

DER PARTIZIPATIONSSCHEIN (PS)

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Probleme der Aktienrechtsrevision; Berner Tage für die juristische Praxis 1972, S. 10-26. 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. 419 ff.

*I. Einleitung*¹

[10] Meine Hauptaufgabe ist es, den Vorschlag² der Arbeitsgruppe über den Partizipationsschein (PS) zu erläutern, wie wenn er schon Gesetz wäre. Doch ist er eben nur ein Vorschlag. Deshalb geht es heute darum, eine kritische Meinungsbildung einzuleiten und den Vorschlag daraufhin zu prüfen, ob er es wert ist, in den Gesetzgebungsapparat "eingegeben" zu werden. Entsprechend dieser Aufgabe sollen meine Darlegungen ausmünden in den Hinweis auf die gesetzespolitischen Fragen, die Sie als Sachverständige ebensogut beantworten können wie ich.

Da sich der Vorschlag samt seiner Begründung in Ihren Händen befindet, bin ich nicht auf Vollständigkeit bedacht, sondern erlaube mir, einiges beiseite zu lassen, um anderes ausführlicher besprechen zu können.

II. Der PS nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe

1. Der PS als selbständiges Rechtsinstitut

Nach dem Vorschlag hat der PS zwei Nachbarn, die Aktie auf der einen, den Genußschein auf der andern Seite. Aber er ist weder das eine noch das andere.

a) Die Selbständigkeit in der Bezeichnung

Ein selbständiges Rechtsinstitut braucht einen eigenen Namen. "Partizipationsschein" ist ein

¹ Literaturhinweis: *Bär Rolf*, Der Kapitalbeschaffungsgenußschein ("Partizipationsschein"), ZBJV 101 (1965) 201 ff. *Ernst Tassilo*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1963. *Henggeler Pierre*, Le bon de participation, Diss. Genf 1971.

² Die Verweisungen auf Artikel beziehen sich, soweit nichts anderes bemerkt ist, auf den Vorschlag.

umständliches Wort, weshalb sich die Abkürzung "PS" einleben dürfte, gleich wie etwa die Abkürzung "GmbH". Das Wort "PS" ist, wie Sie wissen, von der Praxis geprägt worden; der Vorschlag hat es übernommen. Es ist dadurch gekennzeichnet, daß es auf die Verurkundung abstellt. "Schein" ist das Grundwort. Diese Namensbildung ist dieselbe wie etwa bei Genußschein und Schuldbrief. Für alle diese Bezeichnungen ist die Feststellung wichtig, daß sie nicht einzig die Urkunde meinen, sondern auch, ja sogar [11] in erster Linie, das darin verurkundete Recht. Der Inhalt des "Partizipationsschein" genannten Rechtes wird durch den zweiten Bestandteil des Namens umschrieben: Das Recht hat eine "Partizipation" zum Inhalt, somit eine Beteiligung. Es könnte auch einfach "Beteiligungsrecht" heißen. Nun sind aber Aktie und Genußschein ebenfalls Beteiligungsrechte (wir werden darauf zurückkommen, III 1). Somit drückt der Name "PS", nach seinem Wortsinn, nur die Gattung des Rechtsinstitutes PS aus, nicht dessen Artmerkmale.

Nicht nur das Recht bedarf eines Namens, sondern auch sein Träger. "Partizipationsscheininhaber" heißt er bis jetzt in der Praxis. Dieses neunsilbige Ungeheuer ist im Vorschlag auf die viersilbige Neubildung "Partitionär" gesundgeschrumpft, womit zugleich der Umweg über die Urkunde und deren Innehabung vermieden wird. "Partitionär" besagt nicht mehr als etwa "Beteiligter" oder "Anteilseigner". Wiederum wird nur die Gattung bezeichnet, ein Artmerkmal nicht genannt. Da jedoch "Partizipation" und "Partitionär" Fremdwörter sind und folglich als geheimnisumwittert erscheinen, wird es dem Rechtsverkehr nicht schwer fallen, mit diesen Bezeichnungen den über den Wortsinn von "Beteiligung" hinausgehenden spezifischen Sinn, eben die Artmerkmale, hinzuzudenken.

Bevor wir auf diese eintreten, ist der Hinweis am Platze, daß besondere Vorschriften die Kennzeichnungskraft des Namens "PS" sichern, und zwar zweifach: Positiv, insofern als die Urkunde, die ein PS-Recht verbrieft, ausdrücklich als "Partizipationsschein" bezeichnet werden muß (Art. 117 Abs. 1). Eine Sanktion für den Fall, daß dies nicht geschieht, ist freilich nicht vorgesehen, und sicher ist ein nicht gehörig verurkundetes Recht gleichwohl ein gültiges PS-Recht. Doch liegt eine mittelbare und wohl auch genügende Sicherung dafür, daß die Benennungsvorschrift eingehalten wird, darin, daß der Partitionär Anspruch auf gesetzeskonforme Verurkundung seines Rechtes hat. Negativ ist der Name insofern geschützt, als Urkunden anderer Art nicht als "PS" bezeichnet werden dürfen, insbesondere nicht als Genußschein (Art. 657 Abs. 2 OR, Fassung gemäß Vorschlag). Auch das ist eine *lex imperfecta*, die aber ihre Wirkung gleichwohl nicht verfehlen dürfte.

Bezeichnungsvorschriften dieser Art sind dem Gesetz sonst nicht bekannt. Sie umschreiben aber nur eine Rechtslage, die sich bei andern Urkunden von selbst versteht, jedoch bei einer jungen Urkundenart mit Vorteil ausdrücklich festgehalten wird. So muß die Urkunde, die eine Aktie – verstanden als Recht – verbrieft, als "Aktie" bezeichnet werden (und der Verkehr hält sich auch daran); und umgekehrt darf keine andere Urkunde "als Aktie" bezeichnet werden. Zulässig sind natürlich, gegebenenfalls, die Bezeichnungen [12] "Interimsschein" und "Zertifikat"; dasselbe ist auch für den PS anzunehmen. – Die beiden Bezeichnungsvorschriften betreffen nicht einzig die Verurkundung; auch die Statuten haben sich daran zu halten.

b) Die materielle Selbständigkeit (Artmerkmale des PS)

Das Auffälligste läßt sich in einer *Faustregel* festhalten: Vom Genußschein unterscheidet sich der PS durch seinen Rechtsgrund: Er darf nur gegen Kapitaleinlage ausgegeben werden. Von der Aktie unterscheidet er sich durch seinen Inhalt: Er ist nicht mit dem Stimmrecht an der Generalversammlung ausgestattet. Diese Faustregel bedarf jedoch in mehrfacher Hinsicht der Präzisierung, und alle Präzisierungen zeigen, daß der PS der Aktie näher steht als dem Genußschein.

