
Marcel Küchler

Besondere Vorteile nach Art. 628 Abs. 3 OR

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	50
II.	Die besonderen Vorteile im Aktienrecht	50
III.	Die Rechtsnatur der besonderen Vorteile	51
	1. Vertragliche Vereinbarung	51
	2. Vereinbarung mit der Gesellschaft in Gründung	52
IV.	Materielle Voraussetzungen und Abgrenzungen	53
	1. Allgemein	53
	2. Personenbezogene Begünstigung	53
	3. Keine Unterscheidung nach der materiellen Rechtfertigung	54
	4. Besondere Begünstigung	54
	5. Vermögensrechtliche Belastung der Gesellschaft	55
	6. Inhalt und Wert	56
V.	Formelle Voraussetzungen	56
	1. Allgemein	56
	2. Zeitpunkt: Gründung oder Kapitalerhöhung	57
	3. Aufnahme in die Statuten	57
	4. Formzwang	57
	5. Gründungsbericht	58
	6. Prüfungsbestätigung	59
	7. Eintragung in das Handelsregister	59
	8. Qualifiziertes Entscheid-Quorum	59
VI.	Weitere Voraussetzungen	59
VII.	Beispiele besonderer Vorteile	60
VIII.	Einzelfragen	60
	1. Gründungskosten	60
	2. Übertragbarkeit der besonderen Vorteile	61
	3. Recht auf Gewinnbeteiligung als besonderer Vorteil?	61
	4. Dauer und Änderung besonderer Vorteile	62
	a) Dauer von besonderen Vorteilen	62
	b) Kein einseitige Änderung durch die Gesellschaft	63
	5. Durchsetzung besonderer Vorteile	63
	6. Andere Vorteile?	63
IX.	Löschung der besonderen Vorteile aus den Statuten	64

I. Einleitung

Nach Art. 628 Abs. 3 OR ist es bei der Gründung¹ einer Aktiengesellschaft möglich, zugunsten der «Gründer oder anderer Personen» besondere Vorteile auszubedingen, die nicht mit Aktien, bestimmten Aktienkategorien oder anderen Beteiligungspapieren verknüpft sind. Diese besonderen Vorteile (früher Gründervorteile genannt)² führen in Rechtsprechung und Lehre zum Aktienrecht ein eigentliches Mauerblümchendasein; auch in der Praxis sind sie selten³.

Eine Online-Abfrage im schweizerischen Handelsamtsblatt⁴ fördert für die letzten drei Jahre gerade einmal zwölf Erwähnungen (davon fünf im Zusammenhang mit verwandten Gesellschaften) von besonderen Vorteilen zutage:

- Ein Vorkaufsrecht (zu einem festgelegten Kaufpreis) auf Sacheinlagen und auf Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (7x);
- ein Anteil am Bilanzgewinn (1x);
- ein Honoraranteil an Geschäften, die noch vor Gründung der Gesellschaft durch den Gründer (Einzelfirma) eingeleitet wurden (1x);
- das Recht zur Zeichnung von Partizipationskapital zum Nennwert (1x); und
- die Streichung des entsprechenden Handelsregistereintrages (2x).

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit der Rechtsnatur der besonderen Vorteile, mit ihren materiellen Voraussetzungen und den formellen Anforderungen an ihre gültige Einräumung. Abschliessend sind verschiedene Einzelfragen zu diskutieren.

II. Die besonderen Vorteile im Aktienrecht

Die Möglichkeit, Gründern oder Dritten bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung besondere Vorteile einzuräumen, kennt das schweizerische Aktienrecht bereits seit dem Obligationenrecht von 1881⁵. Ihre Regelung hat über die Jahre keine

¹ Das Gleiche gilt nach Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR bei der Kapitalerhöhung.

² Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745, 854; FRANZ SCHENKER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 628 N 14.

³ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 1 N 314.

⁴ <http://www.shab.ch> (seit dem 1.3.2006 ist gemäss Verordnung SHAB die elektronisch veröffentlichte Fassung des schweizerischen Handelsamtsblattes massgeblich).

⁵ Vgl. dazu Art. 619 Abs. 1 aOR 1881 (in: URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, 1375).

grundlegenden Änderungen erfahren; sie gab weder im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1936, noch in der Revision von 1991 zu Diskussionen Anlass.

In der Revision von 1991 wurde einzig der Ingress von Art. 628 OR angepasst: Während unter altem Recht noch von «Gründervorteilen» die Rede war (die allerdings auch damals schon an Dritte und auch bei Kapitalerhöhungen ausbedungen werden konnten), ist nun durchwegs von «besonderen Vorteilen» die Rede⁶. Zusätzlich wurden – im Einklang mit Sacheinlage und Sachübernahme – die formellen Anforderungen an die Einräumung der besonderen Vorteile strenger gefasst⁷. Materiell hat sich die Regelung der besonderen Vorteile mit Inkrafttreten des Aktienrechts von 1991 hingegen nicht geändert⁸. Auch im Rahmen der anstehenden, grossen Aktienrechtsrevision sind im Bereich der besonderen Vorteile wiederum nur formelle Anpassungen vorgeschlagen⁹.

