

ZUM VERFAHREN BEI DER ERHÖHUNG DES AKTIENKAPITALS

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 195-212. 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. 348 ff.

[195] Im Bereich der Kapitalerhöhung (KE) findet sich einer der Ansatzpunkte, von denen aus sich das schweizerische Aktienrecht weiterentwickeln dürfte¹. Daher fragt es sich, ob die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes (Art. 650-653 OR) als Grundlage für die zu erwartende Fortbildung taugen. Die folgenden Ausführungen wollen zur Abklärung dieser Frage beitragen. Sie versuchen zunächst, die Eigenart der geltenden Regelung klarzustellen (I). Daraus wird sich ergeben, daß diese Regelung, soweit sie das Verfahren bei der KE betrifft, gesetzestechnische Mängel aufweist (II), weshalb im weitem geprüft wird, wie dieses Verfahren – die Eigenart der Regelung vorausgesetzt – folgerichtig geordnet sein sollte (III).

I

Die geltende Regelung weist drei Kennzeichen auf: Sie setzt einen bestimmten Begriff der KE als gegeben voraus (1). Sie bietet keinen umfassenden Überblick über die Rechtslage, die zwischen Gesellschaft und Aktionär wegen der KE besteht (2). Sie regelt das Verfahren bei der KE zur Hauptsache nur durch einen Verweis auf die Gründungsvorschriften (3).

1. Was das Gesetz unter KE versteht, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, aus zwei Gründen:

Einmal stellt das Gesetz den Ausdruck "*Ausgabe neuer Aktien*" in den Vordergrund (Randtitel bei Art. 650; Text von Art. 650 Abs. 1), was zum Irrtum verleiten könnte, das Gesetz gestatte die Ausgabe neuer Aktien ohne **[196]** gleichzeitige Änderung der Grundkapitalziffer. Aber in den folgenden Bestimmungen erscheint dann doch auch der Ausdruck "Kapitalerhöhung" (Art. 650 Abs. 3; Art. 652 und 653), und gerade die Selbstverständlichkeit, mit der das Gesetz von einem Ausdruck zum andern wechselt, belegt zweifelsfrei, daß es KE und Ausgabe neuer Aktien als untrennbares Ganzes auffaßt: Keine KE ohne Ausgabe neuer Aktien², keine Aktienaussgabe ohne

¹ Die mutmaßliche Richtung der Entwicklung wird durch die Stichworte "genehmigtes Kapital" und "Wandelobligationen" angedeutet; vgl. hierzu *Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR Bd. 85 (1966) II. HBd., S. 434 ff.; *Vischer/Rapp*, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968, S. 69 ff.

² Die KE durch Erhöhung des Nennwertes der einzelnen Aktien (darüber *Scherrer*, in Festgabe der Basler Juristischen Fakultät zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1942, S. 55 ff.) ist nur eine Abart der KE durch Ausgabe neuer Aktien, indem die neuen Aktien sogleich mit den alten zusammengelegt werden; hierfür bedarf es der Zustimmung der betroffenen Aktionäre, was gegenüber BGE 67 I 111 zu präzisieren ist (Art. 623 Abs. 2).

KE³.

Sodann wird der *Einheitsbegriff KE/Aktienausgabe* in Art. 650 ff. nicht erklärt. Offenbar deshalb nicht, weil sich der Begriff der KE nach der Vorstellung des Gesetzgebers unmittelbar aus dem *Begriff des Grundkapitals* ergibt, nach welchem Aufbringung des Grundkapitals und (erstmalige) Ausgabe von Aktien eine Einheit darstellen. Indessen tut man gut daran, sich diesen Begriff näher anzusehen. Er hat zwei ineinandergreifende Inhalte.

a. Zunächst ist das Grundkapital ein Denkmodell, nämlich ein in Ziffern *gedachtes Organisationsmodell*, bestehend aus einer Kapitalziffer und deren Zerlegung in Teilsummen (Aktien, Art. 620 Abs. 1). Diese Zerlegung gehört so sehr zum Wesen des Grundkapitals, daß sie im folgenden, wenn von Grundkapital die Rede ist, immer mitverstanden werden muß. Das Modell weist zwei Kennzeichen auf: Einmal kommt dem Ganzen, der Kapitalziffer, der Primat zu: Die Aktien sind ausschließlich Teile und haben daher keine selbständige Bedeutung. Sodann sind diese Teile unpersönlich. Das Modell kennt keine Gesellschaft von Personen, sondern nur eine Gesellschaft von Kapitalteilen, eben eine Aktiengesellschaft im buchstäblichen Sinne des Wortes⁴.

[197] Sodann ist das Grundkapital *Bestandteil sozialer Sachverhalte*, die dadurch entstehen und fortbestehen, daß das Modell verwirklicht wird und dies bleibt. Doch ist zu beachten: Verwirklicht ist das Modell an sich schon mit der Aufbringung des Grundkapitals. Aber die Aufbringung ist, für sich genommen, noch kein sozialer Sachverhalt, sondern wird dies erst durch Vorgänge, die sie begleiten:

– In erster Linie dadurch, daß das Kapital von mindestens drei Personen aufgebracht werden muß (Art. 625). Wegen dieser Mehrzahl von beteiligten Personen sind zunächst Zeichnungen und deren Annahme erforderlich, somit rechtsgeschäftliche Erklärungen; hernach ein Gründungsakt: die Gründer müssen sich durch Annahme der Statuten gegenseitig auf diese verpflichten. Somit nimmt die Aktiengesellschaft des Modells in der Weise Gestalt an, daß eine der sozialen Wirklichkeit angehörende *Gesellschaft von Aktionären* entsteht. Das Grundkapital, das in den Statuten festgelegt ist, wird damit zum Bestandteil der Verfassung der Aktionärgesellschaft. Nach ihm richten sich die Beteiligungsverhältnisse der Aktionäre, freilich nur mittelbar, nach der Zahl der Aktien, die jedem Aktionär zustehen.

– In zweiter Linie dadurch, daß das Grundkapital im Handelsregister eingetragen wird. Durch diese *Kundgabe* wird es in den Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten zu einer rechtserheblichen Größe (vgl. z. B. Art. 732 ff.).

b. Da die Bestimmungen über die KE den dargelegten Begriff des Grundkapitals voraussetzen, besteht die KE darin, daß ein *neues Organisationsmodell* – mit erhöhter Kapitalziffer und entsprechend veränderter Zerlegung – *ausgedacht und verwirklicht* wird.

