
Wirtschaftsrecht II

(Gesellschaftsrecht)

Vorlesung an der Universität Bern
Wintersemester 1998/99
(Version vom 7. Mai 2001)

Aufgezeichnet und bearbeitet von

Marcel Küchler

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Allgemeine Vorbemerkungen.....	1
2 Die Personengesellschaften	5
2.1 Die einfache Gesellschaft.....	5
2.1.1 Der Begriff	5
2.1.2 Das Innenverhältnis	7
2.1.3 Das Aussenverhältnis (Vertretung: „Geschäftsführung“ nach aussen)	8
2.1.4 Beendigung der Gesellschaft.....	9
2.1.5 Eintritt, Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern.....	9
2.1.6 Die wirtschaftliche Bedeutung der einfachen Gesellschaft	10
2.1.7 Exkurs: Die stille Gesellschaft	13
2.2 Die Kollektivgesellschaft.....	14
2.2.1 Der Begriff	14
2.2.2 Das Innenverhältnis	15
2.2.3 Das Aussenverhältnis.....	16
2.2.4 Die Beendigung der Kollektivgesellschaft.....	17
2.2.5 Ausschluss und Ausscheiden von Gesellschaftern.....	18
2.2.6 Die praktische Bedeutung der Kollektivgesellschaft.....	19
2.3 Die Kommanditgesellschaft	20
2.3.1 Der Begriff	20
2.3.2 Das Innenverhältnis	21
2.3.3 Das Aussenverhältnis.....	22
2.3.4 Beendigung der Gesellschaft und Gesellschafterwechsel	22
2.3.5 Die praktische Bedeutung der Kommanditgesellschaft	22
2.3.6 Exkurs: Die Kommanditaktiengesellschaft.....	23
3 Die juristischen Personen.....	24
3.1 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	24
3.1.1 Der Begriff	24
3.1.2 Stammeinlage und Haftung für Gesellschaftsschulden	24
3.1.3 Die Organisation der Gesellschaft	25
3.1.4 Gründung, Statutenänderungen und Kapitalveränderungen	27
3.1.5 Anspruch auf Gewinnanteil	28
3.1.6 Übertragung von Gesellschaftsanteilen	28
3.1.7 Beendigung der GmbH, Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern.....	29
3.1.8 Die Verweisungen auf das Aktienrecht	29
3.1.9 Die praktische Bedeutung der GmbH / Gründe für die gesteigerte Attraktivität.....	30
3.2 Die Genossenschaft	33
3.2.1 Der Begriff	33
3.2.2 Die Gründung der Genossenschaft	34
3.2.3 Die Organisation der Genossenschaft	35
3.2.4 Die Stellung der Genossenschafter	36
3.2.5 Kapitalveränderungen.....	38
3.2.6 Beendigung der Genossenschaft (Art. 911 OR)	38
3.2.7 Besondere Arten von Genossenschaften	38
3.2.8 Die wirtschaftliche Bedeutung der Genossenschaft.....	39

3.3	Die Aktiengesellschaft	40
3.3.1	Begriff und Wesen der AG	40
3.3.2	Die Gründung der AG	43
3.3.3	Aktienkapital, Kapitalerhöhung und -herabsetzung, Bezugsrecht.....	50
3.3.4	Die Organe der Aktiengesellschaft	64
3.3.5	Die Rechtsstellung des Aktionärs	87
3.3.6	Die Rechnungslegung	94
3.3.7	Rechtsschutz.....	101
3.3.8	Liquidation	110
4	Eingriffe des Börsengesetzes in das Gesellschaftsrecht	112
4.1	Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)...	112
4.2	Rechnungslegungsvorschriften und Ad hoc-Publizität	112
4.3	Meldepflicht für Beteiligungen.....	113
4.4	Angebotspflicht/Austrittsrecht	114
4.5	Kompetenzen des Verwaltungsrats bei einem Kaufangebot.....	114
4.6	Recht auf Ausschluss ("Squeeze out")	115
5	Fusion, Spaltung, Umwandlung, Sitzverlegung	116
5.1	Fusion	116
5.1.1	Die echte Fusion (Art. 748 f. OR).....	116
5.1.2	Die unechte Fusion und die Quasifusion	119
5.2	Spaltung.....	119
5.3	Umwandlung	120
5.4	Vermögensübertragung.....	120
5.5	Fusion und Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts	121
5.6	Sitzverlegung sowie die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung	122
5.6.1	Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz	122
5.6.2	Sitzverlegung von der Schweiz ins Ausland.....	122
5.6.3	Grenzüberschreitende Fusion und Spaltung.....	122
5.7	Der Rechtsschutz	123
5.7.1	Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	123
5.7.2	Anfechtungsklage.....	123
5.7.3	Verantwortlichkeitsklage.....	123
6	Der Konzern	124
6.1	Der Begriff des Konzerns	124
6.1.1	Der gesetzliche Konzernbegriff im Aktienrecht	124
6.1.2	Terminologie	126
6.1.3	Abgrenzung des Konzerns von anderen Erscheinungsformen	127
6.2	Die Konzernbildung	129
6.2.1	Motive für die Konzernbildung	129
6.2.2	Entstehungsarten	131
6.2.3	Arten von Konzernen	131
6.2.4	Mögliche Strukturen eines Konzerns.....	132
6.2.5	Anforderungen an Konzernunternehmen.....	133
6.3	Die Konsolidierungspflicht und verstärkte Publizität.....	135
6.3.1	Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung.....	135
6.3.2	Die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Beteiligungsverhältnisse.....	135
6.3.3	Die Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre	136
6.4	Die Führung im Konzern/Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrats ..	136
6.4.1	Das Recht auf Leitung des Konzerns.....	136
6.4.2	Das Bestehen einer Konzernleitungspflicht.....	137
6.4.3	Aufgaben der Konzernleitung.....	137
6.4.4	Die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrates.....	138

6.5	Der Minderheitenschutz.....	138
6.5.1	In der Konzerneintrittsphase.....	138
6.5.2	In der Konzernbetriebsphase.....	139
6.5.3	In der Konzernaustrittsphase.....	139
6.6	Ansprüche gegen die herrschende Unternehmung.....	139
6.6.1	Der Grundsatz: Respektierung der rechtlichen Selbständigkeit.....	139
6.6.2	Die Rückerstattung von verdeckt ausgeschütteten Gewinnen.....	140
6.6.3	Die Haftung des herrschenden Unternehmens.....	140
	Anhang: Rechtsgemeinschaften und Körperschaften.....	i
	Anhang: Schema zur Vinkulierung.....	ii
	Anhang: Entwurf zu einem Rechnungslegungsgesetz (RRG).....	iii
	Anhang: Unmittelbarer und mittelbarer Gläubigerschaden.....	v
	Anhang: Wenn die GmbH zur AG werden will.....	vii

Literaturverzeichnis

A) Lehrbücher:

VON BÜREN/SCHNYDER/STOFFEL/CHRISTEN-WESTENBERG, Aktienrecht, Zürich 2000.

EISENHUT PETER/KAMPFER HANNES/TEUSCHER HEINZ, Einführung in die Finanzbuchhaltung, Altstätten 1996.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999. [zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998. [zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER]

MEIER ROBERT, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1994

NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick, Bern 1997. [zit. NOBEL, Finanzmarktrecht]

B) Umfassende Darstellungen:

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1996. [zit. BÖCKLI]

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern - Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Basel und Frankfurt a.M. 1997. [zit. VON BÜREN, Konzern]

ders. (Hrsg.), Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1997.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996. [zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL]

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2., neubearb. und stark erw. Aufl., Zürich 1987.

HANDSCHIN LUKAS, Die GmbH - Ein Grundriss, Zürich 1996.

ders., Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel 1994 (zit. OR-BEARBEITER).

WOHLMANN HERBERT, GmbH-Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1997.

C) Aufsätze:

BÄR ROLF, Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 1992, S. 391 ff.

VON BÜREN ROLAND, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 131 (1995), S. 57 ff.

ders., Die Rechtsformumwandlung als Voraussetzung einer Privatisierung, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, BTJP 1997, S. 21 ff.

ders., Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Festschrift Bär, Bern 1993.

VON BÜREN ROLAND/BÄHLER THOMAS, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisungen auf das Aktienrecht, in: BN 1996, S. 225 ff.

dies., Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 1996, S. 391 ff.

VON BÜREN ROLAND/KINDLER THOMAS, Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), in: SZW 98, S. 1 ff.

FELLMANN WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 1997, S. 285 ff.

FORSTMOSER PETER, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992), S. 58 ff.

ders., Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht, Zehn Beobachtungen, Der Schweizer Treuhänder 68 (1994), S. 869 ff.

SCHLUEP WALTER, R., Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, in: SZW Sondernummer 1997, S. 3 ff.

D) Entscheidungssammlungen:

PEDRAZZINI FEDERICO A., Gesellschaftsrechtliche Entscheide, Eine Sammlung für das Studium, 4. Aufl., Bern 1998.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht
AT	Allgemeiner Teil
BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung), SR 952.02
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BT	Besonderer Teil
BewG	BG vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41 (Lex Friedrich)
DBG	BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag, in der Fassung des Vertrags von Amsterdam)
EU	Europäische Gemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FER	Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung
FS	Festschrift
FusG	Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz, FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4531 ff.
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GU	Gemeinschaftsunternehmen (Jointventure)
GwG	BG vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz), SR 955.0
HRV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411

IAS	International Accounting Standards
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
KG	BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996.
MWStV	Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer, SR 641.201
MSchG	BG vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz), SR 232.11
N	Randnote
NPM	New public management
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
pp	per procura
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RevV	Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (RevV), SR 221.302
SchKG	BG vom 11. April 1889 über die Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SEGA	Schweizerische Effekten-Giro AG (www.sega.ch)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StHG	BG vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14
SWX	Swiss Exchange – Die Schweizer Börse (www.swx.ch)
UEV-UEK	Verordnung vom 21. Juli 1997 der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung-UEK), SR 954.195.1
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Wirtschaftsrecht II (Gesellschaftsrecht)

1 *Allgemeine Vorbemerkungen*

A) **Der Begriff der Gesellschaft**

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 1 N 2 ff., 49 ff., 109; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 17.13 ff.

a) Die Vereinigung von Personen (*universitas personarum*)

Mitglied einer Gesellschaft können sowohl natürliche, juristische wie auch andere Personengemeinschaften (Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit: Erbengemeinschaften, Stockwerkeigentümergeinschaften und einfache Gesellschaften) sein.

Bei der Gründung einer Gesellschaft müssen (was aus dem Begriff folgt) mindestens zwei Personen beteiligt sein. Für die AG sind es drei und für die Genossenschaft sogar sieben.

Nach der Gründung können gewisse Gesellschaften auch nur noch aus einer Person bestehen (z.B. Alleinaktionär). Theoretisch könnte zwar jeder Gläubiger – weil der gesetzliche Mindeststand an Mitgliedern nicht eingehalten wird – auf Liquidation einer solchen Gesellschaft klagen; in der Praxis kommt dies aber nicht vor.

Eine solche Einpersonengesellschaft kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn z.B. die Rechtsform nur dazu verwendet wird, die Risiken auf die Gläubiger abzuwälzen. Für diese Fälle hat die Praxis den sog. Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters entwickelt (amerik. ‚piercing the corporate veil‘).

b) Der gemeinsame Zweck

Im Unterschied zu andern Rechtsgeschäften (insbes. dem Vertrag), ist die Gesellschaft durch die Parallelität der Interessen geprägt. Jeder Gesellschafter leistet einen Beitrag zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks.

Davon zu unterscheiden ist die Gewährung eines Darlehens gegen Gewinnanteile (partiarisches Rechtsgeschäft, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 1 N 73 ff.). Die Merkmale der Abgrenzung zu einer Beteiligung als Mitglied an der Gesellschaft sind: Gewinnaber keine Verlustbeteiligung des Darlehensgebers und sein fehlendes Mitspracherecht im Falle des partiarischen Rechtsgeschäfts.

Von Geschäftsbesorgungsverträgen ist die Gesellschaft dadurch abzugrenzen, dass sie sich einem gemeinsamen Zweck widmet, im Gegensatz zur Erfüllung eines von einem der Vertragspartner vorgegebenen Zwecks.

Der Unterschied zwischen einer Gesellschaft und einer anderen Personenvereinigung besteht in ihrer dynamischen Ausrichtung. Die andern Personenvereinigungen verfolgen tendenziell die Wahrung bestehender Eigentumsverhältnisse (z.B. die Erbengemeinschaft).

c) Der Gesellschaftsvertrag

Die Gesellschaft charakterisiert sich durch den Gesellschaftsvertrag (bzw. Körperschaften durch ihre Statuten). Eine Gesellschaft liegt nur dann vor, wenn es sich um einen

privatrechtlichen, freiwilligen Zusammenschluss und ebensolche Vereinbarungen handelt.

Keine Gesellschaften sind gesetzliche Personenverbindungen (z.B. Stockwerkeigentümergeinschaft), öffentlich-rechtliche Personenverbindungen (z.B. Gemeinden) und faktische Gesellschaften.¹

Die Frage, wie Gesellschaftsverträge (bzw. Statuten) auszulegen sind, wird verschieden beantwortet, je nachdem, ob das Innen- oder das Aussenverhältnis betroffen ist. Für das Innenverhältnis wird das Vertrauensprinzip angewendet (BGE 87 II 95); für das Aussenverhältnis wird der Vertrag so betrachtet, wie er von Dritten in der Regel verstanden wird (BGE 57 II 522).

B) Der Numerus Clausus der Gesellschaften

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 11 N 2 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 17.25 ff.

C) Die Typisierung der Gesellschaftsformen

a) Gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit

Schema Anhang: Rechtsgemeinschaften und Körperschaften; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2 N 71.

i) Die Rechtsgemeinschaften

- einfache Gesellschaft
- Kollektivgesellschaft
- Kommanditgesellschaft

ii) Die Körperschaften

- Aktiengesellschaft (AG)
- Kommanditaktiengesellschaft
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- Genossenschaft

iii) Überschneidungen in der praktischen Ausgestaltung

Diese genaue Trennung ist in der Praxis allerdings nicht konsequent durchgeführt; so weisen die Rechtsgemeinschaften auch körperschaftliche Elemente auf:

- Nach aussen tritt die Rechtsgemeinschaft ähnlich einer juristischen Person auf: sie ist unter ihrer Firma handlungsfähig und haftet für die Handlungen ihrer Gesellschafter;

Auf der andern Seite gibt es Körperschaften mit Eigenschaften einer Rechtsgemeinschaft:

- Die Gründungsgesellschafter der GmbH sind vermutungsweise zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt (d.h. Selbstorganschaft!, Art. 811 OR);

¹ Eine faktische Gesellschaft liegt z.B. dann vor, wenn zwar die Gründung einer Gesellschaft ungültig war, jedoch der Rechtsschein geschützt wird, d.h. keine Rückabwicklung aller vorgenommenen Geschäfte stattfindet. Vgl. Art. 643 II OR.

- die Statuten der GmbH können Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern vorsehen (Art. 822 OR);
- die GmbH kennt Beschränkungen bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen (Art. 791 OR);
- die Gesellschafter der GmbH haften solidarisch (Art. 802 I OR).

b) Personenbezogene und kapitalbezogene Gesellschaften

Personenbezug:

- Im Vordergrund stehen die (insbes. finanziellen) Eigenschaften der konkreten Person des Gesellschafters;
- die Gesellschafter haften persönlich mit ihrem ganzen Vermögen;
- die Gesellschafter haben untereinander enge Beziehungen („sie führen ihr Geschäft“);
- die Mitwirkung richtet sich nach dem persönlichen Engagement der Gesellschafter;
- die Privatautonomie steht im Vordergrund;
- der Ein- und Austritt in eine Gesellschaft ist schwer (oder gar nicht) möglich.

Kapitalbezug:

- Die Mitglieder kennen sich nicht (S.A.: Société anonyme);
- die Mitbestimmung richtet sich nach der Kapitalbeteiligung;
- Drittorganschaft;
- der Eintritt bzw. Austritt ist jederzeit leicht möglich (es spielt der juristischen Person keine Rolle, wer Gesellschafter ist).

Rechtsgemeinschaften sind immer personenbezogen. Umgekehrt lässt sich jedoch nicht sagen, dass Körperschaften immer kapitalbezogen seien.

- Genossenschaft: entschieden wird personenbezogen nach Köpfen;
- GmbH: Selbstorganschaft der Gründungsmitglieder.

Die Aktiengesellschaft ist die einzige streng kapitalbezogene Gesellschaft im schweizerischen Recht. Die Pflicht des Aktionärs ist allein die Liberierung seiner Aktien (d.h. Einzahlung des Aktienkapitals), andere Pflichten können den Aktionären durch die Statuten oder die Generalversammlung nicht auferlegt werden (Art. 680 I OR).

c) Gesellschaften mit wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Zweck

Der wirtschaftliche Zweck charakterisiert sich durch die gewinnorientierte Tätigkeit und durch die Ausschüttung (nicht nur in Geld) dieses Gewinns an die „Eigentümer“ der Gesellschaft. Nicht zu verwechseln mit dem wirtschaftlichen Zweck ist der Einsatz wirtschaftlicher Mittel zur Erreichung eines ideellen Zwecks.

Das ZGB verweist in Art. 59 II alle Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck auf die Bestimmungen über die Gesellschaften und die Genossenschaften (Art. 552 ff. OR).

Für alle andern, insbesondere ideelle Zwecke sieht das ZGB die Form des Vereins vor (Art. 60 I ZGB): Der Zweck des Vereins darf kein wirtschaftlicher sein; aber auch ein Verein darf wirtschaftliche Mittel zur Erreichung seiner ideellen Ziele einsetzen. Das

BGer hat allerdings in BGE 90 II 333 die Form des Vereins für Wirtschaftsverbände (Kartelle) zugelassen, auch wenn diese wirtschaftlichen Zecken dienen.²

Diese Aufteilung darf aber auch nicht so verstanden werden, dass die für wirtschaftliche Zwecke vorgesehenen Gesellschaften nicht auch ideelle Zwecke verfolgen dürften (vgl. für die Aktiengesellschaft Art. 620 III OR; für die Genossenschaft Art. 92 II HRV). Allein die GmbH darf nur für wirtschaftliche Zwecke genutzt werden (Art. 772 III OR). In der Regel gilt etwa folgende Unterteilung:

Erwerbsgesellschaften: Aktiengesellschaft;

GmbH;

Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.

Genossenschaft: Selbsthilfeorganisation (Art. 828 OR) mit Höchstaus-
schüttungsquote (Art. 859 III OR).

² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 18.05 ff.

2 Die Personengesellschaften

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 3 N 2 ff.

2.1 Die einfache Gesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 12 N 4 ff.; FELLMANN WALTER, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 1997, S. 285 ff.

2.1.1 Der Begriff

Das Gesetz umschreibt in Art. 530 I OR zunächst die Eigenschaften einer jeglichen Gesellschaft. Erst in Art. 530 II OR wird die einfache Gesellschaft von den andern Gesellschaften abgegrenzt: eine Gesellschaft ist eine einfache, wenn sie unter keine andere Gesellschaftsform subsumiert werden kann (Auffangtatbestand).

Die Normen der einfachen Gesellschaft gelten im Innenverhältnis auch für die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft. Ausserdem für Körperschaften in Gründung und solche, deren Gründung misslungen ist (vgl. Art. 62 ZGB; BGE 95 I 276).

Die einfache Gesellschaft ist demnach ein sehr offenes Gebilde, dass die verschiedensten Anliegen unter seinem Dach vereinigen kann: von der Arbeitsgemeinschaft, die sich um eine öffentliche Ausschreibung bewirbt (sog. Baukonsortium), bis zum gemeinsamen Kauf von Glückslosen.

- Wie für personenbezogene Gesellschaften typisch, werden Gewinn und Verlust gleichmässig verteilt (Art. 533 OR);
- alle Beschlüsse werden einstimmig gefasst (Art. 534 OR);
- ohne Einwilligung aller Gesellschafter können keine neuen Gesellschafter aufgenommen werden (Art. 542 OR);
- bei Austritt oder Tod eines Gesellschafters geht auch die Gesellschaft zu Grunde (Art. 545 OR);
- die einfache Gesellschaft hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, sie kann nicht selber (und auch nicht durch Organe) handeln;
- die einfache Gesellschaft ist die einzige Gesellschaft für welche die Vertretung nach Art. 32 ff. OR geregelt wird und nicht nach Art. 55 ZGB;
- die einfache Gesellschaft kann nicht klagen (keine Aktivlegitimation), es müssen die Gesellschafter gemeinsam klagen;
- die einfache Gesellschaft ist auch nicht passiv legitimiert, es ist jeder Gesellschafter einzeln einklagbar;
- es gibt kein Eigentum der Gesellschaft, sondern nur Eigentum zur gesamten Hand der Gesellschafter;

- die einfache Gesellschaft ist nicht im Handelsregister eintragbar (Art. 934 OR und Art. 10 HRV, beide *e contrario*), es ist ihr demnach auch nicht möglich, eine Firma zu führen (immerhin aber einen Namen, der Namen- und UWG-Schutz genießt).³

A) Zwei oder mehrere Personen

Für die einfache Gesellschaft genügen zwei Gesellschafter. Gesellschafter können natürliche oder juristische Personen sein, aber auch Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. eine einfache Gesellschaft) und schliesslich auch blosse Gesamthandschaften ohne gesellschaftliche Struktur (z.B. Erbgemeinschaften).

B) Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag ist an keine besondere Form gebunden. Eine solche ist nur erforderlich, wenn ein Geschäft im Rahmen der Gesellschaftsgründung dies erfordert (z.B. das Einbringen eines Grundstückes).

Der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages umfasst lediglich die Benennung der Mitglieder, den Zweck der Gesellschaft und die Art der Leistungen, die von den Mitgliedern in die Gesellschaft eingebracht werden.

Alles andere braucht an sich nicht geregelt zu werden, da das Gesetz darüber bereits Bestimmungen enthält. Eine einfache Gesellschaft kann u.U. sogar von Gesetzes wegen ohne Gesellschaftsvertrag entstehen (z.B. Art. 62 ZGB).

C) Gemeinsamer Zweck

Der gemeinsam Zweck kann innerhalb der Grenzen von Art. 20 OR alles denkbare umfassen. Dies gilt sowohl für wirtschaftliche wie für nichtwirtschaftliche Zwecke.

Allerdings ist es der einfachen Gesellschaft – egal zu welchem Zweck (vgl. Art. 61 II ZGB) – untersagt, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben: der einfachen Gesellschaft fehlt die Berechtigung, sich im Handelsregister eintragen zu lassen (BGE 79 I 179), wozu sie aber verpflichtet wäre, betriebe sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Art. 934 I OR).

Betreibt eine „einfache Gesellschaft“ dennoch ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, finden auf sie – sofern sie sich aus natürlichen Personen zusammensetzt – die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft Anwendung (vgl. die Definition in Art. 552 OR; BGE 73 I 311).

Setzt sich eine einfache Gesellschaft auch aus juristischen Personen zusammen, kann sie nicht unter das Recht der Kollektivgesellschaft fallen (Art. 552 OR). Obwohl die Führung eines kaufmännischen Gewerbes für eine einfache Gesellschaft nicht zulässig wäre, werden diese Gebilde von der Praxis geduldet und das Recht der einfachen Gesellschaft auf sie angewendet (BGE 79 I 181, BGE 84 II 381).

Die ist jedoch insofern bedenklich, als der einfachen Gesellschaft die Pflicht (bzw. sogar das Recht) zum Handelsregistereintrag fehlt, und ihr somit jegliche Publizität abgeht. Ausserdem ist die einfache Gesellschaft deshalb auch nicht zur kaufmännischen

³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rzn 16.01 ff.; Handelsrecht I, S. 68, 96.

Buchführung verpflichtet. Es stünden genügend andere passende Gesellschaftsformen zur Verfügung.

D) Der gemeinsame Einsatz von Mitteln

Jeder Gesellschafter hat (irgend-) einen Beitrag zu leisten (Art. 531 I OR). Grundsätzlich hat jeder einen gleichen Beitrag zu leisten, und zwar in der Art und im Umfang, wie es der Zweck der Gesellschaft erfordert (Art. 531 II OR).