Dies zeigt schon die *Gesetzestchnik*: Der PS ist zwar ein selbständiges Rechtsinstitut, wird aber zur Hauptsache durch einen Verweis auf die Bestimmungen über die Aktie geregelt (Art. 117 Abs.

2). Der Verweis hat natürlich einen materiellen Grund: PS und Aktie sind einander in weitem Umfang gleich. Die Gleichheit betrifft zunächst den *Inhalt* des Beteiligungsrechtes und hier in erster Linie die Vermögensrechte: Der PS gewährt notwendigerweise mindestens die gleichen Vermögensrechte wie eine Aktie der betreffenden Gesellschaft, gewöhnlich also Dividendenrecht, Bezugsrecht, Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis (Art. 121 Abs. 1). Somit besteht ein weiterer Unterschied gegenüber dem Genußschein; denn dieser kann auch nur mit einzelnen Vermögensrechten ausgestattet sein (z. B. nur mit einem Gewinnrecht) und auch nur mit solchen, die weniger weit gehen als die Rechte des Aktionärs. Ein zweiter, ebenfalls inhaltlicher Unterschied betrifft die Mitverwaltungsrechte: Der Partitionär hat zwar kein Stimmrecht, jedoch das gleiche Auskunfts- und Anfechtungsrecht wie der Aktionär (Art. 119). Dem Genußscheininhaber dürfen dagegen keinerlei Mitverwaltungsrechte eingeräumt werden. Was somit den Inhalt des Beteiligungsrechtes angeht, haben wir Mindest-Teil-Gleichheit des PS mit der Aktie; Ungleichheit zu Lasten des Partitionärs besteht einzig insofern, als er von der Mitwirkung an der Generalversammlung ausgeschlossen ist.

Dazu kommt nun aber eine volle und notwendige Gleichheit mit Bezug auf einen weiteren wichtigen Punkt: das *Außenverhältnis*. Bekanntlich ist die Kapitaleinlage des Aktionärs nicht einzig für das (Innen-)Verhältnis unter den Gesellschaftern relevant; sie bildet einen Teil des Aktienkapitals, das nach außen kundgegeben wird und den Kapitalschutzvorschriften unterliegt, zum Schutze der Gläubiger. Ebenso verhält es sich beim PS: Neben das Aktienkapital tritt [13] das PS-Kapital (Art. 117 Abs. 2). Beim Genußschein gibt es dagegen keine solche Außenwirkung.

Alle diese Abgrenzungsmerkmale sind *zwingenden* Rechts. Das ist besonders für die zuerst erwähnte Faustregel festzuhalten: Einerseits darf der PS nicht mit dem Stimmrecht ausgestattet werden (Art. 118); nur insofern besteht Gestaltungsfreiheit, als die Statuten die Partitionäre berechtigen können, an der Generalversammlung teilzunehmen (ohne Stimmrecht), in den Verwaltungsrat gewählt zu werden oder im Verwaltungsrat vertreten zu sein (Art. 120). Andererseits dürfen Genußscheine nicht gegen Kapitaleinlage ausgegeben werden (Art. 657 Abs. 2 OR, Fassung gemäß Vorschlag). Wenn eine Aktiengesellschaft Kapitaleinlagen in Empfang nimmt gegen Begründung von Beteiligungsrechten, so hat sie PS (oder dann Aktien) auszugeben. Das ist eine einschneidende Regel. Denn an und für sich könnte eine Kapitaleinlage auch als reines Internum der Gesellschaft ausgestaltet sein, in der Weise, daß dem Einleger dafür bestimmte Genußrechte eingeräumt werden, ohne jede Änderung der nach außen kundgegebenen Kapitalstruktur. Das war im Grunde genommen die Konzeption, von der aus der PS in der Praxis eingeführt wurde, als eine Art von Genußschein. Die Konzeption des Vorschlags ist wesentlich anders: Die Kapitalleistung, die gegen Einräumung von Genußrechten erbracht wird, muß, wie die des Aktionärs, nach außen kundgegeben werden. Demnach wird der Anwendungsbereich des Genußscheins zwingend beschränkt. Das hat den Vorteil der Klarheit für sich. Zudem ist zu bedenken, daß die Bindung des Kapitals und dessen Kundgabe nach außen zwar in erster Linie den Gläubigern und der Verkehrssicherheit dienen; mittelbar wird damit aber auch die Rechtsstellung des Partitionärs gefestigt und geklärt.

2. Die Ausgabe von Partizipationsscheinen

a) Im allgemeinen

Bei der Ausgabe von PS wirkt sich der Grundsatz der Gleichstellung von Aktie und PS (Art. 117 Abs. 2) uneingeschränkt aus. Folglich bedeutet "Ausgabe von PS" immer zweierlei. Gesellschaftsintern: Begründung von neuen Beteiligungsrechten, deren relative Größe durch den Nennwert bestimmt wird. Extern: Begründung oder Erhöhung des gebundenen Kapitals in der

Höhe der Summe aller Nennwerte. Ausgabe und Kapitalerhöhung erfolgen grundsätzlich "uno actu", für eine Gesamtzahl von Beteiligungsrechten in der Höhe eines bestimmten Kapitalbetrags. Daneben besteht nach dem [14] Vorschlag die Möglichkeit eines bedingten PS-Kapitals, auf die hier nicht einzugehen ist.

Jede Aktiengesellschaft darf PS ausgeben, nicht einzig die Publikumsgesellschaft, also auch die kleine Familien-AG, etwa um den nicht im Unternehmen tätigen Angehörigen eine dem Kommanditär ähnliche Stellung einzuräumen.

