingenden Charakter der Minderheitenschutznorm steht<sup>122</sup>; auf der anderen Seite steht eine *Verschärfung* (= Senkung oder neue Grenzwerte) hingegen in Widerspruch zu Art. 680 Abs. 1 OR<sup>123</sup>.

Die Sanktionierungen bei Meldepflichtverletzungen gelten *von Gesetzes wegen* – dies trifft etwa auf die (neue) Sanktion einer sog. Stimmrechtssuspendierung bei Verletzungen der Meldepflicht im Rahmen von Art. 20 Abs. 4<sup>bis</sup> BEHG zu<sup>124</sup>; rechtsvergleichend interessant erscheint, dass diese Sanktion in *Österreich* einer statutarischen Grundlage bedarf<sup>125</sup>.

Ein in der Schweiz – und im Ausland<sup>126</sup> – umstrittenes aktienrechtliches Thema ist die *Organkompetenz* zur sog. *Dekotierung von Beteiligungspapieren*, wodurch die bisherige Publikumsgesellschaft wieder zu einer privaten AG wird («Going Private»)<sup>127</sup>. Durch die Dekotierung verlieren die Aktionäre die bisherige Möglichkeit, beispielsweise ihre (kotierten) Aktien über die Börse zu veräussern, d.h. ihre «Exit»-Variante wird relativiert.

In der Schweiz steht diese Beschlussbefugnis prinzipiell dem VR zu, wobei m.E. eine *statutarische GV-Kompetenz* bei der Publikumsgesellschaft möglich und sogar sinnvoll wäre<sup>128</sup>.

## b) Private Aktiengesellschaften

Auf sog. *private AG* (also Gesellschaften *ohne kotierte* Beteiligungspapiere) kommt das Börsenrecht nicht zur Anwendung.

<sup>122</sup> KUNZ (FN 8), § 10 N 100 sowie N 247.

<sup>123</sup> Die *Meldepflicht* stellt nicht eine Unterlassungspflicht, sondern eine *Handlungspflicht* dar.

<sup>124</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsenrecht (...), SZW 2008, 280 ff.; ROLF WATTER/CORRADO RAMPINI/THOMAS CANDRIAN, Praktische Aspekte der Stimmrechtssuspendierungs-Klage nach Art. 20 Abs. 4<sup>bis</sup> BEHG, in: FS für R. von Büren (Basel 2009) 793 ff.

<sup>125</sup> Detailliert zu dieser Sanktionsermächtigung an den Satzungsgeber: JOHANNES ZOLLNER, Stimmrechtsverlust bei Verstoß gegen die Beteiligungspublizität – der neue § 124 AktG, GesRZ 39 (2010) 146 ff.

<sup>126</sup> In *Deutschland* hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) im sog. *Macrotron-Urteil* mit dieser Thematik beschäftigt – der deutsche Entscheid kann nicht ohne weiteres auf die Schweiz «übertragen» werden.

<sup>127</sup> Allg.: MARKUS RUFFNER/KAREL KOHLIK, Einführung und Verortung neuer Schutzinstrumente beim freiwilligen Börsenrückzug (...), in: FS P. Nobel (Bern 2005) 623 ff.; KAREL KOHLIK, Ausgewählte Aspekte von Going Private Transaktionen (Diss. St. Gallen 2005) 5 ff.

<sup>128</sup> Das neue Aktienrecht sieht leider keine entsprechende Kompetenz der GV für den Dekotierungsbeschluss vor – mit dem Vorschlag, dass die *Kotierungsreglemente* der beiden Börsen in der Schweiz den Publikumsgesellschaften die Aufnahme statutarischer GV-Kompetenz *vorschreiben* sollten: PETER V. KUNZ, Kotierung sowie Dekotierung, GesKR 2-3/2006, 138 FN 346.