Im Rahmen der GmbH-Revision von 2005 wurde die Möglichkeit der Einräumung besonderer Vorteile sodann auch in das Recht der GmbH übernommen¹⁰.

III. Die Rechtsnatur der besonderen Vorteile

1. Vertragliche Vereinbarung

Art. 628 Abs. 3 OR ist eine Kapitalschutzvorschrift: Das Einräumen besonderer Vorteile an Gründer oder Dritte ist – neben der Sacheinlage und der Sachübernahme – ein Tatbestand der qualifizierten Gründung bzw. qualifizierten Kapitalerhöhung.¹¹ Während bei Sacheinlage und Sachübernahme der Wert der Kapitaleinlage zu einem grossen Teil Ermessenssache ist und deshalb die Gefahr einer bereits ungenügenden Einlage besteht, kann das Einräumen besonderer Vorteile umgekehrt zu einem Ab- oder Rückfluss der getätigten und an sich genügenden Einlagen führen¹². Das Gesetz

⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928, BBl 1928 I 205, 224 ff., und Botschaft 1991 (FN 2), 854 f.; Art. 619 Abs. 1 aOR 1881; Art. 628 und 651 aOR 1936.

⁷ Botschaft 1991 (FN 2), 858 f.

⁸ BGE 131 III 636 E. 2.2.

⁹ Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2.12.2005, 40.

¹⁰ Art. 777c OR; Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148, 3177 f.

¹¹ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 213; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Zürich 1981, § 10 N 6 und 92; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 2 ff.

¹² BGE 21, 549 E. 10; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 212 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 27; ALFRED SIEGWART, in: Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659 OR), Zürcher Kommentar, Bd. V/5a, hrsg. von AUGUST EGGER et al., Bern 1945, Art. 628 N 1.

verbietet diese Sachverhalte nicht, stellt aber zum Schutz der (übrigen) Aktionäre und Gläubiger an die qualifizierte Gründung besondere Anforderungen und verlangt eine transparente Offenlegung¹³.

Damit ist aber zur Rechtsnatur der besonderen Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR noch nichts gesagt; aus der Bestimmung lässt sich einzig schliessen, dass solche Vorteile eingeräumt werden können. In Frage kommt einerseits die rein körperschaftliche Natur der besonderen Vorteile, wobei in diesem Fall der Anspruch des Begünstigten allein aus deren Festschreibung in den Statuten fliessen würde; – gleich wie dem Aktionär seine Mitgliedschaftsrechte allein aus seiner Eigenschaft als Aktionär und nicht aus Vereinbarung mit der Gesellschaft zustehen. Andererseits kommt für die besonderen Vorteile eine vertragsrechtliche Natur auf der Basis einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Begünstigten und der (sich in Gründung befindenden) Gesellschaft in Frage (wenn auch der Inhalt der Vorteile durchaus körperschaftlicher Natur sein kann)¹⁴.

Letzteres ist der Fall. Das Bundesgericht spricht in Bezug auf die besonderen Vorteile von «derartigen Vereinbarungen»¹⁵ bzw. «Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Berechtigten zur Begründung solcher Vorteile»¹⁶. Das Gleiche lässt sich aus dem Gesetz ableiten: Bei den verwandten Sachverhalten der Sacheinlage und der Sachübernahme spricht das Gesetz jeweils ausdrücklich von «Vertrag»¹⁷. Sowohl bei der Sacheinlage als auch bei der Sachübernahme handelt es sich somit um Geschäfte auf vertraglicher Grundlage¹⁸. An der vertragsrechtlichen Natur dieser Vereinbarungen ändert sich auch durch die Aufnahme in die Statuten und das Handelsregister nichts¹⁹. Die bedingt notwendige Aufnahme in die Statuten ist bloss formelle körperschaftsrechtliche Gültigkeitsvoraussetzung²⁰.

Aufgrund dieser vertragsrechtlichen Natur sind die besonderen Vorteile denn auch als personenbezogen zu bezeichnen²¹.

2. Vereinbarung mit der Gesellschaft in Gründung

Als vertragliche Vereinbarung gelten auch für die Einräumung besonderer Vorteile die Bestimmungen von Art. 645 OR betreffend die im Namen der zu bildenden Gesell-

¹³ BGE 21, 549 E. 10; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 249; FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 8.

¹⁴ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 95 ff.

¹⁵ BGE 21, 549 E. 10.

¹⁶ BGE 131 III 636 E. 2.2 am Ende.

¹⁷ Art. 631 Abs. 2 und Art. 634 Ziff. 1 OR.

¹⁸ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 49 und 77.

¹⁹ FORSTMOSER (FN 11), § 7 N 46 f.; BGE 75 II 149 E. 2a (in Bezug auf Tantiemen gemäss Art. 677 OR).

²⁰ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 49 und 77.

²¹ Vgl. nachfolgend Ziff. IV.2.; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 226; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 25; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 17.

schaft eingegangen Verpflichtungen. Durch die Aufnahme in die Statuten wird die Vereinbarung zugleich mit der Eintragung in das Handelsregister im Sinne von Art. 645 Abs. 2 OR von der Gesellschaft übernommen. Zuvor haften die Gründer gemäss Art. 645 Abs. 1 OR dem durch die besonderen Vorteile Begünstigten persönlich und solidarisch²². Bei der Einräumung besonderer Vorteile ist allerdings in der Regel von einem durch die Gründung der Gesellschaft bedingten Geschäft auszugehen.