Jederzeit können PS ausgegeben werden, auch schon bei der Gründung, was gerade für eine Familien-AG nützlich sein kann. Auf jeden Fall bedarf es aber einer statutarischen Grundlage. Worin diese zu bestehen hat, läßt sich am besten verstehen, wenn man sich zunächst die Ausgabe bei der Gründung vorstellt. Gleich wie bei Aktien sind Kapitalbetrag, Stückelung, Nennwert, Art des PS (ob Namen- oder Inhaber-PS) anzugeben. Nicht mehr nötig ist es (sowenig wie bei der Aktie), den Inhalt des PS-Rechts in den Statuten zu umschreiben; denn diese Umschreibung findet sich ja (nach dem Vorschlag) schon im Gesetz. Wohl aber sind besondere, wenn auch vom Gesetz gestattete Regelungen als sogenannter fakultativnotwendiger Statuteninhalt anzugeben: so die Voll-Liberierung; die Vinkulierung; die Sacheinlagen und Sachübernahmen; die Vorzugsrechte.

Gibt eine Gesellschaft erst *nach* der Gründung PS aus, so bedeutet das Erfordernis der statutarischen Grundlage keineswegs, daß schon die ursprünglichen Statuten diese Ausgabe wenigstens gestatten müssen. Eine allgemeine Bestimmung etwa des Inhaltes: "Die Generalversammlung kann die Ausgabe von PS beschließen", ist in Zukunft weder notwendig noch ausreichend. Denn trotz einer solchen Bestimmung muß die Generalversammlung, will sie PS ausgeben, doch auf dem Wege der Statutenänderung die Verwaltung ermächtigen, PS in bestimmtem Umfang und mit bestimmten Modalitäten auszugeben. Will eine Gesellschaft einen solchen Generalversammlungsbeschluß vermeiden, so kann Sie dies nur dadurch, daß sie ein genehmigtes PS-Kapital beschließt, was nach dem Vorschlag nur bestimmten Gesellschaften gestattet ist (Art. 101). Andererseits ist die Ausgabe von PS auf Grund eines statutenändernden Beschlusses auch dann zulässig, wenn die ursprünglichen Statuten diese Ausgabe nicht vorsehen. Denn so gut wie der Aktionär kein wohl erworbenes Recht darauf hat, daß das Gründungskapital unverändert bleibt, sondern vielmehr damit rechnen muß, daß das Kapital eines Tages erhöht wird, wenn auch auf dem Wege der Statutenänderung, so gut muß der Aktionär auch damit rechnen, daß die Generalversammlung auf dem gleichen Wege eines Tages die Ausgabe von PS beschließt, auch wenn die ursprünglichen Statuten diese Möglichkeit nicht vorsehen.

[15] Das *Verfahren* für die Ausgabe von PS ist in allen Teilen dasselbe wie bei der Aktie. Sowohl das Sukzessiv- wie das Simultanverfahren sind zulässig. Bei der Ausgabe *nach* der Gründung ist gleich wie bei einer Erhöhung des Aktienkapitals vorzugehen; es bedarf grundsätzlich zweier Beschlüsse. Die Vorschriften über Mindestliberierung, qualifizierte Gründung, öffentliche Beurkundung und Eintragung in das Handelsregister gelten in gleicher Weise.

Bekanntlich wird die Erhöhung des Aktienkapitals durch *Umwandlung von Reserven* vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, gilt aber als zulässig. Sie ist zwangsläufig damit verbunden, daß den bisherigen Aktionären neue Aktien ausgegeben werden oder daß der Nennwert der alten Aktien entsprechend erhöht wird. Dasselbe muß für die Ausgabe von PS gelten: PS-Kapital kann durch Umwandlung von Reserven begründet oder erhöht werden. Freilich erhält die Gesellschaft in diesem Fall kein neues Kapital zugewendet, es sei denn, man bediene sich der Konstruktion, daß zunächst ein Gewinn ausgeschüttet und gleichzeitig zwangsweise für die Liberierung verwendet werde. Das spricht aber nicht gegen die Zulässigkeit des Vorgehens. Zwar unterscheidet sich der PS vom Genußschein gerade dadurch, daß er eine Kapitaleinlage erfordert. Entscheidend für die Abgrenzung ist indessen, daß Genußscheine nicht gegen Kapitaleinlage ausgegeben werden dürfen; das schließt nicht aus, daß PS auch dann zulässig sind, wenn sich das gebundene Kapital anders als durch Zuführung neuen Kapitals erhöhen läßt.

b) Das Bezugsrecht

Bei jeder Ausgabe von PS, die nicht mit der Gründung zusammenfällt, kann sich die Frage des Bezugsrechtes stellen, dann nämlich, wenn die Zeichnung von PS aus irgendeinem Grunde attraktiv ist.

Bei der *erstmaligen* Ausgabe von PS geht es einzig um das Bezugsrecht der bisherigen *Aktionäre*. Diesem Fall trägt der Vorschlag durch eine Erweiterung des Art. 652 OR Rechnung. Das dort geregelte Bezugsrecht der Aktionäre erstreckt sich auch auf PS. Diese eine Änderung des Art. 652 ist mit einer zweiten verbunden, die auch das Recht auf Bezug neuer *Aktien* betrifft und somit eine *allgemeine* (nicht auf den Fall der Ausgabe von PS beschränkte) Bedeutung hat. Während es der geltende Art. 652 zuläßt, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß das Bezugsrecht aufhebt, und somit der Generalversammlung eine nur durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs beschränkte Freiheit einräumt, stellt der Vorschlag drei zwingende Schranken auf: Das Bezugsrecht kann nur für eine bestimmte Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden, nicht zum vorneherein generell durch die Statuten; der betreffende [16] Generalversammlungsbeschluß bedarf immerhin einer Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen, und die Aufhebung des Bezugsrechtes darf keinen Aktionär unsachlich begünstigen oder benachteiligen. Damit wird das Bezugsrecht zwar nicht zum wohlerworbenen Recht erhoben; auch werden nicht wichtige Gründe für den Ausschluß verlangt; der Generalversammlung soll auch in Zukunft ein weiter Ermessensraum offenstehen; aber sie wird ausdrücklich zu "Fairness" verpflichtet.