Nichtsdestotrotz sind Fälle aus der Wirtschaftsrealität bekannt, in denen ein Gericht oder eine Behörde das Börsenrecht ebenfalls auf solche Privatgesellschaften angewandt hat. Dies trifft in erster Linie zu betreffend Art. 33 BEHG<sup>129</sup>, der eine Kraftloserklärung bei (kотиerten) Aktien vorsieht und damit eine *legale Ausschlussmöglichkeit* gegenüber Publikumsaktionären enthält – diese Regelung wurde bereits bei mehreren privaten AG «zum Einsatz»<sup>130</sup> gebracht, was börsenrechtlich mehr als fragwürdig erscheint<sup>131</sup>.

M.E. müsste es abgelehnt werden, eine Art *statutarisches Opting-in* zum Börsenrecht zuzulassen. Es liegt nicht in der Kompetenz der privaten AG bzw. deren Aktionäre, sich sozusagen freiwillig dem Börsenrecht zu «unterwerfen». Insbesondere dürfen die *börsenrechtlichen Investorenpflichten* (Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG sowie Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG) den privaten Gesellschaftern nicht aufgezwungen werden. Diese Pflichten der Aktionäre beziehen sich idealtypischerweise auf Publikumsgesellschaften<sup>132</sup>.

Die Doktrin hat sich – erstaunlicherweise – noch kaum jemals mit diesen Fragestellungen beschäftigt. Einige Andeutungen seien an dieser Stelle erlaubt.

Eine (i) sog. *statutarische Meldepflicht* (analog zu Art. 20 BEHG) widerspricht Art. 680 Abs. 1 OR und kann deshalb selbst bei einstimmiger Zustimmung der Aktionäre m.E. nicht eingeführt werden – eine solche Regelung wäre nichtig und müsste vom Handelsregisterführer abgelehnt werden<sup>133</sup>. Dasselbe gilt für eine (ii) sog. *statutarische Angebotspflicht* (analog zu Art. 32 BEHG), die – erneut als Handlungspflicht – m.E. in Widerspruch zum Aktienrecht stehen würde<sup>134</sup>; immerhin ist aus der Wirtschaftsrealität zumindest ein Beispiel bekannt, bei dem eine solche Pflicht zum Angebot durch private Aktionäre in den Statuten vorgesehen war (und offensichtlich dem HR Zug keine Mühen bereitete)<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Einige Aspekte zur Kraftloserklärungsklage, SZW 1999, 181 ff.

<sup>130</sup> Stichworte: *Clair Finanz Holding AG* sowie *Eichhof Holding AG* – im ersten Fall wurde sogar eine gerichtliche Kraftloserklärung nicht-kotierter Aktien ausgesprochen: RAFFAEL BÜCHI, Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 6.1.2005 i.S. Carlton-Holding AG c. Clair Holding AG, AJP 2005, 496 ff.

<sup>131</sup> Umfassend behandelt mein ehemaliger wissenschaftlicher Assistent, Rechtsanwalt PASCAL RÜEDI, die Thematik in einer soeben beim Unterzeichner eingereichten Berner Dissertation (§ 9 und v.a. § 12).

<sup>132</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II. B. 4. a.

<sup>133</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. b.

<sup>134</sup> A.M. (in «jugendlichem» Übermut): KUNZ (FN 8), § 10 N 50 f.; rechtspolitisch eine *Angebotspflicht* bei *privaten AG ablehnend*: URS PULVER, Zur Regelung öffentlicher Übernahmeangebote, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zürich 1993) 243.

<sup>135</sup> Art. 34 Statuten der PARIS RE Holdings Limited; [http://paris-re-holdings.societes-cotees.fr/public/paris-re-holdings/auto\\_attachments/0de4d86ed38a94f3cdd45bc15468565f.pdf](http://paris-re-holdings.societes-cotees.fr/public/paris-re-holdings/auto_attachments/0de4d86ed38a94f3cdd45bc15468565f.pdf); diese bemerkenswerte Statutenbestimmung wurde an einer ausserordentlichen GV am 11. August 2009 aufgehoben.

