



Peter V. Kunz*

Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision

Kurzbeitrag zu ausgewählten Neuerungsvorschlägen bei Art. 620 – Art. 636 E-OR und bei Art. 1 – Art. 5 Übest E-OR

Inhaltsübersicht

- I. Ziel der neuen Regelungen
- II. Entstehungsgeschichte
- III. Die Neuregelungen im Einzelnen
 1. Begriff
 2. Aktien
 3. Statuten
 4. Gründung
 - 4.1 Mindestliberierung
 - 4.2 Leistung der Einlagen: Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnungsliberierung
 - a. Sacheinlagegründung
 - b. Sachübernahmegründung
 - c. Verrechnungsliberierung
 5. Übergangsrecht
- IV. Einschätzung
 1. Begriff
 2. Aktien
 3. Statuten
 4. Gründung
 - 4.1 Mindestliberierung
 - 4.2 Leistung der Einlagen: Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnungsliberierung
 - a. Sacheinlagegründung
 - b. Sachübernahmegründung
 - c. Verrechnungsliberierung
 5. Übergangsrecht

I. Ziel der neuen Regelungen

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf *Generalien* bzw. auf Teile der *Allgemeinen Bestimmungen* des Aktienrechts (Art. 620 E-OR – Art. 636 E-OR) sowie auf das Übergangsrecht (Art. 1 E-OR – Art. 4 Übest E-OR). Im Wesentlichen geht es um eine «Detail-Besprechung» – auf «Grundsätzliches» zur Revision wird

nicht eingegangen¹. Die knappe Platzvorgabe legt eine Beschränkung nach *subjektiver Auswahl* des Unterzeichners nahe.

Bei diesen Generalien stehen de lege ferenda *keine aktienrechtlichen Paradigmenwechsel* und *keine «grossen» Neuerungen* zur Debatte – zumindest nach Überarbeitung des Vorentwurfs. In erster Linie geht es um (i) *Klarstellungen* zum geltenden Aktienrecht (z.B. zur Liberierung)² sowie um (ii) *praxisnahe Anpassungen* (z.B. bei der Senkung des Mindestnennwertes)³. Es wäre indes falsch, die Bedeutung der Generalien-Themen zu unterschätzen.

II. Entstehungsgeschichte

Mit den meisten Generalien sind de lege lata *kaum Probleme* verbunden. Ein Anpassungsbedarf besteht somit, wenn überhaupt, einzig in Teilbereichen. Es erstaunt nicht, dass diese Teile des Revisionsprojekts im Prinzip *wenig umstritten* sind.

Im Verlauf der Revision kam es im hier zu besprechenden Bereich – immerhin mit zwei wichtigen Ausnahmen⁴ – zu *keinen wesentlichen Änderungen*, d.h. die Regelungsvorschläge im Vorentwurf⁵ bzw. im Begleit-

* Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Universitätsprofessor für Wirtschaftsrecht, Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (IWR) (www.iwr.unibe.ch) sowie Leiter des Departements für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern. Ein besonderer Dank für seine rat- und tatkräftige Unterstützung gebührt meinem Assistenten am IWR, Herrn Rechtsanwalt Pascal Rüedi.

¹ Der Autor war eingeladen, am 26. August 2008 als Experte in der *Rechtskommission des Ständerats* zur Eintretensfrage angehört zu werden; die dort gemachten Ausführungen zum «Grundsätzlichen» sollen in naher Zukunft noch publiziert werden.

² Vgl. dazu hinten III. 4.2./IV. 4.2.

³ Vgl. dazu hinten III. 2./IV. 2.

⁴ Die (i) *Inhaberaktien* sollten im Vorentwurf abgeschafft werden und sind im Entwurf nun aber wieder zugelassen; der (ii) sog. *statutarische Genehmigungsvorbehalt* für VR-Beschlüsse war im Vorentwurf noch nicht enthalten und taucht plötzlich im Entwurf auf, ohne in der Vernehmlassung gefordert worden zu sein.

⁵ Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>).

bericht⁶ sowie im Entwurf⁷ bzw. in der Botschaft⁸ sind *nahezu identisch*. Diese Konstanz wird die Rechtsanwendung zu den Generalien (sc. historisches Auslegungselement) *positiv beeinflussen*.