E) Keine andere Gesellschaftsform

Die einfache Gesellschaft – sofern sie eine sein will – darf kein Element einer der andern Gesellschaftsformen aufweisen (Subsidiärform der Gesellschaft).

2.1.2 Das Innenverhältnis

A) Beiträge

Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten (Art. 531 I OR). Beitrag kann alles sein, was irgendwie den Zweck der Gesellschaft fördert. Nach dem Gesetz haben alle Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten, und zwar in der Art und dem Umfang, wie es der vereinbarte Zweck erfordert (Art. 531 II OR).

In der Praxis werden Art und Umfang der Beiträge zumeist im Gesellschaftsvertrag geregelt.

B) Gewinn- und Verlustbeteiligung

Nach Gesetz ist Gewinn und Verlust nach Köpfen zu verteilen, nicht nach dem Umfang der Beiträge (Art. 533 I OR). Wird nur die Verteilung von Gewinn bzw. Verlust im Gesellschaftsvertrag geregelt, gilt der gewählte Verteilungsschlüssel auch für den Verlust bzw. Gewinn (Art. 533 II OR).

Verboten ist die Abrede, ein Gesellschafter solle zwar am Gewinn beteiligt sein, nicht aber am Verlust (sog. *societas leonina*; Art. 532 OR). Eine Ausnahme kann gemacht werden, wenn ein Gesellschafter als Beitrag Arbeit leistet: in diesem Fall ist der Ausschluss einer Verlustbeteiligung im Gesellschaftsvertrag möglich (Art. 533 III OR).

C) Gesellschaftsbeschlüsse

Gesellschaftsbeschlüsse werden nach Gesetz einstimmig gefasst (Art. 543 I OR). Im Gesellschaftsvertrag kann ein Mehrheitsprinzip vereinbart werden (Art. 534 II OR), jedoch immer nur nach Köpfen, nicht etwa nach dem Umfang der Beiträge.

Das Mehrheitsprinzip ist zwingendes Recht; alles andere würde der Natur der einfachen Gesellschaft (u.a. unbeschränkte, persönliche Haftung der Gesellschafter) widersprechen.

Nicht jede einzelne Entscheidung der einfachen Gesellschaft braucht aber von allen bzw. der Mehrheit der Gesellschafter „abgesegnet“ zu werden. Im Rahmen der Geschäftsführung kann jeder einzelne Gesellschafter alleine Entscheidungen treffen.

Das Gesetz sieht die gemeinsame Beschlussfassung vor bei der Bestellung eines Generalbevollmächtigten und bei Rechtshandlungen ausserhalb des Gesellschaftszweckes

(Art. 535 III OR). Gemeinsame Beschlüsse sind wohl auch bei sehr weitreichenden Entscheidungen innerhalb des Gesellschaftszwecks erforderlich.

D) Geschäftsführung (Leitung eines Geschäftes nach innen)

Sofern nichts anderes vereinbart ist, sind alle Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt (Art. 535 I OR). Möglich ist aber die Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter oder an Dritte.

Ist die Befugnis zur Geschäftsführung einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag erteilt worden, kann diese ihm nicht entzogen werden (Art. 539 OR). Ist die Befugnis hingegen durch Beschluss erteilt worden, kann sie entzogen werden. Dritten kann sie auch entzogen werden, wenn sie im Gesellschaftsvertrag erteilt wurde.

Jeder Gesellschafter hat ein unentziehbares Recht auf Einsicht in die Geschäftsführung (Art. 541 OR), und jeder geschäftsführende Gesellschafter hat ein Vetorecht bezüglich aller geschäftlichen Handlungen die noch nicht vollendet sind (Art. 535 II OR). Wird dennoch weiter gehandelt, kann dies zu Schadenersatzansprüchen führen.

Das Verhältnis zwischen den geschäftsführenden und den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern richtet sich nach Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) bzw. nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff OR).

Die Geschäftsführer haben ein Recht auf Vergütung ihrer Auslagen im Zusammenhang mit der Geschäftsführung (Art. 537 OR).

E) Verantwortlichkeit gegenüber den anderen Gesellschaftern

Jeder Gesellschafter hat gegenüber der Gesellschaft eine umfassende Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 538 I OR). Er hat dabei aber nur (!) diejenige Sorgfalt aufzuwenden, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*). Eines solche konkrete, subjektive Sorgfaltspflicht kennt nur die einfache Gesellschaft.

Ein geschäftsführender Gesellschafter – der ja für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält – haftet allerdings nach Auftragsrecht (und damit evtl. nach Dienstvertragsrecht; Art. 538 III OR i.V.m. Art. 398 OR i.V.m. Art. 321a OR).

Die Gesellschafter unterstehen überdies einem umfassenden Konkurrenzverbot; sie haben alle Tätigkeiten zu unterlassen, welche den Zweck der Gesellschaft beeinträchtigen könnten (Art. 536 OR).

2.1.3 Das Aussenverhältnis (Vertretung: „Geschäftsführung“ nach aussen)

Für die zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter wird vermutet, sie seien auch zur Vertretung der einfachen Gesellschaft nach aussen befugt (Art. 543 III OR).

Für die Vertretung der einfachen Gesellschaft geltend die Bestimmungen der bürgerlichen Vertretung (Art. 32 ff. OR: die Gesellschaft haftet nur für das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Vertreter). Bei allen andern Gesellschaften handeln die Gesellschafter als Organe, weshalb die Gesellschaft auch für ihr deliktisches Handeln in Ausübung der Geschäftsführung haftet (Art. 55 ZGB), und Dritte vertreten die Gesellschaft nach den Regeln der kaufmännischen Stellvertretung (Art. 458 ff. OR).

2.1.4 Beendigung der Gesellschaft

A) Auflösung

Die Auflösungsgründe für die einfache Gesellschaft sind in Art. 545 I OR aufgeführt:
Die Gesellschaft wird aufgelöst,

- wenn der Zweck, zu welchem sie gegründet wurde, erreicht oder unmöglich geworden ist;
- wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart wurde, dass die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll;
- wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt oder bevormundet wird;
- durch gemeinsam Übereinkunft;
- durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist;
- durch Kündigung von seiten eines Gesellschafters, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist;
- durch Urteil des Richters im Falle der Auflösung aus einem wichtigen Grund.

Art. 545 II OR ermöglicht es einem Gesellschafter zudem, die Gesellschaft fristlos aufzulösen, wenn ihm die Zusammenarbeit mit den andern Gesellschaftern nicht mehr zumutbar ist. Ausserdem können auf unbestimmte Dauer gegründete einfache Gesellschaften von einem Gesellschafter mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten aufgelöst werden (Art. 546 OR).

Die einzige Form (sofern weitere nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind), wie ein Gesellschafter aus einer einfachen Gesellschaft austreten kann, ohne dadurch die Gesellschaft selbst aufzulösen, besteht im Eintritt eines neuen Gesellschafters anstelle des alten (Art. 542 II OR). Dies bedarf allerdings der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Der ausgetretene Gesellschafter haftet noch während zweier Jahre für zum Zeitpunkt seines Austritts bestehende Verbindlichkeiten (Art. 181 OR).

B) Liquidation

Die Folge der Auflösung einer einfachen Gesellschaft ist deren Liquidation: Schulden müssen beglichen, Auslagen entschädigt, Beiträge zurückerstattet und etwaige Gewinne bzw. Verluste verteilt werden. Bei der Rückerstattung der Beiträge besteht kein Anspruch auf Realrestitution (Art. 548 I OR).

2.1.5 Eintritt, Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern

A) Eintritt

Der Eintritt eines neuen Gesellschafters bedarf der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter (Art. 542 I OR).

Der neu eingetretene Gesellschafter haftet für alle Verbindlichkeiten, die nach seinem Eintritt entstehen.

B) Austritt

Der Austritt eines Gesellschafters ist im Gesetz nicht vorgesehen. Er führt deshalb – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht – zur Auflösung der Gesellschaft (Art. 545 f. OR).

Auf die Frage, wie lange ein Gesellschafter nach seinem Austritt für Verbindlichkeiten, die während seiner Mitgliedschaft entstanden sind, haftet, enthält das Gesetz keine Bestimmung; auch das BGER musste diese Frage bisher nicht entscheiden. Für den Fall, dass im Gesellschaftsvertrag nichts geregelt ist, kommen folgende drei Lösungen in Betracht:

- Die Verjährung der Haftung könnte sich nach den allgemeinen Regeln des OR richten, d.h. nach zehn Jahren eintreten (Art. 127 OR);
- denkbar ist als zweites die analoge Anwendung von Art. 591 OR, d.h. Verjährung der Haftung nach fünf Jahren wie bei der Kollektivgesellschaft;
- oder ein Gesellschafter haftet bei seinem Austritt wie bei einem Gesellschafterwechsel noch während zweier Jahre (vgl. Art. 181 und 542 II OR).

C) Ausschluss

Ein Gesellschafter kann nur ausgeschlossen werden, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht.

2.1.6 Die wirtschaftliche Bedeutung der einfachen Gesellschaft

Da die einfache Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen werden muss, gibt es über ihren zahlenmässigen Bestand keine Angaben:

- Die einfache Gesellschaft ist wegen ihrer Flexibilität und der Möglichkeit der formlosen Gründung sehr beliebt;
- jede Gesellschaft in Gründung ist eine einfache Gesellschaft;
- die einfache Gesellschaft dient als Auffangtatbestand für gescheiterte Gründungen anderer Gesellschaftsformen;
- die einfache Gesellschaft ist eine sehr geeignete Gesellschaftsform für nicht auf Dauer angelegte Kooperationen;
- die einfache Gesellschaft ist zudem sehr beliebt im Bereich der freien Berufe (z.B. für Bürogemeinschaften von Anwälten, Ärzten usw.);
- und neuerdings werden die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft auf das Konkubinatsverhältnis angewandt (vgl. BGE 109 II 228).

Fall 1: Einfache Gesellschaft

Die Gemeinde Buochs/NW muss eine Betonbrücke über die Engelberger-Aa ersetzen und schreibt dieses Projekt öffentlich zur Ausführung aus.

Die Firmen Barmettler AG, Niederberger und Cie. und dipl. Ing. ETH von Holzen beschliessen, sich gemeinsam um den Auftrag zu bewerben, wobei die Barmettler AG die für den Bau erforderliche Spezialausrüstung für den Vorspann der Brücke zur Verfügung stellen will, Niederberger und Cie. die Baumaschinen und

die Arbeitskräfte, während von Holzen die statischen Berechnungen besorgen soll. Nach eingehenden Kostenberechnungen einigen sie sich auf eine Offertsumme von Fr. 12.8 Mio.

Die Gemeinde erklärt sich in den Verhandlungen bereit, den drei Partnern den Zuschlag zu erteilen, allerdings nur zum Preis von Fr. 12.0 Mio. Die Firma Niederberger ist unter diesen Umständen am Projekt nicht mehr interessiert. An ihre Stelle tritt der Bauunternehmer Z'Rotz, welcher im Hinblick auf den geplanten Bau zwei neue Caterpillar-Trax kauft. Der Vertrag wird in der Folge auf der Basis von Fr. 12.0 Mio. abgeschlossen und das Bauwerk durch die Arbeitsgemeinschaft "Bar-Ro-Ho" termingerecht beendet. Der Nettogewinn aus dem Projekt beträgt Fr. 0.9 Mio.

Drei Jahre nach Vollendung der Brücke zeigen sich erste Haarrisse an den Widerlagern, die nach Aussage eines von der Gemeinde Buochs in Auftrag gegebenen Gutachtens auf die falschen statischen Berechnung des inzwischen bankrott gegangenen von Holzen zurückzuführen sind. Die Gemeinde klagt darauf gegen Z'Rotz - der zu den besten Steuerzahlern des Kantons Nidwalden gehört - auf Bezahlung des auf Fr. 2.1 Mio. geschätzten Schadens.

Problemstellung

- Rechtsnatur der Vereinigung?
- Besteht die Gesellschaft nach dem Austritt Niederbergers weiter?
- Problematik der „Firma“ von einfachen Gesellschaften?
- Wer bezahlt und wem gehören die Baumaschinen?
- Wie wird der Gewinn verteilt?
- Wer haftet für den Schaden?
- Auf wen kann Z'Rotz Rückgriff nehmen?
- Welche Bedeutung hat der Bankrott von Holzens?
- Wie lange besteht die einfache Gesellschaft?
- Wem kommt Passivlegitimation zu?

Lösung

RECHTSNATUR DER VEREINIGUNG: EINFACHE GESELLSCHAFT

- Die Vereinigung besteht aus drei Personen;
- die Mitglieder verfolgen einen gemeinsamen Zweck;
- sie haben sich vertragsmässig verbunden (was aus der Bedeutung des Geschäfts geschlossen werden kann, denn Geschäfte dieser Grössenordnung werden kaum ohne irgendeine bindenden Verpflichtung vereinbart);
- jeder trägt etwas zur Zweckerreichung bei (Spezialbauausrüstung, Baumaschinen und Arbeit, statische Berechnungen);
- und die Vereinigung lässt sich keiner andern Gesellschaftsform zuordnen (um eine Kollektivgesellschaft kann es sich zum einen nicht handeln, weil juristische Personen beteiligt sind, und weil kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betrieben werden soll: es fehlt an der Dauer, vgl. Art. 52 HRV).

DIE GESELLSCHAFT BESTEHT NACH DEM AUSTRITT VON NIEDERBERGER WEITER

Im Sachverhalt lässt sich zwar keine konkrete Regelung finden, jedoch erscheint ein Gesellschafterwechsel (mit dem Einverständnis der übrigen Gesellschafter, Art. 542 II OR) am angemessensten.

Jede andere Interpretation des Austritts Niederbergers führte zur Auflösung der einfachen Gesellschaft:

- *Eine Zweckänderung nach Art. 545 I Ziff. 1 OR aus der veränderten Offertsumme ableiten zu können erscheint als unwahrscheinlich;*
- *möglich wäre evtl. eine Auflösung durch gegenseitige Übereinkunft (Art. 545 I Ziff. 4 OR) und die Neugründung zu veränderten Bedingungen;*
- *Niederberger könnte nur nach Art. 545 II OR aus der einfachen Gesellschaft austreten, wenn ihm der Verbleib unzumutbar wäre – was aber wegen der geringen Offertanpassung kaum in Frage kommt;*
- *das gleiche Problem stellt sich bei der Auflösung durch Richterspruch (Art. 545 I Ziff. 7 OR);*
- *und Art. 546 OR ist nicht anwendbar, weil die Gesellschaft nur auf eine begrenzte Zeitdauer (d.h. bis zur Beendigung des Brückenbaus) gegründet ist; ausserdem will Niederberger sofort aussteigen, was ihm bei einer sechsmonatigen Kündigungsfrist ja nicht möglich ist.*

EINFACHE GESELLSCHAFTEN KÖNNEN, DA SIE NICHT IM HANDELSREGISTER EINTRAGBAR SIND, KEIN FIRMA HABEN

Einfache Gesellschaften geniessen für ihre Bezeichnung zwar keinen Firmenschutz, doch können sie sich immerhin auf den Namenschutz (Art. 29 ZGB) und das UWG berufen.⁴

WER BEZAHLT UND WEM GEHÖREN DIE BAUMASCHINEN?

Da keine andere Regelung ersichtlich ist, darf Z'Rotz die Gesellschaft gegenüber Dritten vertreten (Art. 535 I OR i.V.m. Art. 543 III OR). Ausserdem könnte er die Maschinen in seinem Namen kaufen und diese erst anschliessend in die Gesellschaft einbringen (Art. 543 I OR) oder sie der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen.

WIE WIRD DER GEWINN VERTEILT?

Da nichts anderes vereinbart ist, wird der Gewinn nach Köpfen verteilt (Art. 533 I OR).

WER HAFTET FÜR DEN SCHADEN?

Jeder der Gesellschafter haftet im Aussenverhältnis solidarisch für den vollen Betrag; die Gemeinde kann deshalb bei Z'Rotz den ganzen Schaden geltend machen.

Z'Rotz seinerseits kann auf die übrigen Gesellschafter zurückgreifen, jedoch von jedem einzelnen nur den anteilmässigen Betrag fordern (Art. 533 I OR). Bei Verletzung der Sorgfaltspflicht haftet von Holzen den übrigen Gesellschaftern für den ganzen Schaden; jedoch nur, wenn seine Brücken normalerweise halten (diligentia quam in suis, Art. 538 I, II OR). Die Dauer der Haftung beträgt in allen Fällen zehn Jahre.

⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rzn 16.01 ff.; Handelsrecht I, S. 68, 96.

Ob Z'Rotz (oder allenfalls sogar die Gemeinde) auf Niederberger zurückgreifen könnte, hängt davon ab, ob von Holzen die fehlerhaften Pläne bereits während der Mitgliedschaft Niederbergers erstellt hat oder erst später. Niederberger haftet während zwei, fünf oder gar zehn Jahren (vgl. oben 2.1.5C).

2.1.7 Exkurs: Die stille Gesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 15 N 2 ff.

A) Begriff und Abgrenzung von anderen Erscheinungsformen

Die stille Gesellschaft ist im Gesetz nicht geregelt: Sie ist eine grundsätzlich nach den Regeln über die einfache Gesellschaft zu beurteilende gesellschaftliche Verbindung, bei der sich jemand (der stille Gesellschafter) an der geschäftlichen Tätigkeit eines andern (des Hauptgesellschafters) mit einer in dessen Vermögen übergehenden Einlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt. Die stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, bei der nach aussen nur der Hauptgesellschafter auftritt und er allein aus der Geschäftstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird.

Im Unterschied zum partiarischen Darlehensgeber (vgl. oben 1A)b) ist der stille Gesellschafter auch am Verlust beteiligt und hat am Willen, ein gemeinsames Ziel zu erreichen, teil. Der partiarische Darlehensgeber hat kein Mitspracherecht.

Der stille Gesellschafter hat – auch wenn er nach aussen nicht auftritt – den vollen Status eines Gesellschafters.

B) Die Besonderheiten der stillen Gesellschaft

a) Die stille Gesellschaft als reine Innengesellschaft

Der stille Gesellschafter vertritt die Gesellschaft nicht nach aussen.

b) Der Hauptgesellschafter als Alleineigentümer des Gesellschaftsvermögens

Im Unterschied zur einfachen Gesellschaft entsteht an den eingebrachten Vermögenswerten kein Eigentum zur gesamten Hand. Der Hauptgesellschafter wird Alleineigentümer und Alleinberechtigter (vgl. Treuhandverhältnisse; BUCHER AT, S. 49 f.).

c) Das Betreiben eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes

Die stille Gesellschaft kann ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben; der Hauptgesellschafter tritt als Einzelkaufmann auf und kann sich deshalb ins Handelsregister eintragen lassen.

d) Die Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters im Innenverhältnis

Der stille Gesellschafter hat im Innenverhältnis mindestens die gleichen Rechte wie der Hauptgesellschafter; oft ist es sogar so, dass im Innenverhältnis der stille Gesellschafter allein das Sagen hat, und der Hauptgesellschafter bloss nach aussen auftritt (sog. Strohmanngesellschaft).

Dabei sind aber z.B. die Bestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen zu beachten (Art. 20 BEHG [dazu unten 4.3])⁵ oder die Bestimmungen über die Geldwäsche (Art. 305^{bis} StGB und insbesondere Art. 4 f. GwG⁶) usf.

⁵ BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz), SR 954.1.

e) **Die Haftung des stillen Gesellschafters**

Nach aussen haftet allein der Hauptgesellschafter; er kann – als Alleinberechtigter am Vermögen der Gesellschaft – Gläubiger auch aus dem Vermögen des stillen Gesellschafters befriedigen.

C) **Die wirtschaftliche Bedeutung der stillen Gesellschaft**

- Als eine Form der Kapitalanlage (Vorteil: der Anleger hat Einfluss auf die Geschäftstätigkeit);
- Mitarbeiterbeteiligung am Geschäft;
- Familiengesellschaften, bei welchen nicht alle Gesellschafter nach aussen auftreten wollen;
- allenfalls kann bei Sanierungen die Form der stillen Gesellschaft gewählt werden, weil die Fremdbeteiligung in diesem Fall nach aussen nicht sichtbar wird;
- oder die stille Gesellschaft eignet sich für Beteiligungen an Unternehmen in Bereichen, wo man nicht mit Namen auftreten möchte (z.B. Rotlichtmilieu).

2.2 Die Kollektivgesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 13 N 2 ff.

Die Kollektivgesellschaft ist die erste „richtige“ Handelsgesellschaft des OR. Mit ihr beginnt dessen dritte Abteilung: Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft (Art. 552 ff. OR).

2.2.1 Der Begriff

Die Kollektivgesellschaft ist eine Vereinigung unbeschränkt haftender Gesellschafter, wobei als Gesellschafter nur natürliche Personen in Frage kommen. Bei allen andern Gesellschaften können auch juristische Personen sich beteiligen.

Die Kollektivgesellschaft kann sowohl wirtschaftliche wie auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen; sie kann zur Erreichung eines jeglichen dieser Zwecke ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Art. 52 ff. HRV) betreiben.

Der Eintrag ins Handelsregister ist für die Kollektivgesellschaft zwar Pflicht, der Eintrag ist aber nicht konstitutiv, sondern bloss deklaratorisch. Betreibt die Kollektivgesellschaft jedoch kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, entsteht sie erst mit dem Eintrag (dieser ist in einem solchen Fall konstitutiv; Art. 553 OR). Diese Unterscheidung dient dem Schutz gutgläubiger Dritter, wenn die Gesellschaft ihr Gewerbe bereits vor Eintrag ins Handelsregister aufnimmt; diese könnten sich sonst nur auf die Behelfe der einfachen Gesellschaft stützen, und es würden nur die Regeln der bürgerlichen Vertretung (Art. 32 ff. OR) zur Anwendung kommen.

⁶ BG vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz), SR 955.0.

Die Pflicht zum Handelsregistereintrag bringt zugleich die Pflicht zur Buchführung (Art. 957 ff. OR) mit sich. Mit dem Eintrag wird die Firma der Gesellschaft geschützt (Art. 944 ff. OR)⁷ und die Gesellschaft wird konkursfähig (Art. 39 II Ziff. 6 SchKG).

Nach aussen tritt die Gesellschaft als Einheit auf, sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen oder beklagt werden (Art. 562 OR). Das Vermögen der Gesellschaft bildet ein vom Vermögen der Gesellschafter getrenntes Sondervermögen (Art. 570 OR). Die Gesellschafter handeln als Organe und nicht als Vertreter (Art. 567 III OR und Art. 55 ZGB).

Die Kollektivgesellschaft nimmt eine zwitterhafte Stellung zwischen der reinen Personengesellschaft (einfache Gesellschaft) und den juristischen Personen ein: Sie ist zwar eine Personengesellschaft, tritt aber in eigenem Namen auf.

2.2.2 Das Innenverhältnis

Für das Innenverhältnis gilt stets als erstes der Gesellschaftsvertrag. Erst wenn sich keine Vereinbarungen finden lassen, kommen die gesetzlichen Regeln zur Anwendung (Art. 557 I OR).

A) Die Beiträge der Gesellschafter

Ist nichts anderes vereinbart, richten sich die zu leistenden Beiträge nach dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 531 II OR): jeder Gesellschafter hat einen Beitrag in der gleichen Höhe zu leisten, und zwar so wie es der Gesellschaftszweck erfordert.

B) Das Gesellschaftsvermögen und die Gesellschaftsschulden

a) Das Gesellschaftsvermögen

Das Gesellschaftsvermögen steht nicht im Eigentum der Gesellschaft, sondern es steht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, d.h. den Gesellschaftern selber in ihrer Gesamtheit, zu. Die einzelnen Gesellschafter können also nicht über ihren Vermögensanteil verfügen. Dies bedarf der Zustimmung aller Mitgesellschafter.