Faßt man einzig das Modell ins Auge, so muß die KE als Neugründung erscheinen. Denn die neue Kapitalziffer tritt an die Stelle der alten. Nach durchgeführter KE gibt es nicht etwa ein Anfangs- und ein Folge-Kapital, sondern nur eine einzige Kapitalziffer, die als "Grundkapital" bezeichnet und damit terminologisch dem Anfangskapital gleichgestellt wird⁵. Dementsprechend greift mit der KE eine völlig neue Zerlegung des Kapitals Platz: Es entstehen neue Teile, und die alten Teile werden Teile eines andern Ganzen, so daß sie ihre relative Größe ändern.

Faßt man dagegen die sozialen Sachverhalte ins Auge, so erscheint die KE nur als *Änderung der Verhältnisse bei einer fortdauernden Gesellschaft*, [198] mit einer je nach den Umständen

³ Wohl aber können neue Aktien ohne Aufbringung neuen Kapitals ausgegeben werden, durch KE aus Gesellschaftsmitteln; darüber F. von Steiger, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 109 (1955) S. 161 ff.

⁴ Nach dem Denkmodell ist daher die AG etwas Künstliches und unterscheidet sich dadurch von den "natürlichen" Personenverbänden (z. B. von der Genossenschaft), wo zunächst Personen vorbestehen, die sich dann durch die Verbandsgründung zu einem Ganzen zusammenschließen und erst dadurch zu "Teilen" (Mitgliedern) werden. Die Einmangesellschaft verträgt sich sehr wohl mit dem Denkmodell, nicht aber mit der Vorschrift, daß die AG bei der Gründung mindestens drei Personen umfassen muß, und nicht mit der körperschaftlichen Organisation der AG.

⁵ Möglich ist aber eine rechtliche Sonderstellung der neuen Aktien, z. B. ihre Ausgabe als Vorzugsaktien.

verschieden tiefen Wirkung: Schon die Aufbringung des Kapitals beschränkt sich auf Zeichnungen und Liberierungen des erhöhten Teils⁶. Der Personenbestand der Gesellschaft braucht sich wegen der KE überhaupt nicht zu ändern. Falls das erhöhte Kapital von den bisherigen Aktionären im Verhältnis ihres bisherigen Aktienbesitzes aufgebracht wird, ändert sich nicht einmal die relative Größe der Beteiligungsverhältnisse. Treten aber wegen der KE neue Aktionäre hinzu⁷, so berührt das die Identität der Gesellschaft nicht, da die Gesellschaft der Aktionäre als Körperschaft organisiert ist und es zum Wesen einer Körperschaft gehört, daß sie ihre Identität trotz Veränderungen im Personenbestand bewahrt⁸.

Somit wird bei der KE, pointiert ausgedrückt, die Aktiengesellschaft neu gegründet, die Gesellschaft der Aktionäre nur verändert. Dogmatisch ergibt sich daraus ein Widerstreit zwischen den zwei Leitgedanken "Neugründung" und "Änderung". Daher fällt es schwer, die KE folgerichtig zu regeln⁹.

2. Vorausgesetzt, daß die Aktiengesellschaft auch nach der Gründung aus mehreren Aktionären besteht, stellen sich bei der KE drei Rechtsfragen, die das *Verhältnis des einzelnen Aktionärs zur Gesellschaft* betreffen.

a. Muß der Aktionär die KE dulden? Die Antwort ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz die KE zuläßt. Der Aktionär hat somit kein wohlverworfenes Recht auf Beibehaltung des bisherigen Grundkapitals¹⁰. Er muß es hinnehmen, daß sich die relative Größe seiner bisherigen Beteiligung vermindert. Immerhin ist er insofern gesichert, als die KE grundsätzlich nur durch die Generalversammlung (GV) angeordnet werden kann, und auch von dieser nur auf dem Wege der Statutenänderung.

[199] b. Ist der Aktionär verpflichtet, sich an einer KE zu beteiligen? Die Antwort folgt aus einer zwingenden allgemeinen Vorschrift (Art. 680 Abs. 1): Der Grundsatz der begrenzten Beitragspflicht¹¹ schließt auch das Verbot ein, den Aktionär zur Zeichnung neuer Aktien zu verpflichten.

c. Ist der Aktionär berechtigt, sich an einer KE zu beteiligen? Einzig auf diese Frage geben die Bestimmungen über die KE eine ausdrückliche Antwort, durch die Vorschrift über das Bezugsrecht (Art. 652). Auf sie ist hier nicht einzugehen.

3. Abgesehen vom eben erwähnten Art. 652 befassen sich die Bestimmungen über die KE ausschließlich mit dem *Verfahren*. Hauptvorschrift ist Abs. 1 von Art. 650, der die Beobachtung der Gründungsvorschriften verlangt, "soweit das Gesetz es nicht anders bestimmt". Das Gesetz regelt also das Verfahren zur Hauptsache nur mittelbar, durch einen *Verweis*. Die übrigen Bestimmungen zerfallen in drei Gruppen:

Die einen erschöpfen sich darin, den allgemeinen Verweis des Art. 650 Abs. 1 für bestimmte Einzelfragen zu bestätigen. Hiezu gehören einerseits die Vorschriften von Art. 650 Abs. 2 Satz 1 und von Art. 653 Abs. 1 Satz 2; sie bestätigen, was die Gründungsvorschriften bezüglich Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile bestimmen. Andererseits die Vorschriften von Art. 653 Abs. 2 und 3; sie wiederholen den Art. 644 fast wörtlich.

Die Bestimmungen einer zweiten Gruppe passen einzelne, nicht ausdrücklich genannte Gründungsvorschriften, die sich nicht ohne weiteres auf die KE anwenden lassen, an die

⁶ Bei der KE durch Umwandlung von Reserven wird überhaupt kein neues Kapital aufgebracht.

⁷ Entweder mit Willen eines Aktionärs, wegen Übertragung oder Nichtausübung von Bezugsrechten, oder ohne einen solchen Willen, aber mit Willen der AG, bei Ausschluß der Bezugsrechte.

⁸ Vgl. *Siegart*, N. 17 der Vorbemerkung zu Art. 530-551 OR; Einleitung vor Art. 620, N. 19.