Grosse praxisrelevante Ausnahme von der Konstanz: *Inhaberaktien* sollten nach Vorentwurf unzulässig erklärt werden⁹; der Bundesrat hat es sich indes nach kritischen Vernehmlassungen bereits im Februar 2007 anders überlegt, so dass Inhaberaktien *weiterhin zulässig* sein werden¹⁰. Im Übrigen äusserten sich die Vernehmlasser¹¹ kaum zu den Generalien.

III. Die Neuregelungen im Einzelnen

1. Begriff

Der *aktuelle* Begriff der AG wirkt etwas veraltet und bezieht sich – überflüssigerweise – z.B. auf die «Firma» (Art. 620 Abs. 1 OR). Der *neue* Begriff der AG, d.h. deren Legaldefinition, lehnt sich am geltenden GmbH-Begriff (Art. 772 OR) an¹² und lautet wie folgt:

«Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Ihr Aktienkapital ist in den Statuten festgelegt. Für ihre Verbindlichkeiten haftet ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen» (Art. 620 Abs. 1 E-OR).

Neu sind somit v.a. (i) der Rechtsbegriff der sog. «Kapitalgesellschaft» sowie (ii) der Umstand, dass ausdrücklich die *Beteiligten* an der AG (d.h. die Eigenkapitalgeber)¹³ erwähnt werden. Dass diese beiden Aspekte

wirklich notwendige Begriffselemente einer AG darstellen, wird leider nicht begründet.

2. Aktien

Heute gibt es *zwei Arten* von Aktien, nämlich sog. *Namenaktien* sowie sog. *Inhaberaktien*, und Art. 622 Abs. 1 OR wird – entgegen dem bundesrätlichen Revisionsprojekt¹⁴ – in Zukunft *unverändert* bleiben, d.h. es wird künftig *weiterhin* Inhaberaktien geben.

Immerhin sollen Umwandlungen von Inhaber- in Namenaktien in doppelter Hinsicht *erleichtert* und damit *Namenaktien favorisiert* werden: (i) Die Umwandlungsmöglichkeit muss in den *Statuten nicht mehr* vorgesehen werden (heute: Art. 627 Ziff. 7 OR)¹⁵, und (ii) die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien (aber nicht vice versa) darf zudem durch die *Statuten nicht erschwert* werden (Art. 704a E-OR).

Der *Mindestnennwert* der Aktien wurde seit dem 19. Jahrhundert im Aktienrecht immer wieder (konkret: vier Mal!) angepasst bzw. *gesenkt*. Wichtigster Neuerungsvorschlag: Aktien dürfen in Zukunft einen *Nennwert* unter einem Rappen, aber *grösser als null Rappen* haben (Art. 622 Abs. 4 E-OR). Die sog. *nennwertlosen* Aktien sind weiterhin unzulässig¹⁶.

Jeder Aktionär hat de lege lata ein *Vetorecht* gegen jegliche *Aktienzusammenlegungen* (Art. 623 Abs. 2 OR). Diese Ordnung wird in einem Teilbereich abgelöst und durch das Erfordernis eines *qualifizierten Mehrs* für eine entsprechende GV-Beschlussfassung ersetzt – allerdings nicht für private Aktien, sondern nur für *kotierte* Aktien (Art. 623 Abs. 2 E-OR).

3. Statuten

Beim bedingt notwendigen *Statuteninhalt* gibt es einige Änderungen – z.B. zur Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien¹⁷. Eine angebliche «Neuerung» erscheint besonders interessant, die bei der *Organ-Zuständigkeit für Vergütungen* zu diskutieren ist¹⁸: Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die *Statuten* nämlich Bestimmungen über «die Zuständigkeiten der Generalversammlung betreffend die Festlegung der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrats und ihnen nahestehender Personen sowie betreffend die Ausrichtung von

⁶ Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>).

⁷ Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1751 ff.

⁸ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff.

⁹ Detailliert: PETER V. KUNZ, Status quo der «grossen» Aktienrechtsrevision, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 139 f.

¹⁰ Vgl. dazu hinten III. 2.

¹¹ Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom Februar 2007 (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>).

