

## UNGELÖSTE FRAGEN DES AKTIENRECHTES

**Prof. Dr. iur. Peter Jäggi**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaften, 31. Jahrgang (1958/59), S. 57-80. – Nach einem vor dem Zürcherischen Juristenverein am 12. Dezember 1957 gehaltenen Vortrag. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 229 ff.

[57] Von den vielen ungelösten – weder durch Gesetz noch durch Rechtsprechung und Schrifttum klar beantworteten – Fragen des Aktienrechtes sei hier mit einer gewissen Willkür eine kleine Auslese herausgegriffen. Es handelt sich um ausgesprochene *Einzelfragen*, die man sogar als Nebenfragen bezeichnen könnte, würde nicht die Unsicherheit, die über sie besteht, doch manchen Rechtsfall belasten. Eine einzige Frage betrifft das früher so viel erörterte Gründungsrecht; die übrigen beschlagen das Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft. Damit sei angedeutet, nach welcher Richtung hin sich das Schwergewicht des aktienrechtlichen Interesses in den letzten Jahren verschoben hat. Die einzelnen Fragen hängen unter sich weiter nicht zusammen. Damit gleichwohl ein geistiges Band den bunten Strauß umschlinge, seien die Fragen geordnet nach der Ursache, die dazu Anlaß gibt, daß sie sich überhaupt stellen und daß ihre Lösung Mühe bereitet. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich eine Zweiteilung:

### I

Die Fragen einer ersten Gruppe stellen sich wegen *gesetzgebungstechnischen Mängeln*. Den Grundfall bildet die *echte Gesetzeslücke*: das Gesetz antwortet auf eine Frage nicht, auf die es antworten sollte. Eine derartige Lücke besteht m.E. bezüglich der

*Verrechnung der Aktionär-Verpflichtung.*

Darf der Aktionär seiner Barliberierungspflicht dadurch genügen, daß er sie mit einer eigenen Geldforderung gegen die AG verrechnet? Hierauf gibt das Gesetz nur eine Teil-Antwort: Art. 213 SchKG [58] schließt das Verrechnungsrecht des Aktionärs im Konkurse der AG aus. Das zwingt zunächst zum Umkehrschluß, daß der Aktionär außerhalb des Konkurses verrechnen darf, sofern er (irgendeinmal) *nach* der Entstehung der AG zu liberieren hat (wobei freilich zweifelhaft bleibt, ob der Gesetzgeber diese dem Aktionär günstige Regelung näher überlegt hat; das deutsche Recht ist hier bedeutend strenger; § 60 AktGes.). Wie aber verhält es sich mit dem gesetzlichen oder statutarischen Mindestbetrag, der *vor dem Erwerb der Persönlichkeit*, ja vor dem Errichtungsakt, der Depositenstelle "in bar" (Art. 633<sup>2</sup> OR) einbezahlt werden muß? Darf z. B. der Anwalt, der sich an der Gründung sowohl als Rechtsberater wie als Aktionär beteiligt, einfach so liberieren, daß er mit seiner Honorarforderung verrechnet? Das versteht sich keineswegs von selbst. Denn bevor die

AG die Rechtspersönlichkeit erwirbt, kann streng genommen eine Gegenforderung gegen sie gar nicht bestehen, zumal aus Art. 645 OR hervorgeht, daß die AG durch das Handeln, das vor dem Erwerb in ihrem Namen stattfindet, nicht verpflichtet wird. Daher liegt die Annahme nahe, daß mit bezug auf die Rechtslage vor der Entstehung der AG gar keine echte Gesetzeslücke vorliegt, sondern nur eine unechte, daß also das Schweigen des Gesetzes anhand der allgemeinen Regeln über die Verrechnung als Ausschluß des Verrechnungsrechtes zu deuten sei; denn ein solches (Ausnahme-)Recht könnte sich nur auf eine Sondervorschrift stützen, die eben fehlt. Nach deutschem und französischem Recht ist denn auch die Liberierung durch Verrechnung vor der Eintragung der Gesellschaft nicht statthaft<sup>1</sup>. Für das schweizerische Recht liegen die Dinge nicht so einfach. Denn vor Erlaß des revidierten OR war die Liberierung durch Verrechnung üblich und geduldet<sup>2</sup>, wenn auch weder durch das Gesetz noch durch die Rechtsprechung gedeckt<sup>3</sup>. Zudem ist das *Problem* nicht so sehr ein allgemein verrechnungsrechtliches, sondern vielmehr *ein gründungsrechtliches*, da die Verrechnung so gut wie die Sacheinlage und die Sachübernahme dazu [59] dienen kann, die Aufbringung von Grundkapital vorzutäuschen, namentlich so, daß Dienstleistungen, die zur Entstehung der Gegenforderung Anlaß gegeben haben (z.B. Gründerdienste eines Anwaltes), durch die Verrechnung mittelbar die Bedeutung von Kapitalleistungen erhalten. Wird aber das Problem gründungsrechtlich gestellt, so beschlägt es nicht nur die Gründung, sondern ebensosehr die Kapitalerhöhung, so daß es nicht einzig darauf ankommen kann, ob eine Gegenforderung vor dem Erwerb der Persönlichkeit überhaupt möglich ist. Zudem befriedigt es nicht, wenn die Verrechnungsmöglichkeit auf Grund der allgemeinen Regeln über die Verrechnung schlechthin abgelehnt werden muß, da sie nicht selten einem schützenswerten Bedürfnis entspricht, so namentlich bei einer Sanierungsgründung, bei der die Gläubiger ihre Forderungen in Aktien einer zu gründenden AG umwandeln. Man erwartet also eine gründungsrechtliche Norm. Das Gesetz enthält sie nicht. Wohl aber hat sich die *Handelsregister-Verordnung* der Verrechnung angenommen, indem sie deren detaillierte öffentliche Beurkundung und die Eintragung des verrechneten Gesamtbetrages in das Handelsregister vorschreibt (Art. 80). Die Verordnung setzt also voraus, der Aktionär dürfe schon vor der Gründung (und vor der Kapitalerhöhung) durch Verrechnung liberieren. Die gesetzliche Grundlage fehlt aber<sup>4</sup>. Meines Erachtens wurde somit eine echte Gesetzeslücke durch einen Rechtssatz mindern Grades überkleistert. Dazu kommt erst noch folgendes: Will man annehmen, daß die Regelung der Verordnung durch das Gesetz gedeckt sei, so muß man weiter annehmen, die Verrechnung sei ein Fall von qualifizierter Gründung (Art. 628 OR); denn nur für solche Fälle stellt das Gesetz zusätzliche Erfordernisse auf. Dann muß aber die Verrechnung in jeder Hinsicht einer qualifizierten Gründung gleichgestellt werden, auch z. B. hinsichtlich der Erwähnung in den Statuten. Die von der Verordnung getroffene Mittellösung ist daher meines Erachtens nicht folgerichtig. In der Praxis wird man es allerdings bei dieser Lösung bewenden lassen. Aber für die Theorie gehört die Liberierung durch Verrechnung weiterhin auf die Liste der ungelösten Fragen.

Eine zweite Art von gesetzgeberischem Mangel liegt dann vor, wenn sich der *Gesetzgeber ungeschickt ausgedrückt* hat, so daß der Wortlaut des Gesetzes seinen wirklichen Willen nicht erkennen läßt. Ein solcher Fall liegt vor bei der

---

<sup>1</sup> Vgl. *Gadow*, Anm. 7 zu § 60 des deutschen AktGes.; *Escarra*, Les sociétés commerciales, 2. Bd., Paris 1951, S. 121.

<sup>2</sup> *Bachmann* N. 3 zu Art. 618 altOR.

<sup>3</sup> Das von *Bachmann* (a.a.O.), *Siegwart* (N. 14 zu Art. 633 OR) und *v. Steiger* (Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 2. Aufl. Zürich 1952 S. 101) angeführte Urteil BGE 26 II 437 sowie das von den zwei letztgenannten Autoren angeführte Urteil BGE 58 II 155 beziehen sich auf Fälle von Verrechnung *nach* Entstehung der AG; vgl. *Syz*, Die Einzahlungsarten der Bareinlage bei der AG ..., Diss. Zürich 1935 S. 51, ferner *Dick*, Die Liberierung der Aktien, Diss. Bern 1934 S. 102 f.

<sup>4</sup> Vor Erlaß der Verordnung hatte der Vorort des Schweiz. Handels- und Industrie-Vereins in seiner Eingabe vom 19. April 1937 zum Entwurf der HRegVO auf die unklare Rechtslage hingewiesen (Bemerkungen zu Art. 86 des Entwurfes).

[60] unklaren Fassung von Art. 686<sup>2</sup> OR.

