

In:

Kunz, Peter V./ Jörg, Florian S./ Arter, Oliver (Hrsg.):
Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008.

Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV

LUKAS GLANZMANN*

Inhaltsverzeichnis

Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der HRegV.....	101
1. Einleitung.....	102
2. Neuerungen bei der Gründung.....	103
2.1 Ein Gründer genügt.....	103
2.2 Eingeschränkte Anwendung der Sachübernahmebestimmungen.....	105
3. Neuerungen für den Verwaltungsrat	108
3.1 Abschaffung der Pflichtaktien	108
3.2 Abschaffung des Domizil- und Nationalitätserfordernisses	110
3.3 Änderung der Vertretungsbefugnis?.....	110
3.4 Schriftlichkeitserfordernis beim Insichgeschäft	111
4. Änderungen im Bereich der Aktionärsrechte.....	114
4.1 Erhöhung des Quorums beim Liquidationsbeschluss	114
4.2 Abschaffung der Phantomaktien	115
4.3 Mängel in der Organisation	116
4.4 Firmenrecht	118
5. Handelsregister	119
5.1 Handelsregisteranmeldung	119
5.2 Kapitaleinzahlungsbestätigung als Handelsregisterbeleg.....	119
5.3 Löschung von Zeichnungsberechtigten	120
5.4 Wirksamwerden von Statutenänderungen gegenüber Dritten	121
5.5 Rechtswirkung elektronisch abgerufener Daten.....	121
6. Fazit.....	122
Literaturverzeichnis	124

* Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung eines Vortrages im Rahmen des Seminars „Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht“ vom 19. Juni 2007 des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen und basiert auf einem unter dem Titel „Die kleine Aktienrechtsrevision“ in der ZBGR 2/2007 veröffentlichten Aufsatz. Der Autor dankt Dr. PASCAL FISCHER für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Etwaige Hinweise oder Bemerkungen nimmt der Autor gerne entgegen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

1. Einleitung

Das Parlament hat im Dezember 2005 das Aktienrecht teilweise revidiert¹. Diese kleine Aktienrechtsrevision wurde zusammen mit der Revision des GmbH-Rechts (Art. 772–827 OR), den Bestimmungen über die Revisionsstelle (Art. 727–731a OR) und dem Revisionsaufsichtsgesetz² verabschiedet. Daneben wurde auch noch eine total revidierte Handelsregisterverordnung erlassen³. Alle diese Revisionen werden am 1. Januar 2008 in Kraft treten⁴.

Die kleine Aktienrechtsrevision sowie die Revision der Handelsregisterverordnung fügen sich in eine Reihe von grösseren und kleineren Revisionen des Aktienrechts ein⁵: Am 1. Juli 2004 wurde das Fusionsgesetz⁶ in Kraft gesetzt, das der Praxis markante Änderungen brachte. Weiter gelten seit dem 1. Januar 2007 die Transparenz-Vorschriften⁷, wonach bei Publikumsgesellschaften Vergütungen an die und Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung umfassend im Bilanzanhang offen zu legen sind. Wie bereits erwähnt, sollen sodann am 1. Januar 2008 neben der kleinen Aktienrechtsrevision und der Revision der Handelsregisterverordnung auch die revidierten Bestimmungen über die Revisionsstelle⁸ in Kraft gesetzt werden. Es ist zu erwarten, dass auch diese Änderungen im Alltag der Aktiengesellschaft erhebliche Auswirkungen zeitigen werden. Schliesslich läuft momentan die Auswertung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf einer grossen Aktienrechtsrevision⁹. Geplant ist, dass der Bundesrat noch in diesem Jahr eine Botschaft dazu verabschiedet.

¹ BBl 2005 7289–7348.

² Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16. Dezember 2005 (BBl 2005 7349).

³ Siehe http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2007/ref_2007-10-171.html. Besucht am 14. November 2007.

⁴ Siehe <http://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.html>. Besucht am 7. Juli 2007.

⁵ Vgl. dazu KUNZ, 145–155.

⁶ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003, SR 221.301.

⁷ Art. 663b^{bis} und Art. 663c Abs. 3 OR (AS 2006 2629–2632).

⁸ Art. 727–731a OR.

⁹ Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005; die Vernehmlassungen sind abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>. Besucht am 7. Juli 2007.

Die Änderungen im Rahmen der kleinen Aktienrechtsrevision ziehen sich quer durchs Aktienrecht, von der Gründung über die Firmenbildung bis hin zur Auflösung. Die Änderungen sind teilweise durch die Revision des GmbH-Rechts bzw. der Bestimmungen über die Revisionsstelle bedingt, teilweise unabhängig davon erlassen worden. Gleichzeitig bringt auch die Revision der Handelsregisterverordnung einige wesentliche Änderungen mit sich.

In den nachfolgenden Ausführungen werden die einzelnen Änderungen der kleinen Aktienrechtsrevision sowie damit zusammenhängende Änderungen der Handelsregisterverordnung dargestellt. Nicht betrachtet werden diejenigen Änderungen, die im Zusammenhang mit der Revision des Revisionsrechts stehen¹⁰.

2. Neuerungen bei der Gründung

2.1 Ein Gründer genügt

Traditionell musste eine Aktiengesellschaft durch mindestens drei Aktionäre gegründet werden¹¹. Diese Bestimmung wurde bereits durch das Fusionsgesetz aufgeweicht, wonach im Rahmen einer Kombinationsfusion oder einer Spaltung zur Neugründung auch weniger als drei Aktionäre als Gründer auftreten können¹². Diese Regelung wird nun durch den neuen Art. 625 OR verallgemeinert. In Zukunft kann eine Aktiengesellschaft durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder andere Handelsgesellschaften gegründet werden¹³. Diese Neuerung ist zu begrüßen, denn es ist konsequent, die Einmann-AG bereits bei der Gründung

¹⁰ Vgl. dazu Art. 727–731a OR sowie die Änderungen folgender Artikel des OR: 635a (Prüfung Gründungsbericht), 652a Abs. 3 (Prüfung der Jahresrechnung, wenn Emissionsprospekt erstellt werden muss), 652d Abs. 2 (Prüfung bei Kapitalerhöhung aus Eigenkapital), 652f Abs. 1 (Prüfung des Kapitalerhöhungsberichts), 653f Abs. 1 (Prüfung bei bedingter Kapitalerhöhung), 653i Abs. 1 (Bestätigung bei Streichung der Statutenbestimmungen über die bedingte Kapitalerhöhung), 663b Ziff. 13 (Angaben im Anhang zum vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle), 670 Abs. 2 (Prüfung bei Aufwertung), 700 Abs. 3 (Wahl einer Revisionsstelle infolge eines Begehrens eines Aktionärs), 725 Abs. 2 (Prüfung der Zwischenbilanz), 732 Abs. 2 (Prüfung bei Kapitalherabsetzung), 745 Abs. 3 (Bestätigung bei vorzeitiger Verteilung des Vermögens).

¹¹ Art. 625 Abs. 1 aOR.

¹² Art. 10 und Art. 34 FusG.

¹³ Vgl. auch die analoge Bestimmung für die GmbH in Art. 775 OR.

zuzulassen¹⁴. Nach der Gründung war die Einmann-AG nämlich schon seit langem nicht nur toleriert, sondern auch weit verbreitet¹⁵. In der Praxis bedeutet die Änderung, dass bei einer Gründung in Zukunft auf die heute oft verwendeten Strohleute verzichtet werden kann.