¹² Botschaft (FN 8), 1636.

¹³ Ein Bezug wird hergestellt zu den «Aktionärinnen und Aktionären»: Botschaft (FN 8), 1636.

¹⁴ Begleitbericht (FN 6), 26 ff.

¹⁵ Art. 627 Ziff. 7 OR wird mit der Revision *ersatzlos gestrichen*; die Regelung wird auch in anderen Bereichen überarbeitet: Vgl. dazu hinten III. 3.

¹⁶ Die Neuordnung führt aber «faktisch» zu «unechten nennwertlosen Aktien»: Botschaft (FN 8), 1637; allg.: Begleitbericht (FN 6), 24 ff.

¹⁷ Vgl. dazu vorne III. 2.

¹⁸ Jüngst: DOMINIQUE BIEDERMANN/DANIEL DAENIKER, Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, GesKR 2/2008, 142 ff.

Aktien und Optionen an Mitarbeiter» (Art. 627 Ziff. 4 E-OR).

Die GV soll schliesslich in Zukunft formell in die regulären Kompetenzen des VR «eingreifen» können mittels eines sog. *Genehmigungsvorbehalts* (Art. 716b E-OR), der ebenfalls in den *Statuten* vorgesehen werden muss (Art. 627 Ziff. 14 E-OR)¹⁹. Die Regelung scheint in der Bundesverwaltung eine «spontane Eingebung der letzten Stunde» gewesen zu sein²⁰.

4. Gründung

4.1 Mindestliberierung

Die jüngsten Aktienrechtsrevisionen sind – entgegen Unkenrufen – *wirtschaftsfreundlich und praxisorientiert* ausgestaltet. Dies zeigt sich z.B. bei der seit Kurzem erlaubten Gründung von Einpersonen-AG und beim vorgeschlagenen Mindestnennwert von Aktien «grösser als null Rappen»²¹. Die Vorschläge zur Leistung der Einlagen²² gehen in die gleiche Richtung.

Eine *legislative Interessenabwägung* zwischen den verschiedenen Interessenten muss vorgenommen werden. Nicht vernachlässigt werden dürfen z.B. die Schutzbedürfnisse der «*Financiers*» der AG, d.h. der Eigenkapitalgeber und der Fremdkapitalgeber.

Der *Gläubigerschutz* wird mit einem Neuerungsvorschlag bei der Gründung *verbessert*, nämlich durch die Erhöhung der sog. *Mindestliberierung* von heute 20 Prozent auf neu 25 Prozent des Nennwertes jeder Aktie (Art. 632 Abs. 1 E-OR)²³.

4.2 Leistung der Einlagen: Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnungsliberierung

a. Sacheinlagegründung

Art. 634 Abs. 1 E-OR kodifiziert die *geltende Praxis* der Behörden²⁴: Sacheinlagen müssen u.a. (i) *aktivierbar* sein und auf die AG (ii) *übertragen* werden dürfen; des Weiteren muss die AG nach Eintragung im Handelsregister über die Einlage (iii) *frei verfügen* können. Bei

Liberalisierung mittels *Fremdwährung* handelt es sich, wie nunmehr ex lege klargestellt, *nicht* um eine Sacheinlage, sondern um eine Barliberierung (Art. 633 Abs. 3 E-OR)²⁵.

Neu soll *eine einzige* öffentliche Urkunde genügen, wenn mehrere Grundstücke als Gegenstand der Sacheinlage in verschiedenen Kantonen liegen – die Urkunde muss durch eine Urkundsperson am *Sitz der Gesellschaft* errichtet werden (Art. 634 Abs. 3 E-OR)²⁶.

b. Sachübernahmegründung

Art. 634a Abs. 1 E-OR entspricht der Ordnung des GmbH-Rechts: Übernimmt die AG z.B. Vermögenswerte von Aktionären oder von nahestehenden Personen, muss sie Gegenstand, Namen des Veräusserers und Gegenleistung in den *Statuten* angeben. Zusätzlich müssen Gegenstand und Gegenleistung ins *Handelsregister* eingetragen werden.