Dieser Artikel handelt von der *Verweigerung der Eintragung eines Erwerbers in das Aktienbuch*, also von der Vinkulierung der Namenaktien. *Abs. 1* bestimmt, daß die Gesellschaft die Eintragung aus den Gründen verweigern kann, die in den Statuten vorgesehen sind. Schon diese Bestimmung ist nicht glücklich. Denn die Hauptregel, die an die Spitze gehörte, wird gar nicht als solche ausgesprochen, nämlich die, daß es zur Vinkulierung auf jeden Fall einer statutarischen Grundlage bedarf. *Abs. 1* faßt sogleich einen Sonderfall ins Auge: daß die Statuten bestimmte Verweigerungsgründe umschreiben. Für diesen Fall drückt *Abs. 1* die Selbstverständlichkeit aus, die Eintragung könne nur aus den statutarischen Gründen verweigert werden. Darauf folgt der aus dem Vereinsrecht (Art. 72 ZGB) stammende *Abs. 2*, der lautet: "Die Statuten können bestimmen, daß die Eintragung ohne Angabe von Gründen verweigert werden darf." Nimmt man diesen Satz wörtlich, so gestattet er eine Statutenvorschrift, die sich auf die *Mitteilung der Eintragungsverweigerung* an den bisherigen Aktionär bezieht: Die Statuten können bestimmen, daß in dieser Mitteilung der Grund der Verweigerung nicht angegeben werden muß. Aus dem so verstandenen Wortlaut folgt dann weiter – was das Gesetz nicht ausdrücklich sagt –, daß eine Gesellschaft, welche die Mitteilung der Verweigerung in ihren Statuten dergestalt regelt, die Eintragung als solche aus irgendwelchen Gründen verweigern darf, unter Vorbehalt des Rechtsmißbrauchs. Denn die Befugnis, den Eintragungsgrund in der Mitteilung der Verweigerung nicht angeben zu müssen, setzt offenbar die Befugnis voraus, die Eintragung aus beliebigen Gründen zu verweigern. So wäre also eine Nebensache geregelt, die Hauptsache nur stillschweigend voraussetzt. *In Wirklichkeit* drückt *Abs. 2* gerade die Hauptsache aus: Wie aus den Gesetzesmaterialien klar hervorgeht<sup>5</sup> – und unlängst von *Schucany* wieder nachgewiesen wurde<sup>6</sup> –, wollte sich der Gesetzgeber gar nicht mit dem Inhalt der Verweigerungsmitteilung und einer darauf bezüglichen Statutenvorschrift befassen, sondern geradewegs feststellen, daß *die Statuten* keine Verweigerungsgründe anzugeben brauchen und trotzdem die Verweigerung der Eintragung vorsehen dürfen. *Die Wendung "ohne Angabe der Gründe" bezieht sich also nicht auf die Verweigerungsmitteilung, sondern auf die Statuten selber.* *Abs. 2* regelt demnach den Komplementärfall zu *Abs. 1*. Während dieser den Fall der Angabe der [61] Verweigerungsgründe in den Statuten regelt, betrifft *Abs. 2* den Fall, da die Statuten keine Verweigerungsgründe umschreiben, aber das Recht der Verweigerung vorbehalten. Auch das wird als zulässig erklärt. *Abs. 2* sollte also wie folgt lauten: "Die Statuten können ferner, ohne bestimmte Gründe anzugeben, vorsehen, daß die Gesellschaft die Eintragung verweigern darf." *Abs. 2 gestattet somit die Verweigerung nach freiem Ermessen*, freilich nur für den Fall, daß die Statuten überhaupt das Verweigerungsrecht vorsehen, und unter stillschweigendem Vorbehalt des Rechtsmißbrauchs.

Diese Klarstellung des Wortlautes wäre weiter nicht bedeutsam, wenn die mißglückte Fassung nicht inzwischen auf die Praxis und auf die Theorie eingewirkt hätte. Auf die *Praxis* insofern, als in den Statuten der meisten Gesellschaften getreulich die Formel verwendet wird: "Die Gesellschaft ist berechtigt, die Eintragung ohne Angabe von Gründen zu verweigern." Diese Formel ist nach dem Gesagten zwar unschädlich, aber unnütz, da das Gesetz gar keine Bestimmung darüber fordert, ob die Verweigerungsgründe mitgeteilt werden dürfen. Allein die in der *Theorie* herrschende Auslegung von Art. 686<sup>2</sup> läuft auf die Ansicht hinaus, die Statuten müßten die Dispens von der Grundangabe in der Verweigerungsmitteilung vorsehen, damit die AG einen Erwerber nach (grundsätzlich) freiem Ermessen abweisen dürfe<sup>7</sup>. Nun gibt es viele Gesellschaften, namentlich unter dem alten Recht gegründete, die in den Statuten einfach bestimmen: "Die Aktien sind nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar", oder: "Über die Eintragung eines Erwerbers entscheidet die Generalversammlung". Solche *Bestimmungen, welche keine Verweigerungsgründe umschreiben*

<sup>5</sup> Vgl. *Jäggi*, SAG 18, 1945/46, S. 137 ff.

<sup>6</sup> SAG 29, 1956/57, S. 3 ff.

<sup>7</sup> *Pestalozzi-Henggeler*, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948, S. 99; *Bürgi* N. 29 und 37 zu Art. 686 OR.

und somit die Verweigerung dem freien Ermessen des entscheidenden Gesellschaftsorgans überlassen, *werden m. E. durch Art. 686<sup>2</sup> gerade zugelassen*. Nach der erwähnten Lehrmeinung sind sie dagegen durch das Gesetz nicht gedeckt – da sie über die Mitteilung der Verweigerung nichts bestimmen –, woraus der Schluß gezogen wird, daß solche Gesellschaften die Eintragung einzig aus wichtigem Grunde, nicht nach freiem Ermessen verweigern dürfen<sup>8</sup>. Solange sich das Bundesgericht nicht in einen oder andern Sinn ausgesprochen hat<sup>9</sup>, besteht somit eine Ungewißheit.

[62] Ein gesetzgeberischer Mangel kann auch darin bestehen, daß die einzelnen Vorschriften des Gesetzes nicht aufeinander abgestimmt sind. *Die Koordination kann schon innerhalb des Aktienrechtes fehlen*. Hiefür diene folgendes Beispiel: Die Fälle des erlaubten Erwerbs eigener Aktien, sowie der Kaduzierung und der Kapitalherabsetzung sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt (Art. 659, 682, 732 OR). Bei Gesellschaften mit vinkulierten Namenaktien besteht aber ein deutliches Bedürfnis nach

#### *Ausschluß der Erben eines Aktionärs,*

also darnach, daß die Statuten die Gesellschaft ermächtigen dürfen, die Erben eines Aktionärs nicht anzuerkennen und entweder die Aktien des Erblassers selber zu erwerben, oder zu kaduzieren (um sie neu zu placieren) oder auch einfach einzuziehen und das Aktienkapital entsprechend herabzusetzen. Unser Gesetz kennt keine dieser drei Lösungen<sup>10</sup>. Es beschreitet in Art. 686<sup>4</sup> einen andern Weg: Es gestattet die Anwendung der statutarischen Vinkulierung im Erbfall nur dann, wenn "Mitglieder der Verwaltung oder einzelne Aktionäre sich bereit erklären", die Aktien zum Börsenkurs oder zum wirklichen Wert zu übernehmen. Das bedeutet, daß es zu einem Kauf kommen soll zwischen den Erben des abgewiesenen Aktionärs und andern Aktionären, auf Grund einer Offerte dieser Aktionäre; nur wenn eine solche Offerte vorliegt, darf die Gesellschaft die Erben als Aktionäre abweisen. Bei dieser Lösung braucht die Gesellschaft keine eigenen Mittel aufzuwenden, um die Erben fernzuhalten. Aber die Wirksamkeit der Vinkulierung hängt davon ab, ob ein Aktionär sich bereit findet, rechtzeitig mit einem verbindlichen Angebot einzuspringen. Der Gesetzgeber war also gerade darauf bedacht, keinen neuen Fall von Erwerb eigener Aktien, von Kaduzierung oder Kapitalherabsetzung zu schaffen. Scheinbar sind somit die Regeln über das Schicksal der Namenaktien im Erbfall mit den Vorschriften über das Grundkapital koordiniert. Aber doch nur scheinbar. Denn die ausgeklügelte Lösung des Gesetzes vermag die Interessenlage nicht zu ändern. Meistens ist es doch ein Anliegen der Gesellschaft als solcher, nicht nur einzelner Aktionäre, die Erben abzufinden und sie so von der Gesellschaft fernzuhalten. Das deutet schon der Wortlaut des Gesetzes an. Warum ist darin nicht nur von den Aktionären die Rede als den möglichen Übernehmern der Erbenaktien, sondern nebstdem, ja an erster Stelle von "*Mitgliedern [63] der Verwaltung*"? Sicher nicht deswegen, weil es Mitglieder der Verwaltung geben kann, welche juristische Personen vertreten und daher persönlich nicht Aktionäre sein müssen (Art. 707<sup>3</sup> OR). An diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber nicht gedacht, und sie brauchte im vorliegenden Zusammenhang auch gar nicht eigens erwähnt zu werden. Vielmehr war sich auch der Gesetzgeber bewußt, daß die *Initiative* mit bezug auf die Fernhaltung der Erben *bei der Verwaltung* liegt, also bei der Gesellschaft selber. Im bundesrätlichen Entwurf von 1928 war denn auch ausdrücklich die "Verwaltung" als mögliche Übernehmerin der Aktien bezeichnet, neben den Aktionären (Art. 686); erst der Ständerat hat statt dessen "Mitglieder der Verwaltung" eingefügt<sup>11</sup>. Und in der Expertenkommission, in welcher von der Ablehnung der Erben erstmals die Rede war, hatten die

<sup>8</sup> *Bürgi* N. 37 zu Art. 686 OR.