Aufgrund des neuen Wortlauts von Art. 625 OR kann eine Aktiengesellschaft durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder andere Handelsgesellschaften gegründet werden. Diese Formulierung wirft die Frage auf, ob eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft ebenfalls als Gründerin auftreten kann, denn weder eine einfache Gesellschaft noch eine andere Gesamthandschaft ist eine natürliche oder juristische Person oder eine Handelsgesellschaft. Diese Frage war schon unter bisherigem Recht umstritten¹⁶, obwohl Art. 625 Abs. 1 aOR bestimmte, dass bei der Gründung mindestens drei *Aktionäre* beteiligt sein müssen und sowohl eine einfache Gesellschaft als auch eine andere Gesamthandschaft zweifelsohne Aktionärin sein konnte.

Die neue Formulierung von Art. 625 OR entspricht im Wesentlichen der bisherigen Formulierung bei der GmbH¹⁷. Doch auch im GmbH-Recht ist umstritten, ob eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft als Gründerin auftreten kann¹⁸. Deshalb kann auch daraus kein schlüssiges Argument abgeleitet werden.

Trotz der Umformulierung des Wortlauts von Art. 625 OR ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Frage, ob eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft als Gründeraktionärin auftreten kann, nicht anders regeln wollte als bis anhin. Damit darf auch nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der neuen Formulierung von Art. 625 OR, wonach eine Aktiengesellschaft durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder andere Handelsgesellschaften zu gründen ist, um ein qualifiziertes Schweigen handelt. Meines Erachtens gibt es kei-

¹⁴ Mit der Neuregelung erfolgt auch eine Anpassung an das EU-Recht; vgl. Art. 2 Abs. 1 der Einpersonengesellschaftsrichtlinie Nr. 89/667/EWG vom 21. Dezember 1989 (Zwölfte gesellschaftsrechtliche RL).

¹⁵ Dies, obwohl nach Art. 625 Abs. 2 aOR der Richter auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft verfügen könnte, wenn die Zahl der Aktionäre unter drei sinkt. Diese Bestimmung blieb in der Praxis völlig bedeutungslos und wird ebenfalls gestrichen.

¹⁶ Gegen die Zulässigkeit FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 9, sowie z.B. die Praxis des Zürcher Handelsregisteramtes; für die Zulässigkeit BasK-BAUDENBACHER, N 3 zu Art. 625 OR, sowie z.B. die Praxis des Basler Handelsregisteramtes.

¹⁷ Art. 772 Abs. 1 aOR.

¹⁸ Für die Zulässigkeit BasK-BAUDENBACHER, N 13 zu Art. 772 OR; KÜNG/HAUSER, 52; gegen die Zulässigkeit HANDSCHIN/TRUNIGER, § 5 N 2.

nen Grund, weshalb eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft nicht Gründerin einer Aktiengesellschaft sein kann, denn sie kann nach der Gründung ohne Zweifel Aktien und sämtliche damit verbundenen Rechte und Pflichten erwerben¹⁹. Wenn ein derivativer Erwerb von Aktien möglich ist, muss auch ein originärer Erwerb zulässig sein, d.h. eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft muss als Gründerin auftreten können. Selbstredend werden die entsprechenden Rechte und Pflichten dabei nicht von der einfachen Gesellschaft selbst, sondern von den jeweiligen Gesellschaftern als Gesamthandschaft erworben²⁰. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den neuen Art. 772 Abs. 1 OR gestützt: Danach sind an einer GmbH eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt. Trotz dieses Wortlauts wird davon ausgegangen, dass eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft Gesellschafterin einer GmbH werden kann²¹.

Aufgrund der oben stehenden Überlegungen muss es zulässig sein, dass eine einfache Gesellschaft oder eine andere Gesamthandschaft als Gründerin einer Aktiengesellschaft auftreten kann. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn die Unklarheit des Wortlauts von Art. 625 OR in der neuen Handelsregisterverordnung klargestellt worden wäre²². Bedauerlicherweise hat der Verordnungsgeber dies verpasst.

2.2 Eingeschränkte Anwendung der Sachübernahmebestimmungen

Eine sehr zentrale Änderung ist die Revision der Sachübernahmebestimmungen. Nach dem geltenden Recht liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor, wenn die Gesellschaft bei ihrer Gründung oder einer Kapitalerhöhung von Aktionären oder von Dritten Vermögenswerte übernimmt oder zu übernehmen beabsichtigt²³. Dabei muss die fragliche Übernahme ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs liegen und wirtschaftlich bedeutend sein²⁴. Zudem muss das Erwerbsgeschäft im Zeitpunkt der

¹⁹ In diesem Sinne auch BasK-BAUDENBACHER, N 3 zu Art. 625 OR.

²⁰ Art. 544 Abs. 1 und 3 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 17 f.

²¹ So BasK-BAUDENBACHER, N 13 zu Art. 772 OR; KÜNG/HAUSER, 52. A.M. HANDSCHIN/TRUNIGER, § 5 N 2.

²² Dasselbe gilt bezüglich Art. 775 OR für die GmbH.

²³ Art. 628 Abs. 2 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 aOR.

²⁴ GLANZMANN, Sachübernahme, 168.

Gründung oder Kapitalerhöhung bereits abgeschlossen oder zumindest geplant und seine Ausführung als einigermaßen sicher anzusehen sein²⁵.

Liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor, dann ist über sie nicht nur in einem geprüften Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht Rechenschaft abzulegen²⁶, sondern sie ist auch in den Statuten und im Handelsregister offen zu legen²⁷. Diese Rechenschafts- und Publizitätspflichten sollen verhindern, dass die strengen Vorschriften über die Sacheinlage umgangen werden, bzw. legitimieren deren Umgehung: Während bei einer *Sacheinlage* die Gesellschaft den Veräusserer mit Aktien bezahlt, besteht bei der *Sachübernahme* die Leistung der Gesellschaft gegenüber dem Veräusserer in Geld, das ihr unmittelbar zuvor als Einlage zugeführt wurde. Handelt es sich beim Veräusserer um den Aktionär, der die Einlage geleistet hat, dann hat dieser der Gesellschaft letztlich in beiden Fällen einen Vermögenswert übertragen und als Gegenleistung dafür Aktien erhalten. So gerechtfertigt die Sachübernahmebestimmungen in diesem Fall sind, so unsachlich ist deren Anwendung und insbesondere die damit verbundene Publizität bei Verträgen mit unabhängigen Dritten. Aus diesem Grund wurden in den vergangenen Jahren zahlreiche Akquisitionen etwa über luxemburgische Gesellschaften abgewickelt.

Das Parlament hat den Anwendungsbereich von Art. 628 Abs. 2 OR nach wiederholter Kritik in der Lehre²⁸ und einem etwas verworrenen Bundesgerichtsurteil²⁹ nun berichtigt: In Zukunft liegt nur noch dann eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor, wenn der Vermögenswert von einem Aktionär oder einer diesem nahe stehenden Person übernommen wird. Diese Korrektur des Anwendungsbereichs der Sachübernahmebestimmung-

²⁵ BGE 83 II 284 E. 3c.

²⁶ Art. 635 Ziff. 1 i.V.m. Art. 635a OR für die Gründung sowie Art. 652e Ziff. 1 i.V.m. Art. 652f OR für die Kapitalerhöhung.

²⁷ Art. 628 Abs. 2 und Art. 642 OR.

²⁸ Vgl. z.B. WATTER, 149 und 154; FORSTMOSER, 4 und 7; GLANZMANN, Sachübernahme, 173.