Mit Art. 634a Abs. 2 E-OR wird im Wesentlichen die *bisherige Praxis* kodifiziert und sichergestellt, dass bei der Sachübernahme die Bestimmungen der Sacheinlage beachtet werden. Immerhin erfolgt gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁷ eine Änderung, so dass «Verträge für den gewöhnlichen Geschäftsgang» *keine* Sachübernahme darstellen²⁸.

c. Verrechnungsliberierung

Mit Art. 634b E-OR soll z.T. die geltende Praxis zur *Liberalisierung durch Verrechnung* kodifiziert werden, deren gesetzliche Regelung im geltenden Recht *lückenhaft* ist²⁹; neu ist die Offenlegungspflicht – wie bei Sacheinlagen und Sachübernahmen – in *Statuten* und *Handelsregister* (Art. 634b Abs. 3/Abs. 4 E-OR)³⁰.

Die wichtigste *Neuerung*, die zumindest eine *Klarstellung* – wenn auch in die falsche Richtung³¹ – bringen würde, findet sich in Art. 634b Abs. 2 E-OR, wonach eine Verrechnung nur, aber immerhin im Falle einer sog. «*Sanierung*» *zulässig* ist, selbst wenn die Forderung nicht vollständig durch Aktiven gedeckt ist, d.h. das Erfordernis der *Werthaltigkeit* der entsprechenden Verrechnungsforderung besteht *nicht* (mehr)³².

¹⁹ Detailliert: DIETER DUBS, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziffer 14 E-OR, SZW 2/2008, 159 ff.; zur Einführung in den *Statuten* braucht es in der GV ein *qualifiziertes Mehr*: Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 E-OR.

²⁰ PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), 359.

²¹ Vgl. dazu vorne III. 2.

²² Vgl. dazu hinten III. 4.2.

²³ Angestrebt wird u.a. eine *Anpassung an EU-Recht*; hierzu: Botschaft (FN 8), 1638; Begleitbericht (FN 6), 41.

²⁴ Allg.: EHRA – Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, REPRAX 2/2001, 59 ff.; generell: LUKAS MÜLLER, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, GesKR 1/2008, 50 ff.

²⁵ Botschaft (FN 8), 1638 f.; Begleitbericht (FN 6), 41; allg.: PAUL THALMANN, Bares ist Wahres – Zur Liberalisierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 4/2003, 19 ff.

²⁶ Es wird auf das *fusionsrechtliche* «Vorbild» verwiesen: Botschaft (FN 8), 1639.

²⁷ BGE 83 II 289.

²⁸ Botschaft (FN 8), 1640.

²⁹ Botschaft (FN 8), 1641 f.

³⁰ Botschaft (FN 8), 1642.

³¹ Vgl. dazu hinten IV. 4.2.

³² De lege lata umstritten: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 2 N 43 ff., v.a. N 47 ff.

5. Übergangsrecht

Die Übergangsordnung sieht vor, dass die *neuen* Regelungen mit ihrem Inkrafttreten *so gleich anwendbar* sein sollen auf *bestehende* AG (Art. 1 Abs. 2 Übest E-OR). Dieser Grundsatz soll nicht zur Anwendung gelangen bei der *Mindestliberierung*, d.h. bestehende AG können sich auf eine sog. «grandfather clause» berufen (Art. 2 Abs. 3 Übest E-OR).

Im Übrigen besteht eine Anpassungsfrist u.a. für die Statuten der AG an das künftige «neue» Aktienrecht von generell *zwei Jahren* (Art. 2 Abs. 1 Übest E-OR)³³. *Gesetzeswidrige* Bestimmungen³⁴ in Statuten und in Reglementen treten *eo ipso ausser Kraft*, und zwar zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der «grossen» Aktienrechtsrevision (Art. 2 Abs. 2 Übest E-OR).

IV. Einschätzung

1. Begriff

Der vorgeschlagene *neue* Begriff der AG³⁵ ist – wie bei der GmbH – in Bezug auf die möglichen *Beteiligten* sowohl grammatikalisch als auch systematisch *zu eng* ausgefallen (nämlich: «Personen oder Handelsgesellschaften»); so scheinen z.B. die einfachen Gesellschaften als Aktionäre ausgeschlossen³⁶. Doch die Revision strebt *keine materielle Änderung* an³⁷:

Aktionär oder Partizipant als «beteiligter» Eigenkapitalgeber kann somit weiterhin *jeder Rechtsfähige* im Sinne von Art. 11 ZGB sein. M.E. muss zur Klarstellung die neue Legaldefinition gemäss Art. 620 Abs. 1 Satz 1 E-OR entsprechend *angepasst* werden³⁸.