Den Gesellschaftern stehen – wenn dies vertraglich vorgesehen ist – Zinse für ihren Kapitalanteil zu (Art. 558 II OR). Dieser Anteil setzt sich zusammen aus den geleisteten Beiträgen (und deren Surrogaten), den Honorarforderungen, den nicht entnommenen Gewinnen und den nicht ausgerichteten Zinsen. Abgezogen werden davon Verlustanteile und Kapitalentnahmen.

b) Die Gesellschaftsschulden

Primär sind Schulden der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen zu begleichen (Art. 570 I OR), erst anschliessend – wenn das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht – kann auf die Gesellschafter gegriffen werden (Art. 568 III OR). Die Bedingungen dafür sind, dass die Gesellschaft entweder aufgelöst worden, erfolglos betrieben oder in Konkurs geraten ist.

Neu eintretende Gesellschafter haften für die gesamten Schulden der Gesellschaft, auch für jene Schulden, die schon vor dem Eintritt bestanden (Art. 569 OR). Und nach dem

⁷ Handelsrecht I, S. 67 f.

Austritt haftet ein Gesellschafter noch während fünf Jahren für die zur Zeit seines Austritts bestehenden Verpflichtungen (Art. 591 OR).

Dies ist insbesondere für die Gläubiger sehr vorteilhaft, da sie in solchen Fällen, d.h. wenn ein neuer und ein gerade ausgeschiedener Gesellschafter für alle bestehenden Verpflichtungen haften, doppelt abgesichert sind.

C) Gewinn- und Verlustbeteiligung

Anders als die einfache Gesellschaft untersteht die Kollektivgesellschaft der Buchführungspflicht, d.h. sie hat eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung zu erstellen (Art. 957 ff. OR).

Unabhängig von Gewinn oder Verlust haben die Gesellschafter Anspruch auf Entschädigung für ihre Arbeit (Honorare, Löhne, Zinsen; Art. 558 ff. OR). Diese wird in der Erfolgsrechnung als Aufwand verbucht und hat demnach nichts mit der Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung zu tun.

Ist bezüglich der Verteilung von Gewinn und Verlust nichts anderes vereinbart, erfolgt die Verteilung – wie bei der einfachen Gesellschaft – nach Köpfen (Art. 533 I OR).

D) Gesellschaftsbeschlüsse und Geschäftsführung

Für die Gesellschaftsbeschlüsse und die Geschäftsführung gelten die Regeln der einfachen Gesellschaft (Art. 534 ff. OR; vgl. oben 2.1.2C) f.).

E) Verantwortlichkeit

Für die Haftung innerhalb der Gesellschaft gelten ebenfalls die Regeln der einfachen Gesellschaft (Art. 538 OR). Daneben trifft auch hier die Gesellschafter eine allgemeine Treuepflicht (Art. 2 ZGB).

Das Konkurrenzverbot der Kollektivgesellschaft ist strenger als dasjenige der einfachen Gesellschaft: ein Gesellschafter darf sich nicht an einer andern Gesellschaft im gleichen Geschäftsbereich beteiligen; auch dann nicht, wenn dies der Gesellschaft nicht schadet oder schaden kann (Art. 561 OR).

2.2.3 Das Aussenverhältnis

Nach aussen zeigt die Kollektivgesellschaft korporative Elemente: sie tritt als Einheit auf, sie ist handlungsfähig (wenn auch nicht rechtsfähig) und sie besitzt eine Firma.

A) Die Vertretung

Nicht die Gesellschaft wird vertreten (sie ist keine juristische Person), sondern die Gesamthandschaft.

a) Die Vertretung durch Gesellschafter

Enthält das Handelsregister keine entgegenstehenden Einträge, wird vermutet, alle Gesellschafter seien zur Alleinvertretung befugt (Art. 563 OR). Die Vertretungsmacht umfasst alle Geschäfte, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 564 I OR). Einem Gesellschafter kommt die Vertretungsbefugnis entweder ganz zu oder gar nicht (was im Handelsregister einzutragen ist), inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht sind gegenüber gutgläubigen Dritten ohne Wirkung (Art. 564 II OR). Die

Gutgläubigkeit Dritter kann z.B. durch das Bekanntgeben des Organisationsreglements der Gesellschaft zerstört werden.

Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter aus wichtigen Gründen (insbesondere wenn es den Mitgesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist, sich bzw. die Gesellschaft noch weiter durch diesen Gesellschafter vertreten zu lassen) durch den Richter entzogen werden (Art. 565 OR).

b) Die Vertretung durch Dritte

Die Gesellschaft kann sich durch Vertreter mit eingeschränkter Vertretungsmacht vertreten lassen (Art. 566 OR: Prokura, Art. 458 ff. OR; Handlungsbevollmächtigte, Art. 462 OR). Zur Bestellung dieser Vertreter ist die Einwilligung aller zur Vertretung befugter Gesellschafter nötig; jeder einzelne von ihnen kann jedoch die Vertretungsbefugnis den Dritten wieder entziehen.

Die Bestellung eines Generalbevollmächtigten bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter (Art. 535 OR).

c) Die Haftung für die Vertreter

Die Haftung richtet sich nach den Bestimmungen über die Organhaftung (Art. 55 ZGB): die Gesellschaft haftet nicht nur für in ihrem Namen getätigte Rechtsgeschäfte, sondern auch für unerlaubte Handlungen, die ein Gesellschafter bzw. ein Organ in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begeht (Art. 567 OR). Die Grenze der Haftung ist durch den Gesellschaftszweck bestimmt.

B) Exkurs: Konkurs

Es ist streng zwischen dem Konkurs der Gesellschaft selbst und dem Konkurs der Gesellschafter zu unterscheiden (Art. 571 OR): Im Konkurs der Gesellschaft haben nur Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse, die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter nicht (Art. 570 I OR). Für ihre Ansprüche auf verfallene Zinsen, Honorare und Auslagen gelten die Gesellschafter ebenfalls als Gläubiger der Gesellschaft, nicht jedoch für ihre Beiträge und die laufenden Zinsen (Art. 570 II OR). Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, das Gesellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen (Art. 572 I OR).

Der Konkurs der Gesellschaft ist im Übrigen Voraussetzung für die Belangbarkeit der Gesellschafter (Art. 568 III OR).

2.2.4 Die Beendigung der Kollektivgesellschaft

A) Die Auflösung der Kollektivgesellschaft

Die Auflösungsgründe für die Kollektivgesellschaft entsprechen denjenigen der einfachen Gesellschaft (Art. 574 I i.V.m. Art. 545 f. OR). Zusätzlich erfolgt die Auflösung im Falle des Konkurses (Art. 574 I OR).

Überdies kann (mit sechsmonatiger Kündigungsfrist) der Gläubiger eines Gesellschafters – und die Konkursverwaltung – bei dessen Zahlungsunfähigkeit die Auflösung der Gesellschaft verlangen, wenn ihm der Gesellschaftsanteil seines Schuldners verpfändet war (Art. 575 OR). Allerdings können die Mitgesellschafter die Auflösung abwenden,

wenn sie den Zahlungsunfähigen Gesellschafter ausschliessen und ihm seinen Liquidationsanteil auszahlen (Art. 578 OR), oder indem die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter die Konkursmasse oder den Gläubiger des Zahlungsunfähigen Gesellschafters befriedigen (Art. 575 III OR).

B) Die Durchführung der Liquidation

Die Liquidation folgt den Art. 582 ff. OR, soweit nicht etwas anderes vereinbart worden oder die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist.

Die Liquidation wird von den zur Vertretung befugten, also von vermutungsweise allen Gesellschaftern besorgt.

2.2.5 Ausschluss und Ausscheiden von Gesellschaftern

A) Das Ausscheiden von Gesellschaftern

Grundsätzlich hat das Ausscheiden von Gesellschaftern für die Kollektivgesellschaft die gleichen Folgen wie für die einfache Gesellschaft. Eine Ausnahme bildet einzig Art. 576 OR. In der Praxis macht dies jedoch keinen Unterschied aus: Ob die Gesellschafter gemeinsam beschliessen, nach dem Austritt eines Gesellschafters die Gesellschaft weiter zu führen, oder ob die Gesellschaft durch den Austritt eines Gesellschafters aufgelöst wird und die verbleibenden Gesellschafter sogleich eine neue Gesellschaft gründen, sieht nach aussen gleich aus. (Allenfalls Steuernachteile durch die Liquidation und Neugründung wegen der aufzulösenden stillen Reserven.)

Nach innen erlöschen die Mitgliedsrechte des ausgetretenen Gesellschafters und das Vermögen im Gesamthandsverhältnis wächst vollständig den andern Gesellschaftern an. Dem Ausgetretenen steht lediglich ein Anspruch in der Höhe seines Liquidationsanteiles gegen die Gesellschaft zu.

Nach aussen: die Vertretungsmacht fällt dahin, während die Haftung für alle zum Zeitpunkt des Austrittes bestehenden Verpflichtungen während fünf Jahren weiter besteht (Art. 591 OR).

B) Der Ausschluss eines Gesellschafters

Bei Konkurs eines Gesellschafters, oder wenn dessen Gläubiger die Auflösung der Gesellschaft verlangen kann (Art. 578 OR), ist ein Ausschluss durch die andern Mitgesellschafter möglich. Der Ausschluss aus wichtigem Grund – d.h. wenn ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft für die andern als unzumutbar anzusehen ist – muss durch den Richter erfolgen (Art 577, 579 II OR).

C) Umwandlung in Einzelfirma

Bleibt nach dem Austritt eines Gesellschafters nur noch ein Gesellschafter übrig, geht die Gesellschaft nahtlos in die Form der Einzelfirma über. Das Gesamthandsvermögen wird „normales“ Eigentum des verbleibenden „Gesellschafters“ (Rechtsformumwandlung ohne Liquidation.)

2.2.6 Die praktische Bedeutung der Kollektivgesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 13 N 93 ff.

Fall 2: Kollektivgesellschaft

Die beiden Brüder Ricco und Piero Müller sind beide im Hotelfach tätig: Ricco als Koch und Piero als Chef de Service. Nach einem Krach mit seinem Arbeitgeber schlägt Ricco vor, zusammen mit Piero ein eigenes kleines Restaurant an der Postgasse zu eröffnen. Als dritten Partner gewinnen sie Salvatore Centomila, der über die erforderlichen flüssigen Mittel verfügt. Sie wollen sich im Handelsregister unter der Firma "Müller und Müller, Zum Pöschtli" eintragen lassen.

Das "Pöschtli" wird bald zum bekannten Treffpunkt der Gourmets in Bern. Die erzielten Erträge übertreffen die Erwartungen bei weitem. Angespornt durch ihren Erfolg beschliessen Ricco und Piero, das Lokal im Stil einer Pariser Brasserie umzubauen. Als Salvatore von den überrissenen Plänen hört, interveniert er unverzüglich.

In der Folge passieren einige Fehler: Ricco deckt sich mitten im Sommer im Rahmen einer Aktion bei Globus Delicatessa mit 300 kg Hummer ein; wegen mangelnder Nachfrage muss der grösste Teil der Ware vernichtet werden. Die gleiche Geschichte wiederholt sich wenig später mit 200 kg Muscheln und schliesslich verursacht Ricco beim Abholen der Ware noch einen Unfall, bei dem der Fahrer des anderen Wagens verletzt wird. Piero und Salvatore beginnen sich zu fragen, wie solche Zwischenfälle wohl vermieden werden könnten.

Durch das Misstrauen seiner Partner beleidigt, tritt Ricco aus dem Geschäft aus und lässt sich im Restaurant zum Rathaus als Koch einstellen. Dieser Wechsel zieht auch die Stammgäste des "Pöschtli" mit sich.

Nach rund einem halben Jahr erfährt man aus der Presse, dass das "Pöschtli" wegen Konkurses geschlossen werden musste.

Problemstellung

- Gesellschaftsform?
- Ist die Firma korrekt?
- Gewinnverteilung?
- Beschlussfassung?
- Vertretung?
- Haftung (nach innen/nach aussen/für deliktisches Handeln)?
- Folgen des Austritts von Ricco?
- Konkurrenzverbot
- Konkurs (Konkursfähigkeit/Abwicklung des Konkurses/Haftung im Konkurs)?
- Gründung?

Falllösung

GESELLSCHAFTSFORM: KOLLEKTIVGESELLSCHAFT

Die Gesellschaft besitzt alle für die Kollektivgesellschaft erforderlichen Eigenschaften: Drei Gesellschafter; Zweck ist die Führung des Restaurants; es besteht sicher eine vertragliche Abmachung; die Gesellschafter steuern jeder Beiträge

bei (Arbeit und Geld); und das Restaurant ist ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Art. 52 I HRV i.V.m. Art. 53 lit. C HRV i.V.m. Art. 54 HRV).

FIRMA

Die Firma würde vom Handelsregisterführer nicht eingetragen: entweder muss sie alle Namen der Gesellschafter aufweisen oder – wenn nicht alle Gesellschafter genannt werden – einen Zusatz (Co. oder Cie.) enthalten, der auf die Gesellschaftsform hinweist.

Der Zusatz „Zum Pöschli“ ist hier Teil der Firma (Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 7 N 45 ff.). Allein geniesst er keinen Firmenschutz, allenfalls Namen- oder UWG-Schutz.

BESCHLUSSFASSUNG

Die Beschlussfassung erfolgt – mangels anderer Abrede – einstimmig: der Umbau kann demnach nicht erfolgen bzw. wenn er dennoch erfolgt, haften die beiden Müller der Gesellschaft.

UNFALL

Die Gesellschaft haftet auch für deliktisches Handeln ihrer Organe (Art. 567 III OR i.V.m. Art. 55 ZGB). Die Gesellschaft kann je nach Verschulden Rückgriff auf den Gesellschafter nehmen. Im vorliegenden Fall haftet Ricco nach Art. 321a OR, weil er – im Innenverhältnis – Angestellter der Gesellschaft ist.

AUSTRITT EINES GESELLSCHAFTERS

Möglich ist der Austritt durch gegenseitige Übereinkunft (Art. 576 OR), durch Kündigung (mit sechs Monaten Frist; Art. 546 OR) und durch Urteil des Richters (Art. 545 II OR).

2.3 Die Kommanditgesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 14 N 2 ff.

2.3.1 Der Begriff

Die Kommanditgesellschaft ist gleich der Kollektivgesellschaft eine Personengesellschaft, die unter eigener Firma ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (Art. 594 OR).

Die Besonderheit dieser Gesellschaftsform besteht in den zwei verschiedenen Kategorien von Gesellschaftern: Zum einen die persönlich und unbeschränkt haftenden Komplementäre und zum andern die nur beschränkt (d.h. bis zu einer festgelegten Summe) haftenden Kommanditäre.

Kommanditäre können – im Unterschied zu den Komplementären und den Gesellschaftern der Kollektivgesellschaft – auch juristische Personen sein.

Der Handelsregistereintrag ist für die Kommanditgesellschaft – wie für die Kollektivgesellschaft –, soweit sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, nur deklaratorisch (Art. 594 bzw. 595 OR).

Die Beschränkung der Haftung für die Kommanditäre tritt allerdings erst nach dem Eintrag ein! Bis dahin haften auch die Kommanditäre wie die Komplementäre bzw. wie Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft.

Die Firma der Kommanditgesellschaft muss mindestens aus dem Namen eines Komplementärs bestehen plus einem das Gesellschaftsverhältnis anzeigenden Zusatz (Co. oder Cie.; Art. 947 III OR). Die Namen von Kommanditären dürfen in der Firma nicht enthalten sein – ansonsten haften sie nach aussen wie Komplementäre (Art. 607 i.V.m. 947 IV OR).

Die gesetzlichen Regeln über die Kommanditgesellschaft finden sich im 25. Titel des OR (Art. 594 ff. OR), aber auch im Recht der Kollektivgesellschaft und – über Verweise innerhalb der Kollektivgesellschaft – im Recht der einfachen Gesellschaft.

2.3.2 Das Innenverhältnis

Für die Beziehungen der Komplementäre untereinander kann vollumfänglich auf die Ausführungen über die Kollektivgesellschafter verwiesen werden.

A) Gesellschafterbeschlüsse und Geschäftsführung

Gesellschaftsbeschlüsse werden – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht – einstimmig gefällt (Art. 598 II i.V.m. 557 II i.V.m. 534 I OR). Die Geschäftsführung hingegen erfolgt ausschliesslich durch die Komplementäre (Art. 599 und 600 I OR). Den Kommanditären kommt im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (d.h. bei denjenigen Geschäften, die keines einstimmigen Gesellschaftsbeschlusses bedürfen) kein Vetorecht zu (Art. 600 II OR).

B) Die Informations- und Kontrollrechte des Kommanditärs

Für die Beschränkungen bezüglich der Geschäftsführung hat der Kommanditär im Gegenzug ein – allerdings eher beschränktes – Kontrollrecht (Art. 600 III OR).

C) Kommanditsumme und Kommanditeinlage

Kommanditsumme und Kommanditeinlage sind strikte zu unterscheiden (obwohl dies auch der Gesetzgeber im OR nicht geschafft hat): Die Kommanditeinlage ist der in die Gesellschaft eingelegte Beitrag des Kommanditärs (Geld, Arbeit, Eigentum usw.; vgl. aber: Art. 596 III OR); sie kann eine beliebige Höhe haben. Die Kommanditsumme ist die im Handelsregister eingetragene oberste Haftungssumme des Kommanditärs (Art. 596 II Ziff. 2 OR).

Die Kommanditeinlage wird dem Kommanditär im Falle der Haftung an seine Kommanditsumme angerechnet (Art. 610 II OR).

D) Gewinn- und Verlustbeteiligung

Über die Gewinn- und Verlustbeteiligung entscheidet der Richter, sofern diese Frage nicht vom Gesellschaftsvertrag beantwortet wird oder darüber keine Einigung der Gesellschafter erfolgt (Art. 601 II OR).

E) Die Haftung

Primär haftet das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Sekundär haften die Komplementäre persönlich und unbeschränkt (Art. 604 OR). Die Kommanditäre haften auch gegenüber Dritten nur bis zur Höhe ihrer im Handelsregister eingetragenen Kommanditsumme (Art. 608 I OR). Hat ein Kommanditär Dritten ge-

genüber eine höhere Kommanditsumme angegeben, haftet er für diesen Betrag (Derogation der positiven Rechtskraft des Handelsregisters; Art. 608 II OR).

Die Kommanditsumme kann herabgesetzt werden; diese kleinere Summe gilt aber erst nach dem Eintrag ins Handelsregister und nur für Verbindlichkeiten die nach dem Eintrag entstanden sind (Art. 609 OR).

- Tritt ein Kommanditär nach aussen im Namen der Gesellschaft auf und gibt nicht zu erkennen, dass er bloss als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handelt, haftet er nach aussen wie ein Komplementär (Art. 605 OR).
- Erscheint der Name eines Kommanditärs in der Firma, haftet er nach aussen wie ein Komplementär (Art. 607 OR).
- Solange die Kommanditgesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, haften nach aussen alle Gesellschafter wie Kollektivgesellschafter (Art. 606 OR).

2.3.3 Das Aussenverhältnis

Nach aussen sind allein die Komplementäre zur Vertretung befugt (Art. 603 i.V.m. 563 OR). Die Kommanditäre können die Gesellschaft aber als Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte (Art. 458 ff. OR) vertreten.

Diese Unterscheidung in der Vertretung ist von praktisch geringer Bedeutung, da der Prokurist nahezu die gleichen Vertretungsbefugnisse hat, wie ein geschäftsführender Komplementär (Ausnahme: Art. 459 II OR).

2.3.4 Beendigung der Gesellschaft und Gesellschafterwechsel

Für die Beendigung der Kommanditgesellschaft gelten die Regeln der Kollektiv- bzw. der einfachen Gesellschaft (Art. 619 I i.V.m. 574 i.V.m. 545 f. OR). Tod oder Entmündigung eines Kommanditärs haben nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (Art. 619 II OR).

2.3.5 Die praktische Bedeutung der Kommanditgesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 14 N 59 ff.

Fall 3: Kommanditgesellschaft

Hans Ledergerber leitete seit über 30 Jahren die "Fiat-Garage Ledergerber und Cie." als Kollektivgesellschaft in Rümligen zusammen mit seinem Neffen César Flückiger. Einem lang gehegten Wunsche folgend begab er sich mit einer Reisegruppe nach Nepal, wo er auf 6800m Höhe unerreichbar für Rettungshelikopter einem Lungenödem erlag.

Sein Anteil am Geschäft fiel zu gleichen Teilen an seine Frau und an seine Tochter Fanny Ehram. Hans Ledergerber hatte seinerzeit im Gesellschaftsvertrag mit César Flückiger vereinbart, dass die Gesellschaft nach seinem Ableben mit seinen Erben weitergeführt werden sollte.

Fanny Ehram äusserte sogleich den Wunsch, in die Fusstapfen ihres Vaters zu treten und im Geschäft selbst aktiv mitzuwirken. Die Mutter dagegen wollte ihre persönliche Haftung wegen der in finanziellen Dingen bekanntermassen grosszü-

gigen Haltung von César Flückiger begrenzen. Ohne grosse Begeisterung stimmte César Flückiger diesem Vorschlag unter der Bedingung zu, dass die Firma "Fiat-Garage Ledergerber und Cie." beibehalten und die Rechtsform einer Kommanditgesellschaft gewählt werde.

Kurze Zeit danach wollten César Flückiger und Fanny Ehrsam die veraltete Garageneinrichtung teilweise ersetzen. Mutter Ledergerber wehrte sich vehement gegen diesen Vorschlag mit der Begründung, zu Lebzeiten ihres Mannes hätten es die bestehenden Anlagen "auch noch getan". Als sie jedoch einige Tage später ein entsprechendes Inserat im "Bund" las, kaufte sie günstig die gesamte Einrichtung einer in Finanznöten steckenden Garage in Bümpliz. Es stellte sich heraus, dass die gekauften Anlagen in noch schlechterem Zustand waren als jene der "Fiat-Garage Ledermann und Cie."

Problemstellung

Rechtsformwechsel?

Firma?

Geschäftsführung und Vertretung?

Mittel bzw. Beiträge?

Haftungsbeschränkung?

Falllösung

RECHTSFORMWECHSEL

Der Rechtsformwechsel von der Kollektiv- zur Kommanditgesellschaft ist ohne Auflösung der Kollektivgesellschaft durch Eintritt eines Kommanditärs möglich (Art. 612 I OR).

FIRMA

Frau Ledergerber ist Kommanditärin, weshalb ihr Name nicht in die Firma aufgenommen werden darf. Auch die Ausnahme von Art. 948 OR ist nicht anwendbar.

GESCHÄFTSFÜHRUNG UND VERTRETUNG

Die Geschäftsführung obliegt den Komplementären, demnach hat Frau Ledergerber nur ein Vetorecht, wenn das Geschäft ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftsführung liegt.

2.3.6 Exkurs: Die Kommanditaktiengesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 17 N 2 ff.

Die Kommanditaktiengesellschaft hat in der Praxis keine Bedeutung, es gibt ihrer kaum ein halbes Dutzend (z.B. Bank Sarasin).

Die Kommanditaktiengesellschaft ist eine Kommanditgesellschaft, deren Kommanditsumme in Aktien aufgeteilt ist. Oder anders: die Kommanditaktiengesellschaft ist eine Aktiengesellschaft mit einem persönlich und unbeschränkt haftenden Verwaltungsrat.

3 Die juristischen Personen

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 3 N 2 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 17.01 ff.

3.1 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 18 N 4 ff.; (deutsches) Gesetz vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

3.1.1 Der Begriff

Die GmbH ist eine teils kapitalbezogene, teils personenbezogene Körperschaft, die wirtschaftliche Zwecke verfolgt und in der Regel ein kaufmännisches Unternehmen betreibt, die ein in bestimmter Höhe festgesetztes Stammkapital aufweist und für deren Verbindlichkeiten neben dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschafter insoweit subsidiär persönlich und solidarisch haften, als das Stammkapital nicht liberiert ist.