<sup>9</sup> BGE 76 II 51 ff. betraf einen statutarischen Verweigerungsgrund im Sinne von Abs. 1 des Art. 686 und fällt daher für die Auslegung von Abs. 2 außer Betracht.

<sup>10</sup> Während nach deutschem Recht die letztgenannte Lösung zulässig ist, auf Grund von § 192<sup>1</sup> AktGes.; vgl. *Gadow* Anm. 12 zu § 192.

<sup>11</sup> *Stenogr. Bulletin*, StR 1931, 405 (eine Begründung wurde nicht gegeben).

Anregungen zunächst dahin gelautet, man müsse die "Gesellschaft" verpflichten, die Aktien als Mandatarin der Erben bestmöglich zu placieren, oder die "Gesellschaft" müsse verhalten werden, die Erben zu entschädigen<sup>12</sup>. Der Gesetzgeber war sich also der Interessenlage durchaus bewußt, ist aber der ihr angemessenen Ordnung ausgewichen, um nicht in die Regeln über den Erwerb eigener Aktien, der Kaduzierung oder der Kapitalherabsetzung eingreifen zu müssen. Gerade das war aber notwendig, um eine wirkliche Koordination herbeizuführen. Man kann m. E. nicht die Fernhaltung von Erben gestatten, ohne zum mindesten den Erwerb der Erbenaktien durch die Gesellschaft (aus Gesellschaftsmitteln) zuzulassen. Beleg dafür ist die Tatsache, daß sich die Ausweidlösung des Gesetzgebers im Verkehr nicht bewährt, ja daß sie im Verkehr entgegen dem Wortlaut doch als Abfindungsrecht der Gesellschaft behandelt wird. Bezeichnend hiefür ist der Kommentar *Bürgi*, wo die Regelung des Art. 686<sup>4</sup> kurzerhand unter dem Stichwort "Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft" besprochen wird, offenbar gestützt auf entsprechende Erfahrungen in der Praxis<sup>13</sup>. Indem also der Gesetzgeber seine eigene Ordnung nicht durchbrechen wollte, obwohl ein Bedürfnis dafür vorlag, hat er zu einer ständigen Gesetzesumgehung Anlaß gegeben. Ja, man kann einen Schritt weiter gehen und sich fragen: Ist es nicht Aufgabe einer vernünftigen Gesetzesauslegung, die Brücke zwischen dem Gesetz einerseits, der Interessenlage und der tatsächlichen Verkehrsübung andererseits dadurch zu schlagen, daß man Art. 686<sup>4</sup> entgegen dem Wortlaut und der Absicht des [64] Gesetzgebers als einen weiteren Fall erlaubten Erwerbs eigener Aktien aus Gesellschaftsmitteln auslegt? Die Frage ist offen und leider ungelöst; daher fehlt es zur Zeit an einer wirklichen Koordination der genannten Bestimmungen des Aktienrechts.

Nicht nur innerhalb des Aktienrechts kann die *Koordination* fehlen, sondern auch *zwischen dem Aktienrecht und andern Rechtsgebieten*. Von daher rührt die Ungewißheit über

#### *die Form der Übertragung nicht verurkundeter Aktien.*

Das Aktienrecht beschäftigt sich damit nicht, offenbar deshalb, weil es einzig mit dem Normalfall der Verurkundung (in einer Aktie oder einem Interimsschein) rechnet. Das Obligationenrecht seinerseits handelt (in Art. 164 ff.) nur von der Übertragung von Forderungen, nicht von andern Rechten. Aus diesem Fehlen einer Formvorschrift folgt an sich, nach dem Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 OR), daß unverurkundete Aktienrechte in beliebiger Form gültig übertragen werden können. Aber dieser Schluß befriedigt wenig. Denn es besteht kein sachlicher Grund dafür, daß zwar die Abtretung von Forderungen der Schriftform bedarf, nicht dagegen das Parallelgeschäft der Aktienübertragung. Zudem stellt das Zivilgesetzbuch die Verpfändung von Forderungen und andern Rechten – also auch Aktienrechten – einander grundsätzlich gleich; für beide fordert es die Schriftlichkeit (Art. 900<sup>3</sup>). Auch das Wertpapierrecht macht keinen Unterschied zwischen Forderungspapieren und Aktien (Art. 967). Somit ist es sicher nur einem Mangel der Koordination des Aktienrechtes mit den übrigen Teilen des Privatrechtes zuzuschreiben, wenn die Übertragung unverurkundeter Aktienrechte nirgends ausdrücklich der Schriftform unterworfen ist. Daraus hat die herrschende Lehre die Konsequenz gezogen und die für die Zession vorgeschriebene Form auch für die Übertragung unverurkundeter Aktienrechte als anwendbar erklärt<sup>14</sup>. Aber der Widerstand gegen diese Ansicht ist nicht verstummt<sup>15</sup>. Und unlängst hat das St. Galler Kantonsgericht wider die herrschende Meinung erkannt, daß unverurkundete Inhaberaktien mangels ausdrücklicher Formvorschrift formfrei übertragen werden können<sup>16</sup>. Ein Beleg dafür, wie der Richter die Rechtsfragen unter einem etwas anderen Gesichtspunkt zu beurteilen pflegt als das Schrifttum! Für ihn [65] steht der Einzelfall im Vordergrund. Man versteht daher seine Hemmung,

<sup>12</sup> *Protokoll Exp.Komm.*, 1928, S. 292 ff.

<sup>13</sup> N. 73 und 82 zu Art. 686 OR.

<sup>14</sup> *Bürgi* N. 35 ff. der Vorbem. zu Art. 683-687 OR, mit weiteren Literaturangaben.

<sup>15</sup> *Wieland*, SAG 21, 1948/49, S. 141 ff. und 23, 1950/51, S. 217 ff.

<sup>16</sup> *St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis* 1954, S. 35 ff.

eine Formvorschrift durch Analogieschluß abzuleiten, ohne daß ein zwingender sachlicher Grund vorliegt. Der Richter will die Gültigkeit eines inhaltlich unanfechtbaren Rechtsgeschäftes nicht dem Gedanken der Harmonie der einzelnen Rechtsgebiete opfern, sofern wenigstens diese (vom Schrifttum erstrebte) Harmonie einfach eine logisch-systematische ist und ihre Mißachtung nicht zu einem sachlich unbefriedigenden Ergebnis führt. Trotz der Stellungnahme der Doktrin bleibt somit auch diese Formfrage offen.

## II

Außer den gesetzgeberischen Mängeln gibt es eine zweite, wichtigere Gruppe von Ursachen, die schwer zu lösende Fragen stellen: *Der Verkehr kann die gesetzlichen Rechtsinstitute für andere Zwecke oder doch für andere Verhältnisse anwenden, als sich der Gesetzgeber vorgestellt hat.* Beim Rechtsinstitut der Aktiengesellschaft liegt ein klassisches Gebiet für Fragen dieser Art vor. Vergegenwärtigen wir uns das Verhältnis zwischen

### *Gesetz und Wirklichkeit bei der Aktiengesellschaft.*

Das Aktienrecht ist zugeschnitten auf eine bestimmte Art von Gesellschaft, die man als den *gesetzlichen Typ* der Aktiengesellschaft bezeichnen kann. Dieses gedankliche Modell oder Leitbild des Gesetzgebers läßt sich wie folgt umschreiben: Eine sehr große Anzahl selbständig handelnder Personen schließt sich zum Betrieb eines Unternehmens körperschaftlich zusammen, und zwar so, daß jede von ihnen einen Teil des zum voraus bestimmten Kapitals übernimmt, unter Ausschluß jeder zusätzlichen Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft und unter Beschränkung der Haftung auf den übernommenen Kapitalteil, aber mit der Verpflichtung, das Kapital, das nach außen kundgegeben wird, grundsätzlich nicht zu vermindern (durch Gewinn- und Kapitalbezüge)<sup>17</sup>. Der Gesetzgeber war sich allerdings bewußt, daß nicht jede konkrete Aktiengesellschaft diesem Typ entsprechen werde (vgl. z.B. Art. 625 OR). Aber er hat doch die aktienrechtlichen [66] Bestimmungen so gefaßt, daß sie wenigstens für Gesellschaften dieses Typs passen, und insofern ist die Bezeichnung "gesetzlicher Typ" am Platze<sup>18</sup>. Wie sieht es nun in der Rechtswirklichkeit aus? *Nur eine Minderzahl von Aktiengesellschaften, freilich die wichtigsten, verwirklichen das gesetzliche Modell.* Die weitaus meisten Gesellschaften weichen mehr oder weniger stark davon ab. Das gilt schon für diejenigen Gesellschaften, die zwar Großunternehmen betreiben, bei denen aber das Kapital nicht gestreut ist, sondern sich ganz oder zum größten Teil in den Händen weniger Großaktionäre befindet. Noch stärker ist die Abweichung bei den kleinern Unternehmen mit wenigen Aktionären, die keiner körperschaftlichen Organisation bedürfen und die durch verwandtschaftliche oder berufliche Interessen unter sich und mit dem Unternehmen verbunden sind. Abweichungen anderer Art liegen vor, wenn gar kein Unternehmen betrieben wird, wie bei den Immobiliengesellschaften, oder wenn das Kapital von einem Einzigen aufgebracht wird, also überhaupt keine Gesellschaft vorhanden ist ("Einmanngesellschaft")<sup>19</sup>, oder wenn der oder die Aktionäre gar nicht selbständig handeln, sondern im Interesse von Dritten, denen sie fiduziarisch, konzernmäßig oder kraft öffentlichen Rechts verbunden sind. Im Vergleich zum gesetzlichen Typ sind somit die meisten Aktiengesellschaften denaturiert – womit natürlich kein Werturteil über sie