IV. Materielle Voraussetzungen und Abgrenzungen

1. Allgemein

Die gesetzliche Regelung befasst sich nur am Rande mit den inhaltlichen und materiellen Aspekten der besonderen Vorteile; der Fokus des Gesetzes liegt auf den formellen Voraussetzungen. Die materiellen Voraussetzungen der besonderen Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR sind deshalb durch Auslegung unter Rückgriff auf Lehre und Rechtsprechung herauszuarbeiten.

2. Personenbezogene Begünstigung

Die besonderen Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR sind personenbezogene Begünstigungen oder Privilegien, d.h. sie werden immer zugunsten einer bestimmten Person eingeräumt²³. Diese Person braucht dabei nicht Aktionär oder Inhaber sonstiger Beteiligungsrechte zu sein²⁴.

Die Personenbezogenheit grenzt die besonderen Vorteile somit von Begünstigungen ab, die mit Aktien, einer bestimmten Aktienkategorie (z.B. Vorzugs- und Stimmrechtsaktien) oder sonstigen Beteiligungsrechten eingeräumt werden können. Solche Begünstigungen sind im Gegensatz zu den besonderen Vorteilen körperschaftlicher Natur und stehen, von der Person unabhängig, dem jeweiligen Inhaber der Aktien oder Beteiligungsrechte zu²⁵. Die Personenbezogenheit grenzt die besonderen Vorteile aber auch von Rechten ab, die im Zusammenhang mit der Erfüllung organschaftlicher Funktionen stehen: wie die Gewinnanteile für die Mitglieder des Verwaltungsrats.

²² FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 86 f.

²³ Dies folgt bereits aus der vertragsrechtlichen Natur der besonderen Vorteile (vgl. oben Ziff. III.1.). Art. 628 Abs. 3 OR; ROBERT MEIER, *Die Aktiengesellschaft*, 3. Aufl., Zürich 2005, N 4.32.

²⁴ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 226; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 17.

²⁵ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 105; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 25; MEIER (FN 23), N 4.32; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 14 und 17; GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR*, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 650 N 24.

tes (Tantiemen) oder die Entschädigung für Verwaltungsrats- und Geschäftsführungsaufgaben²⁶. Anders gesagt liegen keine besonderen Vorteile vor, wenn die entsprechenden Begünstigungen aus den Aktien oder sonstigen Beteiligungsrechten oder aus der Funktion als Organ der Gesellschaft fließen²⁷.

3. Keine Unterscheidung nach der materiellen Rechtfertigung

Als Grund für die Einräumung besonderer Vorteile wird in der Lehre häufig die besondere Entschädigung für persönliche Verdienste, Tätigkeiten oder den Einsatz im Zusammenhang mit der Gründung (oder der Kapitalerhöhung) genannt²⁸. Was unter Verdienst, Tätigkeit oder Einsatz im Zusammenhang mit der Gründung, die nach einer besonderen Entschädigung ruft, zu verstehen ist, wird nie weiter ausgeführt. Dass die besonderen Vorteile eine Entschädigung für solche Verdienste, Tätigkeiten oder Einsatz darstellen, ist allerdings nicht zwingend. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts macht das Gesetz keine Unterscheidung hinsichtlich der materiellen Begründung der besonderen Vorteile²⁹. Besondere Vorteile können deshalb z.B. auch zur Bevorzugung von Familienaktionären³⁰ oder zu gemeinnützigen Zwecken (z.B. Zuwendungen an eine gemeinnützige Stiftung) eingeräumt werden.

4. Besondere Begünstigung

Als nächstes stellt sich die Frage, worin die Besonderheit der Begünstigung bei den besonderen Vorteilen liegt. Meist wird hier – recht unbestimmt – verlangt, dass es sich eben um eine Zuwendung handeln müsse, die eine Privilegierung für den Begünstigten beinhalte³¹. Die Unterscheidung kann allerdings nicht dahin gehen, dass eine entsprechende Begünstigung nur dann vorliegt, wenn sie nur einzelnen Personen zukommt. Dies würde dem Kapitalschutzcharakter von Art. 628 Abs. 3 OR widersprechen. Denn auch wenn besondere Vorteile beispielsweise allen Aktionären oder Gründern eingeräumt werden (und somit keine Privilegierung einzelner Personen vorliegt), kann dadurch die Vermögensgrundlage der Gesellschaft gefährdet sein³². Aus dem gleichen Grund erscheint auch die Unterscheidung nach einem gewöhnlichen oder aussergewöhnlichen Inhalt der besonderen Vorteile nicht sinnvoll; auch eine simple, einmalige Geldleistung greift in das Vermögen der Gesellschaft ein.

²⁶ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 106.

²⁷ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 91.

²⁸ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 91 und 105; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 24; MEIER (FN 23), N 4.31.

²⁹ BGE 21, 549 E. 11.

³⁰ MEIER (FN 23), N 4.31.

³¹ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 92; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 26.

³² So auch FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 108.