- Die GmbH muss bei der Gründung aus mindestens zwei Personen bestehen, wobei dies natürliche oder juristische sein können; die GmbH bleibt auch mit nur einem Gesellschafter weiter bestehen, auch wenn in diesem Fall die Gläubiger die Auflösung verlangen könnten (Art. 775 OR), was aber – wie bei der AG – nie vorkommt;
- die GmbH ist eine juristische Person und als solche rechtsfähig (Art. 53 ZGB);
- der Handelsregistereintrag ist für die GmbH konstitutiv (Art. 783 I OR);⁸
- die GmbH besitzt eine eigene Firma, die frei gebildet werden kann, aber immer den Zusatz GmbH (ausgeschrieben oder als Abkürzung) enthalten muss (Art. 949 OR); ist die Firma aus einem Personennamen gebildet, besteht der Firmenschutz nur innerhalb des Registerkreises, bei frei gebildeten Firmen in der ganzen Schweiz (Art. 951 II OR);
- der Zweck der GmbH muss immer ein wirtschaftlicher sein (Art. 772 III OR), mit welcher Regel sie unter den Gesellschaften eine Ausnahme ist; die GmbH muss für diesen wirtschaftlichen Zweck allerdings kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Art. 52 ff. HRV) betreiben, sodass u.U. – je nach Geschäftstätigkeit – nicht einmal eine Buchführungspflicht besteht (z.B. Mäkler-GmbH, die pro Jahr zwei lukrative Geschäfte tätigt).

3.1.2 Stammeinlage und Haftung für Gesellschaftsschulden

- Die GmbH besitzt ein in den Statuten festgesetztes Stammkapital (zwischen 20'000.- und 2 Mio. sFr.; Art. 773 OR);
- dieses Stammkapital ist in Stammeinlagen⁹ (zu mind. 1000.- sFr. oder ein vielfaches davon; Art. 774 I OR) aufgeteilt;

⁸ Die Eintragung entfaltet ihre Wirkung an dem der Veröffentlichung des Eintrags im SHAB folgenden Arbeitstag (Art. 932 II OR). Vgl. auch Handelsrecht I, S. 15 f.

⁹ Vorliegend wird – wie im Gesetz – für den zu liberierenden Anteil eines Gesellschafters an der GmbH allein der Begriff Stammeinlage verwendet. Eine Unterscheidung (wie sie auch etwa vorge-

- ein Gesellschafter kann nur eine solche Stammeinlage besitzen (Art. 774 II OR);
- die Stammeinlagen müssen zu mindestens 50% liberiert (eingezahlt) sein (Art. 774 II OR);
- die Stammeinlage jedes Gesellschafters bestimmt dessen Anteil an der GmbH (Art. 789 I OR);
- die Gesellschaft führt ein Anteilbuch, worin die Gesellschafter und ihre Anteile eingetragen sind (Art. 790 OR);
- die Stammeinlagen dürfen nicht in Wertpapieren verbrieft werden, sie sollen nicht frei zirkulationsfähig sein, nur das Ausstellen einer Beweisurkunde ist erlaubt (Art. 789 III OR);¹⁰
- die Gesellschafter haften persönlich und solidarisch nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Regeln, aber nur bis zur Höhe des Stammkapitals (Art. 802 I OR); von dieser Haftung sind sie soweit befreit, als das Stammkapital einbezahlt worden ist (Art. 802 II OR); jeder Gesellschafter haftet somit auch solidarisch für die ganze Summe der nicht liberierten Anteile der übrigen Gesellschafter (Art. 772 II OR);¹¹
- die Statuten können für die Gesellschafter eine begrenzte Nachschusspflicht (Art. 777 Ziff. 2, 803 OR) und/oder Nebenleistungspflichten (d.h. irgendein Tun, Unterlassen oder Dulden) vorsehen – dies aber nur unter Zustimmung aller Gesellschafter.

Mit diesen Eigenschaften steht die GmbH zwischen der Aktiengesellschaft und den Personengesellschaften, sie ist sozusagen eine Art „juridisches Maultier“.

3.1.3 Die Organisation der Gesellschaft

Die Statuten der GmbH müssen gewisse, zwingend vorgeschriebene Inhalte aufweisen (Art. 776 OR). Daneben kann sie weitere Bestimmungen enthalten, die bloss bedingt zwingend sind: dies sind Inhalte, die, wenn sie geregelt werden sollen, in den Statuten geregelt werden müssen und einfachen Gesellschaftsbeschlüssen nicht zugänglich sind (Art. 777 OR).

A) Die Gesellschafterversammlung

Das oberste Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung (Art. 808 I OR; ihre Befugnisse siehe Art. 810 OR). Die Beschlussfassung erfolgt nach der Mehrheit der ab-

nommen wird) zwischen Stammanteil (als nominellem Gesellschaftsanteil) und Stammeinlage (als auf den Anteil bereits geleisteter Zahlung) drängt sich nicht auf.

¹⁰ Ein Teil der Lehre will – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – diese Regel nicht als generelles Verbot der Verbriefung von Anteilen in Wertpapieren verstehen, sondern nur als Verbot der Verbriefung in Inhaber- oder Ordrepapieren. Die Verbriefung in echten Namenpapieren hingegen solle erlaubt sein. (Zu den Wertpapierarten vgl. Handelsrecht I, S. 40 ff.).

¹¹ Extrembeispiel: X und Y gründen zusammen eine GmbH, wobei X eine Stammeinlage von Fr. 1000.- zeichnet (den er voll liberiert), und Y eine Stammeinlage von 1'999'000.- (den er nur zur Hälfte liberiert). Wird Y in dieser Situation aus irgendeinem Grunde zahlungsunfähig, haftet X für die ganze nicht eingezahlte Hälfte des Anteils von Y!

gegebenen Stimmen (ohne Abwesende und Enthaltungen), wobei die Stimmen nach der Höhe der Stammeinlage zu bemessen sind (Art. 808 III, IV OR: mindestens eine Stimme auf eine Stammeinlage von 1000.- sFr.).

Die Gesellschaftsversammlung muss innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Jahresabschluss abgehalten werden (Art. 809 I OR). Ausserdem kann von einem Gesellschafter (oder mehreren Gesellschaftern), sofern er (oder sie zusammen) mindestens ein Zehntel des Stammkapitals besitzen, eine ausserordentliche Versammlung einberufen lassen (Art. 809 II OR).

Die Anfechtung der Beschlüsse erfolgt mittels Anfechtungsklage, wobei auf die Regeln des Aktienrechts verwiesen wird (Art. 808 VI i.V.m. 706 f. OR; vgl. unten 3.3.7A).

B) Geschäftsführung und Vertretung

Das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung haben – soweit die Statuten nichts anderes vorsehen – zunächst einmal alle Gründungsmitglieder (Art. 811 III OR *e contrario*). Später hinzutretende Gesellschafter können durch Gesellschaftsbeschluss zur Geschäftsführung ermächtigt werden (Art. 811 III OR). Die Geschäftsführung kann aber auch vollständig Dritten übertragen werden (Art. 812 OR).

Mindestens einer der Geschäftsführer muss in der Schweiz wohnhaft sein (Art. 813 OR); diese Regelung ist liberaler als diejenige der Aktienrechts (Art. 708 OR), was die GmbH gerade für ausländische Unternehmer attraktiv macht.

Die Vertretungsmacht umfasst alles, was der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 814 i.V.m. 718a I OR) bzw. – nach BGer – „alles, was durch den Zweck der Gesellschaft nicht geradezu ausgeschlossen ist.“

Die Vertretungsmacht kann auf die Hauptniederlassung, auf eine Zweigniederlassung oder auf Kollektivzeichnung eingeschränkt werden: anderen Beschränkungen – insbesondere inhaltliche – sind für gutgläubige Dritte unverbindlich (Art. 814 i.V.m. 718a II OR).

Die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung richtet sich unter den Gesellschaftern nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften (Art. 814 II i.V.m. 565 OR und Art. 814 II i.V.m. 557 II i.V.m. 539 OR).

Die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten ist gleich geregelt, wie bei der Kollektivgesellschaft (Art. 816 i.V.m. 458 ff. OR). Bei der Unterzeichnung muss ersichtlich sein, dass der Unterzeichnende im Namen der Gesellschaft zeichnet. Bei Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten muss auch deren Status aus der Unterzeichnung hervorgehen.¹²

C) Die Kontrollstelle

Die Einrichtung einer Kontrollstelle ist für die GmbH fakultativ. Unnötig erscheint eine Kontrollstelle, wenn alle Gesellschafter zugleich Geschäftsführer sind. Anders wohl, wenn die Geschäftsführung nicht allen Gesellschaftern obliegt: zwar steht in diesem Fall den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern ein Einsichtsrecht zu (Art. 819 i.V.m. 541 OR), die Statuten können aber anstelle dieses Einsichtsrechts eine spezielle Kon-

¹² Handelsrecht I, S. 23 f., insbes. Fn. 36.

trollstelle vorstehen, für welche die Regeln des Aktienrechts gelten (Art. 819 II i.V.m. 727 ff. OR).

Streitig ist, ob die Kontrollstelle im Rahmen der GmbH-Revision nicht obligatorisch vorgeschrieben werden soll.¹³ Dafür spricht die volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung korrekt geführter Unternehmen, dagegen aber die Mehrkosten¹⁴ insbesondere für kleine Geschäfte. Vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 18 N 83 ff.

3.1.4 Gründung, Statutenänderungen und Kapitalveränderungen

A) Die Gründung der GmbH

Zur Gründung der GmbH bedarf es einer öffentlich beurkundeten Gründungsurkunde und des Eintrages ins Handelsregister (Art. 779 ff. OR). Ohne den Handelsregistereintrag ist die GmbH nicht rechtsfähig bzw. besteht gar nicht als GmbH (Art. 783 I OR).

Wer vor der Eintragung der GmbH in deren Namen handelt¹⁵, haftet nach Art. 783 II OR für die dabei begründeten Verpflichtungen persönlich und solidarisch – intern nach den Regeln der einfachen Gesellschaft (Art. 537 ff. OR). Ohne Mitwirkung von aussen (d.h. automatisch) tritt die Befreiung der gemäss Art. 783 II OR Haftenden ein, wenn die Gesellschaft binnen drei Monaten nach ihrer Eintragung das Rechtsgeschäft übernimmt (Art. 783 III OR). Da auch materiell zu den gleichlautenden Regeln des Aktienrechts (Art. 645 OR) kein Unterschied besteht, kann darauf verwiesen werden (vgl. unten 3.3.2A)g). Zuständig für die Übernahme des Geschäftes sind, soweit keine andere Ordnung (Statuten, Reglemente oder Beschlüsse) getroffen wurde, die Geschäftsführer der GmbH.¹⁶

Da im Zeitpunkt der Verpflichtung noch unklar sein kann, ob die Gesellschaft überhaupt gegründet werden wird, und ob sie die Verpflichtungen übernehmen wird, empfiehlt es sich, die entsprechenden Rechtsgeschäfte unter diesen beiden Bedingungen abzuschliessen.

Handelt eine Person nach aussen selbständig und in eigenem Namen, wird sie gemäss Art. 543 I OR allein berechtigt und verpflichtet. Intern stehen ihr Rückgriffsmöglichkeiten nach Art. 537 I OR zu. Handelt die Person im Namen der Gründergemeinschaft (einfache Gesellschaft), werden die Mitgründer insoweit mitberechtigt oder mitverpflichtet, als es die Bestimmungen der bürgerlichen Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) mit sich bringen (543 II, III OR).

¹³ Zum Stand der GmbH-Revision vgl. die Internetseite des Bundesamtes für Justiz («<http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>»).

¹⁴ Dazu Fn. 17.

¹⁵ Zu den Handelnden zählen in erster Linie die nach aussen tätig werdenden Personen, dann aber auch diejenigen, die zwar äusserlich nicht hervortreten, tatsächlich aber den Abschluss des Geschäfts im Namen der Gesellschaft veranlassen (etwa der „intellektuelle Urheber“). Dazu gehören nicht nur die Gründer, sondern auch Aktienzeichner, bereits bestellte Organe und auch Dritte, welche sich massgebend in die Angelegenheiten der werdenden Gesellschaft einmischen – rechtliche oder geschäftliche Beziehungen zu den Gründern sind nicht erforderlich (BGE 76 II 164). Zur Anscheinsvollmacht vgl. BUCHER AT, S. 612 ff. und MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 12 N. 61.

¹⁶ OR-SCHENKER, N. 8 f. zu Art. 783 OR.

B) Statutenänderungen

Statutenänderungen erfolgen – soweit in den Statuten nichts anderes bestimmt ist – mit Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Mitglieder (Zählung nach Köpfen), die zusätzlich mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten (Art. 784 II OR).

Änderungen, die eine Vermehrung der Leistungen oder eine Ausdehnung der Haftung bezwecken bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter (Art. 784 III OR).

C) Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals

a) Kapitalerhöhung

Für die Kapitalerhöhung geltend die gleichen Vorschriften wie für die Gründung (Art. 786 OR). Den Gesellschaftern steht ein Bezugsrecht (d.h. das Recht, ihrem bestehenden Anteil entsprechend an der Kapitalerhöhung teilzunehmen, damit ihr Anteil im Verhältnis gleich gross bleibt) zu, soweit nicht Statuten oder ein Beschluss etwas anderes vorsehen (Art. 787 OR).

Eine Kapitalerhöhung bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter, weil sich für jeden von ihnen dadurch das Haftungsrisiko erhöht (Art. 784 III OR).

b) Kapitalherabsetzung

Für die Kapitalherabsetzung gelten die Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 788 II i.V.m. 732 ff. OR). In jedem Fall darf das Stammkapital nicht unter 20'000.- Fr. herabgesetzt werden, die Stammeinlagen müssen mindestens 1'000.- Fr. betragen (Art. 788 I und 774 I OR). Vgl. unten 3.3.3I).

3.1.5 Anspruch auf Gewinnanteil

Der Anspruch auf den Gewinn bemisst sich nach dem Verhältnis der eingezahlten (liberierten) Anteile (Art. 804 I OR). Auf die Einlagen dürfen keine Zinse bezahlt werden (Art. 804 II OR).

3.1.6 Übertragung von Gesellschaftsanteilen

A) Rechtsgeschäftliche Übertragung

Der rechtsgeschäftlichen Abtretung eines Gesellschaftsanteils müssen mindestens drei Viertel der Gesellschafter, die zudem über mindestens drei Viertel des Stammkapitals verfügen, zustimmen (Art. 791 II OR). Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Gesellschaftsanteilen ist bei der GmbH also von Gesetzes wegen erschwert (gesetzliche Vinkulierung). Die Anteile sollen nicht frei zirkulieren und gehandelt werden können. Die Statuten können die Übertragbarkeit sogar gänzlich ausschliessen (Art. 791 III OR). Die Regeln über die rechtsgeschäftliche Abtretung von Gesellschaftsanteilen gelten auch unter den Gesellschaftern (Art. 796 OR).

B) Erb- und güterrechtliche Übertragung

Die Statuten können die Zustimmungsbedürftigkeit der Gesellschafter auch bei Erb- oder güterrechtlicher Übertragung des Gesellschaftsanteils vorsehen; die Zustimmung kann diesfalls aber nur verweigert werden, wenn der Anteil von einem durch die Ge-

sellschaft bezeichneten Dritten zu seinem wirklichen (inneren) Wert übernommen wird (Art. 792 OR). Die Auswahl des Dritten (bzw. die Übertragung der Anteile auf diesen) bedarf wiederum der qualifizierten Zustimmung (Art. 791 II OR).

3.1.7 Beendigung der GmbH, Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern

A) Auflösung

Die Auflösungsgründe für die GmbH sind in Art. 820 OR aufgeführt: Die Auflösung erfolgt im Zeitpunkt, den die Statuten bestimmen (Ziff. 1); durch öffentlich beurkundeten Gesellschaftsbeschluss, wenn drei Viertel der Gesellschafter zustimmen, die zudem mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten (Ziff. 2); durch Konkurs (Ziff. 3); oder durch den Richter aus wichtigen, auch persönlichen Gründen (Ziff. 4). Ein Auflösungsgrund ist zudem die Auflösungsklage eines Gläubigers nach Art. 775 II OR.

Die Liquidation erfolgt nach den Regeln des Aktienrechts (Art. 823 i.V.m. 739 ff. OR). Vgl. unten 3.3.8.

B) Austritt eines Gesellschafters

Der Austritt aus der Gesellschaft ist möglich, sofern die Statuten dies (allenfalls unter Bedingungen) vorsehen (Art. 822 I OR). Andernfalls ist der Austritt nur durch richterlichen Entscheid aus wichtigen Gründen (d.h. Unzumutbarkeit der weiteren Mitgliedschaft) möglich (Art. 822 II OR).

In jedem Fall hat der Austretende ein Anrecht auf eine Abfindung in der Höhe des Verkehrswertes (d.h. des inneren Wertes) seines Anteils. Hat die Gesellschaft zu wenig Mittel, um den Anteil auszubezahlen, muss eine Kapitalherabsetzung erfolgen (Art. 822 IV OR).

C) Ausschluss eines Gesellschafters

Der Ausschluss eines Gesellschafters erfolgt aus wichtigen Gründen durch richterlichen Entscheid, wenn dies die Mehrheit der Gesellschafter, die zugleich die Mehrheit des Stammkapitals vertreten, beschliesst (Art. 822 III OR). Für die Frage der Abfindung gilt das gleiche wie bei einem Austritt (Art. 822 IV OR).

3.1.8 Die Verweisungen auf das Aktienrecht

VON BÜREN/BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisung auf das Aktienrecht, in: BN 1996, S. 225 ff.

Viele Artikel des GmbH-Rechts verweisen auf das Aktienrecht:

- Vertretungsbefugnis (Art. 814 I i.V.m. 718 ff. OR);
- Revisionsstelle (Art. 819 II i.V.m. 727 ff. OR);
- Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 817 I i.V.m. 725 ff. OR);
- Verantwortlichkeit (Art. 827 i.V.m. 752 ff. OR);
- Kapitalherabsetzung (Art. 788 II i.V.m. 732 ff. OR);
- Liquidation (Art. 823 i.V.m. 739 ff. OR); u.a.

3.1.9 Die praktische Bedeutung der GmbH / Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 18 N 95 ff.; VON BÜREN/BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisung auf das Aktienrecht, in: BN 1996, S. 221 ff.; Zur Revision des GmbH-Rechtsvgl. die Internetseite des Bundesamtes für Justiz («<http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>»).

A) Die zahlenmässige Entwicklung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Anhang, S. 599.

Die GmbH ist in den letzten Jahren zur zweitwichtigsten Gesellschaftsform in der Schweiz geworden, während sie zuvor lange Jahre nur von untergeordneter Bedeutung war: Sie hat zahlenmässig in erstaunlichem Masse zugenommen (1992: 7%; 1993: 41%; 1994: 60%), während die Zahl der Aktiengesellschaften kaum zulegte bzw. gar sankt (1994).

B) Gründe für die frühere Unattraktivität der GmbH

- Die GmbH ist eine in den Dreissigerjahren (!) aus Deutschland übernommene Gesellschaftsform;
- die GmbH galt als die Gesellschaft des „armen Mannes“, weil sie nur 20'000.- Fr. Stammkapital erfordert (welches zudem nur zur Hälfte liberieren werden muss [Art. 773 i.V.m. 774 II OR]);
- die Verkehrsfähigkeit der Anteile ist beschränkt (Art. 791 ff. OR);
- sie unterliegt z.T. den gleichen, strengen formellen Vorschriften wie die AG.

C) Vorteile der GmbH schon vor der Aktienrechtsreform

- Die Möglichkeit von Nebenleistungspflichten (Art. 777 Ziff. 2 OR);
- eine nur fakultative Revisionsstelle (Art. 819 II OR);
- Austritt und Auflösung sind möglich (Art. 822 OR);
- es sind nur zwei Gründungsmitglieder erforderlich (Art. 772 I, 775 I OR);
- freiere Nationalitäten- und Wohnsitzregelung als die AG (Art. 813 I OR);
- gesetzliche Vinkulierung (Art. 791 ff. OR);
- Geschäftsführung und Vertretung sind sehr flexibel zu handhaben: sie können allen Gesellschafter gemeinsam obliegen oder sogar ganz an Dritte delegiert werden (Art. 811 f. OR);
- die GmbH ist mit relativ wenig Aufwand zu Gründen (wenig Statuten usf. [Art. 779 ff. OR]).

D) Der Einfluss der Aktienrechtsrevision 1991 auf die Entwicklung der GmbH

Die gesteigerte Attraktivität der GmbH nach der Aktienrechtsrevision lässt sich vor allem auf zwei Dinge zurückführen: zum einen auf die Erhöhung des Mindestkapitals für die Aktiengesellschaft von 50'000.- Fr. auf 100'000.- Fr. und zum andern die neuen,

noch strengeren Vorschriften der obligatorischen Revisionsstelle¹⁷ der Aktiengesellschaft.

Dazu kommen folgende weiteren Gründe:

- Die Vinkulierung ist bei der Aktiengesellschaft nur noch erschwert möglich (vgl. unten 3.3.3G);
- die Möglichkeit des unbeschränkten Ankaufes eigener Anteile durch die GmbH (bei der Aktiengesellschaften beschränkt sich dies auf höchstens 10%);¹⁸
- die zwingend durch den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft wahrzunehmenden Aufgaben (Art. 716a OR);
- die Sonderprüfung in Aktienrecht;
- und schliesslich die GmbH als Modegesellschaft für junge Unternehmen (trotz der teilweise grossen Haftungsrisiken).¹⁹

Fall 4: Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Franz Hasselbach, Hans-Jörg Forster und Maya Probst – alle drei begeisterte River-Rafter – haben am Ende ihrer gemeinsamen Schulzeit beschlossen, ihr Hobby zum Beruf zu machen und professionell geführte River-Rafting-Tours im Berner Oberland anzubieten. Von einem befreundeten Ius-Studenten haben sie in Erfahrung gebracht, dass die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die geringsten finanziellen Risiken mit sich bringt und gleichzeitig relativ wenig kostet. Schliesslich gründen sie die "Golden River GmbH" mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.-, das sie infolge fehlender Mittel nur zu 50% liberieren können. Die einzelnen Gesellschafter wollen folgende Stammeinlagen zeichnen (und liberieren):

- Franz Hasselbach:	Fr. 5'500.-	(Fr. 2'000.-)
- Hans-Jörg Forster:	Fr. 8'000.-	(Fr. 4'000.-)
- Maya Probst:	<u>Fr. 6'500.-</u>	<u>(Fr. 4'000.-)</u>
Stammkapital (liberiert)	Fr. 20'000.-	(Fr. 10'000.-)

Franz Haselbach kauft bei einem Bekannten zwei Schlauchboote mit Paddeln und Maya Probst mietet von einem Sportgeschäft für ein Jahr zwanzig Schwimmwesten. Die Saison lässt sich jedoch nicht gut an: Die Golden River GmbH ist nur Insidern bekannt, da Mittel für Werbemassnahmen fehlen. Ein nasser Sommer tut das übrige: Der Umsatz lässt stark zu wünschen übrig; die Mittel werden knapp.

Maya Probst erfährt von ihrem Freund, dass die speziell auf Trecking-Angebote spezialisierte "Aaretal Reisen AG" eine neue Mitarbeiterin sucht. Unter Berücksichtigung der finanziell schlechten Lage der Golden River GmbH beschliesst

¹⁷ Die Revision kann schon ein kleines Unternehmen 10'000.- bis 15'000.- Fr. pro Jahr kosten.

¹⁸ Die Gesellschaft kann – wenn das Stammkapital voll liberiert ist – ihre eigenen Stammeinlagen von den Gesellschaftern kaufen und zwar ohne Einschränkung bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals! Das Kapital für den Kauf von Stammeinlagen muss aus dem selbst erarbeiteten Gesellschaftsvermögen (Gewinne, Reserven) kommen und nicht aus dem Eigenkapital (Art. 807 II OR). Die Gesellschaft gehört sich dann selbst! Allerdings kann in einem solchen Fall jeder Gläubiger die Auflösung der Gesellschaft verlangen (Art. 775 II OR).

¹⁹ Vgl. Fn. 11.

Maya Probst, sich für diese Stelle zu bewerben. Sie wird deswegen von ihren Partnern zur Rede gestellt. Erbst über diese - ihrer Meinung nach unfreundliche - Intervention erklärt sie, aus der Gesellschaft austreten zu wollen.