## C. Statutenänderungen – kaum Änderungen durch Aktienrechtsrevision

### 1. Zuständigkeiten

Statuten sowie Statutenänderungen werden im Prinzip<sup>136</sup> von der *Generalversammlung beschlossen*. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine ordentliche GV oder um eine ausserordentliche GV oder um eine Universalversammlung handelt. Während das Rechtsinstitut der GV im Zentrum der aktuellen Aktienrechtsrevision steht, soll an der *GV-Zuständigkeit* für Statuten *nichts geändert* werden, d.h. *Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR* bleibt unverändert.

Ausnahmsweise sind Statuten(anpassungen) durch den *Verwaltungsrat zu beschliessen*. Dies trifft beispielsweise heute bereits zu, und zwar im Zusammenhang mit verschiedenen Aktienkapitalveränderungen (z.B. *Art. 651a OR*, *Art. 652g Abs. 1 OR* und *Art. 653g Abs. 1 OR*)<sup>137</sup>. Entsprechende Statutenanpassungen sollen in Zukunft weiterhin vom VR vorgenommen werden<sup>138</sup>, was ebenfalls für das neue Kapitalband zutreffen wird (*Art. 653t Abs. 2 E-OR* sowie *Art. 653u Abs. 2 E-OR*). Im Übrigen bleibt die neue Ordnung *materiell unverändert*.

### 2. Beschlussquoren

Für die *GV-Beschlussfassungen* z.B. bei Statuten(änderungen) gelangen *Art. 703 f. OR* zur Anwendung. Während *Art. 703 OR* das einfache Mehrheitsprinzip implementiert, sieht *Art. 704 OR (i)* sog. *qualifizierte gesetzliche Quoren* vor (u.a. für zahlreiche Statuteninhalte)<sup>139</sup>. *Art. 703 f. E-OR* bringen insofern einen Paradigmenwechsel mit sich, als künftig nicht mehr die vertretenen Aktienstimmen, sondern die *abgegebenen* Aktienstimmen als Basis für die Berechnungen herangezogen werden<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Die Kompetenz steht der GV sogar als sog. *unübertragbare Befugnis* zu, d.h. eine *statutarische Kompetenzverschiebung* ist unmöglich.

<sup>137</sup> Der VR beschliesst die sog. *nachträgliche Liberierung* bei Namenaktien (*Art. 634a Abs. 1 OR*); obwohl das Gesetz – anders als bei den übrigen Kapitalveränderungen – im Hinblick auf die entsprechende *Statutenanpassung* schweigt, geht die Doktrin davon aus, dass eine *VR-Kompetenz* dazu besteht: BÖCKLI (FN 26), § 1 N 604; *Art. 54 Abs. 1 lit. a HRegV* setzt zwar eine solche VR-Statutenanpassung voraus, kann sich aber auf keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung berufen.

<sup>138</sup> *Art. 652g Abs. 1 OR* (unverändert) für die *ordentliche* Kapitalerhöhung; *Art. 653g Abs. 1 E-OR* für die *bedingte* Kapitalerhöhung – die genehmigte Kapitalerhöhung wird durch das Kapitalband ersetzt werden; *Art. 653o Abs. 1 E-OR* für die Aktienkapitalberabsetzung.

<sup>139</sup> Das geltende Aktienrecht sieht *keine gesetzlichen Präsenzquoren* vor.

<sup>140</sup> Aus diesem Grund werden *Enthaltungen* künftig nicht (mehr) als «Nein» gezählt: *Art. 703 Abs. 2 E-OR*.

Verschiedene (neue) bedingte Statuteninhalte werden dem *qualifizierten* (gesetzlichen) Mehr von Art. 704 Abs. 1 E-OR (sog. «Doppelhürde») unterstellt, nämlich die Einführung des Kapitalbandes (Ziff. 5), der Genehmigungsvorbehalt für VR-Beschlüsse (Ziff. 9)<sup>141</sup> oder die statutarische Regelung eines ausländischen Tagungsorts für die GV (Ziff. 10).