<sup>17</sup> Vgl. dazu statt Vieler: *Wieland*, Handelsrecht, 2. Bd., München/Leipzig 1931 S. 4; der Autor bezeichnet die AG als die für Großunternehmungen prädestinierte Rechtsform; dank der Verteilung des Risikos auf viele Schultern und der Aussicht auf ungemessenen Gewinn, verbunden mit bemessenem Einsatz, vermöge sie durch *kleine Beiträge Vieler* die für die Durchführung großer Unternehmen erforderlichen Mittel aufzubringen.

<sup>18</sup> Vgl. hiezu und zum folgenden *G. Weiß*; Komm. z. Aktienrecht N. 262 ff. der Einleitung; ferner *Vacheron*, Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse. Diss. Lausanne 1949.

<sup>19</sup> Darüber neuestens *Schönle*, Die Einmann- und Strohmannsgesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Freiburg 1957.

gefällt werden soll –, sie sind nicht Gesellschaften, wie sie das Aktienrecht voraussetzt, sondern soziale Sachverhalte verschiedenster Art, die bald einer Personengesellschaft ähnlich sind, bald einem öffentlichen Dienst, bald einfach einem Sondervermögen, das für eigene oder fremde Rechnung selbständig verwaltet wird. Will man alle diese Gebilde, die als Aktiengesellschaften etikettiert sind, unter einen gemeinsamen Nenner bringen, so muß man einige Hauptmerkmale des gesetzlichen Typs weglassen: die Vielzahl der Personen und deren Selbständigkeit, damit auch die körperschaftliche Organisation, ferner den Unternehmenszweck. Was bleibt übrig für den *faktischen Begriff der AG*? Ein rechtlich verselbständigt Sondervermögen zu irgend einem wirtschaftlichen Zweck, mit einem nach außen kundgegebenen Grundkapital, das zu äufnen (über die Kapitalziffer hinaus) niemand verpflichtet ist, für dessen Schulden nur die vorhandenen Aktiven [67] haften (mit Einschluß des nicht liberierten Kapitals) und das verwaltet wird von einer Organisation, die sich als Aktiengesellschaft im Sinne des gesetzlichen Typs ausgibt. Wir können uns über diese enorme Abweichung der Rechtswirklichkeit vom gesetzlichen Leitbild kaum genug Rechenschaft geben. Es handelt sich zwar nicht um die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes – denn der Gesetzgeber ist gar nicht darauf bedacht, den gesetzlichen Typ rein zu erhalten wie bei der Genossenschaft –, wohl aber um eine unerhörte *Typabweichung*, die in keinem andern Rechtsgebiet ein Gegenstück hat.

Wie werden wir Juristen mit dieser Typabweichung praktisch fertig? Meines Erachtens mit zwei Mitteln: Einmal arbeiten wir mit *Fiktionen*. Sobald nur einzelne formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind – die Kundgabe gewisser Vorgänge durch das Handelsregister – nehmen wir mit bezug auf den Rest den Schein als Wirklichkeit (vgl. hierzu Art. 643 Abs. 2 OR). Wir behandeln die Generalversammlung einer Einmanngesellschaft wie eine wirkliche Versammlung, die Stimmabgabe des fiduziarischen Aktionärs wie die Erklärung eines selbständig Handelnden, die Beschlußfassung einer konzernabhängigen Tochtergesellschaft wie einen frei zustandekommenen Beschluß. Das zweite Mittel ist die *Vertragsfreiheit*. Wir erachten es als zulässig, daß die Beteiligten ihre Beziehungen auch noch außerhalb des Aktienrechts wirksam ordnen, durch gewöhnliche schuldrechtliche Verträge, so daß die aktienrechtliche, durch Gesetz und Statuten umschriebene Ordnung eingebettet ist in ein Netz von ausdrücklichen oder stillschweigenden Abreden, von Stimmrechts-, Pool- und fiduziarischen Verträgen aller Art. Daß solche Verträge die aktienrechtliche Ordnung innerlich aushöhlen, lassen wir gelten. Wir verlangen nur, daß diese Ordnung formell nicht berührt wird, daß also Aktienrecht und Vertragsinhalt säuberlich getrennt bleiben. Das aktienrechtliche Spiel muß gesetzesgemäß gespielt werden! Das ist erfordert, genügt aber auch. So sind z. B. Stimmrechtsbindungsverträge gültig; nur folgt daraus nicht, daß eine vertragswidrige Stimmabgabe aktienrechtlich ungültig ist. So darf sogar ein Verwaltungsrat fiduziarisch im Interesse eines gesellschaftsfremden Dritten handeln; unzulässig wäre es nur, in den Statuten dem Dritten das Recht einzuräumen, der Verwaltung bindende Weisungen zu erteilen<sup>20</sup>.

Die so auf Grund von Fiktionen und mit Hilfe der Vertragsfreiheit ermöglichte Typabweichung, die man zuweilen auch als "Elastizität" [68] des Aktienrechtes rühmt, ist in Wirklichkeit nichts anderes als die *versteckte Einführung gesetzlich unbekannter Rechtsinstitute* in das Rechtsleben, so namentlich des Einmannunternehmens mit beschränkter Haftung. Im allgemeinen hat sie sich bewährt, da sie wirklichen Bedürfnissen des Verkehrs entspricht. Allerdings erfordern die verschiedenen Fiktionen mitunter eine groteske Gedankenakrobatik, der selbst "mehrfache" Verwaltungsratsmitglieder verschachtelter Gesellschaften nicht immer gewachsen sind! Im einzelnen stellen sich jedoch zahlreiche Fragen, auf die im folgenden einzugehen ist.

Eine erste Frage, zu der die geschilderte Typabweichung Anlaß gibt, stellt sich deswegen, weil das vertragliche Beiwerk das Bestreben zeigt, in die aktienrechtliche Ordnung hinüberzuwuchern. *Inwiefern dürfen schuldrechtliche Abreden in den Statuten verankert werden?* Diese Frage ist akut mit Bezug auf die

<sup>20</sup> In diesem Sinne *Schucany* (SAG 27, 1954/55, S. 109 ff.), gegen *v. Steiger* (SAG 27, S. 33 ff. und 113 ff.).

