

## Auslaufende Übergangsfrist im Aktienrecht

### *Sind Aktienkapital und Vinkulierungsklauseln angepasst?*

Von Lukas Handschin\*

*Das neue Aktienrecht hat insbesondere die Bestimmungen über die Höhe des Aktienkapitals und die Abfassung der Vinkulierungsklauseln verschärft. Die fünfjährige Übergangsfrist läuft in knapp einem Jahr aus. Der nachstehende Beitrag verdeutlicht nochmals den Anpassungsbedarf und wirft die Frage auf, ob allenfalls eine Umwandlung in eine GmbH sinnvoll sein könnte.*

Am 1. Juli 1997 läuft die fünfjährige Übergangsfrist für die Anpassung der Gesellschaftsstatuten an das neue Aktienrecht ab. Statutenbestimmungen, die dem neuen Recht widersprechen, müssen bis spätestens dann durch gesetzeskonforme Regeln ersetzt werden. Betroffen von diesem Anpassungsdruck sind vor allem die Vorschriften über das Mindestkapital (früher genügten 50 000 Fr., heute sind es 100 000 Fr.), die Kapitaleinlage (früher genügten 20 000 Fr., heute sind es 50 000 Fr.), die Vinkulierung (die Ablehnung neuer Aktionäre ohne Angabe von Gründen ist nach neuem Recht nicht mehr ohne weiteres zulässig) und das Partizipationskapital (neben neuen formellen Erfordernissen, vor allem die Regel über seine Höhe im Verhältnis zum Aktienkapital). In der Praxis relevant sind sicher in erster Linie die Anpassungen des Kapitals und der Vinkulierungsvorschriften. Gesellschaften, die diese Anpassungen nicht vornehmen, müssen mit *strengen Sanktionen* rechnen: unterlassen sie die Änderung der Vinkulierungsbestimmungen, fallen diese ersatzlos weg; bleiben ein zu tiefes Aktienkapital und einbezahltes Kapital unverändert, wird die Gesellschaft aufgelöst.

#### **Gelockerte Vinkulierungsklauseln**

Ein grosser Teil der (vor allem kleineren) Aktiengesellschaften sah unter dem alten Recht in ihren Statuten vor, dass der Verwaltungsrat die Befugnis hat, neue Aktionäre ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Solche Vinkulierungsbestimmungen erlauben der Gesellschaft, den Bestand ihres Aktionärskreises zu kontrollieren und missliebige Dritte fernzuhalten. Auch im neuen Aktienrecht kann die Übertragung von Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Allerdings darf im geltenden Recht die Übertragung *nicht mehr ohne Angabe von Gründen* verweigert werden, wie das unter dem alten Recht noch möglich war, sondern (bei nichtbörsenkotierten Gesellschaften) nur noch,

wenn bestimmte, in den Statuten genannte Gründe gegen die Übertragung vorgebracht werden oder wenn die Gesellschaft dem veräusserungswilligen Aktionär die Aktien zum wirklichen Wert abnimmt.

Vinkulierungsklauseln, die nach neuem Recht nicht mehr gültig sind, also insbesondere die Bestimmung, die dem Verwaltungsrat das Recht einräumt, neue Aktionäre ohne Angabe von Gründen abzulehnen, müssen dem neuen Recht angepasst werden. Bestehen Aktionärsbindungsverträge, müssen diese ebenfalls angepasst werden; eventuell sind in diese Ersatzlösungen für die weggefallene oder inhaltlich eingeschränkte Vinkulierung aufzunehmen. Von Teilen der Wissenschaft wird zwar die Auffassung vertreten, dass alte Vinkulierungsbestimmungen, die nach neuem Recht ungültig sind, nicht gänzlich wegfallen, sondern in einem reduzierten Umfang weiter gelten. Solche Bestimmungen könnten, so lautet die Lehrmeinung, weiterhin als Grundlage für die Ablehnung eines neuen Aktionärs dienen, soweit der Verwaltungsrat Ablehnungsgründe geltend macht, die auch nach neuem Recht zulässig sind, oder wenn die Aktien des veräusserungswilligen Aktionärs zum wirklichen Wert übernommen werden. Diese Auffassung mag zwar durchaus zu vernünftigen Resultaten führen; ob sie sich durchsetzt und als richtig herausstellen wird, kann im heutigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Wer jetzt auf Statutenänderungen verzichtet, in der Annahme, dass die Vinkulierungsbestimmungen in reduziertem Umfang weiter gelten, riskiert viel und ist schlecht beraten.

#### **Die Anpassungen beim Kapital**

Die Anpassung an das Mindestkapital erfordert zwei Vorgänge: erstens die Erhöhung des Aktienkapitals durch einen Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung und zweitens die Erhöhung der Einlage durch Einzahlung des Liberierungsbetrags. Der erste Schritt - die Kapital-

erhöhung - erfolgt durch einen öffentlich zu beurkundenden Generalversammlungsbeschluss, der zweite Schritt - die Liberierung - durch Bareinzahlung, Sacheinlage oder Verrechnung oder durch Umwandlung von Reserven. Weil beide Beträge - das Aktienkapital und der Betrag der Einlage - in den Statuten angegeben sind, müssen die Statuten geändert werden, wenn sich die Beträge ändern. Gesellschaften, die diese Änderungen (Erhöhung des Aktienkapitals und der Einlage) nach Ablauf der Übergangsfrist bis 1. Juli 1997 nicht durchführen, werden aufgelöst. Diese Regel erfährt eine wichtige Einschränkung zugunsten der «alten» Aktiengesellschaften, die vor dem 1. Januar 1985 gegründet worden sind: Gesellschaften mit einem Aktienkapital von unter 100 000 Fr., die vor dem 1. Januar 1985 gegründet worden sind, dürfen ihr Kapital unter 100 000 Fr. belassen.