Sind einmal PS ausgegeben, so stellt sich die Frage des Bezugsrechtes bei jeder Kapitalerhöhung – betreffe sie das Aktien- oder das PS-Kapital –, und es geht immer um ein *Bezugsrecht der Aktionäre und der Partitionäre*. Nach dem Vorschlag (Art. 122 Abs. 1) findet sich hier ein Hauptanwendungsfall der vermögensrechtlichen Gleichstellung der beiden Gruppen: Vorausgesetzt, daß das Bezugsrecht nicht überhaupt ausgeschlossen wurde (in zulässiger Weise, was nur zu Lasten beider Gruppen geschehen kann), besteht es für Aktionäre und Partitionäre in gleicher Proportion, gleichgültig, welches Kapital erhöht wird. Diese Grundregel läßt sich am besten dann durchführen, wenn das Aktien- und das PS-Kapital gleichzeitig erhöht werden, und zwar im Verhältnis ihrer bisherigen Größe. Für diesen Fall ist sogar eine gewisse Ungleichheit angemessen: Die neuen Aktien bleiben den Aktionären vorbehalten, die Partitionäre können nur PS beziehen (Art. 122 Abs. 2). Wird dagegen nur das Aktien- oder nur das PS-Kapital erhöht, oder zwar jedes Kapital, aber abweichend vom bisherigen Verhältnis, so erfordert der Grundsatz der Gleichstellung je nachdem, daß Aktionäre sich mit PS begnügen müssen oder Partitionäre auch Aktien beziehen dürfen (Art. 122 Abs. 3). Dieses Aktienbezugsrecht der Partitionäre besteht selbst dann, wenn die neuen Aktien vinkulierte Namenaktien und die PS selber nicht vinkuliert sind: Die Gleichheit geht alsdann dem Vinkulierungsinteresse vor. Will eine Gesellschaft diese unliebsame Folge vermeiden, so muß sie die Kapitalerhöhung anders gestalten.

3. Die Rechtsstellung des Partitionärs

Zu dieser gehört auch das eben besprochene Bezugsrecht. Sie ist gekennzeichnet durch drei zwingende Hauptregeln, denen wir schon begegnet sind. Die erste hat einen negativen Inhalt: Der Partitionär hat kein Stimmrecht (Art. 118). Sie gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlaß, es sei denn zum Hinweis, daß ein Partitionär natürlich zugleich Aktionär oder [17] Aktionärvertreter sein kann und alsdann in dieser Eigenschaft das Stimmrecht ausüben darf.

Die zwei andern Regeln bezwecken beide den *Schutz des Partitionärs gegenüber den einzig stimmberechtigten Aktionären*. Sie bilden den Kern der vorgeschlagenen Lösung.

Die eine Regel betrifft die *Vermögensrechte* des Partitionärs und besteht im Grundsatz der *Mindestgleichheit mit dem Aktionär* (Art. 121 Abs. 1). Es handelt sich somit nur um einen relativen Schutz, nicht um einen absoluten, so daß der Partitionär nach dem Vorschlag nicht so gut gestellt ist wie der Genußscheininhaber: Der Partitionär hat, anders als ein Gläubiger, kein Recht darauf, daß seine Stellung durch den Beziehungsgegner, also durch die Gesellschaft, nicht verschlechtert wird. Vielmehr ist er dem korporativen Gestaltungswillen der Gesellschaft unterworfen und einzig insofern gesichert, als die Gesellschaft seine Stellung nur dann angreifen darf, wenn sie gleichzeitig ihren Aktionären die gleichen Opfer auferlegt (Art. 121 Abs. 3). Wenn beispielsweise eine Gesellschaft, zur Überwindung eines finanziellen Engpasses, gezwungen ist, Prioritätsaktien auszugeben und diese mit einem Dividendenvorzugsrecht auszustatten, so darf sie auch das Dividendenrecht der Partitionäre dem der Prioritätsaktionäre hintansetzen. Die Überlegung ist die, daß die Aktionäre dann, wenn sie ihre eigene Stellung verschlechtern, aus sachlichen Gründen handeln; solchen Gründen müssen sich auch die Partitionäre beugen; sie sollen sachlich gerechtfertigte Änderungen nicht verhindern können. Der Zwischenbericht spricht von Schicksalsgemeinschaft. Freilich sind bei besonderer Interessenlage gleichwohl Mißbräuche möglich; für solche Fälle muß der Partitionär durch das Anfechtungsrecht geschützt sein.

Was der Grundsatz der Mindestgleichheit bedeutet, kann dann ungewiß sein, wenn mehrere Aktienkategorien mit verschiedener Rechtsstellung bestehen. Für diesen Fall genügt es, wenn die Partitionäre den Aktionären der einen Kategorie gleichgestellt sind, mag dies auch die schlechtere sein; denn es geht alsdann nicht darum, die Partitionäre möglichst günstig zu stellen, sondern einzig um die Klarstellung der Rechtslage (Art. 121 Abs. 2).

Mindestgleichheit bedeutet Gleichheit nur nach einer Richtung: Die Statuten dürfen die Partitionäre vermögensrechtlich günstiger stellen als die Aktionäre; beispielsweise dürfen sie ihnen Dividendenvorzugsrechte einräumen. Auch solche Vorzugsrechte sind nicht sakrosankt. Meines Erachtens kann in den Statuten, die sie begründen, zugleich vorgesehen sein, daß die Generalversammlung der Aktionäre die Vorzugsrechte wieder beseitigen darf, schlechthin oder unter bestimmten Bedingungen. Ein solcher Vorbehalt entwertet [18] zwar das Vorzugsrecht zum voraus, ist aber nicht unzulässig; nur darf er nicht mißbräuchlich ausgenützt werden. Fehlt ein solcher Vorbehalt, so kann das Vorzugsrecht nur unter der Voraussetzung beseitigt werden, daß ihm eine Versammlung von Partitionären mehrheitlich zustimmt (Art. 121 Abs. 3 Satz 2). Das ist ein umständlicher Weg, da eine Versammlung von Partitionären für andere Zwecke nicht vorgesehen ist. Aber durch diese Umständlichkeit ist das Vorzugsrecht wirksam geschützt.