Die aussergewöhnliche Grösse der Begünstigung wiederum dürfte mit der Angemessenheit³³ der besonderen Vorteile im Widerspruch stehen³⁴.

Das Kriterium der Besonderheit ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass die Vorteile sich eben nicht aus Aktien, einer bestimmten Aktienkategorie oder sonstigen Beteiligungsrechten ergeben, sondern dem Begünstigten unabhängig davon zustehen³⁵. Der Begriff der Besonderheit der Begünstigung ist somit grundsätzlich mit dem Begriff der Personenbezogenheit der Begünstigung³⁶ deckungsgleich.

5. Vermögensrechtliche Belastung der Gesellschaft

Eine solche besondere Begünstigung fällt allerdings nur dann unter den Begriff des besonderen Vorteils im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR, wenn darin zugleich eine Belastung der Gesellschaft liegt³⁷. Aufgrund der Natur von Art. 628 Abs. 3 OR als Kapitalschutzvorschrift bezieht sich der Begriff der Belastung bei den besonderen Vorteilen auf vermögensrechtliche Belastungen³⁸. Denn nur bei vermögensrechtlichen Belastungen besteht die unmittelbare Gefahr eines Vermögensabflusses, vor dem es die Kapitaleinlage zu schützen gilt. Auch die Botschaft zum Aktienrecht von 1936 spricht im Zusammenhang mit den besonderen Vorteilen von «Vermögensvorteile[n], die bei der Gründung [...] Dritter eingeräumt wurden»³⁹. Vorteile, welche die Gesellschaft nicht vermögensrechtlich belasten, fallen somit nicht unter den Begriff der besonderen Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR. Dies unbesehen, ob es sich um eine besondere Begünstigung im oben genannten Sinn handelt.

Dies bedeutet eine Begrenzung des Begriffs der besonderen Vorteile in zweierlei Hinsicht: Einerseits liegt dann kein besonderer Vorteil im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR vor, wenn die von der Gesellschaft erbrachte Leistung ein Entgelt für eine ihr nach der Gründung (z.B. in der Form von Arbeit) zufließende Leistung darstellt⁴⁰. Andererseits liegt kein besonderer Vorteil im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR vor, wenn der eingeräumte Vorteil das eingelegte Kapital der Gesellschaft nicht tangiert.

So fällt beispielsweise ein zugunsten eines Gründers eingeräumtes Konkurrenzverbot nur dann unter den Begriff des besonderen Vorteils, wenn das Vermögen der Gesellschaft den mit dem Konkurrenzverbot beschnittenen Kundenkreis reflektiert (*Goodwill*)⁴¹. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Unternehmen als Sacheinlage

³³ Art. 635 Ziff. 3 OR.

³⁴ Zu Abgrenzungen in diesem Sinne vgl. SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 62 f.

³⁵ So auch SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 61.

³⁶ Vgl. oben Ziff. IV.2.

³⁷ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 93 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 27.

³⁸ So auch das Bundesgericht, das von «solche[n] Vorteile[n] vermögensrechtlicher Art» spricht (BGE 131 III 636 E. 2.2); SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 15.

³⁹ Botschaft 1936 (FN 6), 227.

⁴⁰ BGE 131 III 636 E. 2.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 26.

⁴¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 13.

in die neue Gesellschaft eingebracht wird, dessen Wert auch den Kundenstamm umfasst. Anders, wenn allein Sachwerte eingebracht werden.

6. Inhalt und Wert

In engem Zusammenhang mit der Belastung der Gesellschaft stehen Inhalt und Wert einer Begünstigung; auch die Anforderung, wonach Inhalt und Wert der besonderen Vorteile in den Statuten und im Handelsregister genau anzugeben sind, lässt auf die vermögensrechtliche Natur der einzuräumenden Begünstigungen schliessen⁴². Während sich der Inhalt einer Begünstigung einigermaßen problemlos umschreiben lässt, ist dessen Bewertung nicht in jedem Fall unproblematisch. Es ist grundsätzlich der Gegenwartswert einer Begünstigung, d.h. der abgezinste Wert der (künftigen) Begünstigung anzugeben⁴³.

Kommt einer solchen Begünstigung kein bestimmbarer Wert zu, besteht die Gefahr eines unkontrollierten Vermögensabflusses. Zudem kann in einem solchen Fall auch die Frage der Angemessenheit der Begünstigung⁴⁴ nicht beantwortet werden. Eine solche Begünstigung kann somit nicht gültig als besonderer Vorteil im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR eingeräumt werden.

Kommt der Begünstigung hingegen gar kein Wert in einem vermögensrechtlichen Sinn zu, ist damit noch nichts darüber gesagt, ob die Gesellschaft sich auf vertraglicher Basis gegenüber der begünstigten Person zu der besagten Leistung verpflichten kann. Zumindest aber verlangt hier das Gesetz nicht die formellen Voraussetzungen der Einräumung besonderer Vorteile.