Als (anscheinend) zum Begriff der AG gehörend wird vorgesehen, dass Aktionäre nebst der Liberierungspflicht *keine Pflichten* haben sollen; dies ergibt sich u.a. ebenfalls aus Art. 620 Abs. 2 Satz 2 E-OR³⁹. Diese Auslegung ist m.E. weder *de lege lata* zu Art. 680 Abs. 1

OR⁴⁰ noch *de lege ferenda* zwingend und könnte bzw. *sollte überdacht* werden⁴¹.

2. Aktien

Inhaberaktien bleiben voraussichtlich erhalten, auch wenn die Umwandlung in Namenaktien *de lege ferenda* favorisiert wird⁴². Eine bewährte (und traditionelle) aktienrechtliche Ordnung soll *nicht* revidiert werden, wenn es *keinen guten Grund* dafür gibt, und tatsächlich könnte eine Abschaffung der Inhaberaktien nicht sachlich begründet werden⁴³ – erst recht nicht, wenn (wie vorgesehen) auf eine Regelung der sog. *Dispoaktien verzichtet* wird. Die vorgeschlagenen Änderungen zu den Aktien⁴⁴ sind m.E. im Allgemeinen durchaus sinnvoll.

Die *weitere Senkung des Mindestnennwertes* gewährt AG zusätzliche *Flexibilitäten*. Ob durch Aktien mit «sehr niedrigem Nennwert» (sog. «penny stocks») Praxisprobleme entstehen werden⁴⁵, bleibt abzuwarten; dies könnte tatsächlich z.B. bei *Nennwertrückzahlungen* der Fall sein, weil *Auszahlungen* «unter fünf Rappen» *unmöglich* sind⁴⁶.

Die *Zusammenlegung von Aktien* kann zum *faktischen Ausschluss* bzw. zum «Squeeze-out» von Minderheitsaktionären missbraucht werden⁴⁷, wenn dem Gesellschafter kein Vetorecht gewährt würde. M.E. macht deshalb zumindest bei *nicht kotierten* Aktien – anders als bei kotierten Beteiligungspapieren – das bisherige «absolut wohlverworbene Recht» des Aktionärs *dagegen* guten Sinn; eine weitere Aufweichung durch *Mejorheitsbeschlüsse* ist abzulehnen⁴⁸, immerhin vorbehaltlich allfälliger *Sanierungsfälle* bei AG⁴⁹.

3. Statuten

Zur sog. *Vergütungs-Thematik* von VR/GL, die heute anscheinend gerade auch unter dem Aspekt der sog. «Abzocker Initiative» kaum mehr emotionslos diskutiert werden kann, *könnten* *de lege ferenda* drei Themen aufgenommen werden⁵⁰, nämlich (i) die Transparenz

³³ Diese (kurze) Frist stellt einen bewussten rechtspolitischen Entscheid dar: Botschaft (FN 8), 1735.

³⁴ Es geht um Verletzungen von *zwingenden* Normen.

³⁵ Vgl. dazu vorne III. 1.

³⁶ *Einfache Gesellschaften* (Art. 530 ff. OR) fallen weder in die Kategorie der «Personen» noch in die Kategorie der «Handelsgesellschaften» und werden auch *nicht explizit* erwähnt: Botschaft (FN 8), 1636, sowie Begleitbericht (FN 6), 39; ähnlich verhält es sich mit *weiteren Rechtsgemeinschaften* wie zum Beispiel der Erbgemeinschaft.

³⁷ Botschaft (FN 8), 1636; Begleitbericht (FN 6), 39.

³⁸ Eine vergleichbare Anpassung drängt sich bei der *Legaldefinition der GmbH* auf.

³⁹ Botschaft (FN 8), 1636 m.w.H.; Begleitbericht (FN 6), 39.