### *Vorkaufsrechte an Aktien.*

Solche Rechte wurden ursprünglich in rein schuldrechtlichen Verträgen unter Aktionären vereinbart, namentlich bei Gesellschaften mit Inhaberaktien, wobei meistens gleichzeitig die gemeinschaftliche Hinterlegung der Aktien verabredet wurde. Heute kommt es vielfach vor, daß Gesellschaften mit Namenaktien Vorkaufsrechte der Aktionäre und der Verwaltung in den Statuten vorsehen. Die herrschende Meinung nimmt an, dies sei zulässig, wobei man die statutarische Verankerung der Vorkaufsrechte vergleicht mit der Verdinglichung eines persönlichen Rechtes durch Vormerkung im Grundbuch<sup>21</sup>. Eine Minderheit von Autoren bestreitet diese Zulässigkeit, hauptsächlich mit dem Argument, eine Vorkaufsverpflichtung zu Lasten von (allen) Aktionären verletze den Grundsatz, wonach der Aktionär über die Kapitalleistung hinaus zu nichts verpflichtet werden darf (Art. 680 OR)<sup>22</sup>. Die Frage ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Meines Erachtens muß sowohl hier wie bei andern Fragen *die aktienrechtliche Sozialsphäre von der schuldrechtlichen Individualsphäre klar geschieden bleiben*. Nun gehören echte Vorkaufsrechte eindeutig der Individualsphäre an. Denn sie begründen Befugnisse zu Gunsten einzelner Aktionäre, aus einem aktienrechtlich fremden Grunde, der mit der Gestaltung des gesellschaftlichen Innenverhältnisses an sich nichts zu tun hat. Das gilt auch dann, wenn das Vorkaufsrecht jedem Aktionär [69] zuerkannt wird. Denn im Vorkaufsfall muß dann doch eine Auslese unter den mehreren Berechtigten stattfinden, womit der individualrechtliche Charakter wiederum hervortritt. Indessen ist sogleich beizufügen: *Die statutarischen Vorkaufsrechte sind meistens gar keine Vorkaufsrechte im echten schuldrechtlichen Sinn*. Der Verkehr hat sich, aus Bequemlichkeit, eines verwandten rechtstechnischen Ausdruckes bemächtigt und ihm einen Bedeutungswandel aufgezwungen. Es sei verwiesen auf die gründlichen Aufsätze von *Lehner* über die Erscheinungsformen der sogenannten Vorkaufsrechte<sup>23</sup>. Meist sollen diese Rechte nicht nur bestehen (wie ein richtiges Vorkaufsrecht) für einen Vorkaufsfall, sondern für irgendwelche Handänderungen (Schenkungen, Einbringung in eine Gesellschaft usw.). Sodann haben sie häufig den Sinn von "Vorhand"-rechten, die nicht den Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten voraussetzen, sondern nur eine Veräußerungsabsicht. Noch mehr: Die Statutenbestimmungen, die jedem Aktionär und sogar noch der Verwaltung ein Vorkaufsrecht einräumen, sind gewöhnlich so auszulegen, daß den Berechtigten nicht die Befugnis zusteht, Aktien unter bestimmten Voraussetzungen wider den Willen des Vorkaufsbelasteten an sich zu ziehen; vielmehr bedeuten sie einfach, daß der belastete Aktionär kein Recht hat, die Aktie an einen Dritten zu übertragen, falls ein Aktionär oder die Verwaltung bereit ist, die Aktie zu kaufen. Der belastete Aktionär kann also, anders als ein echter Vorkaufsbelasteter, die Aktie nach Eintritt des sogenannten Vorkaufs(Vorhand-)falles auch einfach behalten. Diese Auslegung folgt aus dem Zweck der umschriebenen Statutenbestimmungen: Sie sollen ermöglichen, *Erwerber*, die der Gesellschaft nicht genehm sind, *fernzuhalten*. Vergegenwärtigt man sich diesen Zweck, so stößt man auf den Kern der Sache. Da die Fernhaltung mißliebiger Erwerber, für sich genommen, auch mit einem aktienrechtlichen Mittel erreicht werden kann, nämlich mit der Vinkulierung, drängt sich folgende *Klarstellung* auf: Entweder hat ein sogenanntes Vorkaufsrecht gar nicht den Sinn eines echten Vorkaufsrechtes zu Gunsten Einzelner, sondern es dient einzig dem gesellschaftsrechtlichen Zweck der Fernhaltung eines unerwünschten Erwerbers; alsdann ist das Vorkaufsrecht die unpassende schuldrechtliche Form für einen aktienrechtlichen Inhalt, und es ist umzudeuten in eine Vinkulierung des Inhaltes, daß die Gesellschaft einen Erwerber dann (und nur dann) abweisen darf, wenn ein Aktionär bereit ist, die Aktien zu [70] erwerben. Oder die Parteien meinen ein echtes Vorkaufsrecht, und dann gehört es in einen Vertrag, nicht in die Statuten; bei Gesellschaften mit Inhaberaktien gibt es zum vorneherein nur diese Lösung.

<sup>21</sup> v. *Steiger*, SAG 16, 1943/44, S. 1 ff.

<sup>22</sup> *Pestalozzi-Henggeler*, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948 S. 106; *Wieland*, SAG 27, 1954/55, S. 152.

<sup>23</sup> SAG 26, 1953/54, S. 189 ff. und 218 ff.; SJZ 50, 1954, S. 73 ff.

Die Häufigkeit der Typabweichung führt zu einer weiteren Frage, die leicht übersehen wird: *Darf man bei der Auslegung des Gesetzes auf die Typabweichungen Rücksicht nehmen?* In dieser Hinsicht gibt es nur ein klares Nein (soweit wenigstens das Gesetz nicht selber auf die Typabweichung Rücksicht nimmt, wie z. B. in Art. 625<sup>2</sup>). Die auslegungsrechtliche Hauptfrage, was dem Zweck einer Gesetzesnorm entspricht, darf einzig im Hinblick auf den gesetzlichen Typ beantwortet werden. Denn einzig Gesellschaften dieses Typs bilden den Tatbestand, der einheitlich allen Normen zu Grunde liegt. Also muß gefragt werden, was für diesen Tatbestand dem Zweck der einzelnen Norm entspricht. Nimmt man auf die Abweichungen vom gesetzlichen Typ Rücksicht, so sprengt man die innere Geschlossenheit des gedanklichen Gefüges, die nun einmal ein gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut kennzeichnen soll. Somit ist das *Postulat der typgerechten Auslegung des Aktienrechtes* aufzustellen. Bei der Einmanngesellschaft kann ihm leicht genügt werden. Die Abweichung vom gesetzlichen Typ ist bei ihr so offenkundig, daß es niemandem einfällt, das Gesetz mit Rücksicht auf sie typwidrig auszulegen. Im Gegenteil: Es wird dem Einmann zugemutet, daß er sich auch den ihm ungünstigen Regeln des Aktienrechtes unterzieht; vorbehalten wird nur der Fall, daß die typgerechte Anwendung des Aktienrechtes auf die Einmanngesellschaft einen Rechtsmißbrauch zu Lasten von Dritten darstellen würde<sup>24</sup>. Hingegen erfordert das Postulat der typgerechten Auslegung größere Wachsamkeit bei Gesellschaften, die weniger stark vom gesetzlichen Typ abweichen, so z. B. bei einer Kleingesellschaft von 3 Aktionären. Denn hier besteht, zum Unterschied von der Einmanngesellschaft, immerhin ein Innenverhältnis, das den Innenbeziehungen in einer Körperschaft wenigstens ähnlich ist. Daher ist man versucht, die aktienrechtlichen Regeln so auszulegen, daß sie auch auf eine solche typwidrige Gesellschaft passen. Als Beispiel diene die vorhin besprochene

#### *Abfindung abgewiesener Erben aus Gesellschaftsmitteln.*

Die dort gestellte Auslegungsfrage – ob es Art. 686<sup>4</sup> entgegen seinem Wortlaut gestatte, daß die Gesellschaft selber Aktien [71] abgewiesener Erben erwirbt –, wird man leichter bejahen, wenn man sich eine AG des gesetzlichen Typs vorstellt. Denn bei einer Vielzahl von Aktionären und bei stark gestreutem Aktienbesitz berührt die Abweisung von Erben immer nur einen kleinen Bruchteil des Grundkapitals, sodaß die Ablösung aus Gesellschaftsmitteln kaum gefährlicher ist als einer der in Art. 659 aufgezählten Fälle erlaubten Erwerbs eigener Aktien. Hält man sich dagegen eine Kleingesellschaft vor Augen, so kann die Abfindung von Erben durch die Gesellschaft für diese zur lebensgefährlichen Operation werden. Für die Auslegung des Gesetzes ist das aber nicht maßgebend. Auch die Kleingesellschaft ist nach dem zu messen, was für eine Großgesellschaft gilt, so gut wie die Einmanngesellschaft. Allerdings zeigt sich bei typgerechter Auslegung, daß das Aktienrecht für Kleingesellschaften nicht so gut paßt, wie zuweilen angenommen wird. Das trifft gerade zu für die Abfindung der Erben zum *wirklichen Wert*, die im Art. 686<sup>4</sup> gefordert wird. Für eine typgerechte Großgesellschaft versteht sich diese Berechnungsart von selbst; bei ihr liegt kein Grund vor, die Erben zu einem geringern Wert abzufinden; und der wirkliche Wert läßt sich leicht feststellen, auch dann, wenn die Aktien nicht an der Börse gehandelt werden. Anders dagegen bei einer Klein-AG. Hier ist der wirkliche Wert ungleich schwieriger zu ermitteln. Zudem erfordert die Abfindung der Erben eines Hauptaktionärs einen relativ so großen Betrag, daß sie sehr leicht unmittelbar oder mittelbar auf die Finanzlage der Gesellschaft zurückwirkt. Die Problemstellung ist dann ähnlich wie bei der Abschichtung eines Kollektiv-Gesellschafters. Daher ist es m. E. für Aktionäre einer Klein-AG ratsam (und zulässig), die Abfindung der Erben zum voraus abweichend von Art. 686<sup>4</sup> in einem Vertrag zu regeln.

Das Postulat der typgerechten Auslegung des Aktienrechtes ist nicht nur wegen der häufigen Typabweichung schwer zu erfüllen, sondern auch aus weiteren Gründen: Einmal ist der *gesetzliche Typ nirgends näher umschrieben*, sondern im Gesetz nur mehr oder weniger deutlich vorausgesetzt.

---

<sup>24</sup> BGE 81 II 459; 83 II 64.