⁹ In der älteren Literatur wurde die KE als Neugründung mit "alten Bestandteilen" betrachtet (*Thöl*, Das Handelsrecht, 1. Bd., 5. Aufl., Leipzig 1875, S. 504 f.) oder als "teilweise Neugründung" (*Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Bd., Berlin 1904, S. 444 ff.). Eine ausführliche Darlegung der dogmatischen Schwierigkeiten findet sich bei *von Salis*, Das autorisierte Kapital, Diss. Zürich 1937. Vgl. zum Ganzen auch *Balastèr*, Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1953.

¹⁰ BGE 26 II 418; *Schlupe*, Die wohlverworfenes Rechte des Aktionärs ..., St. Gallen/Zürich 1955, S. 227.

¹¹ *Bürgi*, N. 1 ff. und 24 ff. zu Art. 680.

Verhältnisse bei der KE an: Art. 650 Abs. 2 Satz 2 ändert den Art. 630 Abs. 1; Art. 650 Abs. 3 den Art. 632 Abs. 1; Art. 651 den Art. 631.

Eine Sonderstellung nimmt schließlich die bedeutsame Vorschrift von Art. 653 Abs. 1 Satz 1 ein. Sie sanktioniert offenbar die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 626 aOR (BGE 41 II 717)¹² und greift daher, ohne daß ihr Wortlaut dies erkennen ließe, über die Gründungsvorschriften hinaus. Sie setzt unausgesprochen voraus, daß "der Beschluß der Generalversammlung über die Erhöhung des Grundkapitals" die Statuten ändert und stellt daher klar, in welchem Zeitpunkt bei einem solchen Beschluß die für Statutenänderungen geltende Vorschrift des Art. 647 Abs.2 (Anmeldung [200] beim Handelsregister) zu befolgen ist. Bei der Umschreibung dieses Zeitpunktes enthält Art. 653 Satz 1 (im zweiten Satzteil) eine Aussage über die Tragweite des Verweises von Art. 650 Abs. 1. Denn gleich wie der schon erwähnte Satz 2 von Art. 653 Abs. 1 bestätigt auch er, daß bei der KE Beschlüsse der GV im Sinne von Art. 635 Abs. 2 (und Art. 636) zu fassen sind.

II

1. Die Technik des Gesetzes, das Verfahren bei der KE durch einen Verweis zu regeln und diesen durch Einzelsvorschriften zu bestätigen oder abzuändern, verhindert jeden Überblick. Doch ergeben sich aus Art. 650 Abs. 3, Art. 651 Ziff. 9 und Art. 653 immerhin zwei Haupterfordernisse: Es sind *zwei Beschlüsse der Generalversammlung nötig*, zuerst der "Beschluß über die Kapitalerhöhung", sodann der eben erwähnte Feststellungsbeschluß, der letztere allenfalls begleitet von besonderen Beschlüssen im Sinne von Art. 636.

Indessen: Die angeführten Bestimmungen schreiben nicht etwa die beiden Beschlüsse vor. Sondern sie erwähnen diese nur beiläufig, bei der Regelung von Einzelfragen (Inhalt der Zeichnungserklärungen, Art. 650 Abs. 3; Inhalt des Prospektes, Art. 651 Ziff. 9; Zeitpunkt der Anmeldung beim Handelsregister, Art. 653 Abs. 1). Dabei setzen sie die Notwendigkeit der Beschlüsse der GV als gegeben voraus. Das kann nur bedeuten, daß sich diese Notwendigkeit schon aus dem Verweis des Art. 650 Abs. 1 ergebe. Trifft das zu?

2. Sicher nicht für den *Erhöhungsbeschluß*. Er hat in den Gründungsvorschriften überhaupt kein Vorbild. Das Erfordernis dieses Beschlusses läßt sich nur damit begründen, daß die Gesellschaft zu Beginn des KE-Verfahrens schon besteht, also mit einem Tatbestandselement, mit dem sich die Gründungsvorschriften natürlich nicht befassen. Somit schließt der Verweis auf die Gründungsvorschriften das Erfordernis des Erhöhungsbeschlusses nicht ein. Die Einzelbestimmungen, die diesen Beschluß als notwendig voraussetzen, hängen daher in der Luft, es sei denn, die Notwendigkeit des Beschlusses ergebe sich aus einem Grund, der außerhalb des Verweises besteht. Ein solcher Grund liegt in der Tat dann vor, wenn man annimmt, die KE erfordere eine Statutenänderung und folglich einen Beschluß der GV. Diese Annahme war im frühern Recht (Art. 626 aOR) ausdrücklich niedergelegt, und auf ihr beruht unausgesprochen auch das geltende Recht. [201] Daß dieses den Erhöhungsbeschluß nicht ebenfalls ausdrücklich vorschreibt, und zwar als Statutenänderungsbeschluß und in Ergänzung des Verweises auf die Gründungsvorschriften, stellt einen Rückschritt gegenüber dem frühern Recht dar, und zudem eine ungewollte Überbetonung des Gründungsgedankens. Hinter diesem technischen Mangel verbirgt sich aber noch ein sachlicher Mangel, der schon dem frühern Recht anhaftete: Das Gesetz sagt nichts über die inhaltlichen Anforderungen, die an den Erhöhungsbeschluß als Statutenänderung zu stellen sind. Darauf ist zurückzukommen (III, 2-4).

3. Die Notwendigkeit des *Feststellungsbeschlusses* (worunter im folgenden immer auch ein allfälliger Sonderbeschluß über Sacheinlagen mitverstanden wird) scheint sich aus dem Verweis auf die Gründungsvorschriften klar zu ergeben. Denn Art. 635 Abs. 2 fordert in der Tat einen

¹² Zur Rechtslage unter dem aOR siehe auch das Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 4. April 1923 betr. die Erhöhung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft (Bundesblatt 1923, Bd. 1, S. 787 ff.).