Diese Ausnahmeregelung zugunsten der «alten» Aktiengesellschaften bedeutet aber nicht, dass diese alten Aktiengesellschaften in jedem Fall passiv bleiben können, denn die Ausnahmeregel beschlägt nur das Aktienkapital, *nicht* die *Mindesteinlage*. Diese muss nach dem 1. Juli 1997 in jedem Fall auf 50 000 Fr. erhöht werden, auch bei Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 1985 gegründet worden sind. Auch diese Gesellschaften müssen also tätig werden, wenn die geleisteten Kapitaleinlagen 50 000 Fr. nicht erreichen. Sie müssen die 30 000 Fr., die im schlimmsten Fall fehlen werden, einzahlen, durch Bar- oder Sacheinlage, durch Verrechnung oder durch Umwandlung von Reserven. Unterbleibt die Erhöhung der Kapitaleinlage, wird die Gesellschaft aufgelöst. Gesellschaften, deren Aktienkapital 100 000 Fr. nicht erreicht und die vor dem 1. Januar 1985 gegründet wurden, dürfen also nur dann untätig bleiben, wenn ihre Mindesteinlage den Betrag von 50 000 Fr. erreicht oder übersteigt.

Die Ausnahme zugunsten der «alten» Aktiengesellschaften erfährt noch eine zweite Einschränkung: Angesichts dieser Regel war (und ist) die Versuchung gross, anstelle einer Neugründung einer Gesellschaft mit einem Kapital von 100 000 Fr. eine bestehende «alte» Gesellschaft mit dem Minimalkapital zu erwerben. Solche Transaktionen mit Aktienmänteln sind *unzulässig*: Gesellschaften, die nach dem 1. Januar 1985 ihren Zweck geändert und gleichzeitig eine Handänderung erlebt haben, riskieren, dass die Handelsregisterämter (aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise) eine Neugründung annehmen und die Gesellschaft ebenfalls verpflichten, ihr Kapital

zu erhöhen. Gesellschaften, die am oder nach dem 1. Januar 1985 gegründet worden sind (oder die als Aktienmantel ihren Eigentümer gewechselt haben), müssen ihr Kapital auf neu mindestens 100 000 Fr. erhöhen.

Als Folge der Vorschriften über die Kapitalerhöhung müssen mindestens 20% des Kapitalerhöhungsbetrags einbezahlt werden, entweder durch Barliberierung, durch Sacheinlage oder Verrechnung oder durch Umwandlung von Reserven. Das gilt unabhängig davon, ob neue Aktien ausgegeben werden oder ob der Nennwert der bestehenden Aktien erhöht wird. Eine Kapitalerhöhung um 50 000 Fr. führt also zu einer Mindesteinlage von 10 000 Fr. Für eine Gesellschaft mit einem Aktienkapital von 50 000 Fr., alles liberiert, würde dies bedeuten, dass sie nach Anpassung des Aktienkapitals ein liberiertes Kapital von 60 000 Fr. haben muss und nicht von 50 000 Fr., wie das bei einer Neugründung der Fall wäre. Warum: Um das neue Mindestkapital zu erreichen, müsste sie ihr Kapital um 50 000 Fr. erhöhen und als Folge dieser Kapitalerhöhung mindestens 10 000 Fr. einbezahlen. Zum Teil wird zwar vertreten (gerade auch im Hinblick auf die Anpassung an das neue Aktienrecht), dass bei einer Kapitalerhöhung die Liberierung auch dadurch erfolgen kann, dass vor der Kapitalerhöhung die Liberierungsquote herabgesetzt und dann im Rahmen dieser Kapitalerhöhung wieder auf den ursprünglichen Stand erhöht wird. Die Herabsetzung der Liberierungsquote ist allerdings nicht unproblematisch, auch wenn der Liberierungsbetrag wieder auf den ursprünglichen Stand erhöht wird: sie würde erlauben, dass alle Gesellschaften, die einen höheren Anteil ihres Aktienkapitals liberiert haben, als gesetzlich vorgeschrieben, ihr Kapital erhöhen könnten, ohne dass zusätzliche Mittel in die Gesellschaft einfließen (oder Eigenmittel umgewandelt werden). Ob dieses Vorgehen vom Zweck der Liberierungsvorschriften abgedeckt ist, muss bezweifelt werden; das Risiko, dass dieses Vorgehen als unzulässig beurteilt wird, ist real.

### GmbH als Alternative?

Wer diese beiden Schritte (Liberalisierung des Vinkulierungsregimes und Erhöhung des Aktienkapitals und der Einlage) nicht gehen will oder kann, muss sich fragen, ob die gewählte *Rechtsform* der Aktiengesellschaften (noch) die richtige ist oder ob die Kleingesellschaft nicht in eine GmbH umgewandelt werden sollte, in der sowohl vom Kapital wie auch von den Liberierungsvorschriften her das alte Aktienrecht teilweise weiter-

lebt. Der Schritt will allerdings gut überlegt sein: Strengere Haftungsvorschriften, die Publizität der Gesellschafter und die etwas kompliziertere Handhabung der GmbH können Nachteile sein, welche grösser sind als die Vorteile des geringeren

Kapitals und der freien Vinkulierung.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Zürich und Baden und Privatdozent an der Universität Basel.