Ein Jahr darauf erfährt Maya Probst von ihrem Freund, der Golden River GmbH gehe es offenbar ganz schlecht: Er habe gehört, Franz Hasselbach habe zu Stammtischkollegen im "Sternen" gesagt, man habe ja gottseidank noch Maya Probst im Hintergrund.

Falllösung

FIRMA

Die Firma ist korrekt gebildet; sie muss aus einem frei wählbaren Namen und dem Zusatz „GmbH“ bestehen (Art. 949 OR). Schutzbereich ist die ganze Schweiz, sofern der Name nicht aus einem Personennamen gebildet ist (Art. 951 II OR).

STAMMKAPITAL

Das Stammkapital darf nicht weniger als 20'000.- Fr. betragen (Art. 773 OR). Die einzelnen Anteile müssen mindestens 1'000.- Fr. betragen und dürfen nur ein vielfaches davon sein (Art. 774 I OR): die Anteile von Hasselbach und Probst müssen korrigiert werden.

VERTRETUNG

Wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, steht die Geschäftsführung und Vertretung vermutungsweise allen Gesellschaftern gemeinsam zu (Art. 811 I, II OR), ohne entsprechende Vollmachten der andern Gesellschafter können Haselbach und Probst die Gesellschaft nicht verpflichten.

„LIQUIDITÄT“

In diesem Fall wäre wohl eine Aufliberierung zur Beschaffung von liquiden Mitteln die beste Lösung. Ebenfalls möglich ist eine Kapitalerhöhung oder ein Kredit. Eine Nachschusspflicht könnte erst bei Bilanzverlust entstehen und müsste in den Statuten vorgesehen sein (Art. 803 i.V.m. 784 III OR).

AUSTRITT

Der Austritt kann statuarisch vorgesehen werden (Art. 822 I OR); er kann erfolgen, wenn der weitere Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar ist (Art. 822 II OR), oder der Austritt kann mit Zustimmung der andern erfolgen.

Die Austretende hat Anspruch auf ihren Liquidationsanteil der Gesellschaft (d.h. den inneren Wert ihres Anteils [Art. 822 III OR]); hat die Gesellschaft kein Geld, um sie auszuzahlen, erfolgt die Auflösung (Art. 817 I i.V.m. 725 II i.V.m. 725a OR).

KONKURRENZVERBOT

Art. 818 OR.

HAFTUNG

Die austretende Maya Probst haftet noch während 5 Jahren für die während ihrer Mitgliedschaft entstandenen Verpflichtungen: d.h. sie haftet während dieser Zeit für die 10'000 Fr., die noch nicht liberiert waren.

Im Übrigen haften die Gesellschafter nach den Regeln der Kollektivgesellschaft, allerdings nur bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals (Art. 802 I i.V.m. 568 OR). Austritt und Übertragung sind bezüglich der Haftung gleich zu behandeln.

3.2 Die Genossenschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 19 N 2 ff.

3.2.1 Der Begriff

Die Genossenschaft nimmt unter den Gesellschaften des Obligationenrechts eine Sonderstellung ein, dies zeigt sich schon an der Überschrift dessen dritter Abteilung: Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft.

Die Genossenschaft ist diejenige Gesellschaft, die sich am meisten von der Aktiengesellschaft unterscheidet. Sie ist im Gegensatz zur reinen Kapitalgesellschaft die typische Personenvereinigung, sie hat im Extremfall nicht einmal ein Grundkapital. Ihr Zweck ist nicht die Akkumulation von Gewinn, sondern die Selbsthilfe der Genossenschafter (auch wenn diese Selbsthilfe in geldwerten Leistungen erfolgen kann [Art. 828 OR]).

Dennoch ist die Genossenschaft eine juristische Person, die unter eigener Firma auftritt.

A) Die nicht geschlossene Zahl von Mitgliedern

Das typische Merkmal der Genossenschaft ist die nicht geschlossene Zahl von Mitgliedern. Die Genossenschaft darf Neumitgliedern den Eintritt nicht übermässig erschweren (Art. 839 II OR). Die Genossenschaft kann jedoch ein Gesuch auf Eintritt grundlos ablehnen; einen klagbaren Anspruch auf Aufnahme gibt es nicht!

Selbstverständlich sind Beschränkungen möglich, die z.B. nur Rebbauern als Mitglieder einer Rebbaugenossenschaft zulassen oder nur Landwirte als Mitglieder einer landwirtschaftlichen Genossenschaft.

B) Das Grundkapital der Genossenschaft

Ein Grundkapital ist für die Genossenschaft nicht zwingend erforderlich. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über die Höhe des Grundkapitals, ja die Festlegung einer solchen Höhe ist gar nicht erlaubt (Art. 828 II OR).

Wenn die Genossenschaft über ein Grundkapital verfügt, kann dessen Höhe nicht bestimmt werden, da die Zahl der Gesellschafter nicht bestimmt ist. Ein Grundkapital muss in Anteile (bzw. Anteilscheine) zerlegt werden (Art. 833 Ziff. 1, 853 OR), jeder Genossenschafter muss mindestens einen Anteilschein zeichnen. Die Statuten können bestimmen, dass bis zu einer gewissen Höchstzahl mehrere Anteilscheine erworben werden dürfen (Art. 853 II OR).

Besitzt die Genossenschaft ein Grundkapital, gelten für die Herabsetzung überdies die Regeln der Aktiengesellschaft (Art. 874 II i.V.m. 732 ff. OR).

Besteht ein Gesellschaftsvermögen, hat der Gesetzgeber die weitere Vermehrung noch gefördert, indem ein Reingewinn – sofern nichts anderes statuiert ist – vollumfänglich in dieses Vermögen fällt (Art. 859 I OR) und gesetzlich die Bildung eines Reservefonds vorgeschrieben ist (Art. 860 OR). Eine allfällige Gewinnausschüttung ist auf die Rendite von z.B. Bundesobligationen beschränkt (Art. 859 III OR).

C) Die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks

Das Gesetz schreibt vor, dass die Genossenschaft in der Hauptsache wirtschaftliche Zwecke zu verfolgen habe; in der Nebensache sind andere Zwecke möglich (Art. 828 I OR).

Die Handelsregisterverordnung erlaubt – entgegen dem Gesetzestext – auch Genossenschaften mit rein gemeinnützigem Zweck die Eintragung (Art. 92 II HRV)!

Mit dem wirtschaftlichen Zweck unterscheidet sich die Genossenschaft vom Verein, welcher einem solchen Zweck nicht dienen darf (Art. 60 I ZGB). Sie unterscheidet sich aber auch von der Aktiengesellschaft, die vorrangig der Erzielung von Gewinn zugunsten der Aktionäre (shareholder value) dient: die Genossenschaft ist nicht auf Kapitalerträge ausgerichtet, sondern sie lässt den Genossenschaftern wirtschaftliche Vorteile in Form anderer geldwerter Leistungen (z.B. günstige Mietzinse, billige Produkte) indirekt zukommen (Art. 92 I HRV *e contrario*).

3.2.2 Die Gründung der Genossenschaft

In der Gründungsphase unterstehen die künftigen Genossenschafter dem Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR). Das Recht der Genossenschaft (wie schon die Regelung der GmbH; Art. 783 II, III) kennt allerdings eine Beschränkung der Haftung: wurden die Verbindlichkeiten ausdrücklich im Namen der in Gründung befindlichen Genossenschaft vorgenommen, werden die Handelnden befreit und es haftet nur die Genossenschaft, sofern die gegründete Genossenschaft diese innerhalb von drei Monaten übernimmt (Art. 838 II, III OR; vgl. oben 3.1.4A) und unten 3.3.2A)g).

Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es der Redaktion und der Einigung über die Statuten (Art. 834 OR: wobei die in Art. 832 OR genannten Punkte zwingend geregelt werden müssen). Sollen die in Art. 833 OR genannten Punkte geregelt werden, müssen auch diese in die Statuten aufgenommen werden (bedingt zwingender Inhalt).

Die Gründungsversammlung muss aus mindestens sieben Mitgliedern bestehen (Art. 831 I OR). Sie muss, neben der Genehmigung der Statuten, die Organe wählen und über allfällige Sacheinlagen²⁰ (Sachen und Rechte) beraten (Art. 834 II, III OR). Einer öffentlichen Beurkundung bedarf der Gründungsbeschluss (im Gegensatz zur Aktiengesellschaft und zur GmbH) nicht (Art. 834 I *e contrario*).

Für den Erwerb der Persönlichkeit muss die Genossenschaft in das Handelsregister eingetragen werden, die Eintragung ist demnach konstitutiv (Art. 838 I OR).

²⁰ Von der Sacheinlage zu unterscheiden ist die Sachübernahme: diese stellt im Grunde einen einfachen Kauf dar und nicht das Einbringen von Sachen als Grundkapital eines Genossenschaftern. Sachübernahme ist Kauf einer Sache mit dem Grundkapital (oder sonstigem Vermögen) der Genossenschaft. Zur qualifizierten Gründung der Aktiengesellschaft vgl. unten 3.3.2B).

3.2.3 Die Organisation der Genossenschaft

A) Die Generalversammlung der Genossenschafter (Genossenschafterversammlung)

Die Genossenschafterversammlung ist das oberste Organ der Genossenschaft (Art. 879 I OR). Ihr kommen zwingend bestimmte Befugnisse zu: Wahl der übrigen Organe, Statutenänderung, Abnahme der Betriebsrechnung, Décharge der Verwaltung u.a. (Art. 879 II OR).

Genossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern können die schriftliche Stimmabgabe (Art. 880 OR) oder auch Delegiertenversammlungen (Art. 892 OR) vorsehen.

Die Genossenschafterversammlung kann von der Verwaltung oder von 10% (bzw., bei weniger als 30 Mitgliedern, von wenigstens drei) der Mitglieder einberufen werden (Art. 881 OR). Diese Versammlung hat mindestens ein Mal pro Jahr stattzufinden (Art. 882 i.V.m. 879 II Ziff. 3 OR).

Jeder Genossenschafter hat nur eine Stimme, auch wenn er mehrere Anteile besitzt (Art. 885 OR). Die Beschlussfassung erfolgt nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 888 I OR). Für besondere Beschlüsse (Statutenänderung, Fusion, Auflösung) ist eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen erforderlich (Art. 888 II OR). Beschlüsse über die Einführung und die Vermehrung der persönlichen Haftung oder der Nachschusspflicht bedürfen der Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter. (Diese Bestimmung ist nicht ganz ungefährlich, weil durch Mehrheitsbeschluss immerhin die Haftung aller Gesellschafter begründet oder erhöht werden kann. Notfalls bleibt nur der rechtzeitige Austritt aus der Genossenschaft [Art. 842 OR]).

Die Vertretung der Genossenschafter durch andere an der Genossenschafterversammlung ist eingeschränkt: durch Dritte ist keine Vertretung möglich (abgesehen von der Ausnahme in Art. 886 III OR). Ein Genossenschafter kann sich von einem andern Genossenschafter vertreten lassen, jedoch kann kein Genossenschafter mehr als einen andern Genossenschafter (bzw. bei Genossenschaften mit über 1000 Mitgliedern nur 9 andere) vertreten (Art. 886 OR). Diese Vertretungsbeschränkung soll die Mitglieder dazu anregen, an die Versammlung zu kommen; was sie in der Regel dennoch nicht tun, weshalb die Verwaltung meist dementsprechend wenig legitimiert ist.

Die Beschlüsse der Genossenschafterversammlung können binnen zweier Monate nach der Versammlung angefochten werden (Art. 891 OR). Die Klage wirkt *erga omnes*, d.h. der entsprechende Beschluss wird für alle aufgehoben. Bleibt die Anfechtung aus, werden selbst gegen das Gesetz verstossende Beschlüsse gültig.

B) Die Verwaltung

Die Verwaltung muss aus mindestens drei Personen bestehen; die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung muss Genossenschafter sein (Art. 894 I OR). Zusätzlich muss die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung aus Schweizerbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen (Art. 895 I OR), und mindestens einer dieser Schweizerbürger zur Vertretung befugt sein. Ist diese Voraussetzung nicht (mehr) erfüllt, wird die Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen bzw. aufgelöst (Art. 895 II OR).

Für die Verwaltung der Genossenschaft fehlt eine Kompetenzvermutung analog Art. 716 OR, der im Zweifelsfall Zuständigkeit des Verwaltungsrates postuliert. Oft kann deshalb unklar sein, wer für gewisse Geschäfte innerhalb der Genossenschaft zuständig ist, weshalb die Zuständigkeit in den Statuten geregelt werden sollte.

Ein Teil der Pflichten und Befugnisse kann durch die Statuten einem Verwaltungsausschuss zugeteilt werden (Art. 897 OR). Die Genossenschafterversammlung oder die Verwaltung kann – wenn dies die Statuten vorsehen – die Geschäftsführung an Dritte, d.h. Geschäftsführer und Direktoren übertragen (Art. 898 OR). Die von der Genossenschafterversammlung gewählten Geschäftsführer können nur von dieser wieder abgewählt werden (wobei die Verwaltung immerhin die Möglichkeit hat, diese in ihren Befugnissen zu beschränken oder einzustellen).

Die Genossenschaft haftet für ihre Organe nach Art. 55 ZGB (konkretisiert in Art. 899 III OR).

C) Die Kontrollstelle

Die Genossenschaft hat zwingend eine Kontrollstelle zu bestimmen; der Kontrollstelle obliegt die Prüfung der Bücher, aber auch die Prüfung der Geschäftsführung (Art. 906 I OR; anders die Revisionsstelle der Aktiengesellschaft: Art. 728 I OR).

3.2.4 Die Stellung der Genossenschafter

A) Erwerb der Mitgliedschaft

In eine Genossenschaft können jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden (Art. 839 I OR). Bis zur Eintragung ins Handelsregister kann die Mitgliedschaft nur durch Unterzeichnung der Statuten begründet werden (Art. 834 IV OR).

Die Mitgliedschaft darf nicht (z.B. durch Bedingungen) übermässig erschwert werden (Art. 839 II OR). Jedoch sind bestimmte Einschränkungen durchaus erlaubt, z.B. Mitgliedschaft in einer Rebbaugenossenschaft nur für Rebbauern.

Das Gesuch um Beitritt muss schriftlich gestellt werden (Art. 840 I OR); sehen die Statuten der Genossenschaft persönliche Haftung und Nachschusspflichten vor, muss dies im Antrag erwähnt sein (Art. 840 II OR). Dies – wie das Unterzeichnen der Statuten bei Genossenschaften in Gründung – dient dem Übereilungsschutz.

B) Rechte und Pflichten der Genossenschafter

Die Genossenschafter haben alle die gleichen Rechte und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt (Art. 854 OR).

a) Rechte der Genossenschafter

Den Genossenschaftern stehen umfangreiche Mitwirkungsrechte zu:

- Recht zur Einberufung der Genossenschafterversammlung (Art. 881 II OR);
- Stimmrechte (Art. 885 i.V.m. 855 i.V.m. 882 i.V.m. 879 II Ziff. 3 OR);
- Antragsrecht in der Genossenschafterversammlung (Art. 883 III OR);
- Kontroll- und Auskunftsrechte (Art. 856 f. OR);

- Anfechtungsrecht gegen Beschlüsse der Genossenschafterversammlung (Art. 891 OR);
- Recht auf Schadenersatz (Art. 916 f. OR).

Die Vermögensrechte umfassen:

- Anteil am Reinertrag, soweit in den Statuten vorgesehen (Art. 859 II, III OR);
- Recht auf die Benützung der Einrichtungen der Genossenschaft (Art. 859 II OR);
- Abfindungsanspruch (Art. 864 f. OR);
- Verteilung des verbleibenden Vermögens unter die Genossenschafter bei Auflösung (Art. 913 OR).

b) Pflichten der Genossenschafter

Die Treupflicht ist die einzige im Gesetz vorgesehene Pflicht der Genossenschafter (Art. 866 OR). Die Statuten können weitere Pflichten vorsehen:

- Die Zahlung von Beiträgen (Art. 867 OR);
- Eintrittsgelder (Art. 839 II OR);
- Austrittsgelder (Art. 842 II OR, aber: Abs. 3);
- Verpflichtung zur Zahlung von begrenzten oder unbegrenzten Nachschüssen (Art. 871 OR);
- persönliche, beschränkte oder unbeschränkte Haftung (Art. 869, 870, 875 OR).

Die Genossenschaft eröffnet das gesamte Spektrum der Möglichkeiten: von gar keiner Verpflichtung (ausser der Treupflicht) der Genossenschafter, bis hin zur persönlichen und unbeschränkten Haftung.

C) Übertragung der Mitgliedschaft

In der Regel findet keine Übertragung von Genossenschaftsanteilen statt, da der Ein- und Austritt jederzeit möglich ist (aber: Art. 839 II, 842 II, 843 OR).

In Frage kommt demnach allenfalls ein erbrechtlicher Übergang, der allerdings in den Statuten vorgesehen sein muss (Art. 847 II OR). Oder – aber auch nur, wenn dies die Statuten vorsehen – in Spezialfällen, wenn die Mitgliedschaft an einen Vertrag oder ein Grundstück gebunden ist, zusammen mit dem Vertragsübergang oder der Übertragung des betreffenden Grundstückes (z.B. Versicherungsvertrag mit der Mobiliar Versicherung [Art. 849 III, 850 II OR]).

D) Beendigung der Mitgliedschaft

a) Durch Austritt

Das Prinzip der offenen Tür gilt auch für den Austritt. D.h. der Austritt ist einem Genossenschafter nicht übermässig – z.B. durch eine zu hohe Auslösesumme – zu erschweren (Art. 842 OR). Für den Austritt ist die einjährige (!) Kündigungsfrist von Art. 844 I OR zu beachten, die in den Statuten verkürzt, aber nicht verlängert werden kann (Art. 844 II OR).

Die Statuten (oder ein Vertrag) können eine Zwangsmitgliedschaft auf höchstens fünf Jahre vorsehen. Aus wichtigen Gründen (d.h. bei Unzumutbarkeit des Verbleibs) ist aber der Austritt auch hier möglich (Art. 843 OR).

b) Durch Ausschluss

Jeder Genossenschafter kann aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden (Art. 846 II OR). Die Statuten können weitere Gründe vorsehen (Art. 846 I OR).

Über den Ausschluss entscheidet die Genossenschafterversammlung, die Statuten können aber auch die Verwaltung für zuständig erklären. Im letzteren Fall steht dem Genossenschafter ein Rekursrecht an die Genossenschafterversammlung zu und in jedem Fall die Möglichkeit Anfechtung des Ausschlusses beim Richter (Art. 846 III OR).

c) Durch Wegfall einer Voraussetzung der Mitgliedschaft

Ist die Mitgliedschaft an eine bestimmte Voraussetzung geknüpft, fällt sie mit dem Wegfallen dieser Voraussetzung ebenfalls dahin. Beispielsweise durch Kündigung des Versicherungsvertrages oder Veräußerung des Grundstückes, woran das Mitgliedschaftsrecht geknüpft ist (Art. 848 OR).

d) Tod eines Genossenschafters

Mit dem Tod endet die Mitgliedschaft, falls die Statuten keine Vererblichkeit vorsehen (Art. 847 OR).

3.2.5 Kapitalveränderungen

Auf die Herabsetzung des Kapitals finden die Regeln des Aktienrechts Anwendung (Art. 874 II i.V.m. 732 OR; vgl. unten 3.3.3I).

Kapitalveränderungen erfolgen automatisch durch den Eintritt und den Austritt von Mitgliedern.

3.2.6 Beendigung der Genossenschaft (Art. 911 OR)

Die Genossenschaft wird aufgelöst nach Massgabe der Statuten, durch Beschluss der Genossenschafterversammlung, durch Konkurs und in den übrigen im Gesetz vorgesehene Fällen (z.B. Fusion).

3.2.7 Besondere Arten von Genossenschaften

- Genossenschaftsverbände: d.h. Genossenschaften, die ausschliesslich aus Genossenschaften bestehen (Art. 921 ff. OR);
- Genossenschaften des öffentlichen Rechts (Art. 829 OR);
- private Genossenschaften mit Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften: Regelung der Haftung (Art. 926 OR);
- Kredit- und Versicherungsgenossenschaften: Bestimmungen über die Bilanzierung (Art. 858 II OR: Verweis auf das Aktienrecht mit der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung für Konzerne [Art. 662a ff. OR]); Bestimmungen über die Verwendung des Reinertrages (Art. 861 OR: höhere Ausschüttung möglich); die Ver-

antwortlichkeit richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 920 i.V.m. 752 ff. OR).

3.2.8 Die wirtschaftliche Bedeutung der Genossenschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 19 N 108 ff.

Fall 5: Genossenschaft

Sechs Grindelwaldner Bauern – des ewigen Streits um Kontingente für Kuhmilch überdrüssig – beschliessen die Gründung einer Genossenschaft für Simmentaler Ziegen, deren Milch in einer eigenen Käserei zu Ziegenkäse verarbeitet werden soll. Die Alpkorporation Bach ist ebenfalls an einem Beitritt interessiert und wäre bereit, einen Teil ihrer Gebäude an die Genossenschaft abzutreten.

An der konstituierenden Versammlung auf der Alp Bachläger fassen sie die folgenden Beschlüsse:

- *Das Genossenschaftskapital wird auf Fr. 300'000.- festgesetzt.*
- *Jeder Genossenschafter muss für mindestens Fr. 10'000.- Anteilscheine zeichnen.*
- *Die Alpkorporation Bach überlässt der Genossenschaft ein Gebäude im Wert von Fr. 80'000.-.*
- *Abstimmungen und die Gewinnverteilung erfolgen im Verhältnis zum gezeichneten Kapital.*
- *Jeder Genossenschafter muss im Maximum das Doppelte des von ihm gezeichneten Betrags nachschliessen, sofern die Aktivitäten der Genossenschaft zu einem späteren Zeitpunkt erweitert werden sollten.*

Hans Graf unterzeichnet dieses Protokoll und fährt anderntags feierlich gekleidet nach Interlaken, um die Eintragung der neu gegründeten Genossenschaft zu erwirken. Geknickt kehrt er bereits gegen Mittag wieder zurück, weil der Handelsregisterführer ihm erklärte, aufgrund des ihm vorgelegten Dokumentes könne er die Genossenschaft nicht eintragen.

Was haben die Mannen auf Bachläger falsch gemacht bzw. vergessen?

Falllösung

GEEIGNETE RECHTSFORM

Selbsthilfeorganisation der Bauern zum Zweck der Verwertung der Milch, die sie je für sich nicht leicht verwerten könnten.

GESELLSCHAFTER

Sechs Bauern und eine Alpkorporation, die als öffentlich-rechtliche Körperschaft ebenfalls Mitglied einer Genossenschaft sein kann (muss einen Delegierten schicken). Damit ist die erforderliche Zahl von sieben Genossenschaf tern erfüllt.

FORMELLE GRÜNDUNGSVORSCHRIFTEN

- *Die Gründungsversammlung muss Statuten erarbeiten und genehmigen (Art. 834 OR); Beschlüsse allein reichen nicht aus.*
- *Fehlende Wahl von Organen (Art. 834 III OR).*

- *Die Statuten müssen von allen Gründungsmitgliedern unterzeichnet werden (Art. 834 IV OR).*
- *Über Sacheinlagen oder -übernahmen muss ein schriftlicher Bericht verfasst werden (Art. 834 II OR).*

MATERIELLE GRÜNDUNGSVORAUSSETZUNGEN

- *Die Statuten müssen einen bestimmten Inhalt aufweisen (Art. 832 OR).*
- *Die Statuten müssen Auskunft geben über Sacheinlagen und -übernahmen (Art. 833 Ziff. 2, 3 OR).*
- *Die Festsetzung eines Genossenschaftskapitals ist nichtig (Art. 833 Ziff. 1 i.V.m. 828 II OR).*
- *Die Statuten müssen die Gewinnverteilung regeln, wenn eine andere als die gesetzliche Verteilung vorgesehen werden soll (Art. 833 Ziff. 8 i.V.m. 859 II, III OR).*
- *Eine Nachschusspflicht ist in den Statuten zu regeln, sie ist jedoch nur zur Deckung von Bilanzverlusten gestattet (Art. 833 Ziff. 5 i.V.m. 871 I OR).*

3.3 Die Aktiengesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 5 ff.; (deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (AktG).