Beschluß der GV mit dem in Art. 653 Abs. 1 umschriebenen Inhalt. Wenn man aber, gemäß diesem Anschein, den Verweis des Art. 650 Abs. 1 auf den Art. 635 Abs. 2 bezieht (und wenn man außerdem darüber hinwegsieht, daß alsdann der allgemeine Verweis auf die Bestimmungen über die Sukzessivgründung beschränkt wird¹³), so erheben sich Fragen, die der Verweis nicht löst, und zwar deshalb nicht, weil die Fragen ihren Grund gerade darin haben, daß Gründung und KE verschiedene Tatbestände sind: Ist der Feststellungsbeschluß nur von den Zeichnern der neuen Aktien zu fassen oder auch von den alten Aktionären, ja sogar nur von diesen? Hat überhaupt bei der KE eine "konstituierende" GV (Randtitel zu Art. 634 ff.) stattzufinden, oder hat die GV nur gerade Vollzeichnung und Liberierung festzustellen? Nimmt man letzteres an – wofür der Wortlaut von Art. 653 Abs. 1 zu sprechen scheint –, so erhebt sich sogleich eine radikalere Frage: Bedarf es überhaupt eines Beschlusses der GV, oder besagt der Verweis einzig, daß eine Feststellung im Sinne von Art. 635 Abs. 2 stattzufinden hat, wobei diese Feststellung Sache der Verwaltung ist, da eben unter der erwähnten Annahme bei der KE gar keine konstituierende GV stattfindet? Diese radikale Frage scheint sich allerdings wegen des mit Bezug auf sie klaren Wortlautes von Art. 653 Abs. 1 zu erübrigen. Doch ist sie aus folgendem Grunde am Platze:

Bei der Beratung des Gesetzes haben National- und Ständerat – abweichend vom Entwurf des Bundesrates, der die Feststellung der KE durch die GV vorschrieb (Art. 652 des Entwurfes) – einer Fassung des heutigen [202] Art. 653 Abs. 1 zugestimmt, welche die Feststellung der Vollzeichnung und Liberierung ausdrücklich als Sache der Verwaltung bezeichnete¹⁴. Erst die Redaktionskommission hat dem Art. 653 Abs. 1 die Gesetz gewordene Fassung gegeben, und zwar ohne daß ihre Berichterstatter in den Räten den Art. 653 auch nur erwähnt hätten. Die Räte haben der Neufassung ohne Diskussion zugestimmt¹⁵.

Dieser Werdegang des Art. 653 Abs. 1 ist erstaunlich. Trotzdem muß sich die Rechtsanwendung an den schließlich vom Gesetzgeber angenommenen Wortlaut halten. Doch belegt der Werdegang, wie unklar die Tragweite des Verweises selbst für die gesetzgebenden Behörden gewesen ist. Ferner ändert die Verbindlichkeit des Art. 653 Abs. 1 nichts daran, daß der Verweis des Art. 650 Abs. 1 die hievor erwähnten Fragen bezüglich des Feststellungsbeschlusses offenläßt, weshalb diese Fragen schlecht und recht durch ergänzende Auslegung des Gesetzes beantwortet werden müssen¹⁶.

4. Somit leidet die Verweisteknik des Gesetzes an *zwei Mängeln*: Einerseits verweist das Gesetz einzig auf die Gründungsvorschriften, nicht auch auf die Vorschriften über Statutenänderungen; auch bleibt ungeklärt – abgesehen vom Zeitpunkt der Anmeldung beim Handelsregister –, in welchem Sinn die KE eine Statutenänderung erfordert. Andererseits ist der Verweis auf die Gründungsvorschriften unklar. Denn nicht aus den Vorschriften, auf die verwiesen wird, sondern aus Art. 653 Abs. 1, der sich nur mit einer Nebenfrage befaßt, ergibt sich beiläufig, daß Vollzeichnung und [203] Liberierung durch die GV festzustellen sind; auch bleibt offen, ob und

¹³ Siehe hiezu F. von Steiger, Gibt es bei der KE ein sog. Simultanverfahren?, SAG 16 (1943/44) S. 95, sowie Schlupe, a.a.O., S. 222.

¹⁴ "Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist beim Handelsregisteramt anzumelden, darf aber, unbeschadet seiner Rechtsverbindlichkeit, erst eingetragen werden, nachdem die Verwaltung die Zeichnung und die erforderlichen Einzahlungen festgestellt hat und auch dieser Beschluß angemeldet worden ist" (StenBull. StR 1931 S. 361). Diese Fassung entsprach einem Antrag der Kommission des Ständerates, die ihren Beschluß mit 7 gegen 6 Stimmen gefaßt hatte, auf Vorschlag der Zürcher Handelskammer und der Schweiz. Bankiervereinigung (Protokoll der Sitzung vom 19. Februar 1929, S. 16). Sie wurde in den Räten kurz begründet (StenBull. StR 1931, S. 364; NR 1934, S. 276 f., Votum Scherer: "Es liegt kein Grund vor, diese Feststellung auch bei der Ausgabe neuer Aktien der Generalversammlung zu reservieren. Die Lösung des Ständerates ist zweckmäßig und vermeidet unnötige Formalien"). Näheres jetzt bei Forster (zitiert Anm. 17), S. 33 ff.

¹⁵ StenBull. 1936 StR S. 534 ff.; NR S. 1484 ff. Über die Verhandlungen der Redaktionskommission wurde kein Protokoll geführt. Nachforschungen im Bundesarchiv haben ergeben, daß die Fassung auf Antrag von Scherer, des Referenten der nationalrätlichen Kommission, geändert worden ist; vermutlich war die Redaktionskommission der Ansicht, die von den Räten beschlossene Fassung sei mit dem Verweis des (heutigen) Art. 650 Abs. 1 nicht vereinbar.

¹⁶ Vgl. Siegwart, N. 24 zu Art. 650.

inwiefern sich diese feststellende GV von einer konstituierenden GV unterscheidet.

Diese Mängel beruhen offenbar darauf, daß der Gesetzgeber bei der Regelung des Verfahrens den Widerstreit zwischen den Leitgedanken "Gründung" und "Änderung" (I, 1, b) nicht sachgerecht ausgeglichen hat. Daher erhebt sich die Frage, wie das Verfahren folgerichtig geregelt sein sollte.

III

Bei der Prüfung der eben gestellten Frage ist von der gleichen materiellrechtlichen Lage auszugehen, welche die Eigenart der geltenden Regelung bestimmt: Der Begriff des Grundkapitals ist derselbe wie bei der Gründung, und das erhöhte Kapital tritt an die Stelle des Anfangskapitals (I, 1). Die KE ist zulässig, bedarf aber einer Statutenänderung (I, 2). Dazu kommt die Besonderheit, durch die sich die KE von der Gründung unterscheidet: Die Gesellschaft von Aktionären besteht bereits, als sozialer Sachverhalt, und sie besteht trotz der KE weiter; diese hebt ihre Identität nicht auf. Folglich ist bei der Ordnung des Verfahrens, soweit sie den sozialen Sachverhalt betrifft, jeder Gedanke an "Gründung" oder "Konstituierung" auszumerzen, mag auch der Verweis auf einzelne Gründungsvorschriften am Platze sein. Die KE ist insoweit ausschließlich Änderung der Rechtslage unter Fortdauer der Gesellschaft. Aus diesen Voraussetzungen ergeben sich folgende Anforderungen an das Verfahren:

1. Der Begriff des Grundkapitals, insbesondere der Primat der Kapitalziffer (I, 1, a), erfordert ein *Gesamtverfahren*: Zunächst ist eine neue Kapitalziffer als Organisationsmodell und als "Planziel" zu bestimmen. Zugleich ist das Verfahren zur Erreichung dieses Gesamtziels zu eröffnen. Es zerfällt zwar in Einzelakte (Zeichnungen und deren Annahme, sowie Liberierungen). Aber die einzelnen Zeichnungen sind nur verbindlich unter der Bedingung, daß die KE als Ganzes zustandekommt; sie sind daher notwendigerweise befristet, und zwar auf den gleichen Zeitpunkt (vgl. Art. 651 Ziff. 12). In gleicher Weise sind die einzelnen Annahmeerklärungen und Liberierungen bedingt. Das Verfahren bedarf eines einheitlichen Abschlusses durch einen Gesamtakt, durch den die KE sowohl für die Gesellschaft als auch für alle Zeichner, deren Zeichnungen angenommen wurden, *uno actu* [204] wirksam wird. Dieser Gesamtakt, im folgenden Feststellungsakt genannt, setzt voraus, daß das erhöhte Kapital voll gezeichnet und im erforderlichen Umfang liberiert wurde. Indem dies durch das zuständige Organ in Erklärungsabsicht festgestellt wird, werden die bisher bedingten Zeichnungen, Annahmeerklärungen und Liberierungen unbedingt verbindlich, die neuen Mitgliedschaften begründet und die gesamten Beteiligungsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft entsprechend der neuen Kapitalziffer und deren Zerlegung verändert.

Anders als bei der Gründung liegt aber dieses Gesamtverfahren in den Händen der Gesellschaft. Ein Gesellschaftsorgan, nicht die Gründer, bestimmt die neue Kapitalziffer als Denkmodell; und ein Gesellschaftsorgan nimmt den Feststellungsakt vor, nicht die zur Konstituierung versammelten Zeichner. Was für ein Organ zu handeln hat – ob die GV oder die Verwaltung –, ist, vom Begriff des Grundkapitals aus gesehen, gleichgültig. Diese Frage betrifft die Gesellschaft als sozialen Sachverhalt. Sie zerfällt bei näherem Zusehen in zwei Einzelfragen, die beide mit dem Erfordernis der Statutenänderung zusammenhängen.

2. Die erste Einzelfrage betrifft das *Verhältnis des einzelnen Aktionärs zur Gesellschaft*. In dieser Hinsicht steht fest, daß das Gesetz die KE gestattet, dafür aber eine statutarische Grundlage fordert (I, 2). Die Grundlage muß somit eine *Ermächtigung* der Gesellschaft zum Inhalt haben. Nur gestützt auf eine solche Ermächtigung ist die Gesellschaft befugt, durch eine KE das bisherige Beteiligungsverhältnis zu Lasten jedes bisherigen Aktionärs zu verändern. In der Ermächtigung erschöpft sich die statutarische Grundlage notwendigerweise. Keinesfalls können oder müssen die Statuten die Gesellschaft auch noch verpflichten (gegenüber den einzelnen Aktionären), eine KE vorzunehmen. Denn der einzelne Aktionär kann gar kein rechtliches Eigeninteresse an einer KE

haben, und zudem hätte die Verpflichtung der Gesellschaft zur KE einen unmöglichen Inhalt, da eine KE (abgesehen vom Fall der Umwandlung von Reserven im Grundkapital) nicht nur vom Willen der Gesellschaft abhängt, sondern auch davon, daß sich genügend Zeichner neuer Aktien finden. Möglich ist einzig, daß die GV die Verwaltung beauftragt, eine bestimmte KE (mit ungewissem Erfolg) einzuleiten. Ein solcher Auftrag bedarf aber zu seiner Verbindlichkeit keiner statutarischen Grundlage.

Es lassen sich zwei Arten einer statutarischen Ermächtigung zur KE denken:

[205] a. Einmal eine *konkrete Ermächtigung* für eine genau bestimmte KE, die sogleich im vollen Umfang durchgeführt werden soll. Alsdann wird die statutarische Grundlage für eine bestimmte KE geschaffen, und sie wird mit der Durchführung dieser KE gegenstandslos. Ein solcher konkreter Statutenänderungsbeschluß ist der "Beschluß über die Kapitalerhöhung" im Sinne des Gesetzes (Art. 650 Abs. 3, Art. 653). Durch ihn wird die Gesellschaft gegenüber allen bisherigen Aktionären ermächtigt, eine bestimmte KE durchzuführen. Doch hat der Beschluß, wie gleich zu zeigen sein wird (3), auch noch den Sinn eines Eröffnungsaktes.

b. Denkbar ist ferner eine *generelle Ermächtigung*: Die Statuten erklären spätere Kapitalerhöhungen allgemein oder in gewissem Rahmen als zulässig. Alsdann braucht es für die einzelne KE, die sich in diesem Rahmen hält, gar keinen Erhöhungsbeschluß, sondern nur einen Eröffnungs- und einen Feststellungsakt. Doch stellt sich eine andere Frage:

Sind generelle Ermächtigungen überhaupt zulässig? Darauf gibt das Gesetz keine klare Antwort. Zwar ist es eindeutig auf die erste Möglichkeit zugeschnitten (a), schließt aber ein durch generelle Statutenbestimmung "*autorisiertes Kapital*" nicht ausdrücklich aus. Durch ausdrückliche Bestimmung wird einzig der generelle Ausschluß des Bezugsrechtes durch die Statuten zugelassen (Art. 652). Die Rechtslage ist daher unsicher¹⁷: Entweder nimmt man an, das Gesetz erkläre generelle statutarische Ermächtigungen stillschweigend als unzulässig. Alsdann ist das Gesetz von einer sachlich kaum zu rechtfertigenden Starrheit, die den Verkehr behindert. Oder man nimmt an, das Gesetz lasse solche Ermächtigungen stillschweigend zu. Alsdann ist das Gesetz viel zu unklar, um praktikabel zu sein. Denn zum Schutz des Aktionärs bedürfen generelle Ermächtigungen zwingender Schranken, insbesondere was den Umfang und die Zeit der Erhöhungen, den Ausschluß des Bezugsrechtes und die Liberierung neuer Aktien durch Sacheinlagen anbetrifft. So oder anders verbirgt sich demnach hinter dem Stillschweigen des Gesetzes ein empfindlicher inhaltlicher Mangel.