²⁹ BGE 128 III 178, wonach im konkreten Fall eine wirtschaftlich bedeutende Akquisition nicht unter Art. 628 Abs. 2 OR fällt, weil sie unbestrittenermaßen Teil des statutarischen Zwecks der Gesellschaft sei. Das Bundesgericht erkennt in diesem Entscheid, dass die Frage, ob eine Sachübernahme vorliegt, nicht unmittelbar etwas mit dem Gesellschaftszweck zu tun hat, weil grundsätzlich jede Handlung des Verwaltungsrats unter den Gesellschaftszweck fallen muss. Die relevante Frage ist die, ob die Übernahme im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit stattfindet. Vgl. dazu GLANZMANN, Sachübernahme, 173.

gen ist zu begrüßen³⁰. Allerdings sind damit noch nicht alle Fragen geklärt, die sich in diesem Zusammenhang stellen: Einerseits bleibt im eigentlichen Anwendungsbereich der Sachübernahmebestimmungen, also bei einer Übernahme von einem Aktionär oder diesem nahe stehenden Dritten, weiterhin unklar, was die Bedeutung von BGE 128 III 178 ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Entscheid in seiner Begründung schlicht falsch und deshalb nach der Inkraftsetzung der kleinen Aktienrechtsrevision nicht weiter zu beachten³¹. Andererseits bleibt auch nach wie vor unklar, was die Rechtsfolgen einer Verletzung der Sachübernahmebestimmungen sind, wenn das entsprechende Geschäft vor Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen mit Dritten abgeschlossen worden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solches Geschäft nicht nichtig, sondern führt allenfalls zu einer Verantwortlichkeit der Organe³². Während die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit mangels Schadens wohl kaum je gegeben sein dürften, fällt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen des Grundsatzes der *lex mitior*³³ ausser Betracht. Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber mit einer entsprechenden Übergangsbestimmung Erwerbsgeschäfte mit Dritten, die in Verletzung der Sachübernahmebestimmungen abgewickelt worden sind, generell geheilt hätte³⁴.

Im Zusammenhang mit Sachübernahmen gilt es im Weiteren auf die Auffassung einiger Handelsregisterämter hinzuweisen, wonach eine Sachübernahme auch dann vorliegen kann, wenn die vorgängige Gründung bzw. Kapitalerhöhung nicht mittels Bar-, sondern durch Sacheinlagelieferung durchgeführt wurde. Diese Auffassung widerspiegelt sich nun auch in der revidierten Handelsregisterverordnung. Leistet ein Aktionär eine Sacheinlage, deren anzurechnender Wert die Einlagepflicht übersteigt

³⁰ Schon bei der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde vorgeschlagen, unabhängige Dritte vom Anwendungsbereich der Sachübernahmebestimmungen auszunehmen. Der Gesetzgeber wollte damals aber den Tatbestand der Sachübernahme bewusst weit fassen, weil die Unterscheidung zwischen nahe stehenden und unabhängigen Dritten sehr schwer zu ziehen sei (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 I 745 [zitiert nach dem Separatdruck], 111).

³¹ Unter bisherigem Recht konnte immerhin noch argumentiert werden, dass aufgrund dieses Entscheides die Sachübernahmebestimmungen immer dann nicht anwendbar sind, wenn die Übernahme von einem unabhängigen Dritten erfolgt; vgl. GLANZMANN, Sachübernahme, 173.

³² GLANZMANN, Sachübernahme, 172.

³³ SCHULTZ, 96–97; BasK-POPP, N 9–10 zu Art. 2 StGB.

³⁴ Vgl. unten (Kapitel 4.2) die entsprechende Bestimmung im Zusammenhang mit dem Kapitalschnitt.

und für welche die Gesellschaft neben den ausgegebenen Aktien eine Gegenleistung gewährt, so ist nach Art. 45 Abs. 3 HRegV im Umfang dieser Gegenleistung eine Sachübernahme im Handelsregister einzutragen (sog. kombinierte Sacheinlage und Sachübernahme). Diese Bestimmung ist jedoch abzulehnen, weil sie auf einem falschen Rechtsverständnis beruht: Eine Sachübernahme kann nur im Zusammenhang mit einer Bargründung bzw. -kapitalerhöhung – und nicht mit einer Sacheinlagegründung bzw. -kapitalerhöhung – erfolgen, denn wenn keine Barliberierung vorliegt, können auch nicht die Vorschriften über die Sacheinlage umgangen werden³⁵. Die Bestimmungen über die Sachübernahme sollen nämlich – wie bereits erwähnt – gerade eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften legitimieren, indem unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen wird, dass zuerst eine Barliberierung durchgeführt wird und dann der betreffende Gegenstand vom Aktionär bzw. von diesem nahe stehenden Personen mit den betreffenden Mitteln erworben wird, anstatt den Gegenstand als Sacheinlage einzulegen. Im Fall, dass der Aktionär einen Gegenstand der Gesellschaft überträgt und für den Gegenwert nur teilweise Aktien bezieht und den anderen Teil entweder als Forderung stehen lässt oder sich bar bezahlen lässt, gibt es keine Gläubigerschutzinteressen, die eine Behandlung dieses Geschäfts auch als Sachübernahme erfordern. Andernfalls müsste konsequenterweise jedes Kaufgeschäft eines Aktionärs mit der Gesellschaft als Sachübernahme behandelt werden, was aber klarerweise nicht der Fall ist. Aus diesem Grund ist das Konstrukt der kombinierten Sacheinlage und Sachübernahme falsch, und der Verordnungsgeber würde gut daran tun, die entsprechende Bestimmung zu streichen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Sachübernahmebestimmungen in den Statuten in Zukunft nicht nur erst nach zehn Jahren, sondern bereits auch dann aufgehoben werden können, wenn die Gesellschaft endgültig auf die Sachübernahme verzichtet³⁶.

3. Neuerungen für den Verwaltungsrat

3.1 Abschaffung der Pflichtaktien

Auch im Bereich der Bestimmungen über den Verwaltungsrat wurden gewisse Neuerungen beschlossen: Artikel 707 Abs. 1 und 2 aOR werden da-

³⁵ In diesem Sinne auch WALTER/BLUMER, 424.

³⁶ Art. 628 Abs. 4 OR.

hingehend geändert, dass in Zukunft auf das Erfordernis der Pflichtaktie verzichtet wird. Damit müssen die Verwaltungsratsmitglieder nicht mehr Aktionäre sein. Auch diese Änderung war überfällig, wurde der entsprechenden Bestimmung in der Praxis doch nur beschränkt nachgelebt, ohne dass dies irgendwelche Konsequenzen gehabt hätte³⁷.