Mit einer zweiten zwingenden Regel gewährt der Vorschlag dem Partitionär das gleiche *Auskunfts- und Anfechtungsrecht* wie dem Aktionär (Art. 119). Ja der Partitionär ist sogar etwas günstiger gestellt als der gewöhnliche Aktionär: Anfechtungsgrund ist für ihn nicht einzig die Verletzung von Gesetz oder Statuten, sondern auch "eine durch den Gesellschaftszweck nicht geforderte offenbare Schädigung der Interessen der Partitionäre" (Art. 119 Abs. 4). Das Gesetz kennt diese Formel bereits für den Fall, daß ein Generalversammlungsbeschluß wegen der erhöhten Stimmkraft von Stimmrechtsaktien zustande kommt (Art. 706 Abs. 2 OR). Für den Partitionär besteht die gleiche Interessenlage, ja sie ist noch ausgeprägter: Wenn nämlich der im Stimmrecht nur zurückgesetzte Aktionär ein verstärktes Anfechtungsrecht hat, muß dem stimmrechtslosen Partitionär folgerichtig ein gleiches Recht a fortiori zustehen.

Die Ausübung sowohl des Anfechtungs- als auch des Auskunftsrechtes ist dem Partitionär praktisch ebensogut möglich wie dem Aktionär. Denn den Partitionären müssen die Einberufung der Generalversammlung, die Verhandlungsgegenstände und der Jahresabschluß in gleicher Weise bekanntgemacht werden wie den Aktionären. Daß der Aktionär sein Auskunftsrecht nicht nur an der Generalversammlung ausüben kann, ist anerkannt (*Bürgi*, N. 7 zu Art. 697). Um eine rechtzeitige Ausübung des Anfechtungsrechtes zu ermöglichen, bedarf es einzig noch der Regel, daß die Beschlüsse der Generalversammlung unverzüglich zuhanden der Partitionäre aufzulegen sind (Art. 119 Abs. 3).

Der Vorschlag verlangt *keine völlige Gleichstellung* von Partitionär und Aktionär. So kann die

Aktie auf den Namen lauten, der PS auf den Inhaber. Ist die Namenaktie vinkuliert, braucht es der Namen-PS nicht zu sein. Die Nennwerte können voneinander abweichen. Neben nur teilweise librierierten Aktien dürfen voll-liberierte PS ausgegeben werden. Zulässig ist natürlich auch, innerhalb des beschriebenen Rahmens, die Ausgabe von PS mit verschiedener Rechtsstellung, beispielsweise von Namen- und von Inhaber-PS oder von PS, die den Stammaktien gleichstehen, und von solchen, die den Vorzugsaktien gleichstehen.

[19] 4. Das PS-Kapital

Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe ist nicht nur der Partitionär dem Aktionär grundsätzlich gleichstellt, sondern auch das PS-Kapital dem Aktienkapital (Art. 117 Abs. 2). Was heißt das?

Die Gleichstellung setzt voraus, daß die beiden Kapitalarten selbständige Größen darstellen. Sie bilden nicht etwa zusammen das Grundkapital im bisherigen Sinne. Vielmehr umfaßt das Grundkapital im Sinne des geltenden Gesetzes auch in Zukunft nur das Aktienkapital, gleich wie bisher. Neben das Aktienkapital kann ein PS-Kapital treten. Folglich muß das Aktienkapital, für sich allein, nach wie vor mindestens Fr. 50 000.- betragen. Für ein allfälliges PS-Kapital gilt die gleiche Mindestvorschrift; auch muß es in der Bilanz in einem besondern Posten angeführt werden (Art. 124).

Auf dieses selbständige PS-Kapital lassen sich die Vorschriften über das Aktienkapital und die damit zusammenhängenden Vorschriften über den Kapitalschutz ohne Schwierigkeit anwenden: so das Rückzahlungsverbot; die Vorschriften über die Kaduzierung, die Kapitalherabsetzung, aber auch die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien. Im Vorbeigehen erweitert der Vorschlag den Art. 659 OR, indem er auch den Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Abgabe an Arbeitnehmer als zulässig erklärt; und gleiches soll natürlich auch für PS gelten.

Die selbständige Behandlung der beiden Kapitalarten läßt sich aber nicht rein durchführen. Denn in einer bestimmten Gesellschaft stellen die beiden Kapitalarten auch in ihrer Gesamtheit eine relevante Größe dar, nämlich die Summe des zugunsten der Gläubiger gebundenen Eigenkapitals. Die Relevanz zeigt sich (mindestens) in zwei Fällen (Art. 123): Im Sinne von Art. 725 ist das Grundkapital erst dann nicht mehr zur Hälfte gedeckt, wenn die Hälfte von Aktien- *und* PS-Kapital verloren ist. Wichtiger ist der zweite Fall: Soweit die gesetzlichen Zuwendungen an den Reservefonds nach dem Grundkapital zu bemessen sind oder die Höhe des Grundkapitals Voraussetzung dafür ist, daß die gesetzlichen Reserven verwendet werden dürfen, gilt als Grundkapital die Summe von Aktien- und PS-Kapital.

Eine dritte, rein äußere Beziehung zwischen PS- und Aktienkapital besteht insofern, als das PS-Kapital denn Nennbetrag des Aktienkapitals nicht übersteigen darf (Art. 117 Abs. 3). Diese Relation beruht nicht auf einem inneren Grunde, kann aber dazu dienen, ein stoßendes Mißverhältnis zwischen den [20] stimmberechtigten und den stimmrechtslosen Kapitalgebern, das sich namentlich bei Gesellschaften mit kleinem Aktienkapital ergeben könnte, zu vermeiden.

5. Die Übergangsbestimmungen

Sie sind von großer Bedeutung, falls der Vorschlag der Arbeitsgruppe eines Tages Gesetz werden sollte.

In diesem Zeitpunkt ist eines sicher: Für die PS, die später ausgegeben werden, gilt einzig das neue Recht.