3.3.1 Begriff und Wesen der AG

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 19 ff.; NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 451 ff.

A) Die AG als Körperschaft

Die Aktiengesellschaft ist diejenige Körperschaft des Handelsrechts, welche eine vollständige Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern (den Aktionären) kennt.

B) Die AG als kapitalbezogene Organisation

Im Zentrum der Aktiengesellschaft steht das Kapital und seine Vermehrung zugunsten der Aktionäre (shareholder value). Die Person des Aktionärs spielt in der Aktiengesellschaft keine Rolle (ausser bei den Aktionärsbindungsverträgen, die allerdings mit der Gesellschaft als solcher nichts zu tun haben und nur Vereinbarungen unter den Aktionären sind, und den vinkulierten Namenaktien).

Das Aktienkapital, als das minimalste Haftungssubstrat, sollte nicht unterschritten werden, zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber zahlreiche Schutzbestimmungen aufgestellt:

- *Getätigte Einlagen sind von den Aktionären nicht mehr rückforderbar (Art. 680 II OR);*
- *nur beschränkter Kauf eigener Aktien durch die Gesellschaft (Art. 659 ff. OR);*
- *auf das Aktienkapital dürfen keine Zinse bezahlt werden (Art. 675 I OR);*
- *es dürfen keine Dividenden aus dem Aktienkapital ausbezahlt werden (Art. 675 II OR);*
- *Pflicht zu Sanierungsmassnahmen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (Art. 725 I OR);*

- Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (Art. 725 II OR);
- die Rechnungslegung folgt dem Transparenzgebot (Art. 662 ff. OR; vgl. auch Art. 66 KR²¹: *true and fair view*, zumindest für börsenkotierte Gesellschaften);
- spezielle Vorschriften über Sacheinlagen (Art. 634 OR);
- Regelung der Herabsetzung des Aktienkapitals (Art. 732 ff. OR).

Die Aktiengesellschaft kennt aber nicht nur Massnahmen zur Sicherung des Kapitals, sondern auch solche, die explizit der Eigenkapitalbildung dienen, so z.B. die Bildung von Reserven, die nur für bestimmte Zwecke (Deckung von Verlusten, Massnahmen in schlechten Zeiten, Verhinderung von Arbeitslosigkeit [Art. 671 III OR]) verwendet werden dürfen (Art. 671 ff. OR).

C) Der wirtschaftliche Zweck

Die Aktiengesellschaft dient in der Regel ausschliesslich der Erzielung von Gewinn und dessen Ausschüttung an die Aktionäre. Die Aktiengesellschaft muss aber nicht zwingend wirtschaftliche Zwecke verfolgen, andere (auch ideelle) Zwecke sind möglich (Art. 620 III OR, vgl. auch Art. 60 I ZGB).

Gewinnstrebigkeit bedeutet, möglichst viel Gewinn (zur Ausschüttung an die Aktionäre) erzielen zu wollen. Die Ausschüttung kann in Form der Dividende, als Kapitalerhöhung mit Gratisaktien für die Aktionäre usf. erfolgen.

Ein wirtschaftlicher Zweck ist auch ohne Gewinnstrebigkeit möglich, wenn z.B. Vergünstigungen an die Aktionäre – schon vor Gewinnausschüttung – als Aufwand der Gesellschaft erscheinen. Der Gewinn ist dann um diese Vergünstigungen kleiner.²²

Die Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft kann nur durch einstimmigen Beschluss der Aktionäre aufgegeben werden (Art. 706 II Ziff. 4 OR). Dieser Beschluss ist – ausser bei der Gründung oder bei Gesellschaften mit nur wenigen Mitgliedern – praktisch nicht zu erreichen.

D) Die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens

Die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens ist für die Aktiengesellschaft zwar die Regel, aber nicht notwendig. Das betriebene Gewerbe kann z.B. zu klein sein (d.h. keinen Umsatz von 100'000.- Fr. erreichen), oder es erfordert keine geordnete Buchführung (z.B. eine Makler AG mit zwei grossen Geschäften pro Jahr). Vgl. Art. 52 ff. HRV.

E) Die Zerlegung des Aktienkapitals in Aktien

- Die Mitgliedschaftsrechte sind in handelbaren Wertpapieren verbrieft (Inhaberaktien sind Inhaberpapiere; Namenaktien sind Ordrepapiere!).²³

²¹ Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996. Dieses, die Erläuterungen zur ad hoc-Publizität nach Art. 72 KR und weitere Publikationen sind zu beziehen bei der Schweizer Börse unter «<http://www.swx.ch>».

²² Steuerrechtlich ergibt sich kein Unterschied, auch diese Vergünstigungen muss die Gesellschaft als Gewinn versteuern. Ebenso die Aktionäre, welche diese als Einkommen zu versteuern haben.

²³ Handelsrecht I, S. 42 f.

- Das Aktienkapital muss mindestens 100'000.- Fr. betragen (Art. 621 OR).
- Inhaberaktien müssen vor der Ausgabe immer voll liberiert sein (Art. 683 I OR); Namenaktien müssen mindestens zu 20 Prozent liberiert sein (Art. 632 OR).²⁴ In jedem Fall müssen alle geleisteten Einlagen zusammen mindestens 50'000.- Fr. betragen.
- Stimmrechtsaktien müssen vor der Ausgabe voll liberiert sein (Art. 693 OR). Ebenso Namenaktien bei einer bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653a II OR).
- Über den Zeitpunkt der Aufliberierung von nicht voll liberierten Aktien entscheidet der Verwaltungsrat (Art. 634a I OR). Kann der Aktionär die Liberierung nicht vornehmen, verfallen seine Aktien (Kaduzierung [Art. 681 f. OR]).
- Das Aktienkapital ist in Aktien zu einem bestimmten Nennwert aufgeteilt (mindestens 1 Rappen, wobei diese Grenze im Rahmen einer Sanierung unterschritten werden kann, das Aktienkapital insgesamt darf allerdings nicht weniger als 100'000.- Fr. betragen).

Nennwert der Aktien: Das Aktienkapital geteilt durch die Anzahl der Aktien (sofern nur eine Art von Aktien ausgegeben worden ist).

Substanzwert der Aktie: Das Reinvermögen der Gesellschaft geteilt durch die Anzahl der Aktien.

Innerer Wert der Aktie: Substanzwert der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Ertragsprognosen geteilt durch die Anzahl der Aktien.

Kurswert: Preis, der für eine Aktie an der Börse gezahlt wird (Preis am Markt).

Börsenkapitalisierung: Kurswert multipliziert mit der Anzahl der Aktien (Preis, den der Markt für das Unternehmen zu zahlen bereit wäre).²⁵

Emissionspreis: Preis, den die Aktionäre bei der Ausgabe für die Aktien zu bezahlen haben. Möglich ist als Emissionspreis der Nennwert („pari“-Emission), der Kurswert oder ein Preis dazwischen. Liegt der Emissionspreis zwischen Nennwert und Kurswert, heisst die Differenz zwischen Nennwert und Emissionspreis Agio (Gewinn den die Gesellschaft bei dieser Transaktion macht); die Differenz zwischen Kurswert und Emissionspreis ist der Bezugswert („Gewinn“ den der Aktionär bei dieser Transaktion macht). Der Emissionspreis darf nie unter dem Nennwert liegen.

F) Die Haftung für Verbindlichkeiten der AG

Die Haftung beschränkt sich allein auf das Gesellschaftsvermögen. Es gibt keine persönliche Haftung der Aktionäre.

Die einzige Pflicht des Aktionärs ist die Leistung des Ausgabebetrages der Aktien (Art. 630 Ziff. 2 OR). Jede weitere Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber ist nichtig (Art. 680 I OR; vgl. aber die Meldepflicht nach Art. 20 BEHG [dazu unten 4.3]). Die Aktio-

²⁴ Bei Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft müssen alle Aktien zu Beginn bzw. vor der Umwandlung in eine Bank voll liberiert werden; das Mindestkapital beträgt 10 Mio. Fr. (Art. 3 II lit. a BankG i.V.m. Art. 4 BankV).

²⁵ Sinkt der Kurswert unter den inneren Wert der Aktie, wird eine Gesellschaft zum Übernahmekandidaten.

näre können weitere Verpflichtungen in sog. Aktionärbindungsverträgen untereinander eingehen (z.B. Stimmbindung, Vorkaufsrechte).²⁶

G) Die eigene Firma

Die Firma der Aktiengesellschaft kann frei gebildet werden (Art. 950 I OR). Wird die Firma aus Personennamen gebildet, muss die Abkürzung „AG“ beigefügt werden. Wird die Gesellschaftsbezeichnung vor den Personennamen gestellt werden, ist sie auszusprechen (Art. 950 II OR, z.B. Aktiengesellschaft F. Hoffmann-La Roche & Co.).

Fall 6: Begriff und Wesen der AG

Die "Happy Holiday AG" bietet ihren Aktionärinnen und Aktionären neben Dividenden auf den vom Unternehmen erzielten Gewinnen auch die Möglichkeit, "Punkte" zu sammeln, welche bei der Miete von Ferienwohnungen der Happy Holiday AG an Zahlung gegeben werden können.

In einem Prospekt werden diese Leistungen wie folgt angepriesen:

"Alle Ihre Ferienträume gehen in Erfüllung! Mit dem Kauf einer Happy Holiday-Aktie zum Preis von Fr. 30'000.- sind Sie dabei! Ausser der üblichen Rendite haben Sie jährlich die Möglichkeit, als Miteigentümer kostenlos eine tolle Ferienwohnung vom Kap der Guten Hoffnung bis Spitzbergen und von der Bretagne bis Hawaii während einer Woche zu beziehen. Schlagen Sie zu!"

Falllösung

FIRMA

Die Firma ist in Ordnung, die Abkürzung „AG“ könnte auch weggelassen werden.

WIRTSCHAFTLICHER ZWECK?

Der wirtschaftliche Zweck ist gegeben, teilweise auch die Gewinnstrebigkeit.

3.3.2 Die Gründung der AG

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 33 ff., 414 ff.

A) Die Elemente der Gründung (Art. 629 ff. OR)

a) Die Zahl der Mitglieder

Die Aktiengesellschaft muss (auch bei der Gründung) mindestens drei Aktionäre haben (Art. 625 I OR). In der Praxis ist diese Bedingung oft nicht erfüllt, insbesondere bei Konzernen, deren herrschendes Unternehmen oft alleine Aktionär des abhängigen Unternehmens ist.

Die diesbezügliche Sanktionsmöglichkeit des Auflösungsbegehrens (Art. 625 II OR) ist in der Praxis ohne Bedeutung.

²⁶ Die Vereinbarung zwischen zwei Aktiengesellschaften über ein gemeinsames Jointventure stellt sich ebenfalls als Aktionärbindungsvertrag dar; die beiden Aktiengesellschaften sind die Aktionäre ihres Jointventures.

b) Die Gründungsstatuten

i) Der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt

Art. 626 OR regelt den zwingend vorgeschriebenen Statuteninhalt:

- Der Zweck der Gesellschaft muss den konkreten Geschäftsbereich umschreiben, in welchem jene tätig sein will (Ziff. 2). (Der Zweck sollte aber auch nicht zu eng umschrieben sein, da sonst die Vertretungsmacht der Organe sehr beschränkt ist.)
- Da der Verwaltungsrat über die Auflöserung entscheidet, kommt ihm insofern auch die Befugnis zu, die Statuten zu ändern (Ziff. 3).
- Das alte Aktienrecht kannte für Verwaltungsräte eine Pflichtaktie, die – soweit eine Inhaberaktie – zu hinterlegen war. Daran ist weiter festzuhalten, da nur Verwaltungsrat sein kann, wer auch Aktionär ist (Art. 707 I OR), und die Kontrolle gerade bei Inhaberaktien unmöglich wäre.
- Die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen werden in der Regel im SHAB veröffentlicht; es kommen aber auch etwa die NZZ, die FuW²⁷ oder die Handelszeitung in Frage (Ziff. 7).

ii) Der bedingt notwendige Statuteninhalt

Der nur bedingt notwendige Statuteninhalt, d.h. dasjenige, was zwingend in die Statuten aufgenommen werden muss, wenn es geregelt werden soll, ist in Art. 627 OR aufgeführt. Doch finden sich solche Bestimmungen auch ausserhalb dieses Artikels:

- Sacheinlagen und -übernahmen und besondere Gründervorteile (Art. 628 OR);
- Schutz der Wandel- und Optionsberechtigten (Art. 653d OR);
- Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen im Verwaltungsrat (Art. 709 OR);
- Vertretung der Partizipanten im Verwaltungsrat (Art. 656e OR);²⁸
- über die gesetzlichen hinausgehende Reserven (Art. 672 OR).

c) Die Zeichnung der Aktien

Die Zeichnung von Aktien kann nicht an Bedingungen geknüpft werden, der Aktionär verpflichtet sich bei der Zeichnung zur bedingungslosen Bezahlung des Emissionspreises (Art. 630 Ziff. 2 OR).

Die Bezahlung des Emissionspreises ist die einzige Leistung, die der Aktionär zu erbringen hat (Art. 680 I OR; vgl. aber die Meldepflicht nach Art. 20 BEHG [dazu unten 4.3]).

d) Die Leistung der Einlagen

i) Mindesteinlagen

Bei der Errichtung der Gesellschaft muss die Einlage für jede Aktie mindestens 20% ihres Nennwertes betragen, und es müssen gesamthaft mindestens 50'000.- Fr. eingezahlt

²⁷ Finanz und Wirtschaft.

²⁸ Da die Partizipanten an der Generalversammlung nicht teilnehmen können, muss ihr Vertreter vorher in einer eigenen Partizipantenversammlung bestimmt werden.

werden (Art. 632 OR). Inhaberaktien dürfen erst nach der vollen Liberierung ausgegeben werden (Art. 683 OR). Dasselbe gilt für Stimmrechtsaktien (Art. 693 II OR).

ii) *Leistung von Bareinlagen*

Damit die Gründung vollzogen werden kann, muss die Einlage bei einer Bank zur Verfügung der Gesellschaft deponiert worden sein. Die Bank stellt eine Einzahlungsbestätigung aus, die bei der öffentlichen Beurkundung vorzulegen ist. Sie gibt den Betrag erst frei, wenn der Eintrag ins Handelsregister vollzogen ist (Art. 633 OR).

Zur Sicherstellung einer einwandfreien Gründung sieht das Gesetz eine Haftung für alle an der Gründung beteiligten Personen vor (Art. 753 OR; vgl. 3.3.7D)a)ii).

e) *Die Organbestellung*

Die Generalversammlung setzt sich aus den an der Gründung beteiligten Aktionären zusammen. Der erste Verwaltungsrat und die erste Revisionsstelle muss in den Gründungsstatuten aufgeführt sein (Art. 626 Ziff. 6 OR).

f) *Errichtungsakt und Belege*

Vgl. Art. 629 ff. OR.

g) *Abschluss von Rechtsgeschäften vor der Gründung*

BÄR ROLF, Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur Aktiengesellschaft, in: FS Kummer, Bern 1980, S. 77 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 18 N 1 ff.; OR-SCHENKER, zu Art. 645 OR; TRÖSCH PASCAL, Rechtsgeschäfte für die in Gründung befindliche AG, Diss. Basel 1992.

i) *Handeln im eigenen Namen*

Handelt eine Person vor der Gründung nach aussen selbständig und in eigenem Namen, wird sie gemäss Art. 543 I OR allein berechtigt und verpflichtet. Intern steht ihr nach Art. 537 I OR die Möglichkeit des Rückgriffs auf die andern Mitglieder der Gründergemeinschaft zu. Handelt die Person im Namen der Gründergemeinschaft (einfache Gesellschaft), werden die Mitgründer insoweit mitberechtigt oder mitverpflichtet, als es die Bestimmungen der bürgerlichen Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) mit sich bringen (543 II, III OR).

Eine Übernahme der eingegangenen Forderungen und Verbindlichkeiten durch die gegründete Gesellschaft ist nur nach den Regeln über die indirekte Stellvertretung möglich. Forderungen müssen zediert (Art. 164 ff. OR) und Schulden – unter Zustimmung des Vertragspartners (bzw. Gläubigers) – übernommen werden (Art. 175 ff. OR). Wird die Gesellschaft nicht gegründet, gibt der Gläubiger die Zustimmung zur Schuldübernahme nicht oder ist eine Forderung nicht übertragbar, kann der Verpflichtete (oder die Gründergemeinschaft) u.U. nach den Irrtumsregeln (Art. 23 ff. OR) vom Vertrag zurücktreten. Er haftet nach Art. 26 OR für den Schaden, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Ist ein Rücktritt nicht möglich, haften die Verpflichteten dem Vertragspartner für sein Erfüllungsinteresse.

ii) *Handeln im Namen der künftigen Gesellschaft*

Werden von den Handelnden²⁹ Geschäfte im Namen der künftigen Gesellschaft abgeschlossen, treten die Rechtswirkungen dennoch zunächst direkt bei ihnen ein, d.h. die

²⁹ Siehe dazu Fn. 15.

Handelnden selbst werden berechtigt und verpflichtet und zwar so, wie die Aktiengesellschaft selbst Partei wäre (Art. 645 I OR). Sie haften für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen persönlich und solidarisch (nach den Regeln der einfachen Gesellschaft) für das Erfüllungsinteresse ihres Vertragspartners.

Scheitert die Gründung der Gesellschaft, können die Handelnden allenfalls nach den allgemeinen Irrtumsregeln (Art. 23 ff. OR), unter Haftung nach Art. 26 OR, vom Vertrag zurücktreten, sofern der Vertrag nicht bereits unter der Bedingung der Gründung der Gesellschaft geschlossen wurde.

Auch wenn die Gründung der Gesellschaft vollzogen ist, bleiben zunächst die Handelnden aus vor der Gründung eingegangenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet. Allein für den Fall, dass diese Verpflichtungen unter Hinweis auf die erst bevorstehende Gründung eingegangen worden sind, sieht das Gesetz in Art. 645 II OR die Übernahme der Verpflichtungen durch die Gesellschaft und damit die Befreiung der Handelnden auch ohne Zustimmung des Vertragspartners vor (soweit die Übernahme innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung erfolgt).

Wurde auf die erst bevorstehende Gründung nicht hingewiesen (oder erfolgt die Übernahme mehr als drei Monate nach der Eintragung), ist eine Übernahme der Verpflichtungen durch die Gesellschaft nicht ohne die Zustimmung des Vertragspartners möglich (Art. 176 I OR).

Tritt die Gesellschaft nicht in die Rechtsverhältnisse ein, bleiben die Handelnden selbst berechtigt und verpflichtet. Auf die Übernahme durch die Gesellschaft haben weder die Handelnden noch der Vertragspartner einen Anspruch. Die Handelnden können eine persönliche Inanspruchnahme ausschalten, indem sie das Geschäft von der Entstehung der Gesellschaft und der Übernahme durch sie abhängig machen. Allenfalls können die Handelnden nach den allgemeinen Irrtumsregeln (Art. 23 ff. OR), unter Haftung nach Art. 26 OR, vom Vertrag zurücktreten, sonst haften sie für das Erfüllungsinteresse des Vertragspartners.

B) Die qualifizierte Gründung

Falls einer der folgenden Punkte bei der Gründung der Aktiengesellschaft vorliegt, finden die Vorschriften über die qualifizierte Gründung Anwendung. Bei zwei davon handelt es sich um Liberierungssachverhalte.

a) Die Sacheinlage

Wenn die Liberierung nicht in bar, sondern mittels Sacheinlage (Einbringung eines andern geldwerten Wirtschaftsgutes: Sache, Immaterialgüterrecht usw.) erfolgt, muss dies in die Statuten aufgenommen werden (Art. 628 I OR). Ausserdem muss ein öffentlich beurkundeter Sacheinlagevertrag und ein Gründungsbericht (Art. 635 OR) mit Prüfungsbestätigung eines Revisors (Art. 635a OR) vorliegen (Art. 634 OR). Die Gesellschaft muss sofort nach der Gründung über die Sache verfügen können (Art. 634 Ziff. 2 OR).

Dies strengen Vorschriften erklären sich aus dem doch grossen Missbrauchspotential, dass der Sacheinlage eignet: falsche Bewertung der Sache usw.

b) Die Sachübernahme

Die Sachübernahme ist (im Gegensatz zur Sacheinlage) keine Liberierung. Die Liberierung erfolgt in bar, doch wird im Rahmen der Gründung ein geldwertes Wirtschaftsgut von einem Aktionär oder einem Dritten durch die Aktiengesellschaft gekauft (oder zu kaufen beabsichtigt). Dies bedarf ebenfalls der Aufnahmen in die Statuten (Art. 628 II OR). Ebenso ist über Art und Zustand und die Angemessenheit der Bewertung der Sache ein Gründungsbericht zu erstellen, der von einem Revisor geprüft wird (Art. 635 f. OR).

Die „Absicht zur Sachübernahme“ im Zeitpunkt der Gründung ist weit auszulegen, da die Sachübernahme ebenfalls ein grosses Missbrauchspotential in sich birgt. Die Formvorschriften sollten bereits dann eingehalten werden, wenn im Zeitpunkt der Gründung zwar nicht schon die konkrete Absicht besteht, sich die Möglichkeit einer Sachübernahme aber bereits abzeichnet (also keine plötzliche „Erleuchtung“ drei Tage nach der Gründung). Sonst kann eine Umgehung der Formvorschriften vorliegen und die Gründung ist ungültig.

Es ist auch die Übernahme von Schulden möglich, sofern diese in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen mit Aktiven, die gleichzeitig übernommen werden (Vermögensübernahme [Art. 181 OR]).

Rechtsverhältnisse, welche vor der Gründung eingegangen wurden und unter die Vorschriften der Sachübernahme fallen, können nicht nach Art. 645 II OR von der Gesellschaft übernommen werden, da sonst die Formvorschriften verletzt würden. Es empfiehlt sich deshalb, für solche Geschäfte bereits die entsprechende Form einzuhalten, was für die Handelnden zudem den Vorteil hat, dass diese damit automatisch mit der Gründung durch die Gesellschaft übernommen sind.³⁰

c) Besondere Vorteile

Werden bei der Gründung zugunsten der Gründer (was die Regel ist) oder Dritter bestimmte Vorteile eingeräumt, sind die Begünstigten namentlich in den Statuten aufzuführen und die Vorteile nach Inhalt und Wert genau zu umschreiben (Art. 628 III OR). Solche Gründervorteile widersprechen in Prinzip der gebotenen Gleichbehandlung aller Aktionäre (Art. 706 II Ziff. 3 und 717 II OR).

d) Liberierung durch Verrechnung

Die Liberierung durch Verrechnung bedarf ebenfalls der qualifizierten Gründungsform, da nicht in bar liberiert wird (Art. 635 Ziff. 2, 652e Ziff. 2 OR).

e) Gemeinsame Sondervorschriften für die qualifizierte Gründung

Auf die vorhergehenden besonderen Sachverhalte: a) – d) sind die folgenden Sondervorschriften der qualifizierten Gründung anzuwenden:

i) Formvorschriften

Dem Errichtungsakt (Art. 631 I OR) sind die Statuten, der Gründungsbericht (Art. 635 OR), die Prüfungsbestätigung (Art. 635a OR), die Sacheinlageverträge (Art. 634 Ziff. 1 OR) und allfällige Sachübernahmeverträge in der je geforderten Form beizulegen. Die-

³⁰ POSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 18 N 13 ff.

se Vorschriften gelten analog bei einer Schuldübernahme (im Zusammenhang mit einer Vermögensübernahme [Art. 181 OR]) und bei der Verrechnungsliberierung.

ii) Gründungsbericht

Der Gründungsbericht gibt Rechenschaft über die Art, Zustand und Bewertung von Sacheinlagen oder -übernahmen, über die Verrechenbarkeit der Schulden und über Begründung und Angemessenheit von besonderen Vorteilen (Art. 635 OR).

iii) Gründungsprüfung

Der Gründungsbericht ist von einem Revisor zu überprüfen (Art. 635a OR). Die Prüfung umfasst allerdings nicht die materielle Richtigkeit des Berichts (keine zweite Bewertung), sondern es ist nur dessen Plausibilität zu prüfen.