Im Gegenzug zur Abschaffung der Pflichtaktie wird ein neuer Art. 702a OR eingeführt. Danach sind die Mitglieder des Verwaltungsrats berechtigt, an der Generalversammlung teilzunehmen und Anträge zu stellen. Die Formulierung dieses Artikels könnte zur Auffassung verleiten, dass es sich beim Teilnahme- und Antragsrecht um ein individuelles Recht jedes Verwaltungsratsmitglieds handelt³⁸. Dies hätte nicht nur zur Folge, dass die Verwaltungsratsmitglieder zu jeder Generalversammlung eingeladen werden müssten, sondern auch, dass eine Universalversammlung möglicherweise nicht mehr abgehalten werden könnte, ohne dass die Verwaltungsratsmitglieder dabei vertreten sind oder auf eine Teilnahme verzichtet haben³⁹. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Verwaltungsratsmitglieder bei einer Verletzung dieser Bestimmungen gar ein Recht hätten, den entsprechenden Generalversammlungsbeschluss anzufechten. All dies war aber nicht der Zweck der Einführung dieses neuen Artikels. Vielmehr wollte man die Teilnahme der Mitglieder des Verwaltungsrats an der Generalversammlung klarstellen⁴⁰, ohne jedoch den Verwaltungsratsmitgliedern neue Rechte einzuräumen. Konsequenterweise steht diese Bestimmung sodann auch im Teil über die Generalversammlung und nicht in jenem über den Verwaltungsrat. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Art. 702a OR einzig klarstellen soll, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats an einer Generalversammlung teilnehmen und auch Anträge stellen dürfen, ohne dass ein Aktionär die entsprechenden Beschlüsse deswegen aufgrund von Art. 691 Abs. 3 OR anfechten könnte. Damit müssen die Verwaltungsratsmitglieder auch nicht formell zu einer Generalversammlung eingeladen werden. Weiter können die Aktionäre auch jederzeit eine Universalversammlung abhalten, ohne dass die Verwaltungsratsmitglieder daran teilnehmen müssten, was insbesondere bei der Abwahl einzelner Verwaltungsratsmitglieder relevant sein kann.

³⁷ Siehe etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 29; BÖCKLI, § 1 N 186–190.

³⁸ So noch GLANZMANN, Aktienrecht, 32; GLANZMANN, Revision, 27.

³⁹ BARTHOLD/JÖRG, 495.

⁴⁰ BOTSCHAFT, 3229.

Schliesslich steht dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied auch kein Recht zu, einen Generalversammlungsbeschluss anzufechten⁴¹.

3.2 Abschaffung des Domizil- und Nationalitäts- erfordernisses

Eine weitere wesentliche Änderung ist die Abschaffung des Domizil- und Nationalitätserfordernisses für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Der heutige Art. 708 OR wird ersatzlos gestrichen. Damit kann sich in Zukunft ein Verwaltungsrat aus Personen zusammensetzen, von denen keine in der Schweiz wohnt. Grundsätzlich ist die Lockerung der Nationalitäts- und Domizilerfordernisse zu begrüßen. Allerdings stellt sich die Frage, ob das Parlament das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet hat. Zu beachten ist nämlich, dass nach Art. 716a Abs. 1 OR dem Verwaltungsrat bestimmte unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen zustehen. Dazu gehört z.B. die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung⁴². Unterlässt der Verwaltungsrat diese Anzeige, dann kann er sich den Gläubigern und Aktionären gegenüber verantwortlich machen⁴³. Falls sich kein Verwaltungsratsmitglied in der Schweiz befindet, dürfte es in Zukunft noch schwieriger sein, bei einer derartigen Konkursverschleppung die verantwortlichen Organe zu belangen. Ein in der Schweiz ansässiger Direktor kann diesbezüglich nämlich nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil er weder die Pflicht noch die Macht hat, die Bilanz der Gesellschaft zu deponieren⁴⁴. Immerhin besteht noch eine subsidiäre Pflicht der Revisionsstelle, bei einer offensichtlichen Überschuldung der Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt⁴⁵. Selbstverständlich greift diese subsidiäre Pflicht aber nur, wenn die Gesellschaft eine Revisionsstelle hat⁴⁶. Die Problematik der Verantwortlichkeit der Organe stellt sich aber nicht nur bei der Überschuldungsanzeige, sondern auch in all jenen Bereichen, in denen der Verwaltungsrat die Geschäftsführung nicht delegiert hat. Auch für diese Aufgaben ist ein Direktor nur beschränkt verantwortlich. Die Mitglieder des

⁴¹ Dies im Gegensatz zum Verwaltungsrat als Organ; vgl. Art. 706 Abs. 1 OR.

⁴² Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁴³ Vgl. statt vieler BasK-WIDMER/BANZ, N 28 zu Art. 754 OR.

⁴⁴ BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb.

⁴⁵ Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR.

⁴⁶ Vgl. dazu Art. 727a Abs. 2 OR.

Verwaltungsrats können aber vielleicht nicht belangt werden, weil sie irgendwo auf dieser Welt sitzen, und eine subsidiäre Handlungspflicht der Revisionsstelle gibt es möglicherweise auch nicht.

3.3 Änderung der Vertretungsbefugnis?

Nebst dem Domizil- und Nationalitätserfordernis wurde auch Art. 718 Abs. 3 aOR gestrichen, wonach mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Vertretung befugt sein muss. Neu bestimmt Art. 718 Abs. 3 OR, dass die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden muss, die Wohnsitz in der Schweiz hat, wobei dieses Erfordernis durch ein Mitglied des Verwaltungsrats oder einen Direktor erfüllt werden kann. Aufgrund des Wortlauts dieser revidierten Bestimmung könnte davon ausgegangen werden, dass es nicht mehr notwendig sein wird, dass mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Nach Auffassung des EHRA handelt es sich bei dieser Streichung aber um ein gesetzgeberisches Versehen. Dem Vernehmen nach will das Amt in Anlehnung an Art. 814 OR auch in Zukunft verlangen, dass mindestens ein Verwaltungsratsmitglied vertretungsberechtigt sein muss⁴⁷. Sollte kein vertretungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied Wohnsitz in der Schweiz haben, dann muss daneben noch ein in der Schweiz wohnhafter Direktor zur Vertretung befugt sein.

3.4 Schriftlichkeitserfordernis beim Insichgeschäft

Eine ebenfalls wenig geglückte Änderung betrifft die Regelung des Insichgeschäfts. Insichgeschäfte liegen vor, wenn ein Organ als Vertreter der Gesellschaft mit sich selbst ein Geschäft abschliesst (Selbstkontrahierung) oder als Vertreter zweier Gesellschaften zwischen diesen beiden Gesellschaften ein Geschäft abschliesst (Doppelvertretung). Bisher waren Insichgeschäfte mangels Vertretungsmacht nur wirksam, wenn eine Gefahr der Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen war⁴⁸. Dies wurde angenommen, wenn z.B. ein Marktpreis vorhanden ist. Insichgeschäfte waren auch zulässig, wenn der Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt ist. Dies wird vermutet bei einer Dop-

⁴⁷ STEINMANN, 12.

⁴⁸ BGE 127 III 332 E. 2a; 126 III 361 E. 3a.

pelvertretung in Konzernverhältnissen und beim Verwaltungsratsmitglied, das gleichzeitig Alleinaktionär ist⁴⁹. Schliesslich konnten Insichgeschäfte auch geheilt werden, indem sie genehmigt wurden. Die Genehmigung hatte durch andere Verwaltungsratsmitglieder nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung oder durch die Generalversammlung zu erfolgen⁵⁰.

Neu bestimmt Art. 718b OR, dass ein Vertrag immer dann schriftlich abgefasst werden muss, wenn die Gesellschaft bei dessen Abschluss durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst⁵¹. Von diesem Schriftlichkeitserfordernis werden sämtliche Insichgeschäfte erfasst, d.h. sowohl solche mittels Selbstkontrahierung als auch solche mittels Doppelvertretung.

Vom Schriftlichkeitserfordernis soll abgesehen werden können, wenn es sich um Verträge des laufenden Geschäfts handelt, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000 nicht übersteigt⁵². Für die Berechnung der Freigrenze von CHF 1'000 sind die Preise massgebend, die Dritten in Rechnung gestellt werden. Kann die vertragsgegenständliche Leistung nicht bewertet werden, dann gibt es auch keine Freigrenze⁵³.