Das Aktienrecht lässt heute und künftig ausserdem (ii) sog. *statutarische Quoren* zu – beispielsweise für Beschlüsse zu Statutenänderungen. Hierzu soll gelten was folgt: «Statutenbestimmungen, die für die Fassung bestimmter Beschlüsse grössere Mehrheiten als die vom Gesetz vorgeschriebenen festlegen, können nur mit dem vorgesehenen Mehr eingeführt oder abgeschafft werden» (Art. 704 Abs. 2 E-OR)<sup>142</sup> – m.E. gilt dies sowohl für Art. 703 E-OR (einfaches Mehr) als auch für Art. 704 E-OR (qualifiziertes Mehr).

Die statutarischen Quoren können gegenüber der gesetzlichen Ordnung zwar eine *Erhöhung*, aber – mit einer Ausnahme – keine Senkung der gesetzlichen Grenzwerte vorsehen. In der Lehre umstritten und von der aktuellen Gesetzesrevision ignoriert wird die Frage, ob das Aktienrecht irgendwelche *Maximalgrössen* für statutarische Beschlussquoren vorsieht (z.B. Unzulässigkeit des sog. Einstimmigkeitsprinzips). M.E. bestehen angesichts der Eigenverantwortlichkeit der Aktionäre und der dispositiven Ordnung keine Schranken, d.h. sogar *statutarische Einstimmigkeitserfordernisse* erweisen sich als rechtlich zulässig<sup>143</sup>.

Die Aktienrechtsrevision sieht eine *Favorisierung der Namenaktien* vor<sup>144</sup> (auch wenn nicht mehr ein Verbot der Inhaberaktien angestrebt wird). In diesem Zusammenhang muss eine Neuerung bzw. *Einschränkung* der inhaltlichen Statutenfreiheit gesehen werden:

«Der Beschluss der Generalversammlung über die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien kann mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden [= Art. 703 E-OR]. Die Statuten dürfen die Umwandlung nicht erschweren» (Art. 704a E-OR).

Das einfache Mehr stellt somit das Maximum dar. M.E. lässt diese Neuordnung hingegen zu, ein sog. *statutarisches Minderheitsquorum*, auf dessen Einführung

---

<sup>141</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II. B. 2. b.

<sup>142</sup> Die aktuelle Ordnung sieht diese Ordnung ausdrücklich zwar nur für die *Einführung* vor (Art. 704 Abs. 2 OR); die Frage, wie es sich mit der *Abschaffung* von statutarischen Beschlussquoren verhält, liess der Wortlaut des Gesetzes bis anhin offen – insofern schafft diese *Neuerung* nunmehr Klarheit: BBl 2008 1684; die h.M. geht indes davon aus, dass dies bereits heute gilt – statt aller: ROGER ZÄCH/PATRICK SCHLEIFFER, Statutarische qualifizierte Quoren, SZW 1992, 266 m.w.H. in FN 13.

<sup>143</sup> KUNZ (FN 8), § 12 N 90 f. m.w.H.; a.M.: BÖCKLI (FN 26), § 12 N 364.

<sup>144</sup> Die Zielsetzung erscheint klar: BBl 2008 1684 («Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien erleichtern»); zudem: KUNZ (FN 60), 10 m.w.H.

indes Art. 703 OR sowie Art. 703 E-OR anwendbar sind, vorzusehen; es wäre somit möglich, dass auf einer solchen statutarischen Basis z.B. eine Minderheit von 40 Prozent der Aktienstimmen die Umwandlung verlangt – eine *statutarische Senkung* unter das Mehrheitsprinzip ist zulässig<sup>145</sup>.

### 3. Wirksamkeit

Statuten(änderungen) müssen im HR jeweils eingetragen werden<sup>146</sup>. Unter diesem Aspekt wird die Differenzierung zwischen der sog. *Aussenwirkung* (= gegenüber Dritten) und der sog. *Innenwirkung* (= unter den Aktionären) von Statutenänderungen wichtig:

Für die (i) Aussenwirkung gelangt heute<sup>147</sup> Art. 932 OR, der von der aktuellen Aktienrechtsrevision nicht berührt wird, zur Anwendung, d.h. eine Wirksamkeit (z.B. der Statutenänderung) tritt nicht sogleich mit HR-Eintragung, sondern erst am nächsten Werktag *nach der SHAB-Publikation* ein (Art. 932 Abs. 2 OR). Relativ unklar erscheint nach wie vor, wie es sich mit der (ii) Innenwirkung verhält, die im *Gesetz nicht erwähnt* wird<sup>148</sup> – m.E. sollte der Aktienrechtsgesetzgeber eine Klärung vornehmen.