Der Revisionsbericht muss den Bericht ohne Vorbehalte gutheissen, sonst ist die Gründung nichtig. Der Revisor haftet wie die übrigen an der Gründung Teilnehmenden (Art. 753 OR; vgl. 3.3.7D).

iv) Publizität

Sacheinlage, Sachübernahme, Verrechnung und besondere Vorteile sind ins Handelsregister einzutragen (Art. 641 Ziff. 6 OR). Durch die Öffentlichkeit des Handelsregisters (Art. 930 OR und Art. 9 HRV) und die Veröffentlichung dieses Eintrages im SHAB (Art. 931 OR und Art. 113 ff. HRV) ist diesbezüglich eine umfassende Publizität gewährleistet.

C) Eintragung ins Handelsregister

Handelsrecht I, S. 10 ff.

Die Eintragung hat konstitutive Wirkung (Art. 643 I OR), die Gründung ist – zum Schutze Dritter – sogar dann wirksam, wenn Gründungsvoraussetzungen fehlen (Art. 643 II OR).

Die Wirksamkeit gegenüber Dritten beginnt am ersten Arbeitstag nach der Veröffentlichung im SHAB (Art. 932 II OR); Statutenänderungen werden auch Dritten gegenüber am Tage der Eintragung wirksam (Art. 647 III OR)!!!

a) Bedeutung des Registereintrags

Mit der Eintragung beginnt gleichzeitig der Firmenschutz (Art. 946 i.V.m. 951 OR), es werden die gesperrten Einlagen frei (Art. 633 II OR) und die Frist von drei Monaten für die Übernahme von vor der Eintragung eingegangenen Verpflichtungen beginnt zu laufen (Art. 645 II OR). Aktien die vor der Eintragung ausgegeben wurden, sind nichtig (Art. 644 OR).

b) Handelsregisteranmeldung

Handelsrecht I, S. 12 ff.

Die Anmeldung hat am Sitzort (bzw. im Handelsregisterkreis, dem die politische Gemeinde des Sitzes zugehört) der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat zu erfolgen (Art. 640 OR). Die Verwaltungsräte können vertreten werden, sie müssen ihre Unterschrift aber notariell beglaubigen lassen.

c) Prüfung durch den Handelsregisterführer

Handelsrecht I, S. 14 f.

d) Inhalt des Handelsregistereintrags

Vgl. Art. 641 OR.

e) Zweigniederlassungen

Handelsrecht I, S. 17.

D) Statutenänderungen

a) Zuständigkeit

Für die Änderung der Statuten ist die Generalversammlung der Aktionäre zuständig (Art. 698 II Ziff. 1 OR). Sie fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen (Art. 703 OR).

In besonderen Fällen müssen die Beschlüsse mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit des vertretenen Kapitals gefasst werden (Art. 704 I OR, sog. Doppelhürde).

Höhere Quoren können beschlossen werden, bedürfen aber der Aufnahme in die Statuten und müssen mit demjenigen Quorum gefasst werden, das beschlossen werden soll (Art. 704 II OR).

In Ausnahmefällen kann auch der Verwaltungsrat eine Statutenänderung vornehmen, es handelt sich dabei jedoch um blosse Vollzugsanpassungen, die von der Generalversammlung bereits früher beschlossen sind: bei der Auflöberung (Art. 634a I OR) und der Kapitalerhöhung (Art. 652g OR).

b) Form

Statutenänderungen müssen öffentlich beurkundet werden (Art. 647 I OR).

c) Inkrafttreten

Die Änderung von Statuten tritt auch gegenüber Dritten mit Eintrag ins Handelsregister (und nicht erst mit Veröffentlichung im SHAB) in Kraft (Art. 647 III OR)!!!

d) Nichtigkeit und Anfechtung

Widerrechtliche oder gegen die Statuten verstossende Beschlüsse der Generalversammlung können angefochten werden (Art. 706 OR). Sie werden aber gültig, wenn innerhalb zweier Monate nach der Generalversammlung keine Anfechtung erfolgt (Art. 706a I OR). Nichtig – d.h. auch ohne Anfechtung ungültig – sind die in Art. 706b OR aufgeführten Beschlüsse. Vgl. unten 3.3.7A) und B).

Fall 7: Gründung der AG

Die Gemeinde Muri und die auf Abfalltechnologie spezialisierte Firma Ökonova GmbH beschliessen, zusammen mit dem Bauunternehmer Ramsauer und einer privaten Investorengruppe eine private Aktiengesellschaft zur Verwertung der in der Gemeinde anfallenden Grünabfälle zu gründen.

Das Aktienkapital wird vorerst auf Fr. 100'000.- festgesetzt, wobei nur 20% liberriert werden sollen. Es wird beschlossen, dass die von der Gemeinde Muri zu

zeichnenden Aktien als Stimmrechtsaktien im Verhältnis 1:2 (also mit doppelter Stimmkraft) auszugestalten seien.

Als Firma wählen die Gründer die Bezeichnung "Grünabfall AG".

Da der bestehende Vertrag zur Abnahme von Grünabfällen mit der Gemeinde Bern bald abläuft, ist eine gewisse Eile bei der Beschaffung der erforderlichen neuen Anlagen geboten. Wegen der langen Lieferfristen bestellt daher Bauunternehmer Ramsauer noch vor der Gründung der AG eine Häckselmaschine im Wert von Fr. 35'000.-.

Falllösung

AKTIONÄRE

Die Mindestanzahl von Aktionären ist erfüllt: eine natürliche Person, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, eine juristische Person und eine Personengesellschaft sind Aktionäre der „Grünabfall AG“.

FIRMA

Die Firma der Aktiengesellschaft darf an sich frei gebildet werden (Art. 950 I OR); die Firma darf jedoch nicht nur aus einer reinen Sachbezeichnung bestehen („Inkasso“-Praxis des BGer: BGE 101 Ib 366).

Für Sachbezeichnungen besteht ein öffentliches Freihaltebedürfnis. (Vgl. auch die Weisung des Bundesamtes für das Handelsregister vom 1.1.98.)

LIBERIERUNG

Stimmrechtsaktien sind voll zu liberieren (Art. 693 II OR) und es müssen mindestens Fr. 50'000.- eingezahlt werden (Art. 632 II OR).

HAFTUNG FÜR RECHTSGESCHÄFTE

Kauft Ramsauer die Maschine im Namen der noch zu gründenden Aktiengesellschaft, ist er befreit, wenn die Aktiengesellschaft innerhalb von drei Monaten nach der Gründung beschliesst, die Verbindlichkeiten bezüglich dieses Kaufs zu übernehmen. (Art. 645 II OR: Er sollte den Kauf unter den beiden Bedingungen: Gründung und Übernahme der Verbindlichkeiten abschliessen – sicher ist sicher.)

Kauft er sie im Namen der Aktiengesellschaft – ohne Hinweis auf die erst bevorstehende Gründung – haftet er persönlich. Die Aktiengesellschaft kann den Vertrag jedoch – ist sie dann gegründet worden –, wie wenn er in eigenem Namen gehandelt hätte, übernehmen (Zession [Art. 164 ff OR] und Schuldübernahme [Art. 175 ff. OR]).

3.3.3 Aktienkapital, Kapitalerhöhung und -herabsetzung, Bezugsrecht

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 36 ff., 451 ff.

A) Das Aktienkapital

Das Aktienkapital ist das minimalste Haftungssubstrat der Aktiengesellschaft (Art. 621 OR). Mindestens Fr. 50'000.- müssen liberiert sein (Art. 632 II OR).

B) Die Aktien

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 472 ff.

a) Der Nennwert

Das Aktienkapital kann in Aktien zerlegt werden, deren Nennwert (seit dem 1. Mai 2001) mindestens 1 Rappen betragen muss (Art. 622 IV OR).³¹

b) Die Arten von Aktien

i) *Inhaberaktien*

Handelsrecht I, S. 42.

Inhaberaktien sind Inhaberpapiere, sie müssen vollständig liberiert werden (Art. 622 I i.V.m. 683 OR). Ihre Übertragung erfolgt durch Tradition.

ii) *Namenaktien*

Handelsrecht I, S. 42 f.

Namenaktien sind – anders als es der Name vermuten lassen könnte – Ordrepapiere. Sie werden durch Indossament übertragen und unterliegen z.T. gesetzlichen (Art. 685 OR) und statutarischen (Art. 685a ff. OR) Übertragungsbeschränkungen (Vinkulierung).

iii) *Unverbriefte Namenaktien*

BRUNNER CHRISTOPH, Wertrechte – nicht verkündete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere: ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung des Effektenverkehrs, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Berner Bankrechtliche Abhandlungen, Bd. 1, Bern 1996; MEIER-HAYOZ ARTHUR: Abschied vom Wertpapier?, ZBJV 1986, S. 385 ff.

Die grossen Publikumsgesellschaften kennen heute kaum mehr Aktien in physischer Form, sie existieren nur noch als elektronische Buchungen bei der Bank des Aktionärs und bei der SEGA³².

Rechtlich handelt es sich um Aktien mit aufgeschobenem Titeldruck, d.h. *de iure* könnte eine Aktie in physischer Form verlangt werden (was aber niemals getan wird). Die Übertragung der Aktionärsrechte erfolgt mittels Zession (Art. 164 ff. OR). Das Formerfordernis der Schriftlichkeit (Art. 165 I OR) wird erfüllt, indem der Aktionär jeweils schon nach dem Kauf gegenüber seiner Bank eine Blankozession ausstellt, die von dieser im Falle des Verkaufs nur noch mit dem Namen des Käufers vervollständigt werden muss.

iv) *Vinkulierte Namenaktien*

KLÄY HANSPETER, Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997; KLÄY HANSPETER, Die Neuregelung der Vinkulierung im Überblick, in: Der Schweizer Treuhänder 5/1997, S. 433 ff. (<http://www.treuhaender.ch>).

Die Übertragbarkeit von Namenaktien kann von Gesetzes oder von Statuten wegen beschränkt sein (Art. 685 ff. OR: gesetzliche oder statutarische Vinkulierung). Durch das Aktienrecht, welches grundsätzlich dem Prinzip der Einheitlichkeit der Aktiengesellschaften folgt, d.h. alle, von der grössten bis zu kleinsten, gleich behandeln will, ver-

³¹ Vor dem 1. Mai 2001 galt ein Nennwert von 10.- Fr. (vgl. Art. 622 IV aOR). Vgl. WOLF STEPHAN, Neuer Mindestnennwert von Aktien - Zum Inkrafttreten des revidierten Art. 622 Abs. 4 OR, in: Jusletter vom 30. April 2001.

³² Schweizerische Effekten-Giro AG.

läuft hier ein bedeutender Riss: insofern als das Recht für börsenkotierte Grossaktiengesellschaften andere Regeln aufstellt als für Kleinaktiengesellschaften.

v) Stimmrechtsaktien

Auf jede Aktien fällt eine Stimme (one share, one vote).³³ Die Aktiengesellschaft kann aber Aktien mit verschiedenen Nennwerten einführen, sodass mit dem gleichen Kapitaleinsatz u.U. mehr Aktien, d.h. Stimmrechte erworben werden können.

Die Aktien mit dem kleineren Nennwert, d.h. diejenigen, die im Verhältnis zum Nennwert mehr Stimmkraft haben, nennt man Stimmrechtsaktien; sie sind zwingend Namenaktien (Art. 693 OR).

Die höhere Stimmkraft ist nicht in jedem Fall ausübbar: in besonderen Fällen gilt stets die Stimmkraft nach dem Gesamtnennwert der Aktien die ein Aktionär besitzt und nicht nach der Zahl seiner Aktien (Art. 693 III OR). Ebenfalls eingeschränkt sind die Stimmrechtsaktien im Fall der sog. Doppelhürde bei der Beschlussfassung (Art. 704 OR). Ausserdem haben alle Kategorien von Aktien Anrecht auf mindestens einen Sitz im Verwaltungsrat (Art. 709 OR).

Die Aktien ohne Stimmrechtsvorteil, d.h. die „normalen“ Aktien heissen Stammaktien.

vi) Vorzugsaktien

Bestimmten Aktien können bei der Gründung oder durch Statutenänderung besondere, ausschliesslich finanzielle Vorteile eingeräumt werden (Art. 654 f. OR). Für die diesbezügliche Statutenänderung genügt das absolute Mehr (Art. 703 i.V.m. 704 OR *e contrario*).

vii) "Gratisaktien"

Die Gesellschaft kann eine Kapitalerhöhung aus eigenen Mitteln finanzieren und die Aktien „gratis“ – im Verhältnis ihres bisherigen Anteils – an die Aktionäre abgeben (Art. 652d OR). Die Aktiengesellschaft kann dies z.B. tun, wenn sie liquide Mittel benötigt – sie braucht dann keine solchen an die Aktionäre als Dividende auszuschütten.

Für die Aktionäre sind diese Aktien allerdings nur fast „gratis“, denn sie werden zum vollen Wert als Einkommen versteuert.

viii) Vorratsaktien

Der Begriff der Vorratsaktie stammt aus der Zeit des alten Aktienrechts, als nur die ordentliche Kapitalerhöhung möglich war. Brauchte man zwar Geld, welches man sich über eine Kapitalerhöhung beschaffen wollte, wusste aber den genauen Zeitpunkt des Bedarfs noch nicht, liess man durch die Generalversammlung eine Kapitalerhöhung genehmigen und führte sie anschliessend aus eigenen Mitteln durch. Die Aktien legte man weg, um sie im richtigen Zeitpunkt verkaufen zu können. Dies bedeutete eine enorme Kapitalbindung – was wirtschaftlich gesehen ziemlicher Blödsinn ist.

Heute kennt das Aktienrecht neben der ordentlichen, die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung, welche die Vorratsaktie überflüssig gemacht haben.

³³ Nach VON BÜREN ein ungeschriebener, allgemein anerkannter Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts.

ix) Interimsschein (Promesse)

Früher diente der Interimsschein dem Aktionär als Zeichnungsbestätigung in der Zeit zwischen Aktienzeichnung und Titelausgabe. Auch der Interimsschein gehört, weil die Titel gar nicht mehr gedruckt werden, der Vergangenheit an.

x) Aktienzertifikat

Für eine grosse Anzahl von Aktien (ein Aktienpaket) wurde früher aus Gründen der Praktikabilität ein sog. Zertifikat ausgestellt, d.h. eine Bestätigung über eine bestimmte Anzahl von Aktien. (Die Leute hätten sonst mit dem Handkarren bei der Börse vorfahren müssen.) Bei kleineren Gesellschaften mit nur wenig Aktionären ist dies auch heute noch üblich.

Solche Zertifikate können für alle Aktienarten erstellt werden, und es sind mit ihnen erhebliche Erleichterungen im Rechtsverkehr zu erzielen. (Bei der Übertragung eines Zertifikats über Namenaktien braucht z.B. nur ein einziges Indossament unterschrieben zu werden.) Aktienzertifikate stehen rechtlich den entsprechenden Einzeltiteln gleich (BGE 86 II 98).

C) Partizipationsscheine

a) Begriff

Partizipationsscheine sind Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft ohne Stimmrecht (Art. 656a I OR; sog. „stimmrechtslose Aktien“). Die Partizipationsscheine sind allerdings etwas „ausser Mode“ gekommen, weil sie im Zuge der Aktienrechtsrevision ziemlich stark reglementiert („zu Tode reglementiert“) worden sind.

Auf die Partizipationsscheine sind die Bestimmungen über das Aktienkapital, die Aktie und den Aktionär anzuwenden, soweit keine Sondernorm etwas anderes regelt (Art. 656a II OR).

b) Das Partizipationskapital

Eine Aktiengesellschaft kann – neben dem Aktienkapital – ein Partizipationskapital besitzen, das ebenfalls aus einzelnen Anteilen besteht (Art. 656a I OR). Ein Mindestkapital ist bei den Partizipationsscheinen nicht erforderlich, da immer auch ein dem Gesetz entsprechendes Aktienkapital vorhanden sein muss.

Für den Erwerb eigener Aktien (Art. 659 ff. OR), für die Reserven (Art. 671 ff. OR), bei der Einleitung einer Sonderprüfung gegen den Willen der Generalversammlung (Art. 697b OR) und bezüglich eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung (Art. 725 OR) ist das Partizipationskapital dem Aktienkapital zuzurechnen (Art. 656b III OR).

c) Die Rechtsstellung der Partizipanten

i) Die Mitwirkungsrechte

Die Partizipanten haben kein Stimmrecht (und es ist nicht erlaubt, ihnen ein solches statutarisch zuzugestehen). Die übrigen Mitwirkungsrechte können ihnen statutarisch eingeräumt werden (Art. 656c I, II OR). Falls ihnen diese Rechte nicht eingeräumt werden, haben die Partizipanten das gesetzliche Recht, ein Begehren um Auskunft, Einsicht oder Einleitung einer Sonderprüfung schriftlich zuhanden der Generalversammlung einzureichen (Art. 656c III OR).

Die Statuten können den Partizipanten den Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat einräumen (Art. 656e OR): in diesem Fall wird ein Partizipant von der Partizipantenversammlung zum Kandidaten gewählt, der aber anschliessend auch noch von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat gewählt werden muss. Bei der Wahl muss der Kandidat nicht Aktionär der Gesellschaft sein: der Aktienbesitz ist nicht Wählbarkeits-, aber Antrittsvoraussetzung (Art. 707 I, II OR). Nach seiner Wahl wird der Partizipant demnach eine Aktie kaufen müssen (möglich ist natürlich die fiduziarische Übereignung einer Aktien für die Dauer des Amtes).

Eigenständige Rechte der Partizipanten sind: das Recht auf Bekanntgabe der Einberufung der Generalversammlung und der zugehörigen Traktandenliste und Anträge (Art. 656d I OR), das Recht auf schriftliche Anträge zuhanden der Generalversammlung bezüglich Auskunft, Einsicht und Sonderprüfung (Art. 656c III OR) sowie das Einsichtsrecht in die Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 656d II OR).

ii) Die Vermögensrechte

Die Partizipanten dürfen vermögensrechtlich nicht schlechter gestellt werden als die am schlechtesten gestellten Aktionäre (Art. 656f II OR). Soll die Stellung der Partizipanten verschlechtert werden, kann dies nur geschehen, wenn gleichzeitig die Stellung der ihnen gleichgestellten Aktionäre ebenfalls verschlechtert wird (Art. 656f III OR). Dies bedarf – wenn die Statuten nichts anderes bestimmen – der Zustimmung der Partizipantenversammlung (Art. 656f IV OR).

Wird neues Aktienkapital geschaffen, haben die Partizipanten ebenfalls ein Bezugsrecht (Art. 656f I OR), ebenso die Aktionäre bei der Schaffung neuen Partizipationskapitals (Art. 656g I OR). Werden beide Kapitalarten gleichzeitig, aber nicht im gleichen Verhältnis erhöht, ist darauf zu achten, dass die Aktionäre und die Partizipanten nachher im gleichen Verhältnis wie vorher am Gesamtkapital der Gesellschaft beteiligt sind (Art. 656g III OR).

D) Genussscheine

Genussscheine (Art. 657 OR) sind weder Aktien noch Partizipationsscheine: sie besitzen keinen Nennwert, und ihre Ausgabe erfolgt nicht gegen eine Einlage. Sie können zu einem Anteil am Bilanzgewinn, am Liquidationsanteil oder zu einem Bezugsrecht berechtigen (Art. 657 II OR).

Ausgegeben werden Genussscheine meist im Zusammenhang mit Sanierungen, um den Aktionären eine gewisse Abfindung für die von ihnen zu tragenden Kapitalverluste zu geben.

E) Exkurs: Einheitsaktien

Während Partizipations- und Genussscheine zu Randerscheinungen geworden sind, geht der allgemeine Trend zudem dahin, nur noch eine Sorte von Aktien (meist Namenaktien) zu haben.

Zum einen lässt sich der Börsenhandel mit nur einer Art von Aktien praktischer gestalten, und zum andern ist damit auch das Handelsvolumen für diese Aktien grösser, was auch zu höheren Kursen führen soll.

F) Der Erwerb eigener Aktien

Beim Erwerb eigener Aktien bindet die Aktiengesellschaft betriebsnotwendige Mittel durch eine Beteiligung an sich selbst. Sie wird damit abhängig vom Kurs der eigenen Aktien (wenn der Kurs fällt, verringern sich die Aktiven der Gesellschaft!).

Das neue Aktienrecht lässt (strenger als das frühere) den Kauf eigener Aktien nur noch sehr beschränkt zu (Art. 659 ff. OR):

- Es dürfen höchstens 10% eigener Aktien im Besitz der Aktiengesellschaft sein (ausnahmsweise 20%: Art. 659 II i.V.m. 685b I OR);
- die Finanzierung des Kaufs darf weder aus Aktienkapital, noch aus Partizipationskapital oder aus gesetzlichen oder statutarischen Reserven erfolgen;
- die Gesellschaft muss gleichzeitig in der Höhe des Kaufpreises eine Reserve bilden (Art. 659a II OR);
- und im Anhang des Jahresberichts müssen über den Kauf eigener Aktien Angaben über Erwerb, Veräusserung und Anzahl publiziert werden (Art. 663b Ziff. 10 OR).

Das gleiche gilt, wenn eine abhängige Gesellschaft Aktien ihrer herrschenden Gesellschaft kauft (Art. 659b I, II OR); die Reserven sind nicht bei der abhängigen, sondern bei der herrschenden Gesellschaft zu bilden (Art. 659b III OR).

Zusätzlich von Bedeutung ist in der Praxis die Frage der Gleichbehandlung der Aktionäre: es fällt auf, wenn die Gesellschaft z.B. nur Aktien des Hauptaktionärs kauft. Ausserdem kann sich die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung durch den Verwaltungsrat stellen.³⁴ Dazu unten 3.3.4B)d).

Als Sanktion gegen die Verletzung der Einschränkung des Kaufs eigener Aktien steht den Aktionären die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) gegen den Verwaltungsrat auf Schadenersatz zur Verfügung, was aber insofern problematisch ist, als selten ein Schaden nachgewiesen werden können. Dazu unten 3.3.7D).

Daneben erlaubt die Sonderprüfung (Art. 697b II OR, hinten 3.3.5B)a)vii) zumindest die Feststellung und die Publikation der Übertretung.

Was den zivilrechtlichen Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem veräussernden Aktionär anbelangt, kann dieser wohl nicht als ungültig im Sinne von Art. 20 OR angesehen werden³⁵, denn es wird dem Verkäufer kaum zuzumuten sein, zuerst zu prüfen, ob die Gesellschaft über genügend Eigenmittel für den Kauf verfügt, oder ob sie schon eigene Aktien besitzt, sodass der Vertrag – zumindest mit dem gutgläubigen Veräusserer – gültig sein dürfte.³⁶

Nicht zu verwechseln ist der Kauf eigener Aktien mit der Kapitalherabsetzung: bei jenem bleibt die Gesamtzahl der Aktien gleich gross, nur befindet sich ein Teil davon im Besitz der Gesellschaft selbst, und bei dieser werden die Aktien zurückgenommen und vernichtet, sodass das Aktienkapital sich verkleinert.

³⁴ Beispielsweise kaufte die aUBS grosse Mengen eigener Namenaktien, obwohl der Verwaltungsrat bereits wusste, dass eine Einheitsaktie geschaffen werden sollte, was zu einem Kurssturz der durch das höhere Stimmrecht teureren Namenaktien führen würde.

³⁵ Was aber der Meinung von NOBEL entspricht.

³⁶ Meinung von BÖCKLI und VON BÜREN.

G) Beschränkungen der Übertragbarkeit bei Namenaktien

KLÄY HANSPETER, Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997; KLÄY HANSPETER, Die Neuregelung der Vinkulierung im Überblick, in: Der Schweizer Treuhänder 5/1997, S. 433 ff. (<http://www.treuhaender.ch>); Anhang: Schema zur Vinkulierung.