Im Zusammenhang mit dem neuen Art. 718b OR stellt sich die Frage, ob das Schriftlichkeitserfordernis kumulativ zu den bisherigen materiellen Anforderungen an ein Insichgeschäft zu erfüllen ist oder ob es ausschliesslich gilt. Meines Erachtens ist davon auszugehen, dass das Schriftlichkeitserfordernis kumulativ erfüllt werden muss⁵⁴. Dies bedeutet, dass die bisherigen Anforderungen an ein Insichgeschäft nach wie vor ebenfalls zu beachten sind. Die bisherigen Anforderungen zielen nämlich hauptsächlich darauf ab, die Problematik um den Interessenkonflikt zu lösen. Demgegenüber geht es beim Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. 718b OR darum, das Insichgeschäft zu dokumentieren. Dies dürfte wohl hauptsächlich in kleineren Verhältnissen von Bedeutung sein.

Eine weitere Frage ist, welche Rechtsfolge die Verletzung des Schriftlichkeitserfordernisses zeitigt. Grundsätzlich führt die Nichtbeachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Nichtigkeit des entsprechenden

⁴⁹ BGE 126 III 361 E. 5a; Entscheid des BGer vom 7. Februar 1978, wiedergegeben in ZR 1978 Nr. 44, 127–129; SCHOTT, 227 f. und 236–238 m.w.H.

⁵⁰ BGE 127 III 332 E. 2a; 89 II 321 E. 5.

⁵¹ Auch dies ist eine Anpassung ans europäische Recht. Vgl. Art. 5 der Einpersonengesellschaftsrichtlinie Nr. 89/667/EWG vom 21. Dezember 1989 (Zwölfte gesellschaftsrechtliche RL).

⁵² Art. 718b Satz 2 OR.

⁵³ BOTSCHAFT, 3230.

⁵⁴ GL.M. BARTHOLD/JÖRG, 496.

Geschäfts⁵⁵. Im hier diskutierten Fall ist es allerdings aus verschiedenen Gründen fraglich, ob das die adäquate Rechtsfolge ist. Erstens ist zu beachten, dass das Schriftlichkeitserfordernis für zahlreiche Geschäfte erforderlich sein wird. Selbst im Bereich der üblichen Geschäfte liegt der Freibetrag bei CHF 1'000, was je nach betriebenem Geschäft relativ tief ist. Gerade wegen dieses rigorosen Anwendungsbereichs ist zu befürchten, dass die Bestimmung von Art. 718b OR in der Praxis wohl häufig verletzt werden wird. Dies alleine ist zwar noch kein Grund, von der Nichtigkeit als Rechtsfolge abzusehen. Hinzu kommt aber, dass die Nichtigkeit für die typischen Rechtsgeschäfte, die eine Gesellschaft z.B. mit ihrem alleinigen Verwaltungsratsmitglied abschliesst, nicht die adäquate Rechtsfolge ist. Im Vordergrund stehen dürften wohl Arbeitsverträge sowie Darlehensverhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Alleinaktionär, der gleichzeitig einziges Verwaltungsratsmitglied ist. Die von der Gesellschaft und vom betreffenden Organ zu erbringenden Leistungen dürften in diesen Fällen oft dokumentiert sein, ohne dass dabei die Schriftlichkeitserfordernisse von Art. 13 OR erfüllt werden⁵⁶. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Geschäfte tatsächlich nichtig sein sollten. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch das europäische Recht, das der Regelung von Art. 718b OR Pate stand. Dieses verlangt, dass die entsprechenden Verträge schriftlich abgefasst sind oder in einem „procès-verbal“ enthalten sind⁵⁷. Aus diesem Grund darf meines Erachtens der Begriff der Schriftlichkeit nicht im Sinne von Art. 13 OR verstanden werden. Vielmehr muss es auch genügen, wenn die Gesellschaft einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Fraglich ist, ob blosse Dokumentierbarkeit des Vertrags ebenfalls genügt: Soll ein Darlehensvertrag nichtig sein, bei dem durch Dokumente belegt ist, dass der Darlehensbetrag überwiesen wurde und dieser zudem gemäss dem relevanten Kreisschreiben der EStV verzinst wird? Oder soll der Kauf eines Geschäftsautos durch das einzige Verwaltungsratsmitglied nichtig sein, auch wenn der Kaufpreis z.B. mittels einer Eurotax-Bewertung dokumentiert ist und die Handänderung z.B. mittels Fahrzeugausweis und Versicherungspolice nachgewiesen werden kann? Es würde den Rahmen dieser Darstellung

⁵⁵ Art. 11 Abs. 2 OR.

⁵⁶ Nach Art. 13 Abs. 1 OR muss ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.

⁵⁷ Art. 5 Abs. 1 der Einpersonengesellschaftsrichtlinie Nr. 89/667/EWG vom 21. Dezember 1989 (Zwölfte gesellschaftsrechtliche RL).

sprengen, detailliert auf die möglichen Rechtsfolgen bei den einzelnen Rechtsgeschäften einzugehen⁵⁸.

4. Änderungen im Bereich der Aktionärsrechte

4.1 Erhöhung des Quorums beim Liquidationsbeschluss

Der Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft durch Liquidation kann heute ohne besonderes Quorum gefasst werden. Demgegenüber gilt ein Beschluss über die Auflösung ohne Liquidation schon seit jeher als wichtiger Beschluss im Sinne von Art. 704 OR, d.h. er muss zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigen⁵⁹. In Zukunft wird auch der Beschluss über die Auflösung mit Liquidation als wichtiger Beschluss betrachtet, der das besondere Quorum von Art. 704 OR erfüllen muss⁶⁰. Damit wird die Auflösung mit Liquidation einer Auflösung ohne Liquidation gleichgestellt. Diese Gleichstellung ist sachgerecht, weil eine Auflösung mit Liquidation für den Minderheitsaktionär unter Umständen noch schwerwiegendere Folgen hat als eine Auflösung ohne Liquidation; während bei einer Auflösung ohne Liquidation die Gesellschaft zwar aufgelöst, aber das Unternehmen in einem neuen Rechtskleid fortgeführt wird, wird bei einer Auflösung mit Liquidation nicht nur die Gesellschaft aufgelöst, sondern häufig auch das Unternehmen zerschlagen. Hinzu kommt, dass mit der neuen Regelung die Umgehung der Quorumsbestimmungen für eine Auflösung ohne Liquidation erschwert wird; in der Praxis kam es hin und wieder vor, dass eine Gesellschaft sämtliche ihrer Aktiven und Passiven der übernehmenden Gesellschaft verkauft hat und anschliessend liquidiert wurde, anstatt – mit dem erforderlichen höheren Quorum – eine Auflösung ohne Liquidation zu beschliessen.

⁵⁸ Vgl. z.B. auch Art. 320 Abs. 3 OR für den Arbeitsvertrag.

⁵⁹ Heute ist die Auflösung ohne Liquidation im Fusionsgesetz geregelt, das aber ein identisches Quorum vorsieht; vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG für die Fusion und Art. 43 Abs. 2 FusG für die Spaltung.

⁶⁰ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR.