V. Formelle Voraussetzungen

1. Allgemein

Das Gesetz sieht zum Schutz der Kapitaleinlagen (und damit zum Schutz der Gesellschaft, der aktuellen und künftigen Aktionäre sowie der Gläubiger) bestimmte (formelle) Sicherungen vor, die bei der Einräumung besonderer Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR einzuhalten sind⁴⁵. Werden diese Sicherungen nicht eingehalten oder missachtet, liegt ein Verstoß gegen die Kapitalschutzvorschriften vor und die Einräumung der besonderen Vorteile ist nichtig⁴⁶. In Bezug auf die handelnden bzw.

⁴² Vgl. Art. 628 Abs. 3, Art. 642 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 15.

⁴³ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 227.

⁴⁴ Art. 635 Ziff. 3 OR.

⁴⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 8 und 37; SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 1 f.

⁴⁶ Art. 706b Ziff. 3 OR; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 227.

beteiligten Organe knüpft das Gesetz an diese Sicherungen die Sanktion der Gründungshaftung⁴⁷.

2. Zeitpunkt: Gründung oder Kapitalerhöhung

Besondere Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR können Gründern und Dritten nur im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft oder im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung gültig eingeräumt werden⁴⁸.

Schwierig kann deshalb die Abgrenzung zu vertraglichen Begünstigungen sein, welche die Gesellschaft Aktionären oder Dritten im Verlauf ihres Bestehens nach der Gründung und unabhängig von einer Kapitalerhöhung einräumt. Denn im Rahmen der Privatautonomie dürfen der Gesellschaft selbst Schenkungen an Dritte grundsätzlich nicht verwehrt sein – unbesehen der haftungsrechtlichen Konsequenzen für die entscheidenden Organe⁴⁹. Grundsätzlich ist hier auf die Praxis im Zusammenhang mit der Sachübernahme Bezug zu nehmen: Wird das Rechtsgeschäft (z.B. eine Schenkung) unmittelbar nach der Gründung vollzogen oder ist dieses Rechtsgeschäft bereits im Voraus geplant oder seine Ausführung im Zeitpunkt der Gründung bereits absehbar, so sind die Vorschriften der qualifizierten Gründung einzuhalten⁵⁰; andernfalls ist das Rechtsgeschäft nichtig und entsprechend rückgängig zu machen.

3. Aufnahme in die Statuten

Die Einräumung besonderer Vorteile ist nur gültig, wenn die begünstigten Personen sowie der gewährte Vorteil nach Inhalt und Wert in den Statuten genau aufgeführt sind⁵¹.

4. Formzwang

Es stellt sich sodann die Frage, ob das Gesetz für die Vereinbarung über die Einräumung besonderer Vorteile wie für den Sacheinlagevertrag und den Sachübernahmevertrag mindestens die Form der einfachen Schriftlichkeit verlangt⁵². Das Gesetz schweigt; auch das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen⁵³.

⁴⁷ Art. 753 OR; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 228.

⁴⁸ Art. 628 Abs. 3 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR; FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 102; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 24; SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 69.

⁴⁹ In Frage kommt die Organhaftung, aber auch die Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR.

⁵⁰ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 220 m.w.H.

⁵¹ Art. 627 Ziff. 9, Art. 628 Abs. 3 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 OR; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 249.

⁵² Art. 634 Ziff. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 38 f.; SCHENKER (FN 2), Art. 634 N 4.

⁵³ BGE 131 III 636 E. 2.2 am Ende.

Das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit ist zu bejahen – zugleich allerdings zu relativieren: Den besonderen Vorteilen steht als besondere Begünstigung des Adressaten keine Leistung des Begünstigten an die Gesellschaft gegenüber. Die Aufnahme in die Statuten genügt damit zugleich der Form der einfachen Schriftlichkeit, weil nur die Gesellschaft verpflichtet wird⁵⁴. Die Statutenbestimmung erfüllt diesfalls das formelle körperschaftliche Publizitätserfordernis und ist zugleich – als unechter Statutenbestandteil⁵⁵ – vertragliche Vereinbarung. Liegt hingegen ein schriftlicher Vertrag vor, ist dieser dem Errichtungsakt beizulegen⁵⁶. Bei gemischten Geschäften ist ein schriftlicher Vertrag auch als Grundlage des Gründungsberichts (und der darauf gestützten Prüfungsbestätigung) vorzusetzen.

5. Gründungsbericht

Die Gründer haben in einem schriftlichen Bericht Rechenschaft zu geben über die Begründung und die Angemessenheit der besonderen Vorteile⁵⁷. Bei diesem Gründungsbericht handelt es sich um eine Tatsachendarstellung, in welchem die Gründer ihre Gründe für die Einräumung der besonderen Vorteile angeben und darlegen, weshalb diese angemessen sind⁵⁸. Die Angemessenheit der besonderen Vorteile bezieht sich dabei unter anderem auf deren Inhalt und Wert. Für letzteren ist wiederum die Bewertungsmethode anzugeben⁵⁹.