Wie verhält es sich aber mit den Rechtsverhältnissen, die schon vorher entstanden sind und die, nach ihrem Inhalt, für die Anwendung des neuen Rechts in Betracht kommen? Es handelt sich um Dauer-Rechtsverhältnisse, und sie konnten entstehen, obwohl das bisher geltende Recht das Institut

des PS nicht kannte. Ihr Rechtsgrund war ein Vertrag oder waren Statuten, und soweit diese rechtsgeschäftliche Gestaltung einer gesetzlichen Grundlage bedurfte, wurde sie in den Bestimmungen über den Genußschein erblickt. *Die intertemporalrechtliche Hauptfrage* geht somit dahin, inwiefern Genußschein-Verhältnisse des alten Rechtes dem neuen Recht unterworfen sind.

Die Übergangsbestimmungen des Vorschlages folgen dem *Grundgedanken von Art. 3 des Schlußtitels zum ZGB*:

"Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind."

In dieser Lösung des ZGB liegt keine eigentliche Ausnahme vom intertemporalrechtlichen Hauptgrundsatz der Nicht-Rückwirkung des neuen Rechts. Denn die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossenen Tatbestände werden ja gleichwohl nicht nach neuem Recht beurteilt. Wohl aber sollen die zwingenden Regeln des neuen Rechts über den Inhalt von Rechtsverhältnissen von ihrem Inkrafttreten an allgemein gelten, also auch für die fortdauernden altrechtlichen Dauerverhältnisse. Der gesetzgeberische Gedanke liegt auf der Hand: Wenn schon das Gesetz zwingende Regeln aufstellt, soll gleiches Recht für alle gelten; die frühere Begründung eines Dauerverhältnisses rechtfertigt keine permanente Ausnahme; das würde auch dem Gebot der Rechtssicherheit widersprechen. Wer also ein Dauerrechtsverhältnis begründet, muß damit rechnen, daß dessen Inhalt jederzeit durch zwingende neue Regeln geändert werden kann.

[21] Für die Anwendung dieses Grundsatzes auf unsern Fall sind zwei Tatbestände zu unterscheiden. Es kommt darauf an, ob die altrechtlichen Genußschein-Rechte mit oder ohne Kapitalleistung begründet wurden.

Wurden sie nicht gegen Kapitaleinlage begründet, so gerät das Rechtsverhältnis überhaupt nur dann in den Wirkungsbereich der neuen PS-Vorschriften, wenn der Genußschein als "Partizipationsschein" bezeichnet ist. Ein ganz singulärer Tatbestand, für den aus dem neuen Recht einzig folgt, daß diese Bezeichnung nicht mehr verwendet werden darf. Dafür gewähren die Übergangsbestimmungen eine Gnadenfrist von drei Jahren (Art. 125 Abs. 3).

Weit wichtiger ist der andere Tatbestand: Es wurden Genußschein-Rechte gegen Kapitalleistung begründet, wobei es übergangsrechtlich nicht darauf ankommt, ob die Genußscheine als PS bezeichnet wurden – was allerdings die Regel ist – oder einfach als Genußscheine oder anderswie.

Für diesen Haupttatbestand ist zu unterscheiden:

Soweit das *Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Genußschein-Berechtigtem als solches* in Frage steht, somit die eigentliche privatrechtliche Beziehung, gilt der Grundsatz von Art. 3 des ZGB-Schlußtitels ohne Einschränkung: Die zwingenden Vorschriften über die Rechtsstellung des Partitionärs sind sogleich anwendbar, ohne Rücksicht auf abweichende Statutenbestimmungen und Ausgabebedingungen (Art. 125 Abs. 1 Satz 1 und 2). So werden die Partitionäre mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts auskunfts- und anfechtungsberechtigt; die PS dürfen nicht mehr zum Rückkauf gekündigt werden, auch wenn die Ausgabebedingungen dies vorsehen; der Partitionär hat ein gleiches Bezugsrecht wie der Aktionär, auch wenn die Statuten weniger weit gehen; desgleichen hat er Anspruch auf das Liquidationsergebnis im Verhältnis seiner Kapitalleistung zu der des Aktionärs. Das sind unter Umständen recht tiefgreifende Veränderungen, die von der Konzeption, die bei Begründung bestimmter PS obwaltete, möglicherweise erheblich abweichen. Natürlich bleiben Statutenbestimmungen, die dem neuen Recht nicht widersprechen, weiterhin in Kraft, insbesondere Bestimmungen, die dem Partitionär ein Vorzugsrecht gegenüber dem Aktionär einräumen. Dasselbe gilt von Ausgabebedingungen, dies obwohl nach dem neuen Recht die Rechtsstellung der Partitionäre nur in den Statuten umschrieben werden kann (Art. 125 Abs. 1 Satz 3).

Anders ist die Rechtslage, soweit die *zwingenden Vorschriften* des neuen Rechts nicht die Rechtsstellung des Partitionärs als solche (als rein privatrechtliche Beziehung) betreffen, sondern *organisatorischer, urkundenrechtlicher oder registerrechtlicher Natur* sind. Bei diesen

Vorschriften ist mit dem [22] Grundsatz von Art. 3 des ZGB-Schlußtitels nicht auszukommen. Zwingendes Recht hin oder her: beim Inkrafttreten des Gesetzes verhält es sich eben gleichwohl wie folgt: die Statuten weisen noch den alten, nun nicht mehr genügenden Inhalt auf. Die ausgegebenen PS sind vielleicht gar nicht als solche bezeichnet, oder sie haben keinen Nennwert; im Handelsregister fehlen die erforderlichen Einträge. Damit in dieser Hinsicht der dem neuen Recht gemäße Zustand hergestellt werden kann, braucht es eine *Übergangsfrist* (Art. 125 Abs. 2 Satz 1). Der Vorschlag setzt diese ebenfalls auf drei Jahre fest. Wird sie nicht ausgenützt, so muß mit dem schweren Geschütz aufgefahren werden, das schon die Übergangsbestimmungen zum revidierten OR (Art. 2 Abs. 3) bereitstellen: mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (Art. 125 Abs. 2 Satz 2). Einzig dann, wenn eine Gesellschaft nur mit der Eintragung in das Handelsregister säumt, genügt es, wenn das Verfahren für die zwangsweise Eintragung angewendet wird (Art. 125 Abs. 2 Satz 3). Während der Übergangsfrist erfreut sich somit die einzelne Gesellschaft einer gewissen Duldung. Aber die Duldung betrifft, wie erwähnt, nicht die eigentliche privatrechtliche Rechtsstellung der Partitionäre. Für diese gibt es keine Anpassungszeit. Das neue Recht gilt sogleich.