4.2 Abschaffung der Phantomaktien

Eine Neuregelung erfährt auch die Vernichtung von Aktien im Fall eines Kapitalschnitts. Ein Kapitalschnitt liegt vor, wenn das Aktienkapital auf null herabgesetzt und anschliessend sogleich wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird⁶¹. Unter bisherigem Recht war dieses Verfahren insofern problematisch, als aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jene Aktionäre, die sich an der Wiedererhöhung nicht beteiligten, dennoch *eine* Stimme behielten⁶². Dies führte dazu, dass nach der Sanierung unter Umständen noch „Phantomaktionäre“ bestanden, die zwar keine kapitalmässige Beteiligung an der Gesellschaft mehr hatten, denen jedoch immer noch ein Stimmrecht zustand. Dieses unbefriedigende Resultat wird nun durch den neuen Art. 732a OR korrigiert. Danach gehen im Fall eines Kapitalschnitts, d.h. wenn das Aktienkapital auf null herabgesetzt und anschliessend sofort wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird, die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter, und die ausgegebenen Aktien müssen vernichtet werden⁶³. Beachtenswert ist die Regelung von Art. 10 der Übergangsbestimmungen, wonach bestehende Phantom-Stimmrechte aus einem bereits durchgeführten Kapitalschnitt mit dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen ebenfalls untergehen. Der Untergang dieser Phantomaktien erfolgt von Gesetzes wegen und entschädigungslos.

Im Gegenzug zur Vernichtung der Aktien wird den bisherigen Aktionären bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals neu ein unentziehbares Bezugsrecht zugestanden⁶⁴. Dieses unentziehbare Bezugsrecht besteht nur, wenn ein eigentlicher Kapitalschnitt vorliegt, d.h. das Aktienkapital auf null herabgesetzt wird, bevor es wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird. Selbstverständlich können auch in diesem Fall die Bezugsrechte nach den allgemeinen Regeln übertragen oder nicht ausgeübte Bezugsrechte vom Verwaltungsrat zugewiesen werden.

⁶¹ Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang auch Art. 732 Abs. 5 OR angepasst, um einen grammatikalischen Widerspruch zum neuen Art. 732a OR zu vermeiden. Allerdings wäre diese Anpassung nicht nötig gewesen, denn aufgrund von Art. 732 Abs. 1 OR finden die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung beim Kapitalschnitt gar keine Anwendung, weil das Kapital ja gerade wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 336; GLANZMANN, Pflichten, 59 f.).

⁶² BGE 121 III 420 E. 4a; 86 II 83.

⁶³ Art. 732a Abs. 1 OR.

⁶⁴ Art. 732a Abs. 2 OR.

Vom eigentlichen Kapitalschnitt zu unterscheiden ist die Harmonika-Kapitalerhöhung, bei der das Aktienkapital nicht auf null, sondern auf irgendeinen darüber liegenden Betrag herabgesetzt und anschliessend wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird. Ein solches Vorgehen fällt ebenfalls unter Art. 732 Abs. 5 OR, wird aber von Art. 732a OR nicht erfasst. Deshalb haben die Aktionäre in diesem Fall auch kein unentziehbares Bezugsrecht. In gewissen Situationen ist es geradezu notwendig, dass bei einer Harmonika-Kapitalerhöhung das Bezugsrecht ausgeschlossen wird. Dies ist etwa bei der Splitting-Fusion⁶⁵ der Fall, wo das Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft durch eine Nennwertreduktion herabgesetzt und sogleich wieder durch Ausgabe neuer Aktien auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird. Dabei werden die neuen Anteile aus dem frei gewordenen Eigenkapital oder durch den Aktivenüberschuss der übertragenden Gesellschaft liberiert. Diese neuen Anteile werden anschliessend nach Massgabe des Umtauschverhältnisses an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft übertragen. Obwohl gerade aus dem Kreis der Handelsregisterbehörden die Rechtmässigkeit der Harmonika-Kapitalerhöhung (und damit auch der Splitting-Fusion) bezweifelt wird, gibt es keinen Grund, diese nicht zuzulassen. Bei diesem Vorgehen werden weder die Interessen der Aktionäre noch jene der Gläubiger systematisch verletzt. Sollte eine solche Harmonika-Kapitalerhöhung im konkreten Fall missbräuchlich sein, dann wäre der entsprechende Beschluss anfechtbar⁶⁶. Aus dem gleichen Grund kann der in der Botschaft vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden, wonach ein Kapitalschnitt nur zulässig sei, wenn nach einer objektiven Beurteilung das Aktienkapital vollständig verloren ist⁶⁷.

4.3 Mängel in der Organisation

Die Folgen von organisatorischen Mängeln, die bis anhin in verschiedenen Bestimmungen enthalten waren⁶⁸, werden neu einheitlich und umfassend in Art. 731b OR geregelt. Ein organisatorischer Mangel im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschrie-

⁶⁵ Zur Zulässigkeit der Splitting-Fusion vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 256 m.w.H.

⁶⁶ Art. 706 Abs. 2 OR.

⁶⁷ BOTSCHAFT, 3233.

⁶⁸ Vgl. Art. 625 Abs. 2, Art. 708 Abs. 4, Art. 727f Abs. 1 und Art. 740 Abs. 3 aOR.

benen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Darunter fallen insbesondere die Handlungsunfähigkeit eines Gesellschaftsorgans, das Fehlen eines Verwaltungsrates, eines Präsidenten des Verwaltungsrates oder der Revisionsstelle, das Verletzen der Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle sowie die Verletzung von Wohnsitzerfordernissen⁶⁹.

Liegt ein organisatorischer Mangel vor, dann kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen⁷⁰. Richtigerweise liegt es also in Zukunft nicht mehr in der Kompetenz des Handelsregisterführers, nach seinem Gutdünken Massnahmen einzuleiten, sondern dieser hat dem Richter einen entsprechenden Antrag zu stellen.

Der Richter ist grundsätzlich frei, diejenigen Anordnungen zu treffen, die nach den Umständen zur Durchsetzung der zwingenden gesetzlichen Vorgaben geeignet erscheinen⁷¹. So kann er der Gesellschaft – allenfalls unter Androhung ihrer Auflösung – eine Frist ansetzen, binnen welcher der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist⁷². In gewissen Situationen wird es angezeigt sein, dass der Richter das fehlende Organ selbst ernennt oder einen Sachwalter einsetzt⁷³. In diesen Fällen hat das Urteil die Dauer, für welche die Ernennung gültig ist, zu bestimmen. Auch ist die Gesellschaft zu verpflichten, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen gegebenenfalls einen Vorschuss zu leisten⁷⁴. Andererseits kann sie aber die Abberufung der vom Richter eingesetzten Personen verlangen, sofern ein wichtiger Grund vorliegt⁷⁵. Schliesslich kann der Richter die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen⁷⁶. Eine konkursamtliche Liquidation kann in einem solchen Fall auch dann angeordnet werden, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist⁷⁷.

⁶⁹ BOTSCHAFT, 3232.

⁷⁰ Art. 731b Abs. 1 OR.

⁷¹ BOTSCHAFT, 3232.

⁷² Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁷³ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁷⁴ Art. 731b Abs. 2 OR.

⁷⁵ Art. 731b Abs. 3 OR.

⁷⁶ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁷⁷ BOTSCHAFT, 3232. Vgl. zu den unterschiedlichen kantonalen Praxen nach bisherigem Recht BJM 1999, 259 (konkursamtliche Liquidation, wenn die Gesellschaft der richterlich ernannten Revisionsstelle keinen Kostenvorschuss leistet), bzw. ZR 1996, Nr. 41 (richterliche Auflösung und ordentliche Liquidation bei fehlender Revisionsstelle).