Die Wirkung (nach aussen oder ausschliesslich nach innen) ist schliesslich bedeutsam für die *Auslegung* der Statuten<sup>149</sup> – im ersten Fall kommen immer die Prinzipien der Gesetzesauslegung und im zweiten Fall allenfalls die Grundsätze der Vertragsauslegung zur Anwendung.

## D. Übergangsrecht

Im Hinblick auf das künftige Aktienrecht wird sich das *Übergangsrecht* (einmal mehr) als äusserst praxisrelevant erweisen. Ein nicht zu unterschätzender Handlungsbedarf – gerade etwa hinsichtlich *statutarischer Anpassungen* – ist heute schon absehbar. Die vorgesehene intertemporalrechtliche Sanktionierung erscheint scharf, denn gesetzeswidrige Bestimmungen in den Statuten sollen *eo ipso ausser Kraft* treten:

<sup>145</sup> Detailliert zu den *statutarischen Minderheitsquoten* (als Präsenzquoten oder als Beschlussquoten gestaltbar): BRIGITTE TANNER, Quoren für die Beschlussfassung in der Generalversammlung (Diss. Zürich 1987) § 1 N 74 ff. m.w.H.; KUNZ (FN 8), § 12 N 93 ff. m.w.H.

<sup>146</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II. A. 2.

<sup>147</sup> Die *Sonderordnung von Art. 647 Abs. 3 OR*, wonach eine Statutenänderung sogleich mit der Eintragung im HR selbst Dritten gegenüber wirksam wird, wurde *per Ende 2007 aufgehoben*.

<sup>148</sup> Statt aller: BÖCKLI (FN 26), § 1 N 616 ff. m.w.H.

<sup>149</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 2.

«[1] Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglement den neuen Bestimmungen anpassen. [2] Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch zwei Jahre in Kraft» (Art. 2 Üb-Best. E-OR) – unter «neuen Vorschriften» bzw. «neuen Bestimmungen» (Abs. 1) sowie dem «neuen Recht» (Abs. 2) kann ausschliesslich *zwingendes Aktienrecht* verstanden werden<sup>150</sup>.

Der Entwurf des Bundesrats sieht somit eine Übergangsfrist von nur *zwei Jahren* vor, was «durchaus ausreichend» sei<sup>151</sup>. Nicht zuletzt angesichts der erwähnten strengen Sanktion und dem absehbaren Anpassungsbedarf erscheint m.E. diese Frist *eindeutig zu kurz* und damit nicht angemessen<sup>152</sup> – bei der letzten «grossen Revision» im Aktienrecht zu Beginn der 1990er Jahre wurde eine *fünfjährige* Frist vorgesehen. Unverständlicherweise soll es aber anscheinend bei dieser kurzen zweijährigen Übergangsfrist bleiben.

## E. Sonstige Gesellschaftsformen

Die Aktienrechtsrevision betrifft *nicht allein AG*, sondern zudem weitere Gesellschaftsformen. Nebst den Körperschaften werden ausserdem die Regelungen zu den *Personengesellschaften* (teilweise) revidiert<sup>153</sup> – da (i) die Kollektivgesellschaften und (ii) die Kommanditgesellschaften über *keine Statuten* als vertragliche Grundlage verfügen<sup>154</sup>, fallen die (ohnehin untergeordneten) Revisionsaspekte im vorliegenden Beitrag ausser Betracht.