Daher kann in einem Einzelfall ungewiß sein, welche Gestaltung der Rechtslage dem gesetzlichen Typ entspricht. Ein Beispiel hierfür bildet die Frage

*der uneinheitlichen Stimmabgabe des Mehrheitsaktionärs,*

die unlängst aufgegriffen wurde <sup>25</sup>: Darf der Aktionär, der mehrere Aktien besitzt und dem deswegen nach der subsidiären gesetzlichen [72] Ordnung (Art. 692 OR) mehrere Stimmen zukommen, an der Generalversammlung sich so an einer Abstimmung beteiligen, daß er seine Stimmen aufteilt, also z. B. mit 10 Stimmen für und mit 5 Stimmen gegen einen Antrag stimmt? Anders ausgedrückt: Hat der mehrfache Aktionär nur ein einziges Stimmrecht, dessen Stimmkraft sich nach dem Aktienbesitz richtet, oder hat er mehrere voneinander unabhängige Stimmrechte? Die Frage wird etwa dann praktisch, wenn ein Aktionär das Abstimmungsergebnis "dosieren" will, oder wenn es sich beim Aktionär um ein Gemeinwesen handelt, in dessen Schoß verschiedene Ansichten bestehen, denen man durch Aufteilung der Stimmen Ausdruck verschaffen möchte. In Deutschland ist die Frage ausgiebig erörtert worden. Das Reichsgericht hatte sich ursprünglich, in Übereinstimmung mit dem Schrifttum, gegen die Aufteilung ausgesprochen. Seit langem ist aber eine Wandlung eingetreten, und heute wird allgemein angenommen, die Aufteilung sei zulässig. Bereits spricht man von einem wohlverworbenen Recht auf uneinheitliche Stimmabgabe! <sup>26</sup> Für das schweizerische Recht hängt die Antwort meines Erachtens davon ab, was zum Wesen des gesetzlichen Typs gehört. Faßt man die Aktiengesellschaft als reine Kapitalgesellschaft auf, erblickt man also in ihr gleichsam eine Gesellschaft von Kapitalteilen, so ist die Antwort klar: Der Aktionär ist nur Repräsentant von Mitgliedschaftsstellen. Folgerichtig kann er mit bezug auf jede Mitgliedschaft die Stimme gesondert abgeben <sup>27</sup>. Meines Erachtens hat aber im Rahmen des Gesetzes auch eine mehr personalistische, man darf wohl sagen genossenschaftliche Auffassung der AG Platz. Die älteren schweizerischen Aktiengesellschaften waren ja, soziologisch gesehen, häufig genossenschaftliche, ja gemeinnützige Unternehmungen, mit denen die Aktionäre nicht nur kapitalmäßig, sondern auch persönlich, ja sogar ideell verbunden waren <sup>28</sup>. Diese Tradition hat nicht abgerissen. Sieht [73] man nun in der AG eine "Genossenschaft mit festem Grundkapital" – man gestatte diesen systemwidrigen Ausdruck –, so hat der Genosse-Aktionär *ein* Stimmrecht mit einer nach seiner Kapitalbeteiligung abgestuften Stimmkraft. Er kann das Stimmrecht nur einheitlich ausüben. Meines Erachtens muß man es einer AG gestatten, sich in den Statuten für die eine oder andere Lösung zu entscheiden. Welche Lösung bei Schweigen der Statuten als (dispositive) gesetzliche Regelung anzusehen ist, bleibt ungewiß, solange ein höchstrichterlicher Entscheid fehlt.

Die typgerechte Auslegung bereitet aber selbst dann Schwierigkeiten, wenn man sich auf den Fall der reinen Kapitalgesellschaft beschränkt. Dieser gesetzliche Typ im engeren Sinne sei im folgenden als *Publikumsgesellschaft* bezeichnet, zur bessern Unterscheidung von der GmbH. Denn zu den Merkmalen dieses Typs gehört nicht nur der (auch bei der GmbH gegebene) Aufbau der Gesellschaft auf festen und zum voraus bestimmten Kapitalteilen, sondern überdies die Vielzahl von Gesellschaftern und das Fehlen weiterer Bindungen zwischen Gesellschaftern und

<sup>25</sup> Giroud, *Der Schweizer Treuhänder*, 29, 1955, S. 134; Hirsch, *Semaine judiciaire*, 79, 1957, S. 81 ff.

<sup>26</sup> Vgl. v. Boehmer, *Neue Juristische Wochenschrift*, München/Berlin, 2. Jahrgang, 1949, S. 564 ff., sowie die dort zitierte Judikatur und Literatur.

<sup>27</sup> Wieland, *Handelsrecht*, 2. Bd. München/Leipzig 1931, S. 233.

<sup>28</sup> Vgl. v. May, *Die Gründung der AG in ihrer geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz*, Diss. Bern 1945, S. 53 ff. Nach dem Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich (§ 1342) war die AG "im Verkehr" als Genossenschaft zu behandeln. Freilich sollte damit nur ihr Charakter als Körperschaft und ihre rechtliche Selbständigkeit betont werden; vgl. *Bluntschli*, *Deutsches Privatrecht*, 2. Aufl. München 1860, S. 87 f. und S. 383 ff. Gerade *Bluntschli* betonte (S. 386), daß die Versammlung der Aktionäre "nicht aus den Personen als solchen bestehe", sondern aus den "Aktionären als Aktienberechtigten", womit der AG der Charakter einer "echten" Genossenschaft im heutigen Sinn abgesprochen wurde.

Unternehmen sowie zwischen den Gesellschaftern unter sich. Die Schwierigkeit sei illustriert anhand des vielerörterten

*Auskunftsrechtes des Aktionärs.*

Trotz der vorzüglichen Arbeiten, die hierüber erschienen sind<sup>29</sup>, drängt sich der Eindruck auf, daß die Auslegung des Art. 697 bei der entscheidenden Frage nach den *Schranken des Auskunftsrechtes* in Allgemeinheiten stecken bleibt, wie das Gesetz selbst (Art. 697<sup>3</sup> Satz 2)<sup>30</sup>. Der Grund hiefür ist meines Erachtens ein doppelter:

Einmal wird auch mit bezug auf Art. 697 das Postulat der *typgerechten Auslegung* gern übersehen. Zwar sucht natürlich niemand in Art. 697 eine Antwort darauf, welche Auskunft der Einmann als Verwaltungsrat dem Einmann als Aktionär schuldet. Wohl aber hält man sich bei der Auslegung des Art. 697 auch die Klein-Gesellschaft vor [74] Augen<sup>31</sup>, ferner die ebenfalls atypische Gesellschaft mit ungleich verteiltem Aktienbesitz, bei der eine Minderheit von Klein-(Publikums-)Aktionären einer Mehrheit von Groß-(Unternehmens-)Aktionären gegenübersteht<sup>32</sup>; letzteres führt dazu, daß das Auskunftsrecht vorzugsweise unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes betrachtet wird, während die typgerechte Auslegung in erster Linie auf die Interessenlage bei stark gestreutem Aktienbesitz abstellen sollte. Richtigerweise muß man bei atypischen Gesellschaften zum vorneherein darauf verzichten, aus Art. 697 eine den wirklichen Verhältnissen angepaßte Lösung abzuleiten. Hier sollte das Auskunftsrecht, so gut wie andere Fragen, durch schuldrechtliche Verträge geregelt werden. Dieses Mittel ist allerdings nur bei kleinen Gesellschaften (Familien-AG) praktisch anwendbar – wo es sich geradezu aufdrängt –, nicht aber bei größeren Gesellschaften mit Klein- und Großaktionären. Bei den letztern wirkt sich daher, wie bei den typgemäßen Publikumsgesellschaften, eine weitere Auslegungsschwierigkeit aus, um derentwillen das Auskunftsrecht hier erwähnt wird:

Faßt man nämlich eine Publikumsgesellschaft ins Auge, wie es dem Postulat der typgerechten Auslegung entspricht, so steht der *innere Grund des Auskunftsrechtes* nicht fest. Soll wirklich der Aktionär deswegen ein selbständiges, vom Stimmrecht unabhängiges Individualrecht auf Auskunft haben, "weil er als Kapitalgeber erfahren soll, wie das von ihm zur Verfügung gestellte Kapital verwaltet wird und welches der Erfolg dieser Verwaltung ist"<sup>33</sup>? Es leuchtet nicht ein, daß das bloß individuelle Interesse am Schicksal eines relativ kleinen, unausscheidbaren Kapitalteils ein Auskunftsrecht mit bezug auf das Ganze des Unternehmens begründen soll<sup>34</sup>. Zudem ist jedenfalls derjenige Aktionär, der sich nicht an der Gründung beteiligt, sondern seine Aktien später an der Börse gekauft hat, beweggrundmäßig gar nicht Kapitalgeber, sondern Käufer einer Gewinnchance, für die er – bei Kurs über dem Nennwert – seinem Vormann vielleicht bedeutend mehr bezahlt hat als der Gesellschaft vom ersten Aktionär an Mitteln zugeflossen ist. Daher kann der innere Grund des Auskunftsrechtes [75] meines Erachtens zum vorneherein nur gesucht werden in der *gesellschaftsinternen Funktion*, die dem Aktionär zugedacht ist, also im Stimmrecht, mag man auch das Auskunftsrecht im einzelnen so ausgestalten, daß es von der Ausübung des Stimmrechtes mit

<sup>29</sup> Aus letzter Zeit sind zu erwähnen: *Ruffieux*, Le droit des actionnaires d'être renseignés sur les affaires de la société anonyme, Diss. Freiburg 1950; *Wyß*, Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art. 697 OR), Diss. Zürich 1953; *Schlupe*, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, Diss. St. Gallen 1955, S. 177 ff.; *Walder*, Unternehmer- und Publikumsaktionäre, Diss. Zürich 1955, S. 72 ff.