Eine Änderung erfährt auch die Löschung von Gesellschaften von Amtes wegen. Die bisher in Art. 89 aHRegV enthaltene Regelung wird neu ins Gesetz aufgenommen und durch Art. 938a OR ersetzt. Danach kann der Handelsregisterführer eine Gesellschaft, die keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und keine verwertbaren Aktiven mehr hat, nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen⁷⁸. Ein Aktionär oder Gläubiger, der ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend macht, kann diesen Entscheid aber an den Richter weiterziehen⁷⁹. Im Gegensatz zum bisherigen Verfahren soll nicht mehr die Aufsichtsbehörde in Handelsregistersachen, sondern der Zivilrichter über die Löschung entscheiden⁸⁰. Dies ist sachgerecht und entspricht dem Verfahren bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft⁸¹.

4.4 Firmenrecht

Die Vorschriften zur Firmenbildung erfahren ebenfalls Änderungen. So sieht Art. 950 OR vor, dass die Firma einer Aktiengesellschaft in Zukunft immer den Zusatz „AG“ oder „Aktiengesellschaft“ enthalten muss. Art. 2 Abs. 4 der Übergangsbestimmungen gewährt den Gesellschaften diesbezüglich eine Anpassungsfrist von zwei Jahren. Wird die Anpassung der Firma innert dieser Frist nicht vorgenommen, dann wird die Firma durch das Handelsregisteramt ergänzt. In der Praxis dürften sich diese Bestimmungen für viele Gesellschaften kaum auswirken, weil der verlangte Zusatz bereits heute in vielen Firmen von Aktiengesellschaften enthalten ist.

In diesem Zusammenhang ist sodann darauf hinzuweisen, dass die Firmengebrauchspflicht neu im Gesetz selbst verankert wird, indem Art. 46 aHRegV durch Art. 954a OR ersetzt wird. Danach muss in der Korrespondenz, auf Bestellscheinen und Rechnungen sowie in Bekanntmachungen die im Handelsregister eingetragene Firma vollständig und unverändert angegeben werden⁸². Dabei spielt es keine Rolle, welche Form die Korrespondenz oder Bekanntmachung hat; die eingetragene Firma muss insbesondere auch im Internet in rechtskonformer Weise verwendet

⁷⁸ Art. 938a Abs. 1 OR.

⁷⁹ Art. 938a Abs. 2 OR.

⁸⁰ BOTSCHAFT, 3239.

⁸¹ Art. 731b OR.

⁸² Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 326^{ter} StGB, der die Verwendung von Firmen, die nicht mit dem im Handelsregister eingetragenen Wortlaut übereinstimmen und die irreführen können, unter Strafe stellt.

werden⁸³. Es ist gestattet, neben der vollständigen Firma zusätzlich Kurzbezeichnungen, Logos, Geschäftsbezeichnungen, Enseignes und ähnliche Angaben zu verwenden⁸⁴.

5. Handelsregister

5.1 Handelsregisteranmeldung

Das Verfahren der Handelsregisteranmeldung war bisher in der Handelsregisterverordnung geregelt. Nach Art. 22 Abs. 2 aHRegV musste die Anmeldung durch den Präsidenten oder seinen Stellvertreter sowie den Sekretär oder ein zweites Mitglied des Verwaltungsrats unterzeichnet werden. Auch diese Vorschrift wird neu ins Gesetz überführt und zudem modifiziert. Nach Art. 931a Abs. 2 OR ist die Handelsregisteranmeldung in Zukunft durch zwei Mitglieder bzw. durch ein einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates vorzunehmen⁸⁵. Diese Neuregelung wird in der Praxis zu einigen Erleichterungen führen, ohne dass dabei die Interessen der Gesellschaft, von Aktionären oder von Gläubigern beeinträchtigt werden.

5.2 Kapitaleinzahlungsbestätigung als Handelsregisterbeleg

Bei einer Bar-Gründung musste bis anhin die Kapitaleinzahlungsbestätigung beim Fassen des Feststellungsbeschlusses dem Verwaltungsrat und dem Notar zwar vorliegen, doch dem Handelsregister nicht als Beleg eingereicht werden. Neu verlangt das Gesetz, dass die Kapitaleinzahlungsbestätigung dem Handelsregister ebenfalls als Beleg eingereicht wird⁸⁶. Zu beachten ist, dass nach herrschender Praxis nur der auf den Nennbetrag entfallende Anteil der Einlage auf ein Kapitaleinzahlungskonto nach Art. 633 Abs. 1 OR einzuzahlen ist⁸⁷. Dies gilt deshalb, weil das Aktien-

⁸³ BOTSCHAFT, 3242.

⁸⁴ Art. 954a Abs. 2 OR.

⁸⁵ Art. 931a Abs. 2 OR.

⁸⁶ Art. 631 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Nach Art. 43 Abs. 1 lit. f HRegV besteht diese Pflicht nur, wenn das Bankinstitut in der öffentlichen Urkunde nicht genannt wird.

⁸⁷ THOMI, 15; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 23, Fn. 17a.

kapital schon dann als voll liberiert gilt, wenn der Nominalbetrag voll gedeckt ist, selbst wenn die Einlagen auf ein etwaiges Agio noch ausstehend sind⁸⁸. Aus diesem Grund muss die Kapitaleinzahlungsbestätigung auch nur die Einzahlung des auf den Nennwert entfallenden Betrags bestätigen.

Fraglich ist, weshalb die entsprechende Bestimmung bei der Kapitalerhöhung nicht ebenfalls geändert wurde. Art. 652g Abs. 3 OR entspricht nämlich exakt Art. 631 Abs. 2 aOR. Aus diesem Grund wäre es nahe liegend und auch sachgerecht gewesen, Art. 652g Abs. 3 OR ebenfalls zu ändern und auch bei der Kapitalerhöhung zu verlangen, dass die Kapitaleinzahlungsbestätigung als Beleg dem Handelsregister einzureichen ist. Leider ergibt sich weder aus den Materialien noch aus den entsprechenden Bestimmungen bei der GmbH – diese machen bei der Eintragung der Kapitalerhöhung einen generellen Verweis auf das Aktienrecht⁸⁹ –, ob diese Änderung wegen eines gesetzgeberischen Versehens unterlassen oder die Differenzierung bewusst vorgenommen wurde. Aufgrund des ebenfalls revidierten Art. 929 Abs. 1 OR wäre es möglich gewesen, eine entsprechende Verpflichtung auf dem Verordnungsweg, d.h. gleichsam durch die Hintertür⁹⁰, einzuführen. Aufgrund dieser Norm können nämlich die dem Handelsregister einzureichenden Belege durch die Handelsregisterverordnung bestimmt werden. In Anbetracht der Regelung von Art. 929 Abs. 1 OR stellt sich ohnehin die Frage, weshalb die entsprechenden Bestimmungen des Aktienrechts mit ihren Listen von einzureichenden Belegen nicht gleich gestrichen worden sind. Es war nämlich die erklärte Absicht des Gesetzgebers, das Gesetz von eher technischen Listen zu entlasten⁹¹. Nicht geteilt wird in diesem Zusammenhang allerdings die in der Botschaft ebenfalls vertretene Auffassung, wonach die einzureichenden Belege politisch nur von beschränkter Bedeutung sind. Nicht selten sind es gerade die Belege, an denen sich die Geister der Handelsregisterbehörden und der Wirtschaftsteilnehmer scheiden, was z.B. die Diskussion über die

⁸⁸ Vgl. Art. 632 Abs. 1 OR, der sich auch nur auf den Nennwert bezieht; anders aber Art. 777c Abs. 1 OR für die GmbH, der neu verlangt, dass eine dem *Ausgabebetrag* entsprechende Einlage vollständig geleistet werden muss.