Im Zusammenhang mit den besonderen Vorteilen darf der Begriff der Angemessenheit allerdings nicht zu eng verstanden werden, soweit es nicht um die Abgeltung konkreter Leistungen geht. Auch besondere Vorteile zu gemeinnützigen Zwecken oder Bevorzugung der Familienaktionäre können angemessen sein. Dies ist insbesondere der Fall bei Leistungen, welche die Kapitaleinlage voraussichtlich nicht schmälern, weil sie sich aus allfälligen künftig erarbeiteten Gewinnen finanzieren sollen. Zudem hat sich die Frage der Angemessenheit auch am Zweck der Gesellschaft zu orientieren; so kann bei einer nicht gewinnorientierten Gesellschaft die vollständige Ausschüttung des Gewinns an Dritte zu gemeinnützigen Zwecken durchaus angemessen sein, während dies bei einer gewinnorientierten Gesellschaft nicht der Fall wäre.

⁵⁴ Art. 13 OR

⁵⁵ FORSTMOSER (FN 11), § 7 N 43 ff.

⁵⁶ Art. 631 Abs. 2 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 39a.

⁵⁷ Art. 635 Ziff. 3 und Art. 652e Ziff. 5 OR.

⁵⁸ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 232.

⁵⁹ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 233; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 45 ff.

6. Prüfungsbestätigung

Der Bericht ist von einem Revisor zu prüfen; dieser bestätigt, dass der Bericht vollständig und richtig ist. Der Gründungsbericht ist dabei auf seine Vollständigkeit und formelle Richtigkeit hin zu prüfen. Sodann müssen, in materieller Hinsicht, die Aussagen im Gründungsbericht mindestens vertretbar sein⁶⁰.

7. Eintragung in das Handelsregister

Inhalt und Wert der besonderen Vorteile sind sodann in das Handelsregister einzutragen⁶¹.

8. Qualifiziertes Entscheid-Quorum

Bei der Einräumung besonderer Vorteile bei der Gründung steht ein Entscheid-Quorum nicht in Frage, weil die Gründung einstimmig erfolgt. Hingegen bedarf es bei der Einräumung besonderer Vorteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte⁶².

VI. Weitere Voraussetzungen

Die Einräumung der besonderen Vorteile darf sodann nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 19 f. OR sein. In Fragen kommen vor allem weitere zwingende Bestimmungen des Aktienrechts, aber auch des Privat- und des öffentlichen Rechts. So ist beispielsweise der Revisionsstelle zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit die Annahme besonderer Vorteile untersagt⁶³. Ebenso sind besondere Vorteile ungültig, die den Bestimmungen von Art. 675 OR (Zusicherung von Zinsen) und Art. 678 OR (Kapitalrückgewähr) widersprechen⁶⁴.

⁶⁰ Art. 635a und Art. 652f OR; BÖCKLI (FN 3), § 1 N 239 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 49 ff.

⁶¹ Art. 642 OR.

⁶² Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR

⁶³ Art. 728 Abs. 2 Ziff. 7 OR.

⁶⁴ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 100.

VII. Beispiele besonderer Vorteile

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich bei besonderen Vorteilen im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR um Begünstigungen vermögensrechtlicher Art handeln muss, die zugleich eine (potentielle) vermögensrechtliche Belastung der Kapitaleinlage darstellen. Diese Begünstigungen können «mannigfaltige Formen annehmen und auch in künftigen periodischen Leistungen bestehen»⁶⁵. Zu nennen sind etwa:⁶⁶

- Wohn- und Benutzungsrechte an Anlagen der Gesellschaft;
- Vorkaufsrechte zu einem festgesetzten Preis;
- besondere Bezugsrechte für Aktien und Partizipationsscheine;
- Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen der Gesellschaft;
- Anstellungsgarantien;
- Gründerrenten;
- Wettbewerbsbeschränkungen zulasten der Gesellschaft; oder
- Liquidationsanteile.

Grundsätzlich ist aber im Einzelfall zu klären, ob für eine vorgesehene Begünstigung die Vorschriften der qualifizierten Gründung einzuhalten sind bzw. ob diese Begünstigung überhaupt eingeräumt werden kann.

VIII. Einzelfragen

1. Gründungskosten

Die Gründungskosten (bzw. entsprechend die Kapitalerhöhungskosten) beinhalten den Aufwand, der bei der Gründung der Gesellschaft entsteht wie Beratungshonorare, Gebühren und Spesen sowie die Stempelsteuer⁶⁷. Aber auch das Entgelt, das einem Gründer für dessen Leistungen bei der Gründung gewährt wird⁶⁸. In der Lehre wird vertreten, diese Kosten, soweit in bescheidenem Rahmen, müssten nicht als besondere Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR in die Statuten und das Handelsregister aufgenommen werden⁶⁹. Dem ist nur mit Einschränkungen zuzustimmen: Denn die von der Gesellschaft in diesem Fall erbrachte Leistung ist kein Entgelt für

⁶⁵ BGE 131 III 636 E. 2.2 am Anfang; FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 95; MEIER (FN 23), N 4.32.

⁶⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 26; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 15; BÖCKLI (FN 3), § 12 N 510.

⁶⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 50 N 244.

⁶⁸ BGE 21, 549 E. 11; SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 63.

⁶⁹ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 107; SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 63.

eine ihr nach der Gründung zufließende Gegenleistung⁷⁰; die erbrachte Leistung – unabhängig von ihrer Grösse – schmälert somit direkt das eingelegte Kapital⁷¹. Soweit allerdings die Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Gründung von der Gesellschaft gemäss Art. 645 Abs. 2 OR übernommen und als Gründungskosten gemäss Art. 664 OR in der Bilanz aktiviert werden⁷², fallen sie grundsätzlich unter die Bestimmungen über die Sachübernahme, die allerdings nur «Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung»⁷³ erfassen. Ob auch bei den besonderen Vorteilen diese Regel Anwendung finden sollte, wäre zu diskutieren.