⁴⁰ Allg.: KUNZ (FN 32), § 8 N 31 ff.

⁴¹ Dies *wäre* zwar ein *Paradigmenwechsel im Aktienrecht*, aber nicht im Kapitalgesellschaftsrecht.

⁴² Vgl. dazu vorne III. 2.

⁴³ Statt aller: Vernehmlassungen (FN 11), 8 sowie 10 f.

⁴⁴ Vgl. dazu vorne III. 2.

⁴⁵ Vernehmlassungen (FN 11), 11.

⁴⁶ Seit dem Inkrafttreten der Verordnung über die Ausserkurssetzung der Einrappenstücke (SR 941.103.3) am 1. Januar 2007 beträgt gemäss Münzverordnung (SR 941.101) der kleinste mögliche Nennwert einer Umlaufmünze fünf Rappen.

⁴⁷ Botschaft (FN 8), 1637.

⁴⁸ LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision – kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrats, ST 9/2008, 665 schlägt als Abgrenzungskriterium statt der *Börsenkotierung* den *Handel der Aktien* vor.

⁴⁹ Mit diesem Vorschlag: BÖCKLI (FN 20), 337.

⁵⁰ Hinweise: KUNZ (FN 32), 156.

der Vergütung, (ii) die Kompetenz zu deren Festlegung sowie (iii) deren materielle Überprüfung. Der Entwurf äussert sich zum *zweiten* Thema:

Art. 627 Ziff. 4 E-OR⁵¹ sieht neu als (angeblichen) «Mittelweg» ausdrücklich vor, dass die Statuten u.a. die Vergütung des VR – hingegen nicht der GL⁵² – in die GV-Kompetenz geben können (aber nicht müssen), was notabene bereits heute der Fall ist und somit Nichts oder zumindest nichts Neues bringt⁵³. Ein eigentlicher Paradigmenwechsel sollte m.E. indes diskutiert werden, nämlich eine *dispositive GV-Kompetenz* statt einer VR-Kompetenz bei der VR-Vergütung⁵⁴, wie es notabene im Ausland nicht unbekannt ist.

Zu bedenken bleibt, dass GV-Beschlüsse über entsprechende VR-Vergütungen in der Praxis *zahlreiche Probleme* aufwerfen könnten⁵⁵. Sollte der Gesetzgeber keine (durchaus sinnvolle) *dispositive GV-Kompetenz* einführen, könnte aber auf den aktuellen Regelungsvorschlag, der einzig den Status quo festschreibt, ohne weiteres verzichtet werden.

Ein in den Statuten aufzunehmender *Genehmigungsvorbehalt* von VR-Beschlüssen zugunsten der GV bringt das bisherige «Gleichgewicht» zwischen den beiden Pflichtorganen («checks and balances») ins Wanken bzw. *schwächt den VR*. Die angeblichen Vorteile dieser geplanten Regelung wiegen die Nachteile und Probleme⁵⁶ nicht auf, so dass m.E. auf dieses neue Rechtsinstitut zweifelsohne *verzichtet* werden sollte und könnte⁵⁷.

4. Gründung

4.1 Mindestliberierung

Die Erhöhung der Mindestliberierung⁵⁸ von 20 Prozent auf neu 25 Prozent jeder Aktie ist zu *befürworten* als Verstärkung des Gläubigerschutzes. In der Wirtschaftsrealität dürfte diese Neuerung indes nur *geringe Praxisrelevanz* erreichen, weil ohnehin schon heute die «über-

wiegende Mehrheit der Aktien zu 100 Prozent liberiert» werden⁵⁹.

Wenig konsequent in diesem Zusammenhang erscheint hingegen, dass die sog. *Mindesteinlage* auf das Aktienkapital *unverändert CHF 50 000.–* betragen soll⁶⁰. M.E. sollte Art. 632 Abs. 2 OR ebenfalls revidiert und der Betrag entsprechend (sowie unter Berücksichtigung der Inflation) erhöht werden, und zwar z.B. auf *CHF 80 000.–* bei jeder AG.