⁸⁹ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 6 OR.

⁹⁰ Art. 46 Abs. 2 lit. e HRegV sieht in Anlehnung an Art. 43 Abs. 1 lit. f HRegV vor, dass die Kapitaleinzahlungsbestätigung nur dann als Beleg eingereicht werden muss, wenn das Bankinstitut in der öffentlichen Urkunde nicht genannt wird.

⁹¹ BOTSCHAFT, 3237.

Zulässigkeit der Stampa-Erklärung deutlich gezeigt hat⁹². Es bleibt zu hoffen, dass der Verordnungsgeber keine übertriebenen Anforderungen an die einzureichenden Belege stellen wird.

5.3 Löschung von Zeichnungsberechtigten

Nach Art. 711 Abs. 2 aOR konnten Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Löschung beim Handelsregister selbst anmelden, wenn die Gesellschaft die Löschung nicht innert 30 Tagen nach dem Ausscheiden des entsprechenden Organs vornahm. Diese Bestimmung wird gelöscht und neu in modifizierter Form in Art. 938b OR geregelt. Danach können in Zukunft sämtliche Organe und Zeichnungsberechtigten beim Austritt aus der Gesellschaft ihre Löschung dem Handelsregister selbst anmelden. Wesentlich ist, dass die bisherige Wartefrist von 30 Tagen entfällt. Diese Neuregelung ist zu begrüßen, denn eine sofortige Anmeldung der Löschung liegt in vielen Fällen nicht nur im Interesse des betroffenen Organs, sondern auch in jenem Dritter. Nimmt eine ausgeschiedene Person ihre Löschung selbst vor, dann hat der Registerführer dies der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen.

5.4 Wirksamwerden von Statutenänderungen gegenüber Dritten

Nach Art. 647 Abs. 3 aOR wird ein Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats über eine Änderung der Statuten auch Dritten gegenüber unmittelbar mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Diese Bestimmung stellt eine Ausnahme zur allgemeinen Regel von Art. 932 Abs. 2 OR dar, wonach eine Eintragung im Handelsregister gegenüber Dritten erst am Werktag nach deren Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) wirksam wird. Die Bestimmung von Art. 647 Abs. 3 aOR war in der Literatur mehrheitlich kritisiert worden und wird nun gestrichen. Damit wird auch in diesem Bereich eine rechtsformunabhängige Regelung geschaffen, und es gilt in Zukunft auch bei einer Statutenrevision alleine Art. 932 Abs. 2 OR, wonach Dritten gegenüber eine Eintragung in das Handelsregister erst am Werktag nach deren

⁹² Vgl. dazu BGE 119 II 463; BÖCKLI, § 1 N 206 und 222; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 16 N 20.

Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt wirksam wird. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass per 1. März 2006 die Verordnung über das Schweizerische Handelsamtsblatt⁹³ total revidiert worden ist. Erfreulicherweise hat man sich von der unsäglichen Praxis verabschiedet, wonach das SHAB erst einen Tag nach dem auf dem Blatt aufgedruckten Datum erscheint. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Verordnung SHAB trägt dieses nun das Datum des Erscheinungstages, was bei Zeitungen auch üblich ist. Das SHAB wird gleichentags auch in elektronischer Form veröffentlicht⁹⁴. Bemerkenswert ist, dass die elektronische Fassung massgebend ist⁹⁵.

5.5 Rechtswirkung elektronisch abgerufener Daten

Gemäss Art. 12 und 14 HRegV sind die öffentlichen Daten des Handelsregisters im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich. Die elektronisch abgerufenen Daten des Zentralregisters sollen jedoch keine Rechtswirkungen entfalten. Es ist fraglich, ob dieser Verzicht auf Rechtswirkungen bei elektronisch abgerufenen Daten angemessen ist. Denn hat ein Dritter aufgrund elektronisch abgerufener Daten von einem Eintrag Kenntnis, muss ihm dies entgegengehalten werden können. Es wäre daher sachgerechter gewesen, zu bestimmen, dass bei einem Widerspruch das Register vorgeht, elektronisch abgerufene Daten ansonsten aber die gleichen Rechtswirkungen entfalten⁹⁶. Im Übrigen steht diese Bestimmung im Widerspruch zur SHAB-Verordnung, wonach bei SHAB-Publikationen die elektronische Version massgebend ist⁹⁷.

6. Fazit

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass die kleine Aktienrechtsrevision und die Revision der Handelsregisterverordnung der Praxis zahlreiche Änderungen bringen werden. Obwohl viele dieser Änderungen erfreulich sind und teilweise längst überfällig waren, werden sich auch wieder

⁹³ SR 221.415.

⁹⁴ Art. 8 Abs. 1 Verordnung SHAB.

⁹⁵ Art. 9 Verordnung SHAB.

⁹⁶ So Art. 12 Abs. 2 HRegV bezüglich Daten der kantonalen Hauptregister.

⁹⁷ Siehe oben Ziffer 4.

etliche neue Fragen stellen. Daraus folgt wohl die Erkenntnis, dass jede neue Regelung letztlich neue Fragen aufwirft. Vielmehr zu denken gibt aber die Kadenz, mit der das Gesellschaftsrecht revidiert wird. Für den Praktiker, der sich nicht hauptsächlich mit dieser Materie beschäftigt, ist es heute kaum noch möglich, sämtliche Änderungen der letzten Jahre zu überblicken. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass dieser Trend mit der nun anstehenden grossen Aktienrechtsrevision gebrochen werden kann.

Literaturverzeichnis

- BARTHOLD, BEAT M./JÖRG, FLORIAN S.: Kleine Aktienrechtsrevision, ST 2006, 494.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004.
- FORSTMOSER, PETER: Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme? Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178 f., REPRAX 2003, 1.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GLANZMANN, LUKAS (Sachübernahme): Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, SZW 2003, 166.
- GLANZMANN, LUKAS (Pflichten): Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: ROBERTO, VITO (Hrsg.): Sanierung der AG, Zürich 2003, 59.
- GLANZMANN, LUKAS (Aktienrecht): Aktienrecht, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2005/2006, 23.
- GLANZMANN, LUKAS (Revision): Die kleine Revision des Aktienrechts, NZZ vom 24.02.2006, 27.
- GLANZMANN, LUKAS (Umstrukturierungen): Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006.
- HANDSCHIN, LUKAS/TRUNIGER, CHRISTOF: Die neue GmbH, Zürich 2006.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel/Genf/München 2002.
- KÜNG, MANFRED/HAUSER, ISABEL: GmbH, Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005.
- KUNZ, PETER V.: Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht, SJZ 2006, 145.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110, Basel/Genf/München 2002.
- SCHOTT, ANSGAR: Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002.
- SCHULTZ, HANS: Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Bd., Bern 1982.
- STEINMANN, PETER: Das neue GmbH-Recht und die übrigen Änderungen des OR, in: EUROPA INSTITUT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH: Tagungsband „Aktuelle Fragen des Handelsregisterrechts“, Zürich 2007, 12.
- THOMI, GREGOR: Stellungnahmen der Oltnen Arbeitstagung 1999-2003, in: REPRAX 2004, 14.
- WALTER, HANS PETER/BLUMER, MAJA: Sieben Thesen und sieben Denkanstösse zur Sachübernahme, in: WALDBURGER, ROBERT/BAER, CHARLOTTE M./NOBEL, URSULA/BERNET, BENNO (Hrsg.): Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 405.
- WATTER, ROLF: Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994, 147.