III. Allgemeine Fragen

Wie einleitend bemerkt, soll die Besprechung des Vorschlags in den Hinweis auf gesetzpolitische Fragen ausmünden. Dem Hinweis haben jedoch allgemeine Bemerkungen rechtsdogmatischer Art voranzugehen. Denn auch die Rechtspolitik ist auf klare Begriffe angewiesen, und diese hat die Dogmatik zu liefern.

1. Rechtsdogmatische Fragen

Bedeutsam scheint mir zweierlei zu sein:

Einmal erweitert der Vorschlag für den Bereich der Aktiengesellschaft das die Kapitalgesellschaften beherrschende Grundprinzip, wonach die Gesellschaft ein festes, zum voraus bestimmtes Grundkapital aufweisen muß, das – nach dem Nennwertsystem – in Teilsummen zerlegt ist. Im geltenden Aktienrecht kommt dieses Prinzip – für uns bis jetzt ganz selbstverständlich – in einer einzigen Rechtsfigur zum Ausdruck, in der Aktie: das Grundkapital ist [23] Aktienkapital, die Teilsummen sind Aktien. Nach dem Vorschlag ist eine zweite Rechtsfigur von gleicher Art möglich: der PS, der sich, von der Kapitalstruktur her gesehen, von der Aktie nur dadurch unterscheidet, daß er für keine Gesellschaft obligatorisch ist. Somit sind nach dem Vorschlag *zwei Arten von Aktiengesellschaften möglich*: wie bisher die reine Aktiengesellschaft, daneben die Aktien- und Partizipationsschein-Gesellschaft, bei welcher die Kapitalstruktur auf zwei parallel verwendeten Bauelementen beruht. Ob damit das Aktienrecht unnötigerweise kompliziert oder durch eine zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit bereichert wird, ist bereits eine rechtspolitische Frage.

Sodann berührt der PS nicht nur die Kapitalstruktur, sondern auch den *innern Aufbau* der Aktiengesellschaft, freilich weniger offensichtlich als die Aktie. In dieser Hinsicht ist eine terminologische Klarstellung notwendig, die von der Rechtsstellung des Aktionärs auszugehen hat. In ihrer Gesamtheit ist diese Rechtsstellung als Mitgliedschaft zu bezeichnen. Sie umfaßt Rechte (abgesehen von der allfälligen Pflicht zur Restliberierung), und zwar zwei Arten von Rechten: Mitverwaltungs- und Vermögensrechte. Auch die Vermögensrechte sind somit Mitgliedschaftsrechte, entgegen der Ausdrucksweise von Art. 657 Abs. 4 OR. Das ist vom Bundesgericht anerkannt worden (BGE 90 II 239 ff.), und auch der neue "*Guhl*" (6. Aufl., S. 590) hat die bessere Terminologie übernommen. So ist beispielsweise das generelle Recht des Aktionärs

auf Dividende ein Mitgliedschaftsrecht; aus ihm fließen dann einzelne Forderungen, nämlich der Anspruch auf Auszahlung einer bestimmten von der Generalversammlung beschlossenen Dividende.

Nach dieser Klarstellung leuchtet es ohne weiteres ein, daß *auch der PS eine Mitgliedschaft* ist, nur eine solche minderer Qualität. Es fehlt, wie wir bereits wissen, die Krone der Mitverwaltungsrechte, das Stimmrecht. Aber abgesehen davon, daß dem Partitionär immerhin Mitverwaltungsrechte in Gestalt von Auskunfts- und Anfechtungsrecht zustehen, sind eben auch seine Vermögensrechte Mitgliedschaftsrechte. Folglich ist der Partitionär ein Gesellschafter, wenn auch einer mindern Grades.

Man ist versucht, in dieser Mitgliedschaft den entscheidenden Unterschied zwischen PS und Genußschein zu erblicken, dies deshalb, weil der Genußschein früher gemeinhin als bedingtes Gläubigerrecht umschrieben wurde. Wer sich aber an die Darlegungen von Kollege *Bär*³ erinnert, weiß, daß es sich auch beim Genußschein anders verhält. Gewiß ist der gewöhnliche Genußschein-Berechtigte ein bedingter Gläubiger, insofern er z. B. eine [24] Forderung auf Auszahlung eines Gewinnanteils nur dann erwirbt, wenn überhaupt ein Reingewinn vorhanden ist und die Generalversammlung die Ausschüttung von Gewinn beschließt. Aber für den Aktionär trifft dasselbe zu. Darum trifft die Formel vom "bedingten Gläubigerrecht" nicht den Kern der Sache und verleitet zu voreiligen Schlüssen. Es gibt kein Entrinnen: auch beim gewöhnlichen Genußschein handelt es sich um eine Mitgliedschaft, freilich um eine solche noch mindern Grades. Mitgliedschaft bei was? Sicher bei der Aktiengesellschaft. Aber nicht von ungefähr haben wir eingangs (II 1 a) von "*Beteiligungen*" gesprochen. Dieser Ausdruck bezieht sich deutlich auf das *Unternehmen*, das von der Aktiengesellschaft betrieben wird. In der Tat gestattet Art. 657 Abs. 1 OR die Ausgabe von Genußscheinen an Personen, die "mit dem Unternehmen" "verbunden" sind. Diese Verbindung kann mehr oder weniger intensiv sein; sie kann sich zunächst aus einer irgendwie gearteten Kapitalbeteiligung, auch aus einer Fremdkapitalbeteiligung, ergeben (wie die im Gesetz angeführten Beispiele zeigen). Doch hält die vorgeschlagene Neufassung von Art. 657 OR fest, daß Genußscheine auch an Arbeitnehmer ausgegeben werden können; auch sie sind eben mit dem Unternehmen verbunden. Diese Vielfalt von Mitgliedschaften, die es neben der Aktie geben kann, zeigt, daß hinter dem formellen und engen Kleid der Aktiengesellschaft, die primär eine Gesellschaft von Aktionären ist, ein umfassenderer Personenverband besteht: die Gesellschaft aller am Unternehmen Beteiligten. Wird der Partitionär als Glied dieses weitem Verbandes angesehen, so wirkt er im Aktienrecht weit weniger als Fremdkörper, und die Einführung einer stimmrechtslosen, aber aktienmäßig gebundenen Beteiligungsart erscheint als kleiner Schritt in einer allgemeinen Entwicklung, die vom Aktienrecht zum Unternehmensrecht führt.