<sup>30</sup> Vgl. etwa *Wyß*, a.a.O. S. 182 f.; wie prekär es wegen der Unbestimmtheit des Gesetzes mit dem Auskunftsrecht bestellt ist, zeigt BGE 82 II 216; vgl. hiezu *Bürgi*, SAG 29, 1956/57, S. 84 f.

<sup>31</sup> Vgl. z. B. *Wyß*, a.a.O. S. 174, *Schlupe*, a.a.O. S. 185.

<sup>32</sup> *Wyß*, a.a.O. S. 100 ff.; *Walder*, a.a.O. S. 79.

<sup>33</sup> *Wyß*, a.a.O. S. 47 f.; im gleichen Sinne *Schlupe*, a.a.O. S. 183. Diese individualistische Begründung widerspricht m. E. dem auch von *Wyß* (a.a.O. S. 43) angenommenen organschaftlichen Charakter des Auskunftsrechtes.

<sup>34</sup> Man beachte auch die engen Schranken, die das Gesetz dem Auskunftsrecht des (nicht geschäftsführenden) Kommanditärs zieht (Art. 600<sup>3</sup> OR).

bezug auf ein einzelnes Geschäft unabhängig und insofern selbständig ist. Das Stimmrecht bildet in der Tat eine völlig ausreichende Grundlage für das Auskunftsrecht, und zwar für ein unbeschränktes. Denn die ordentliche Generalversammlung hat ja über die Gewinn- und Verlustrechnung sowie über den Geschäftsbericht zu entscheiden, also über Angelegenheiten, die ihrer Natur nach die gesamte Tätigkeit der Gesellschaft umfassen. Wer an diesen Entscheidungen mitzuwirken hat, soll volle Einsicht in alle Gesellschaftsangelegenheiten haben. Sobald man diesen Zusammenhang zwischen Stimm- und Auskunftsrecht festhält, stellt sich die Frage in neuer Sicht: Rührt die Schwierigkeit bei der Umschreibung des Auskunftsrechtes nicht daher, daß das *Stimmrecht selber fragwürdig* ist? Verhält es sich nicht so, daß einerseits überhaupt jede Beschränkung des Auskunftsrechtes gegenüber einem (in allen Angelegenheiten) Stimmberechtigten als inkonsequent erscheint, andererseits aber die Gründe, die für eine Beschränkung des Auskunftsrechtes sprechen (Gefährdung des Gesellschaftsinteresses), sich auch gegen das (unbeschränkte) Stimmrecht richten? Bei näherem Zusehen läßt sich nämlich das Stimmrecht des Aktionärs nur bei kleineren Gesellschaften mit genossenschaftlichem Charakter vorbehaltlos rechtfertigen. Bei jeder Gesellschaft mit sehr vielen Aktionären ist das allgemeine Stimmrecht schon wegen dieser Vielzahl unzweckmäßig, zumal es nur an der Generalversammlung ausgeübt werden kann. Ein Vergleich mit dem Genossenschaftsrecht ist hier aufschlußreich: Bei den Groß-Genossenschaften ist die Generalversammlung meistens durch die Urabstimmung und (oder) die Delegiertenversammlung ersetzt (Art. 880, 892 OR)<sup>35</sup>. Bei der reinen [76] Publikumsgesellschaft, die nicht nur groß ist, sondern nicht einmal genossenschaftliche Züge aufweist, ist das Stimmrecht des Aktionärs noch weniger begründet. Soll einer, der mit dem Unternehmen nicht persönlich verbunden ist, der sich "seiner" Gesellschaft gegenüber zu nichts verpflichten will (über die Aufbringung des Aktienbetrages hinaus) und der bereit ist, die Aktien abzustoßen, sobald sie schlechter rentieren als andere, am innern Leben des Unternehmens maßgebend beteiligt sein? Die Bejahung dieser Frage fällt um so schwerer, je älter ein Unternehmen ist, je weiter also der ursprüngliche Kapitaleinsatz zurückliegt, je mehr demzufolge die Arbeitsleistung, insbesondere die Unternehmerleistung an relativer Bedeutung gewinnt. Hier stoßen wir meines Erachtens auf eine *konstitutionelle Schwäche des gesetzlichen Typs*. Dieser vereinigt zwei Elemente: Einerseits die Kapitalbeschaffung durch Heranziehung des breiten Publikums, unter Gewinnbeteiligung, aber auch unter Bindung des Kapitals für die ganze Dauer des Unternehmens, andererseits die körperschaftliche Organisation der vielen (unter sich gar nicht verbundenen) Kapitalgeber, so daß diese – und nur sie – die obersten Entscheidungen zu treffen haben. Die beiden Elemente gehören keineswegs notwendigerweise zusammen. Vielmehr bildet die körperschaftliche Organisation der Publikumsaktionäre eine Verlegenheitslösung, die sich seit dem Anbruch des 19. Jahrhunderts nur deshalb einleben konnte, weil nach der Überwindung früherer Vorstellungen niemand anders da war, auf den sich die Organisation eines kapitalmäßig auf dem Publikum aufgebauten Unternehmens abstützen ließ<sup>36</sup>. Der reine Publikumsaktionär hat nun einmal nicht den *animus socii*, den Bürgersinn, den es für eine wirkliche Körperschaft braucht und der die Anwendung des demokratischen Prinzips einzig zu rechtfertigen vermag. Somit ist die Frage, wer bei einem Dauer-Großunternehmen, das sich kapitalmäßig auf das breite Publikum stützt, an der Bildung des obersten Willens mitwirken soll, eigentlich *die* ungelöste Frage des Aktienrechts. Darin liegt meines Erachtens der tiefere Grund dafür, warum Einzelfragen, wie die

<sup>35</sup> Obwohl Urabstimmung und Delegiertenversammlung regelmäßig mit Rücksicht auf das Ganze der Genossenschaft eingeführt werden, nicht zum Schutze des einzelnen Genossenschafters, und obwohl sie das Stimmrecht des Genossenschafters aushöhlen oder ganz aufheben, bilden sie doch institutionelle Mittel, welche die Verwaltungsmacht beschränken und im Sinne eines Minderheitenschutzes wirken, und zwar wohl weit mehr als das (auch bei der Genossenschaft gegebene) Auskunftsrecht (Art. 857 OR). Bei der AG können diese Mittel nicht angewendet werden, wegen der Anonymität des Aktienbesitzes (Inhaberaktien!) und der individualistischen Struktur der Gesellschaft. Daher wird bei der AG dem Auskunftsrecht die Funktion zugedacht, die Nachteile dieser organischen Mängel zu überwinden.

<sup>36</sup> Vgl. über die "Demokratisierung" der AG im 19. Jahrhundert: *Fischer*, *Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 154. Bd., 1955, S. 85 ff.

des Auskunftsrechtes, de lege lata kaum befriedigend beantwortet werden können<sup>37</sup>.

[77] Eine letzte Frage erhebt sich: *Entspricht das geltende Recht den Bedürfnissen des gesetzlichen Typs der Publikumsgesellschaft?* Auch sie sei anhand einer Einzelfrage geprüft. In den letzten Jahren hat sich in Deutschland, dann in Frankreich und auch in der Schweiz das Bedürfnis nach der Ausgabe sogenannter

#### *Wandelschuldverschreibungen (convertible bonds)*

gezeigt<sup>38</sup>. Kann es auf Grund des geltenden Rechtes befriedigt werden? Die Wandelschuldverschreibung weist zunächst alle Eigenschaften einer langfristigen, von einer AG ausgegebenen Anleiheobligation auf. Sie ist außerdem gekennzeichnet durch ein aktienrechtliches Gestaltungsrecht. Dieses kann in zahlreichen Varianten ausgedacht werden.