[206] 3. Die zweite Einzelfrage betrifft die *Organisation* der Aktiengesellschaft, nämlich die Aufteilung einer Zuständigkeit zwischen GV und Verwaltung. Nachdem sich bereits ergeben hat, daß der Erhöhungsbeschluß, weil Statutenänderung, der GV zusteht (2), beschränkt sich diese Frage darauf, wer zuständig ist, das KE-Verfahren zu eröffnen und mit dem Feststellungsakt abzuschließen.

Der *Eröffnungsakt* entspricht der Aufstellung des Statutenentwurfs bei der Gründung (Art. 629 Abs. 2). Da das Gesetz ausschließlich auf die konkrete Ermächtigung (2, a) zugeschnitten ist, sieht es den Eröffnungsakt als Bestandteil des Erhöhungsbeschlusses, so daß die Zeichnungen der neuen Aktien "auf den Beschluß über die Kapitalerhöhung" Bezug zu nehmen haben (Art. 650 Abs. 3), insoweit eben dieser Beschluß den Eröffnungsakt einschließt. Bei einer generellen Ermächtigung (2, b) ist es dagegen, falls die Statuten nichts anderes bestimmen, Sache der Verwaltung, im Rahmen der Ermächtigung zu entscheiden, wann, in welchem Umfang und auf welche Art das

¹⁷ Der Entwurf 1928 zum revOR wollte ein autorisiertes Kapital gestatten, aber auf eine indirekte Weise, die zu Mißverständnissen und zur Streichung der einschlägigen Bestimmungen in den Räten führte; vgl. die Darstellung bei *von Salis* (zitiert Anm. 9) S. 233 ff. - In der Lehre werden "autorisierende" Statutenbestimmungen als zulässig erachtet, sofern sie eine gewisse Bestimmtheit aufweisen (*Siegwart*, N. 26 zu Art. 650). Das Problem wird unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses GV/Verwaltung gesehen, nicht des Verhältnisses AG/Aktionär; vgl. auch *A. Wieland*, ZSR 57 (1938) S. 3 f., *Schlupe* (zitiert Anm. 10) S. 221, sowie *Bär* (zitiert Anm. 1) S. 434 ff. Erst nach Abschluß des Manuskriptes ist erschienen: *Forster*, Das autorisierte Kapital der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1970.

Kapital erhöht werden soll. Die Verwaltung setzt dieses "Planziel", wie die Gründer, dadurch fest, daß sie einen Statutenentwurf (bezüglich der Kapitalklausel) aufstellt (4); und eben diese Aufstellung ist bei der konkreten Ermächtigung neben der Ermächtigung im "Beschluß über die Kapitalerhöhung" mitenthalten.

Was sodann die *Zuständigkeit für den Feststellungsakt* anbetrifft, ist zu erwägen:

Stellt man einzig auf den Inhalt dieses Aktes ab, so liegt für den Gesetzgeber kein Grund vor, diesen Akt durch zwingende Vorschrift der GV vorzubehalten. Soweit nämlich Tatsachen festzustellen sind – Vollzeichnung und Liberierungen –, ist die GV ohnehin auf Belege angewiesen, kann also unmittelbar nichts feststellen. Insoweit der Feststellungsakt eine rechtswirksame Erklärung darstellt, die das Rechtsverhältnis gegenüber jedem Zeichner und die Beteiligungsverhältnisse in ihrer Gesamtheit gestaltet, ist wie folgt zu überlegen: Nach allgemeinem Körperschaftsrecht ist es durchaus zulässig, die Begründung neuer Mitgliedschaften der Verwaltung zu überlassen (vgl. Art. 840 Abs. 3), und zwar auch dann, wenn die Mitgliedschaft nur durch Kapitalbeteiligung erworben werden kann. Bei der KE einer Aktiengesellschaft besteht allerdings eine Besonderheit: Auf einen Schlag, durch Abschluß eines Gesamtverfahrens (1), wird eine Vielzahl von Mitgliedschaften begründet. Daher hat der Feststellungsakt innergesellschaftlich ein weit stärkeres Gewicht als etwa die Aufnahme eines einzelnen neuen Mitgliedes bei der Genossenschaft. Diese Besonderheit mag es [207] nahelegen, daß die Statuten für den Feststellungsakt die GV als zuständig erklären. Keineswegs aber rechtfertigt sie es, daß das Gesetz diese Zuständigkeit zwingend vorschreibt. Denn der Vielzahl der neuen Mitgliedschaften braucht gar nicht in jedem Fall eine Vielzahl neuer Aktionäre zu entsprechen (I, 1, b); und bei einer Publikumsgesellschaft mit vielen bisherigen Aktionären – auf welche die Regelung des Gesetzes zugeschnitten sein muß – stellt auch die Aufnahme zahlreicher neuer Aktionäre keine tiefgreifende Änderung der innergesellschaftlichen Verhältnisse dar, sofern wenigstens – was hier vorauszusetzen ist – das Bezugsrecht sachgerecht geregelt und das genehmigte Kapital nur beschränkt zugelassen wird. Daher erscheint eine gesetzliche Regel, welche die Feststellung durch die GV zwingend vorschreibt, als abzulehnende Wirkung des Gedankens, die KE sei eine Neugründung¹⁸.

Nun ist aber der Feststellungsakt zwangsläufig mit einer *Statutenänderung* verbunden (die von der statutarischen Ermächtigung zur KE wohl zu unterscheiden ist, vgl. hienach unter 4). Da nämlich die Statuten die Höhe des Grundkapitals und dessen Zerlegung anzugeben haben (Art. 626 Ziff. 3), und da das erhöhte Kapital an die Stelle des bisherigen Kapitals tritt (I, 1, b), hat die Feststellung, daß das Grundkapital erhöht ist und daß sich die Beteiligungsverhältnisse entsprechend geändert haben, zwangsläufig zur Folge, daß die bisherige Kapitalklausel der Statuten unrichtig wird und durch eine neue Klausel ersetzt werden muß. Diese Auswechslung muß mit dem Feststellungsakt zusammenfallen, da nicht geduldet werden kann, daß die wirklichen Beteiligungsverhältnisse im Widerspruch zu der mit der Kapitalklausel der Statuten festgehaltenen Rechtslage stehen. Da nun die Änderung der Statuten zu den unübertragbaren Befugnissen der GV gehört (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1), scheint sich der Schluß aufzudrängen, der Gesetzgeber durchbreche ein aktienrechtliches Grundprinzip, wenn er es gestattet, für den Feststellungsakt die Verwaltung als zuständig zu erklären. Doch ist zu überlegen:

Soweit die Statuten eine KE als zulässig erklären (2), ist die Begründung neuer Mitgliedschaften, materiellrechtlich gesehen, gar keine Änderung der statutarischen Ordnung, sondern nur Ausnützung des Freiheitsraumes, der gerade kraft der statutarischen Ermächtigung besteht. Die KE hat daher, [208] für sich genommen, mit den Statuten nur insofern etwas zu tun, als durch sie, wie schon erwähnt, die statutarische Kapitalklausel unrichtig wird. Deren Ersetzung durch eine neue Klausel wirkt nicht rechtsgestaltend, sondern hält die mit dem Feststellungsakt eingetretene

¹⁸ Vgl. demgegenüber den Bericht 1923 zur Revision des OR (S. 41), wo die KE als "grundlegende Änderung" der AG bezeichnet wurde, weshalb die Zuständigkeit der Verwaltung zur Feststellung der Vollzeichnung "aus dem System fallen" würde. Vgl. auch Protokoll der Expertenkommission, S. 223.

Änderung des in den Statuten wiedergegebenen Ist-Zustandes bezüglich des (gesamten) Grundkapitals fest. Für eine solche rein berichtigende (weil eine Aussage der Statuten über einen Zustand betreffende) Änderung braucht nicht das oberste Organ der Gesellschaft bemüht zu werden. Der Grundsatz, daß Statutenänderungen von der GV beschlossen werden müssen, ist auf den Normalfall der rechtsgestaltenden Änderung zugeschnitten. Er wird somit nicht durchbrochen, sondern nur seinem Zweck gemäß präzisiert, wenn man ihn auf die berichtigende Auswechslung der Kapitalklausel nicht anwendet.

4. Wie sich aus dem Dargelegten ergibt, ist ein einziger Beschluß der GV sachlich notwendig, der Erhöhungsbeschluß, und auch er nur dann, wenn die Statuten keine generelle Ermächtigung (zulässigerweise) enthalten. Für diesen Fall – der für das Gesetz den Normal-, wenn nicht sogar den einzig zulässigen Fall darstellt - ist noch das *Verhältnis des Erhöhungsbeschlusses zum Feststellungsakt* bezüglich der Statuten abzuklären.

Der Erhöhungsbeschluß stellt eine echte Statutenänderung, nicht eine bloße Berichtigung dar. Gesetz aber der Fall, daß der Feststellungsakt die durch den Erhöhungsbeschluß begründete Ermächtigung voll ausnützt, so wird die Änderung, wie schon erwähnt (2, a), gegenstandslos, ihre weitere Erwähnung in den Statuten hat keinen Sinn. Darum gehört zur Berichtigung der Statuten, die mit dem Feststellungsakt verbunden ist (3), auch die Beseitigung der statutarischen Ermächtigungsklausel.

Die neue Kapitalklausel, die kraft des Feststellungsaktes in die Statuten aufgenommen wird, ist weder mit diesem Akt noch mit dem Erhöhungsbeschluß noch mit dem darin eingeschlossenen Eröffnungsakt (3) zu verwechseln.

Aufgrund des Erhöhungsbeschlusses bestimmen nämlich die Statuten, daß das Kapital in der vorgesehenen Weise erhöht werden *darf*; und durch den Eröffnungsakt wird, im Sinne eines "Planziels", bestimmt, welches das neue Kapital sein *soll*. Die neue Kapitalklausel sagt dagegen, welches das neue Kapital *ist*.

Sodann gibt die Statutenberichtigung, die mit dem Feststellungsakt verbunden ist (3), nicht etwa den Inhalt dieses Aktes wieder – die Feststellung der KE –, sondern sie hält das neue Gesamtkapital – nicht nur die [209] Erhöhung des Kapitals – sowie dessen gesamte Zerlegung fest. Die Statuten haben gerade nicht darüber zu berichten, daß neben dem ursprünglichen Grundkapital ein zusätzliches Kapital aufgebracht wurde. Vielmehr hat die neue Kapitalklausel die alte ganz zu ersetzen; es wird also auch mit Bezug auf den Statuteninhalt so gehalten, wie wenn das neue Gesamtkapital von Anfang an bestanden hätte (I, 1, b); die KE als solche ist aus den Statuten nicht ersichtlich.

5. Für die *Eintragung in das Handelsregister* ergibt sich aus dem Dargelegten folgendes:

Sofern auf den (konkreten) Erhöhungsbeschluß sogleich die KE folgt, hat es keinen Sinn, den durch die KE gegenstandslos gewordenen Beschluß (4) noch einzutragen. Art. 653 Abs. 1, der diese Eintragung vorschreibt, ist verfehlt. Wohl aber muß der Erhöhungsbeschluß dem Handelsregister gemeldet werden, als Ausweis dafür, daß der Feststellungsakt mit den Statuten übereinstimmt. Da ferner Statutenänderungsbeschlüsse auch im Innenverhältnis erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam werden (BGE 84 II 38 ff.), muß der Erhöhungsbeschluß durch eine Sondervorschrift von diesem Satz ausgenommen werden.

Einzutragen sind dagegen (anstelle des Erhöhungsbeschlusses): Einmal die Durchführung der KE, als Gegenstand des Feststellungsaktes, sodann die durch diesen Akt berichtigte Kapitalklausel. Letztere ersetzt die bisherige Eintragung des Kapitals. Daß der Feststellungsakt nicht von der GV vorgenommen wird, begegnet auch handelsregisterrechtlich keinem Bedenken, da es andere Eintragungen gibt, die ebenfalls aufgrund von Akten der Verwaltung geändert werden müssen, so die Eintragung von späteren Einzahlungen auf das Grundkapital (Art. 641 Ziff. 4 OR; Art. 83 HRegV). Notwendig ist aber eine Parallelvorschrift zu Art. 637 und 639: Für den Feststellungsakt ist auch dann, wenn er von der Verwaltung ausgeht, die öffentliche Beurkundung zu fordern. Desgleichen bedarf es einer Parallelvorschrift zum eben erwähnten Satz über den Beginn der

Wirkungen im Innenverhältnis: Nicht nur eine Statutenänderung, sondern ebenso eine von der Verwaltung durchgeführte KE soll auch innergesellschaftlich erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam werden. Denn gerade gegenüber Akten der Verwaltung befindet sich der einzelne Aktionär in ähnlicher Stellung wie der von der Außenwirkung betroffene Gläubiger.