2. Übertragbarkeit der besonderen Vorteile

Die Ansprüche aus besonderen Vorteilen gemäss Art. 628 Abs. 3 OR sind – wie gezeigt⁷⁴ – vertragsrechtlicher Natur. Ihre Übertragung folgt daher grundsätzlich den allgemeinen Regeln über die Abtretung von Forderungen⁷⁵. Die zugrunde liegende Vereinbarung oder die Natur der besonderen Vorteile können eine Übertragung ausschliessen. Ein vertragliches Abtretungsverbot an Dritte liegt beispielsweise vor, wenn die besonderen Vorteile nur Aktionären zukommen sollen.

3. Recht auf Gewinnbeteiligung als besonderer Vorteil?

Häufig wird als Beispiel für besondere Vorteile das Recht auf Gewinnbeteiligung genannt⁷⁶. Dies gilt allerdings nur für im Betrag fixierte Gewinnbeteiligungen; anteilmässige Beteiligungen am Reingewinn oder an den ausgeschütteten Dividenden hingegen stellen keine besonderen Vorteile im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR dar. Auf der einen Seite fehlt es hier an der Belastung des eingelegten Kapitals, andererseits können besondere Vorteile dieser Art mangels bestimmbarer Werts gar nicht gültig eingeräumt werden⁷⁷. Im Zeitpunkt der Gründung dürfte die Höhe der künftigen Gewinne nicht zuverlässig abschätzbar sein. Dies schliesst jedoch eine vertragliche Vereinbarung der Gesellschaft mit Gründern, Aktionären oder Dritten über eine Gewinnbeteiligung nicht aus; weil eine solche Vereinbarung keine Belastung des eingelegten Kapitals darstellt, ist sie auch ohne Einhaltung der Form der qualifizierten

⁷⁰ BGE 131 III 363 E. 2.2.

⁷¹ Auch das Bundesgericht geht in BGE 21, 549 E. 11 davon aus, dass die Gründungskosten in den Statuten und dem Handelsregister als besondere Vorteile aufzuführen sind.

⁷² FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 50 N 235 ff.

⁷³ BGE 83 II 284 E. 3c.

⁷⁴ Vgl. oben Ziff. III.1.

⁷⁵ Art. 164 ff. OR.

⁷⁶ FORSTMOSE (FN 11), § 10 N 97; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 11), § 15 N 26; MEIER (FN 23), N 4.32; SCHENKER (FN 2), Art. 628 N 15; SIEGWART (FN 12), Art. 628 N 67.

⁷⁷ Vgl. oben Ziff. IV.6.

Gründung grundsätzlich gültig. Es gelten dabei die allgemeinen zwingenden gesetzlichen Schranken⁷⁸.

Soll die Beteiligung allerdings in einem Anteil an den ausgeschütteten Dividenden bestehen, empfiehlt sich die Ausgestaltung dieses Rechts in der Form von Vorzugsaktien⁷⁹. Denn die Gesellschaft hat bei der konkreten Festsetzung der Dividende einen sehr weiten Spielraum⁸⁰; ein Anspruch auf Festsetzung einer bestimmten Mindestdividende besteht grundsätzlich nicht. Die Generalversammlung kann aus dem Bilanzgewinn Einlagen in statutarische Reserven machen oder zu anderen nach Gesetz und Statuten zulässigen Zwecken verwenden⁸¹; dem Berechtigten bleiben als Aktionär einerseits die nicht ausgeschütteten Beträge im inneren Wert seiner Aktien erhalten, zudem stehen ihm die anderen aktienrechtliche Mitwirkungsrechte und die Anfechtungsklage gegen Dividendenbeschlüsse offen. Bloss vertraglich berechnete Dritte haben weder den Vorteil des inneren Aktienwertes noch sind sie zur Anfechtungsklage legitimiert⁸². Eine Forderungsklage auf vertraglicher Grundlage ist aufgrund des weiten Spielraumes der Gesellschaft bei der Dividendenfestsetzung ebenfalls wenig erfolgversprechend.

4. Dauer und Änderung besonderer Vorteile

a) Dauer von besonderen Vorteilen

Die Frage der Dauer stellt sich nicht bei besonderen Vorteilen, die sich in einer einmaligen Leistung erschöpfen. Handelt es sich jedoch um wiederkehrende Leistungen – was in der Regel der Fall sein dürfte –, gelten die allgemeinen Grundsätze über die Dauerschuldverhältnisse: So ist zunächst zu fragen, ob es sich um ein befristetes oder ein unbefristetes Verhältnis handelt. Die Befristung kann sich einerseits aus der Dauer der Gesellschaft⁸³ oder andererseits aus der Vereinbarung der besonderen Vorteile selbst ergeben. Ist hinsichtlich der Dauer der besonderen Vorteile nichts vereinbart, ist weiter zu prüfen, ob die Parteien die einseitige Kündigung der besonderen Vorteile zulassen wollten (falls ja, zu welchen Bedingungen und mit welcher Kündigungsfrist) oder die Kündigung ausgeschlossen haben. Haben die Parteien die Kündigung ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen, ist weiterhin das zwingende Recht zur

⁷⁸ Vgl. oben Ziff. VI.