Zu erwähnen sind deren zwei: Nach der *ersten Variante* hat der Obligationär ein gewöhnliches Bezugsrecht auf Aktien, das sich im Fall einer späteren Kapitalerhöhung auswirkt. Übt er es aus, so ist er zugleich Obligationär und Aktionär. Ein solches Recht bietet meines Erachtens keinen großen Anreiz, da die Gesellschaft gar nicht zu einer Kapitalerhöhung verpflichtet ist. Seiner Begründung steht aber kein Hindernis entgegen, vorausgesetzt, daß die AG schon bei der Ausgabe [78] des Anleihe allfälligen Bezugsrechten der alten Aktionäre Rechnung trägt. Nähere Prüfung verdient nur die *zweite Variante*. Bei ihr ist der Obligationär berechtigt (nie verpflichtet), seine Anleiheforderung nach einer bestimmten Zeit in eine Aktie der Gesellschaft umzutauschen, wobei deren Nennwert gewöhnlich dem Forderungsbetrag ungefähr entspricht. Nach Ausübung seines Gestaltungsrechtes ist also der frühere Obligationär nur noch Aktionär. Er wird dieses Recht dann ausüben, wenn ihm die Aktie zur Zeit der Umtauschmöglichkeit ebenso sicher und ebenso gut verwertbar erscheint wie die Obligation und wenn außerdem ein höherer Ertrag (und demzufolge eine Kurssteigerung) zu erwarten ist. Läßt sich die Ausgabe solcher Wandelschuldverschreibungen mit unserem Recht vereinbaren? Es ist zu unterscheiden:

Wenn *alte* Aktien umgetauscht werden sollen, solche also, die bei der Aufnahme des Wandelschuld-Anleihe schon ausgegeben sind, so kann die AG ihr Umtauschversprechen nur dadurch erfüllen, daß diese Aktien vorher von ihr selber oder für ihre Rechnung von einem Dritten erworben werden. Das läuft auf jeden Fall hinaus auf eine Verletzung des Verbotes, eigene Aktien zu erwerben, und ist somit unzulässig. Doch bietet sich ein anderer, gangbarer Weg, der rechtlich zwar ein Umweg ist, aber zum gleichen wirtschaftlichen Ziele führt: Ein *Dritter* kann das Wandelschuld-Anleihen ausgeben. Dann sind die alten Aktien, um deren Umtausch es sich handelt, gar nicht Aktien des Schuldners. Für diesen Dritten bildet der Umtausch kein rechtliches Hindernis. Es liegt keineswegs notwendigerweise eine Umgehung des Art. 659 vor, und zwar nicht einmal

<sup>37</sup> Die schutzwürdigen Interessen der einzelnen Aktionäre, denen man heute durch das Auskunftsrecht Rechnung tragen will, werden (bei der reinen Publikumsgesellschaft) durch andere, institutionelle Mittel gewahrt werden müssen, so vor allem durch eine allgemeine Publizitätspflicht sowie dadurch, daß die Verwaltung durch eine fachkundige und wahrhaft unabhängige Kontrolle laufend beaufsichtigt wird; vgl. den deutschen Gesetzesentwurf vom 3. Juni 1958 ("Kleine Aktienrechtsreform"), der die Aktiengesellschaften verpflichten will, die Gewinn- und Verlustrechnung in bestimmter Weise zu gliedern und sie so "aussagefähiger" zu gestalten.

Die Theorie des "Unternehmens an sich" wurde offenbar durch den konstitutionellen Mangel der Organisation der AG mitveranlaßt, behebt ihn aber nicht. Vgl. zum Ganzen die folgenden neuern Veröffentlichungen: v. *Steiger* (Werner), Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der AG, *ZbJV* 91<sup>bis</sup>, 1955, S. 334 ff.; *Stahelin* (Max), Gedanken zur Organisation der AG, *Festgabe Ruck*, Basel 1952, S. 249 ff.; *Zumstein*, Du caractère institutionnel de la Société anonyme, Diss. Lausanne 1954; *Fischer*, Die Reform des Aktiengesetzes, *Archiv für die civilistische Praxis*, 154. Bd., 1955, S. 182 ff.; *Ripert*, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris 1946, S. 48 ff.; *Toulemon*, Evolution des sociétés anonymes en France, *Revue trim. de droit commercial*, Paris 10, 1956, S. 218 ff.

<sup>38</sup> Schrifttum: *Müller* H. R., Convertible Bonds, Diss. Zürich 1936; v. *Salis*, Das autorisierte Kapital, Diss. Zürich 1937; F. v. *Steiger*, *SAG* 21, 1948/49 S. 40 ff.; A. *Wieland*, *SAG* 26, 1953/54 S. 122 ff.; *Strickler*, *SAG* 29, 1956/57 S. 232 ff.; sowie die umfassende Darstellung von *Georgakopoulos*, Zur Problematik der Wandelschuldverschreibungen, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 120, 1957, S. 84 ff.

dann, wenn der Dritte mit der betreffenden AG im Konzernverhältnis steht; so darf jedenfalls eine Holdinggesellschaft (als Dritte) den Umtausch von Aktien einer Tochtergesellschaft versprechen. Bei der einzigen Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, zu der es in jüngster Zeit in der Schweiz gekommen ist, wurde denn auch dieses durchaus zulässige Vorgehen gewählt.

Wie verhält es sich aber dann, wenn *neue* Aktien umgetauscht werden sollen, solche also, für die erst nach Ausgabe des Wandelschuldverschreibens eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird? Auf diesen Fall ist das Institut der Wandelschuldverschreibung zugeschnitten, da er dem wirtschaftlichen Zweck der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen am besten entspricht. Sicher ist hier folgendes: Das Umtauschrecht der Obligationäre ist nur dann gewährleistet, wenn die Gesellschaft die Kapitalerhöhung bereits vor der Ausgabe des [79] Wandelschuldverschreibens beschlossen und wenn sie überdies für die Berücksichtigung der Bezugsrechte der alten Aktionäre gesorgt hat. Unter dieser Voraussetzung ist die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen (mit Umtausch von neuen Aktien) *zulässig*. Der Kapitalerhöhungsbeschluß wird dann allerdings nicht sogleich vollzogen, sondern erst nach Ablauf einer in den Anleihebedingungen festgelegten Sperrfrist; und in diesem Beschluß kann der Betrag der durchzuführenden Erhöhung nicht ziffernmäßig festgelegt werden, da er davon abhängt, in welchem Umfang das Umtauschrecht benützt wird; möglich ist zum voraus nur die Bestimmung einer Höchstziffer. Weder der eine noch der andere Umstand hindert aber meines Erachtens die Zulässigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Dagegen erhebt sich eine andere Schwierigkeit: Das Gesetz fordert, daß die Generalversammlung in einem zweiten Beschluß die Durchführung der Kapitalerhöhung feststellt (Art. 653 OR). Darin muß das aufgebrachte Kapital genau bestimmt sein; vorher dürfen die neuen Aktien nicht ausgegeben werden (Art. 653<sup>2</sup>). Das bedeutet für die Wandelschuldverschreibung: *Ein kontinuierlicher Umtausch* (wenn auch nach Ablauf der Sperrfrist), wie er namentlich in den USA üblich ist, *läßt sich nicht durchführen*. Die Ausübung des Umtauschrechtes muß auf einzelne kurze Fristen zusammengedrängt werden, und nach jeder Umtauschperiode ist wieder ein Feststellungsbeschluß zu fassen, mit öffentlicher Beurkundung und Eintragung in das Handelsregister. Dadurch wird das Verfahren so stark erschwert, daß es für den Verkehr möglicherweise jeden Reiz verliert. Soll man deswegen das Gesetz ändern und das Kapitalerhöhungsverfahren elastischer gestalten? Einen zwingenden, im Wesen der AG liegenden Grund, die Erhöhung des Grundkapitals gleich starr zu gestalten wie die Herabsetzung, gibt es m. E. nicht. Andererseits besteht auch kein genügender Grund dafür, den Umtausch von Gläubiger- in Aktionärrechte zu fördern. Denn dadurch würde die vorhin festgestellte konstitutionelle Schwäche der Publikums-AG nur noch vergrößert: es würden noch mehr Personen stimmberechtigt, die mit dem Unternehmen nur unter dem Gesichtspunkt der Kapitalanlage verbunden sind. Vom juristischen Standpunkt aus wäre eine *andere Lösung* vorzuziehen und nach geltendem Recht ohne weiteres zu verwirklichen: Die Ausgabe von Schuldverschreibungen, die nicht zum Umtausch in Aktien, sondern zum *Umtausch in Genußscheine* berechtigen, wobei den Genußscheingläubigern versprochen werden könnte, daß sie gleich den Aktionären dividendenberechtigt sind und daß sie bei der Liquidation ihre Kapitaleistung zurückerhalten. Eine solche [80] stimmrechtslose Aktie, wie man sie auch nennen dürfte, liegt m. E. im Zuge der Rechtsentwicklung. Frankreich hat jüngst diese Möglichkeit in den Vordergrund gerückt, vor allem für die Beteiligung an den Erdölgesellschaften<sup>39</sup>. Ob die Aussicht auf den Umtausch in einen Genußschein dem auf dem schweizerischen Kapitalmarkt vorhandenen Anlagebedürfnis entspricht, ist hier nicht zu entscheiden.

Die hievor besprochenen Fragen konnten nur aufgeworfen, nicht gelöst werden. Der Jurist muß sich zuweilen damit begnügen, einige Markierungspfähle einzuschlagen, um zu zeigen, wo das Gelände besonders unsicher ist.

---

<sup>39</sup> Loi No. 57-716 du 26 juin 1957, art. 1 III (Journal officiel du 27 juin 1957); Décret No. 57-1025 du 10 sept. 1957 (Journal officiel du 21 sept. 1957; freundl. Hinweis von Prof. *Flattet*, Lausanne); *Rault*, Les certificats pétroliers, *Revue trim. de droit commercial*, Paris 10. Jahrgang, 1957, S. 843 ff.