4.2 Leistung der Einlagen: Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnungsliberierung

a. Sacheinlagegründung

Zum (vermuteten) Leidwesen der Notariatsbranche wird künftig *eine einzige* öffentliche Urkunde genügen, selbst wenn *Grundstücke in verschiedenen Kantonen* zum Gegenstand der Sacheinlage gehören⁶¹; eine vergleichbare Ordnung sieht Art. 70 Abs. 2 FusG vor⁶². Der *Abbau* administrativer und sonstiger Lasten (z.B. Kosten) ist ohne weiteres zu *begrüssen*.

M.E. *gestrichen* werden sollte Art. 634 Abs. 3 Satz 2 E-OR, der vorschreibt, dass diese Urkunde durch eine Urkundsperson am *Sitz der Gesellschaft* errichtet werden muss (notabene selbst für den Fall, dass dort kein Grundstück liegt!);⁶³ diese Einschränkung macht u.a. keinen Sinn, weil im *Gesellschaftsrecht* öffentliche Urkunden «bei einem *beliebigen Notar* in der Schweiz errichtet» werden können⁶⁴ und vom Handelsregister akzeptiert werden müssen.

b. Sachübernahmegründung

Die *Verletzung* der Sachübernahmeregelungen wird de lege lata *streng sanktioniert*, und zwar mit Nichtigkeit der Übernahme *ex tunc*⁶⁵. Diese Sanktionierung kann drakonisch sein und die *Rechtssicherheit* gefährden, so dass sie *relativiert* werden müsste, und zwar nach einer Interessenabwägung durch die *Rechtsetzung* und *nicht* durch die *Rechtsanwendung*.

Nunmehr wird sozusagen vorgeschlagen, dass sich der Gesetzgeber aus der legislativen Verantwortung zur Sanktionierung stehlen solle: «Es wird aber der bundesgerichtlichen Praxis überlassen, eine den konkreten Umständen des Einzelfalles entsprechende Lösung zu finden»⁶⁶. M.E. sollte eine klare und rechtssichere ge-

⁵¹ Vgl. dazu vorne III. 3.

⁵² Auf die Möglichkeit der GV, auf die Vergütung von *Geschäftsleitungsmitgliedern* ebenfalls Einfluss nehmen zu können, wurde nach der Vernehmlassung *verzichtet*; hierzu: KATHARINA RÜDLINGER, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ST 1-2/2008, 19.

⁵³ Allg.: BIEDERMANN/DAENIKER (FN 18), 142 f. m.w.H.; die Regelung soll «verschiedene Formen von Zuständigkeiten der Generalversammlung entsprechend den konkreten Bedürfnissen» ermöglichen: Botschaft (FN 8), 1638.

⁵⁴ M.E. weder «Fisch» noch «Vogel» (und somit rechtspolitisch *nicht weiterführend*) ist der angebliche «Mittelweg» einer sog. *Konsultativabstimmung* in einer GV über VR-Vergütungen.

⁵⁵ KUNZ (FN 32), 157 FN 216.

⁵⁶ BÖCKLI (FN 20), 359.

⁵⁷ Immerhin geht es einzig um die *Möglichkeit* einer statutarischen Regelung, die genutzt werden kann oder eben auch nicht, und *nicht* um eine *zwingende* Gesetzesvorgabe: BÖCKLI (FN 20), 359.

⁵⁸ Vgl. dazu vorne III. 4.1.

⁵⁹ Botschaft (FN 8), 1638.

⁶⁰ Es findet sich *keine Begründung* dafür: Botschaft (FN 8), 1638 FN 96.

⁶¹ Vgl. dazu vorne III. 4.2.

⁶² Zur «Vorbildfunktion»: Botschaft (FN 8), 1639.

⁶³ Gl.M.: GLANZMANN (FN 48), 665.

⁶⁴ GLANZMANN (FN 48), 665 m.w.H. in FN 3; Hervorhebung hinzugefügt.

⁶⁵ BGE 83 II 284 E. 4; allg.: Botschaft (FN 8), 1640 f.