(iii) Das *GmbH-Recht* (z.B. Art. 777c E-OR oder Art. 811 E-OR) sowie (iv) das *Genossenschaftsrecht* (z.B. Art. 857 E-OR oder Art. 879 E-OR) werden durch das neue Aktienrecht am Rande verändert<sup>155</sup>. Betreffend das Recht der Statuten sind indes *keine Neuerungen* zu vermerken<sup>156</sup>. Im (v) *Vereinsrecht*, das die Revision zumindest streift<sup>157</sup>, soll neu vorgesehen werden, dass die Entschädigung

---

<sup>150</sup> Die *Statuten* dürfen in diesem Zusammenhang (i) neuem oder altem *dispositivem* Aktienrecht «widersprechen», ohne dass ein automatisches Ausserkrafttreten droht; m.E. ist allerdings (ii) *jegliches* («normale») *zwingende* Aktienrecht gemeint, d.h. nicht allein (iii) das («qualifizierte») *zwingende* Aktienrecht, das dem Handelsregisterführer die Eintragungsverweigerung ins HR ermöglicht: Vgl. dazu vorne Ziff. I. B. 1. b.; dazu: KUNZ (FN 60), 12 FN 34.

<sup>151</sup> BBl 2008 1735.

<sup>152</sup> Eine Übergangsfrist von *fünf Jahren* scheint rechtspolitisch angebracht(er): KUNZ (FN 60), 14.

<sup>153</sup> *Terminologische* Anpassungen stehen im Vordergrund: BBl 2008 1725.

<sup>154</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. I. A.

<sup>155</sup> BBl 2008 1726 ff.

<sup>156</sup> Art. 776 f. OR sowie Art. 832 f. OR werden *nicht revidiert*.

<sup>157</sup> BBl 2008 1737 f.

des Vorstands von der Vereinsversammlung festgelegt wird, wenn die «Statuten nichts anderes vor[sehen]» (Art. 65 Abs. 4 E-ZGB)<sup>158</sup>.

### III. Schluss

Im Wesentlichen erweisen sich *vier Themen* bei den Statuten (als solchen) jeweils von besonderem rechtlichen Interesse, nämlich: (i) Form, (ii) Inhalt, (iii) Änderung sowie (iv) Gestaltung – der vorliegende Beitrag soll jeweils subjektiv geprägte *Übersichten* dazu geben, und zwar unter dem Aspekt der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision. Ausserdem wird auf einige Besonderheiten bei Publikumsgesellschaften hingewiesen.

Das *Recht der Statuten* wird durch die Revision des Aktienrechts *kaum berührt* werden. Zwar stehen verschiedene (neue) Rechtsinstitute – wie etwa das Kapitalband, die Zwischendividende oder der Genehmigungsvorbehalt – zur rechtspolitischen Diskussion, die zu einem *statutarischen Niederschlag* führen werden, doch macht dieser Umstand die Statuten als solche nichtsdestotrotz zu keinem «wirklichen Thema» der Revision.

Die materiellen (neuen) Rechtsinstitute bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in den Statuten, d.h. der *bedingt notwendige* Statuteninhalt wird insofern *leicht revidiert* werden. Im Übrigen erfahren hingegen die Möglichkeiten einer freiwilligen Statutengestaltung ebenso keine Änderungen wie der notwendige Statuteninhalt oder die Formvorschriften für Gesellschaftsstatuten oder schliesslich die Regelungen für Statutenänderungen.

Ein *Handlungsbedarf* betreffend Statuten ergibt sich hingegen aus dem *Übergangsrecht*. Da die Statutenbestimmungen, die mit dem *zwingenden Aktienrecht* in Zukunft in Widerspruch stehen, *automatisch ausser Kraft* treten werden, sollten die Gesellschaftsstatuten in jedem Fall auf deren aktienrechtliche Kompatibilität *überprüft* werden – die (zu) kurze Übergangsfrist von zwei Jahren bringt eine nicht zu unterschätzende *zeitliche Dringlichkeit* mit sich.

---

<sup>158</sup> *Gestrichen* wird Art. 61 Abs. 3 ZGB, wonach bei der HR-Eintragung eines Vereins u.a. dessen Statuten bei der Anmeldung beigefügt werden müssen – die inhaltlich identische Regelung findet sich nunmehr in Art. 90 Abs. 1 lit. b HRegV.