2. Gesetzespolitische Fragen

Es geht hier nur darum, eine *Übersicht* zu bieten, welche die Diskussion vorbereiten soll. Zu unterscheiden sind drei Gruppen von Fragen:

Erstens: Soll der PS überhaupt gesetzlich geregelt werden? *Gegen* eine solche Regelung spricht: der PS ist bis jetzt, aufs Ganze gesehen, eine wenig verbreitete Erscheinung. Mißbräuche haben sich nicht ergeben. Wird das Aktienrecht als solches elastischer gestaltet, wird insbesondere das genehmigte und das bedingte Kapital eingeführt, so entfällt eines der Hauptmotive, die bis jetzt zur Ausgabe von PS geführt haben. Denn der PS war bis anhin beliebt, weil er [25] der Verwaltung ermöglichte, Unternehmen gegen Abfindung mit Kapitalbeteiligung in das eigene Unternehmen einzuverleiben.

Für eine gesetzliche Regelung spricht die Erwägung, daß der Gesetzgeber einer Entwicklung, die

³ Vgl. Anm. 1 und Referat zum Juristentag 1966 über "Aktuelle Fragen des Aktienrechts" (ZSR 85 1966 2. Halbband 405 ff.).

sich im Rechtsverkehr zeigt, folgen soll und sie nicht sich selbst überlassen darf. Nun hat sich der PS doch schon in erheblichem Maße eingelebt, stellt aber ein wildgewachsenes und deswegen uneinheitliches Institut dar; die Rechtslage ist für das Publikum unklar, die Stellung des Partitionärs schon aus diesem Grunde zuwenig gesichert. Zudem eignet sich der PS, wenn er einmal gesetzlich geregelt und "kanalisiert" ist, auch für neue Zwecke, so für Familienaktiengesellschaften und als Form der Beteiligung der Arbeitnehmer.

Zweitens: Wenn schon der Gesetzgeber eingreifen soll, fragt es sich zunächst, ob es nicht besser wäre, den PS zu verbieten, um zu vermeiden, daß das Aktienrecht aufgesplittert und unübersichtlich wird. Folgt man diesem Gedanken, so darf es nur noch *eine* Art der Begründung von Beteiligungsrechten gegen Kapitaleistung geben: die Ausgabe von Aktien.

Eine solche Radikallösung könnte jedoch nicht verhindern, daß die bereits ausgegebenen PS bestehen blieben (es sei denn, daß man diese, nach Dr.-Eisenbart-Methode, zu Aktien umböge). Sie widerspräche auch einer freiheitlichen Gestaltung des Aktienrechtes: der Gesetzgeber darf zwar, wie eben erwähnt, den Rechtsverkehr nicht sich selbst überlassen, muß sich ihm aber andererseits auch anpassen, indem er die Rechtsinstitute so gestaltet, daß sie den Verkehrsbedürfnissen gerecht werden.

Entscheidet man sich, dieser letztern Überlegung folgend, für eine dem PS günstige gesetzliche Regelung, so stellt sich – *drittens* – die Frage, wie diese Regelung aussehen soll.

Das ist zunächst eine Frage der *Benennung*. Dabei fällt die Bezeichnung als "Genußschein" wegen des nicht ganz ungetrübten Leumundes dieses Rechtsinstitutes außer Betracht, während die Bezeichnung als "stimmrechtslose Aktie" nicht schlecht passen würde. Doch ist ein eigener Name, und zwar PS, vorzuziehen, da man dann nicht immer zwei Aktienarten zu unterscheiden braucht und außerdem eine Umbenennung der bereits eingelebten PS sich auf diese Weise ersparen läßt.

Sodann hängt der Inhalt der gesetzlichen Regelung hauptsächlich davon ab, wie die drei folgenden *materiellen Fragen* entschieden werden:

Soll sich das Gesetz damit begnügen, die vermögensrechtliche Mindestgleichheit des PS mit der Aktie zu fordern, oder soll es, weitergehend, daran festhalten, daß auch der PS, gleich wie jetzt ein Genußschein-Recht, durch [26] die Gesellschaft nicht angetastet werden kann, sondern nur durch einen Beschluß der Partitionäre nach den Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen?

Sollen dem Partitionär Mitverwaltungsrechte zuerkannt werden – Auskunfts- und Anfechtungsrecht –, oder soll es, wiederum wie beim Genußschein, sein Bewenden haben bei Vermögensrechten?

Schließlich: Soll der PS in die den Kapitalgesellschaften eigentümliche Kapitalstruktur eingebaut werden, also Bestandteil eines nach außen kundgegebenen und zugunsten der Gläubiger gebundenen Eigenkapitals werden, oder soll er, ebenfalls wie der Genußschein, trotz der Kapitaleistung nur eine gesellschaftsinterne Bedeutung haben?

Diese drei materiellen Fragen können, unabhängig voneinander, so oder anders entschieden werden, weshalb sich verschiedene Kombinationen denken lassen. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe beantwortet alle drei Fragen so, daß der PS, wie dargelegt, der Aktie im denkbar weitesten Sinn gleichgestellt ist. Mit jeder Abweichung von diesem Vorschlag rückt daher der PS näher gegen den gewöhnlichen Genußschein alten Stils hin.

Damit ist der Rahmen für die rechtspolitische Diskussion abgesteckt. Möge sie zu einem klaren Ergebnis führen.