[210] 6. Bekanntlich zeigt sich im *Geschäftsverkehr*, besonders bei Publikumsgesellschaften, das starke Bedürfnis, dem (konkreten) Erhöhungsbeschluß der GV an der gleichen GV sofort den Feststellungsbeschluß folgen zu lassen, gestützt auf entsprechende Ausweise über Zeichnungen und Liberierungen. Aber die damit ausgewiesenen Vorgänge sind meistens gar nicht Zeichnungen und Liberierungen im Sinne des Gesetzes:

Einmal wird das neue Kapital häufig von einer "befreundeten" Gesellschaft, gewöhnlich einer Tochtergesellschaft¹⁹, gezeichnet und "liberiert", wobei die Mittel aus einer Gutschrift der erhöhenden Gesellschaft stammen. In diesen Fällen liegt in Wirklichkeit im Zeitpunkt der ausgewiesenen KE nur eine (als vorläufig gedachte) KE aus Gesellschaftsmitteln vor. Zur beabsichtigten Aufbringung neuen Kapitals kommt es erst dann, wenn die neuen Aktien durch die nachfolgende Emission im Markte untergebracht sind.

Sodann kommt es vor, daß das neue Kapital im Zeitpunkt der ausgewiesenen KE von einer Bank gezeichnet wird, welche die neuen Aktien "fest übernimmt", aber in der Weise, daß sie für das gezeichnete Kapital Zinsen fordert (sei es von der Gesellschaft selber, sei es von Aktionären, die treuhänderisch für diese handeln), und zwar so lange, bis die Zeichnungen, die im anschließenden inoffiziellen Verfahren entgegengenommen werden, zu Liberierungen führen. In diesen Fällen liegt zur Zeit der ausgewiesenen KE in Wirklichkeit überhaupt noch keine KE vor, sondern nur eine Kapitalleihe, allerdings gewöhnlich verbunden mit der Garantie der beteiligten Bank, denjenigen Teil der neuen Aktien, für den sich keine Zeichner finden, auf eigene Rechnung zu übernehmen und zu liberieren.

Urkundsperson und Handelsregisterführer können die wirklichen Rechtsgründe der ausgewiesenen Zeichnungen und Liberierungen nicht erkennen, so daß häufig eine KE zu einer Zeit in das Handelsregister eingetragen wird, da sie – in einem materiellen Sinne – noch gar nicht durchgeführt ist. Dieser Zustand muß so lange hingenommen werden, als das Gesetz für die Feststellung einen Beschluß der GV fordert. Dürfte nämlich die GV die Feststellung erst nach der wirklichen Durchführung der KE vornehmen, so wären zwei Versammlungen zu verschiedenen Zeitpunkten notwendig, so daß das Erhöhungsverfahren für manche Gesellschaften [211] geradezu unpraktikabel würde. Somit dient die Milde, welche das Gesetz bezüglich der Ausweise über die Aufbringung des erhöhten Kapitals walten läßt, im Ergebnis dazu, die unzweckmäßige Regel, daß die GV die Feststellung vorzunehmen hat, abzuschwächen und praktikabel zu machen. Wäre es aber gestattet, die Feststellung durch die Verwaltung vorzunehmen, so könnte das Gesetz, ohne Gefahr für seine Praktikabilität, die Prüfung des Feststellungsaktes durch Urkundsperson und Handelsregisterführer so gestalten, daß die KE erst dann in das Register eingetragen wird, wenn sie wirklich durchgeführt ist.

IV

Als Ergebnis ist festzuhalten:

1. Die geltenden Bestimmungen über das Verfahren bei der KE harmonieren nicht in jeder Hinsicht mit den Voraussetzungen, auf denen sie beruhen. Das Verfahren könnte an sich ganz der Verwaltung überlassen werden²⁰. Erfordert ist nur eine statutarische Ermächtigung zur KE, die – falls die Statuten keine generelle Ermächtigung enthalten – durch einen statutenändernden

¹⁹ Vgl. F. von Steiger, Kapitalerhöhungen unter Mitwirkung von Tochtergesellschaften, SAG 35 (1962/63) S. 10 ff.

²⁰ In diesem Sinne schon Vischer/Rapp (zitiert Anm. 1) S. 71 f.

Erhöhungsbeschuß begründet werden muß. In das Handelsregister ist nicht dieser Beschuß einzutragen, sondern einerseits die von der Verwaltung festgestellte Tatsache, daß das Kapital erhöht ist, andererseits die neue Kapitalklausel der Statuten. Die Vorschriften darüber, wie der Urkundsperson und dem Handelsregisterführer die Aufbringung des neuen Kapitals auszuweisen ist, sollten so gefaßt werden, daß die Eintragung erst nach wirklicher Durchführung der KE vorgenommen wird.

2. Das geltende Recht weist insofern eine empfindliche Lücke auf, als es generelle statutarische Ermächtigungen zu künftigen Kapitalerhöhungen ("genehmigtes Kapital") weder ausdrücklich zuläßt noch, für den Fall der Zulässigkeit, deren Schranken durch zwingende Vorschriften näher bestimmt.

3. Bei einer Änderung des Gesetzes stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen, auf denen die geltende Regelung der KE beruht, beizubehalten sind: Ist das neue Kapital überhaupt so zu behandeln, daß es mit dem [212] bisherigen Grundkapital zu einem neuen Grundkapital verschmilzt? Verneint man diese Frage, so wird zweierlei möglich:

Einmal können neue Kapitalbeteiligungen alter oder neuer Aktionäre gestützt auf selbständige Einzelakte begründet werden, so daß eine kontinuierliche Ausgabe neuer Aktien ohne notwendige Bindung an eine Gesamtkapitalziffer möglich wird.

Sodann kann es neben dem Grundkapital, das mit der Ausgabe von Aktien eine Einheit bildet, auch verantwortliches Eigenkapital ohne (volle) Mitgliedschaft, wie sie die Aktie vermittelt, geben – wofür das von der Praxis ausgebildete Partizipationsscheinkapital einen Ansatz bildet –; umgekehrt aber werden auch Aktien (mit voller Mitgliedschaft) möglich, die gar nicht aufgrund einer Kapitalbeteiligung ausgegeben werden, sondern aus andern Gründen, etwa gestützt auf Arbeitsleistung im Unternehmen der Gesellschaft.