⁷⁹ Art. 654 f. OR.

⁸⁰ MARKUS NEUHAUS/PETER ILG, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 660 N 9 f.; WALTER R. SCHLUEP, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs, Diss. Zürich 1955, 61 ff.

⁸¹ Art. 674 OR; SAG 1975, 105 und 106.

⁸² DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 706 N 4; SCHLUEP (FN 80), 291.

⁸³ Art. 736 OR.

Kündigung aus wichtigem Grund und die Grenze von Art. 27 ZGB (insbes. das Verbot ewiger Verträge) zu beachten⁸⁴.

b) Kein einseitige Änderung durch die Gesellschaft

Wie bei allen Vertragsverhältnissen ist eine einseitige Änderung in der Regel ausgeschlossen. Weder der Begünstigte (obwohl er im Einzelfall auf die Leistung verzichten kann) noch die Gesellschaft kann die besonderen Vorteile einseitig ändern oder gar aufheben. Die Gesellschaft kann zwar grundsätzlich durch Generalversammlungsbeschluss die betreffende Statutenbestimmung anpassen; dies ändert allerdings an der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung nichts. Die Änderung dieser Vereinbarung ist nur mit Zustimmung des Begünstigten möglich. Es handelt sich dabei nicht um ein Vetorecht in Bezug auf die Statutenänderung, das aufgrund der körperschaftlichen Kompetenzverteilung⁸⁵ nichtig wäre, sondern um einen rein vertragsrechtlichen Grundsatz.

5. Durchsetzung besonderer Vorteile

Wie irgendein Drittgläubiger kann der Begünstigte gegen die Gesellschaft auf Erfüllung der in den besonderen Vorteilen eingeräumten Rechte klagen. Er ist dabei nicht auf körperschaftliche Rechtsbehelfe wie die aktienrechtliche Anfechtungsklage verwiesen⁸⁶.

6. Andere Vorteile?

Wie ausgeführt, handelt es sich bei den besonderen Vorteilen im Sinne von Art. 628 Abs. 3 OR um vermögensrechtliche Begünstigungen, die in das eingelegte Kapital eingreifen. Kann aber die Gesellschaft Gründern, Aktionären oder Dritten andere Vorteile einräumen, die nicht unter diesen Begriff der besonderen Vorteile fallen? Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen; wie bei der Einräumung besonderer Vorteile sind bei der Vereinbarung anderer Begünstigungen die Grenzen des zwingenden Rechts zu beachten⁸⁷. Insbesondere kann sich die Gesellschaft auf vertraglicher Ebene nicht über die Kompetenzverteilung ihrer Organe oder über die Grundprinzipien des Aktienrechts hinwegsetzen. Die Zusicherung eines Sitzes im Verwaltungsrat wäre genauso nichtig wie Mitbestimmungs- und Vetorechte von Nichtaktionären⁸⁸.

⁸⁴ Vgl. dazu (im Zusammenhang mit Lizenzverträgen) WERNER STIEGER, Zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, in: sic! 1999, 3 ff., 11 ff.

⁸⁵ Art. 698 Abs. 2 OR.

⁸⁶ FORSTMOSER (FN 11), § 7 N 49.

⁸⁷ Vgl. oben Ziff. VI.

⁸⁸ FORSTMOSER (FN 11), § 10 N 100.

Der Anwendungsbereich für solche Vorteile dürfte gerade aus letzterem Grund relativ eng sein. Denkbar sind etwa die bereits genannte anteilmässige Beteiligung am Reingewinn oder an den ausgeschütteten Dividenden sowie Vorkaufsrechte an Sacheinlagen zu einem noch nicht bestimmten Preis bzw. künftigen Marktpreis.

IX. Löschung der besonderen Vorteile aus den Statuten

Gemäss Art. 628 Abs. 4 OR kann die Generalversammlung nach zehn Jahren die Bestimmungen der Statuten über Sacheinlagen oder Sachübernahmen aufheben. Die Statutenbestimmungen über die besonderen Vorteile finden darin keine Erwähnung. Zumindest sinngemäss muss diese Gesetzesbestimmung allerdings auch auf die besonderen Vorteile bzw. die entsprechenden Statutenbestimmungen Anwendung finden, denn es geht sowohl bei den Regeln über die Sacheinlagen und die Sachübernahmen als auch bei den Regeln über die besonderen Vorteile um das gleiche Ziel des Kapitalschutzes. Ist dieses bei ersteren Sachverhalten nach zehn Jahren nicht mehr relevant, muss dies auch bei den besonderen Vorteilen gelten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die zehn Jahre bei den besonderen Vorteilen nicht mit dem Zeitpunkt der Gründung zu laufen beginnen, sondern erst ab dem Zeitpunkt ihrer Beendigung⁸⁹.

⁸⁹ BÖCKLI (FN 3), § 1 N 252.