⁶⁶ Botschaft (FN 8), 1641.

setzliche Ordnung vorgesehen werden, denn Richter sollen grundsätzlich *nicht* Gesetzgeber sein⁶⁷.

c. Verrechnungsliberierung

De lege lata ist *umstritten*, ob die Verrechnungsliberierung mit *nicht werthaltigen* Forderungen zugelassen werden muss oder nicht⁶⁸. Weniger aus Gründen des Gläubigerschutzes als vielmehr aus Überlegungen des Minderheitenschutzes muss dies (schon) heute *abgelehnt* werden⁶⁹ – doch eine Praxis oder eindeutige Lehrmeinung dazu gibt es nach wie vor nicht.

De lege ferenda geht der Vorschlag gerade in die andere bzw. falsche Richtung, was *unangemessen* erscheint; der Bundesrat war sich übrigens der *Benachteiligung der übrigen Aktionäre* sogar bewusst, rechtfertigt Art. 634b Abs. 2 E-OR indes aus (behaupteter) «wirtschaftlicher Sicht»⁷⁰. Rechtspolitisch muss eine solche «Liberierung» abgelehnt werden⁷¹, führte dies doch «zur Ausgabe von Aktien, die nicht voll liberiert» sind⁷². M.E. sollte somit der Regelungsvorschlag im Ergebnis geradezu «*umgekehrt*» werden⁷³.

Dazu kommt, dass die Einschränkung auf angebliche *Sanierungssituationen* *rechtsunsicher* ist. Der Begriff der sog. «*Sanierung*» bleibt gemäss Art. 634b Abs. 2 E-OR unbestimmt⁷⁴.

5. Übergangsrecht

Bei der letzten «grossen» Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er-Jahre gewährte der Gesetzgeber altrechtlichen AG eine Übergangsfrist von 5 Jahren, die sich «in der Praxis nicht bewährt» habe⁷⁵. Der Entwurf sieht deshalb eine (verkürzte) *Frist von 2 Jahren* zur Anpassung vor (Art. 2 Abs. 1 Übest E-OR)⁷⁶, was «durchaus ausreichend» sei⁷⁷. Dem muss rechtspolitisch *widersprochen* werden:

Die «grosse» (sic!) Aktienrechtsrevision wird zahlreiche und weitreichende Änderungen mit sich bringen und ei-

nen *erheblichen Anpassungsbedarf* bei allen AG auslösen. Die Nichterfüllung der Vorkehrungen in Statuten und Reglementen wird ausserdem *scharf «sanktioniert»* (nämlich: Ungültigkeit «nach Ablauf der Frist»)⁷⁸. Die Belastungen – gerade für KMU, die meist über keine professionellen Rechtsdienste verfügen – dürfen nicht unterschätzt werden. Aus allen diesen Gründen sollte m.E. beim Übergangsrecht eine *wirtschaftsfreundlichere* Fristverlängerung auf *5 Jahre* vorgesehen werden.

⁶⁷ Dass diese legislative «Delegation» an die Gerichte u.a. *rechtsstaatlich bedenklich* ist und *Rechtsunsicherheit* schafft, hat das Parlament jüngst bei der Revision von Art. 20 BEHG bewiesen.

⁶⁸ Vgl. dazu vorne III. 4.2.

⁶⁹ Detailliert: KUNZ (FN 32), § 2 N 46 ff.

⁷⁰ Botschaft (FN 8), 1642.

⁷¹ A.M.: GLANZMANN (FN 48), 667.

⁷² Vernehmlassungen (FN 11), 11.

⁷³ Im Ergebnis gl.M.: BÖCKLI (FN 20), 342 sowie 362 f.

⁷⁴ URS BERTSCHINGER, Finanzinstrumente in der Aktienrechtsrevision [...], SZW 2/2008, 212, erachtet die Bezugnahme auf eine Sanierung hingegen als *unnötig* und schlägt als Formulierung vor: «Die Verrechnung einer Forderung gilt auch dann als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist»; kritisch zum Begriff der «Sanierung» ebenfalls: TOBIAS MEYER, Kapitalschutz als Selbstzweck?, GesKR 3/2008, 227.

⁷⁵ Botschaft (FN 8), 1735.

⁷⁶ Vgl. dazu vorne III. 5.

⁷⁷ Botschaft (FN 8), 1735.

⁷⁸ Botschaft (FN 8), 1735.