Bezüglich der Vinkulierung von Aktien ist einleitend Folgendes festzuhalten: Inhaberaktien sind nie vinkuliert; Namenaktien sind in der Regel auch nicht vinkuliert. Nur ausnahmsweise sind Namenaktien entweder durch Gesetz oder durch Statuten in ihrer Übertragbarkeit beschränkt.

Die gesetzliche Vinkulierung ①³⁷ (Art. 685 OR) betrifft die Übertragbarkeit der Aktien überhaupt, d.h. über sie kann nicht verfügt werden. Die statutarische Vinkulierung ③ betrifft bei börsenkotierten Namenaktien nur die Ausübung des Stimmrechts und anderer mit dem Stimmrecht verknüpfter Rechte: die Aktien sind im Übrigen ohne Einschränkung übertragbar. Nur bei nicht börsenkotierten Namenaktien verhindert die statutarische Vinkulierung auch die Verfügung über die Aktien.

a) Gesetzliche Vinkulierung (Art. 685 OR) ①

Die gesetzliche Übertragungsbeschränkung betrifft nur die nicht voll liberierten Namenaktien: Die Aktiengesellschaft kann die rechtsgeschäftliche Übertragung der Aktien verweigern; aber nur wenn ihr die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers zweifelhaft erscheint und er von ihr geforderte Sicherheitsleistungen nicht erbringt (Art. 685 II OR).

Die gesetzliche Vinkulierung besteht nicht bei erb- und eherechtlichem Übergang und bei der Zwangsvollstreckung (Art. 685 I OR). ②

b) Statutarische Vinkulierung (Art. 685a ff. OR) ③

i) Börsenkotierte Namenaktien ④

Als börsenkotiert gelten Aktien, die an einer Börse regelmässig gehandelt werden. Der statutarischen Vinkulierung sind durch das Gesetz enge Grenzen gesetzt, da diese Aktien möglichst frei gehandelt werden sollen: Vor allem geht es nur um die Beschränkung der Ausübung des Stimmrechts und von mit dem Stimmrecht verbundenen Rechten. Der Eintritt in die übrige Rechtsstellung als Aktionär (insbes. in die Vermögensrechte) ist nicht beschränkbar.

Wiederum gilt, dass keine Vinkulierung möglich ist bei erb- und eherechtlichem Übergang und bei der Zwangsvollstreckung (Art. 685d III OR). ⑤

• Beschränkung der Übertragbarkeit

Es sind folgende statutarische Übertragungsbeschränkungen möglich:

- bei prozentmässiger Beschränkung des Stimmrechts (Prozenthürde: z.B. 5%) ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, einen Aktionär für mehr als 5% als stimmberechtigt in das Aktienbuch einzutragen, auch wenn er mehr als 5% der Anteile an der Gesellschaft besitzt (Art. 685d I OR; über die 5% hinaus Eintrag als stimmrechtsloser Aktionär);

³⁷ Die hier unter dem Titel G) aufgeführten Nummern verweisen auf die Nummerierung des Schemas im Anhang: Schema zur Vinkulierung.

- die Gesellschaft kann die Eintragung eines Aktionärs als stimmberechtigt auch verweigern, wenn dieser keine Auskunft über die „wahren“ Eigentumsverhältnisse bzw. die wahre wirtschaftliche Berechtigung an den Aktien geben will, oder wenn er diesbezüglich falsche Angaben macht (Art. 685d II OR: Treuhandklärung);
- und schliesslich kann die Gesellschaft die Eintragung eines Aktionärs als stimmberechtigt ins Aktienbuch verweigern, wenn dessen Anerkennung als stimmberechtigter Aktionär die Gesellschaft daran hindern könnte, „eine schweizerisch beherrschte Aktiengesellschaft zu sein“, was insbesondere bezüglich der „Lex Friedrich“ (Art. 6 BewG) oder des Bankengesetzes (Art. 3^{ter} BankG) von Bedeutung sein kann (Art. 4 SchlBest. zum XXVI. Titel).

Bei einem Verstoß gegen die statutarische Beschränkung gemäss Art. 685d II OR oder Art. 4 SchlBest. wird die Eintragung im Aktienbuch gestrichen (Art. 686a OR). Der Aktionär kann aber den Gegenbeweis seiner Berechtigung antreten.

Lehnt die Gesellschaft das Gesuch eines Aktionärs um Eintragung als stimmberechtigt nicht innert 20 Tagen ab, ist er als stimmberechtigter Aktionär anerkannt (Art. 685g OR).

Dem Aktionär steht die Möglichkeit der Klage auf Eintragung und Schadenersatz zu (Art. 685f IV OR), wobei es sich meist als schwierig erweisen dürfte, einen konkreten Vermögensschaden nachzuweisen.

- **Rechtsübergang**

- **Börsenmässiger Erwerb der Aktien** ⑥

Die Veräussererbank teilt die Veräusserung der Aktien der Gesellschaft mit, diese streicht den Veräusserer als Aktionär in ihrem Aktienbuch: damit gehen dessen Rechte als Aktionär unter (Art. 685e OR).

Die Rechte gehen mit der Übertragung der Aktien auf den Erwerber über, das Stimmrecht und andere damit verbundene Rechte ruhen jedoch bis zur Eintragung ins Aktienbuch (Art. 685f I, II OR). In allen übrigen Rechten ist der neue Aktionär nicht eingeschränkt (Art. 685f II OR). Er wird sich aber dennoch – auch wenn er nicht stimmberechtigt sein sollte oder sein will – mit einem Gesuch um Eintrag ins Aktienbuch an die Gesellschaft wenden müssen, damit diese weiss, an wen sie z.B. die Dividenden auszahlen muss.

Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören (weil der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat), nennt man Dispo-Aktien. Bei grossen Gesellschaften (z.B. Nestlé) können diese einen Anteil von bis zu einem Drittel ausmachen.

- **Nicht börsenmässiger Erwerb der Aktien** ⑦

Der Veräusserer behält alle seine Aktionärsrechte bis zum Zeitpunkt, da der Erwerber bei der Gesellschaft sein Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch eingereicht hat (Art. 685f I OR). Die Stimmrechte ruhen wiederum bis zur Anerkennung des Aktionärs als stimmberechtigt (Art. 685f II OR).

ii) Nicht börsenkotierte Namenaktien ⑧

Bei nicht börsenkotierten Namenaktien sind die Möglichkeiten der Einschränkung grösser als bei den an der Börse kotierten Aktien.

• **Beschränkung der Übertragbarkeit**

Es sind folgende statutarische Übertragungsbeschränkungen möglich:

- Zunächst kann die Gesellschaft – wie schon bei den börsenkotierten Aktien – die Eintragung eines Aktionärs verweigern, wenn dieser sich weigert über die „wahren“ Eigentumsverhältnisse an den Aktien Auskunft zu geben, oder wenn er diesbezüglich falsche Angaben macht (Art. 685b III OR: Treuhandklärung);
- im Unterschied zu den an der Börse kotierten Gesellschaften kann die Eintragung eines Aktionärs ins Aktienbuch aus wichtigen, in den Statuten genannten Gründen verweigert werden (Art. 685b I OR). Als wichtige Gründe können u.a. Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises im Zusammenhang mit dem Zweck oder der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Unternehmens gelten;³⁸
- die Eintragung kann selbst ohne Grund verweigert werden, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer (!) der Aktien anbietet, die Aktien auf eigene Rechnung, auf Rechnung anderer Aktionäre oder auf Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen (Art. 685b I OR).

Sind die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben worden, kann die Gesellschaft das Gesuch um Eintrag ins Aktienbuch nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme zum wirklichen Wert der Aktien anbietet; einen andern Grund kann sie nicht geltend machen (Art. 685b IV OR). ⑨

• **Rechtsübergang**

• **Rechtsgeschäftlicher Erwerb der Aktien** ⑩

Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von vinkulierten, nicht börsenkotierten Aktien bleiben alle Rechte (d.h. auch die Vermögensrechte usw.) beim Veräusserer (Art. 685c I OR). Trägt die Gesellschaft den „Erwerber“ nicht ein, bleibt der „Veräusserer“ Eigentümer der Aktien; er kann die vertragliche Pflicht zur Übertragung nicht erfüllen (weshalb sich die Zustimmung der Aktiengesellschaft als vertragliche Bedingung empfiehlt).

• **Erb-, ehe- oder zwangsvollstreckungsrechtlicher Erwerb der Aktien** ⑨

Beim Erwerb durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung gehen das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich, die Mit-

³⁸ Die Berner BTM-Gruppe hat in ihren Statuten Vinkulierungsbestimmungen der folgenden Art: Ein Aktionär wird nicht eingetragen, wenn er den bernischen Charakter oder die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Unternehmens gefährdet, wenn er sich nicht zur Gesellschaft bekennt (z.B. als Kommunist), wenn er keinen Wohnsitz in Bern hat oder wenn er in einem Konkurrenzverhältnis zum Unternehmen steht oder das Unternehmen durch seine Tätigkeit sonstwie schädigen könnte. NZZ-Aktionäre müssten (oder mussten früher jedenfalls) Mitglieder der FDP sein.

wirkungsrechte erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber über (Art. 685c II OR).

Fall 8: Vinkulierung

Die von Nationalrat Theo von Sury als Präsident geleitete Solothurner Medien AG sah in ihren Statuten vor, dass nur FDP-Mitglieder Aktionäre werden können. Diese Bestimmung wurde problemlos bis zum Ableben des Verwaltungsratspräsidenten durchgesetzt.

Seine Tochter Suzette von Sury – selbst eine überzeugte Marxistin – erbt mit dem gesamten Aktienbestand ihres Vaters auch 100 nicht börsenkotierte Aktien der Solothurner Medien AG. Nachdem sie eine erste Anwendung, die Aktien zu verichten bzw. an den Verein "Freunde Cubas" weiterzuverschenken, glücklich überstanden hatte, beschloss sie, in Zukunft in dieser Gesellschaft eine aktive Rolle zu spielen und ihren Einfluss auf die Geschäftstätigkeit möglichst geltend zu machen.

Bei der Solothurner Medien AG brachte die Neuigkeit betreffend die Rechtsnachfolgerin von Herrn Nationalrat von Sury einige Aufregung, vor allem als der Finanzchef nach Berechnung des inneren Werts der Aktien feststellen musste, dass die zur Zeit vorhandenen Mittel der Gesellschaft bei weitem nicht ausreichen würden, um Frau von Sury ihr Aktienpaket abzukaufen.

Abgesehen davon war man sich nicht im Klaren, ob Frau von Sury an der in 10 Tagen stattfindenden Generalversammlung teilnahme- und stimmberechtigt sei.

Falllösung

AKTIEN UND ÜBERTRAGUNG

Es handelt sich um nicht börsenkotierte Namenaktien (letzteres kann aus der Tatsache ihrer Vinkulierung geschlossen werden; Inhaberaktien können nicht vinkuliert werden), die erbrechtlich übertragen werden.

MÖGLICHE VINKULIERUNGSGRÜNDE?

Treuhanderklärung (Art. 685b III OR, welche aber bei Erbschaft nicht in Frage kommt); wichtige Gründe, hier die FDP-Mitgliedschaft (Art. 685b I OR, welche aber hier ebenfalls nicht in Frage kommen, da es sich um einen erbrechtlichen Übergang handelt, vgl. Art. 685b IV OR); womit nur die Möglichkeit bleibt, der Erbin das Angebot zu machen, ihr die Aktien abzukaufen.

Da das Unternehmen offenbar über zu wenig Mittel verfügt, muss die Erbin als Aktionärin eingetragen werden. Möglich wäre allenfalls noch eine Herabsetzung des Aktienkapitals um ihren Anteil, die ist jedoch nur mit ihrer Zustimmung möglich (Gleichbehandlungsgebot [Art. 706 II Ziff. 3, 717 II OR]).

STIMMRECHT AN DER GV

An der in zehn Tagen stattfindenden GV ist die Erbin nicht stimmberechtigt, die Gesellschaft hat drei Monate Zeit, um Geld aufzutreiben, bevor sie die Erbin als Aktionärin ins Aktienbuch eintragen muss (Art. 685c III OR).

H) Erhöhung des Aktienkapitals

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 496 ff.

a) Ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhung

In der Praxis ist eine Kapitalerhöhung schwierig „auf einen Schlag“ durchzuführen (Aktionäre sind in den Ferien, im Ausland oder tot usw.), weshalb meist ein Bankenkonsortium die gesamte Kapitalerhöhung zeichnet (Festübernahme) und anschliessend die Aktien an die Aktionäre weiter verteilt. Dies entspricht zwar nicht dem Gesetz, wird aber in der Praxis so gemacht.

i) Ordentliche Kapitalerhöhung

Eine ordentliche Kapitalerhöhung wird von der Generalversammlung beschlossen und innerhalb von drei Monaten durchgeführt (Art. 650 I OR). Der Beschluss ist öffentlich zu beurkunden und muss die in Art. 650 II OR aufgeführten Punkte umfassen.

Die Generalversammlung kann in ihrem Beschluss den Verwaltungsrat ermächtigen, den Ausgabebetrag (Emissionspreis) festzulegen (Art. 650 II Ziff. 3 OR). Dies ist meist von Vorteil, da der Verwaltungsrat damit auf die Verhältnisse am Finanzmarkt reagieren und einen optimalen Preis festlegen kann.

Wird der Beschluss nicht innert dreier Monate ausgeführt, fällt er dahin (Art. 650 III OR).³⁹

ii) Genehmigte Kapitalerhöhung

Bei der genehmigten Kapitalerhöhung wird der Verwaltungsrat von der Generalversammlung ermächtigt, eine Kapitalerhöhung (bis zu einer bestimmten Obergrenze) jederzeit vorzunehmen (Art. 651 OR). Diese Möglichkeit – die es früher nicht gab – entbindet die Gesellschaft davon, sich Vorratsaktien anlegen zu müssen (vgl. oben 3.3.3B)b)viii).

- Die Ermächtigung gilt während zweier Jahre und die Obergrenze darf die Hälfte des bestehenden Aktienkapitals nicht übersteigen (Art. 651 I und II OR);
- die Aktienzeichnung folgt den allgemeinen Regeln (Art. 652 I i.V.m. 630 OR, vgl. oben 3.3.2A)c);
- werden die Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten, muss ein Emissionsprospekt mit bestimmten Angaben ausgegeben werden (Art. 652a OR);
- die Leistung der Einlagen richtet sich nach den Bestimmungen der Gründung (Art. 652c i.V.m. 632 ff. OR);

³⁹ Dass diese kurz bemessene Zeit zu Problemen führen kann, zeigt das Beispiel um die Fusion von Sandoz und CIBA zu Novartis: Die Fusion und eine damit einhergehende Kapitalerhöhung waren von der Generalversammlung bereits beschlossen, während man immer noch auf die Erlaubnis zum Zusammenschluss der amerikanischen Kartellbehörde wartete. Dies dauerte elf Monate. Der Beschluss hätte damit mehrere Male von der Generalversammlung erneuert werden müssen! Das Problem konnte gelöst werden, indem man nicht Sandoz und CIBA direkt fusionierte, sondern die beiden von der – eigentlich nur zum Schutz der Firma gegründeten – kleinen Aktiengesellschaft „Novartis“ übernehmen liess; an dieser Aktiengesellschaft waren nur Sandoz und CIBA als Aktionäre beteiligt, sodass sich hier leicht eine „Generalversammlung abhalten“ liess. Das Kapital von Novartis wurde also entsprechend erhöht und die beiden andern fusionierten als Sacheinlage der Kapitalerhöhung in die „Novartis“ hinein.

- die Kapitalerhöhung kann auch durch Umwandlung frei verfügbaren Eigenkapitals vorgenommen werden (Gratisaktien, vgl. oben 3.3.3B)b)vii) [Art. 652d OR];
- der Verwaltungsrat muss zwingend einen schriftlichen Rechenschaftsbericht über die Kapitalerhöhung geben (Art. 652e OR);
- der Kapitalerhöhungsbericht ist von der Revisionsstelle zu prüfen und zu bestätigen; die Prüfungspflicht besteht nicht, wenn die Einlage in Geld erfolgt, das neue Kapital nicht zu einer Sachübernahme verwendet wird und die Bezugsrechte nicht eingeschränkt werden (Art. 652f OR).

Ist die Kapitalerhöhung vollzogen und liegen die nötigen Berichte vor, dann ändert der Verwaltungsrat die Statuten und trägt die Änderungen in das Handelsregister ein (Art. 652g f. OR). Vor der Eintragung ausgegebene Aktien sind nichtig (Art. 652h III OR).

b) Bedingte Kapitalerhöhung

Die bedingte Kapitalerhöhung ist „massgeschneidert“ für den Fall, dass die Gesellschaft Wandel-⁴⁰ oder Optionsanleihen⁴¹ oder Optionen für Mitarbeiteraktien⁴² ausgeben will. Die Gesellschaft muss nicht auf Vorrat Aktien schaffen. (Im Konzern kann die abhängige Gesellschaft z.B. auch Optionen für die Aktien der herrschenden Gesellschaft ausgeben.)

In solchen Fällen ist die Kapitalerhöhung durch die Ausübung der Optionen bedingt, was nicht auf einen Schlag, sondern „tropfenweise“ geschehen wird, d.h. es steht nicht im Voraus fest, um welchen Betrag das Kapital am Ende effektiv erhöht sein wird.

- Die Aktien müssen immer voll liberiert werden (Art. 653a II OR);
- das bedingte Kapital darf nicht mehr als die Hälfte des bestehenden Aktienkapitals betragen (Art. 653a I OR);
- eine allfällige Vinkulierung muss, wenn sie gelten soll, bereits im Emissionsprospekt der Anleihen aufgeführt sein (Art. 653d I OR);
- die Wandel- oder Optionsrechte dürfen nur „verwässert“ werden, wenn die Gesellschaft dafür einen entsprechenden Ausgleich bietet, oder wenn die Aktionäre gleichermassen betroffen sind (Art. 653d II OR).

Die Wandel- oder Optionsrechte werden durch schriftliche Erklärung ausgeübt; sobald der Ausübende seine Einlage bei einer Bank vollständig getätigt hat, entstehen die Aktionärsrechte (Art. 653e OR).

Die Gesellschaft lässt die bedingte Kapitalerhöhung jährlich durch einen besonders befähigten Revisor (Art. 727b OR) prüfen (Art. 653f OR). Anschliessend passt der Verwaltungsrat die Statuten entsprechend an (Art. 653g OR). Die Erhöhung ist im Geschäftsbericht aufzuführen (Art. 663d II OR).

⁴⁰ Wandelanleihen sind Obligationen (Art. 1156 ff. OR), welche das Recht beinhalten, sie am Ende ihrer Laufzeit (oder unter anderen Bedingungen) in Aktien der Gesellschaft umzuwandeln.

⁴¹ Optionsanleihen sind Obligationen (Art. 1156 ff. OR), welche das Recht (Option) beinhalten, am Ende der Laufzeit (oder unter anderen Bedingungen) eine Aktie der Gesellschaft zu einem bestimmten Preis zu erwerben.

⁴² Viele Gesellschaften ermöglichen es ihren Mitarbeitern, durch Ausgabe von Optionen eigene Aktien zu einem günstigeren Preis als am Markt zu beziehen.

c) Die Einschränkung des Bezugsrechts

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 466 ff.

Die Aktionäre sollen bei einer Kapitalerhöhung nicht benachteiligt werden, sie sollen im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung neue Aktien beziehen können (Art. 652b I OR). Dazu kennt das Aktienrecht materielle und formelle Schutzschranken. Die Einschränkung oder der Entzug solcher Bezugsrechte soll nicht schon in den Statuten generell festgelegt werden können, sondern es bedarf bei jeder Kapitalerhöhung eines neuen Beschlusses.

i) *Bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung*

Grundsätzlich hat jeder Aktionär Anspruch auf einen Anteil am neuen Kapital, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht (Art. 652b I OR). Aus wichtigen Gründen kann die Generalversammlung die Bezugsrechte aufheben, z.B. wegen Unternehmensübernahmen⁴³ oder Beteiligung der Mitarbeiter (Art. 652b II OR). Es darf aber niemand in unsachlicher Weise benachteiligt oder bevorzugt werden.

Formell bedarf der Entzug von Bezugsrechten zudem der Überwindung der sog. Doppelhürde (Art. 704 I Ziff. 6 OR), und der Verwaltungsrat hat in einem Bericht Rechenschaft über die Einhaltung des Beschlusses der Generalversammlung abzulegen (Art. 652e Ziff. 4 OR).

Statutarische Vinkulierungsbestimmungen gelten nicht, wenn einem Aktionär Bezugsrechte eingeräumt worden sind (Art. 652b III OR).

Für die ordentliche Kapitalerhöhung ist eine Delegation des Beschlusses über den Entzug der Bezugsrechte an den Verwaltungsrat nicht erlaubt (Art. 650 II Ziff. 8 OR *e contrario*). Im Fall der genehmigten Kapitalerhöhung muss dies jedoch möglich sein, denn da die Aufhebung der Bezugsrechte jeweils zu begründen ist (Art. 652e OR), und im Moment des Beschlusses der Generalversammlung noch nicht genau bekannt ist, wofür die Kapitalerhöhung verwendet werden wird, erscheint eine Delegation auch des Entscheides über die Aufhebung der Bezugsrechte an den Verwaltungsrat als sinnvoll (der Entzug von Bezugsrechten fehlt aber in Art. 651 III OR). Die Generalversammlung muss aber immerhin bestimmen, für welche Art der Einschränkung die Delegation an den Verwaltungsrat erfolgt. Vgl. auch BGE 121 III 219 („BK Vision v. SBG: Bezugsrecht“).

ii) *Bei der bedingten Kapitalerhöhung*

Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist ein Ausschluss der Bezugsrechte zwingend, weil die Erhöhung für die Anleiensgläubiger oder die Mitarbeiter reserviert ist. Den Aktionären ist als Ersatz aber ein Vorwegzeichnungsrecht auf die Anleihen einzuräumen, das nur wegen wichtiger Gründe – auch durch den Verwaltungsrat (vgl. BGE 121 III 219 [„BK Vision v. SBG: Bezugsrecht“]) – entzogen werden darf (Art. 653c I, II OR).

⁴³ Übernahmen können durch eine Kapitalerhöhung finanziert werden, doch müssen die neu geschaffenen Aktien direkt gegen Aktien des andern Unternehmens getauscht werden (shares for shares); die Schaffung von Übernahmekapital durch eine Kapitalerhöhung und Verkauf der Aktien an der Börse rechtfertigt den Ausschluss von Bezugsrechten nicht. Vgl. BGE 121 III 219 („BK Vision v. SBG: Bezugsrecht“).

Durch den Entzug darf aber niemand in unsachlicher Weise benachteiligt oder bevorzugt werden (Art. 653c III OR).

Anders als bei den Bezugsrechten für Aktien, kann die Ausübung des Vorwegzeichnungsrechts wegen einer Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien verwehrt werden, sofern dies in den Statuten und im Emissionsprospekt vorbehalten worden ist (Art. 653d I OR).

I) Die Kapitalherabsetzung

a) Arten der Kapitalherabsetzung

Eine Kapitalherabsetzung kann sowohl Sinn machen, wenn die Gesellschaft einen Kapitalüberschuss hat, wie auch wenn sie in der Bilanz einen Verlust ausweist.

i) Kapitalüberschuss

Der Abbau von Kapital bei einem Kapitalüberschuss wird zumeist zur „Verschlankung“ der Kapitalstruktur verwendet: je geringer das Eigen-, bzw. das Aktienkapital ist, desto grösser ist die Eigen-, bzw. Aktienkapitalrendite (RoE: Return on Equity) und die übrigen Kennzahlen des Unternehmens, was sich auch auf den Börsenkurs positiv auswirken kann (Gefahr von Missbräuchen!).

ii) Sanierungsfall

Im Gegensatz dazu dient die Kapitalherabsetzung im Falle eines Verlustes der Beseitigung desselben durch Kapitalvernichtung, d.h. auf Kosten der Aktionäre: die „Schulden“ ihnen gegenüber werden kleiner, ohne dass sie (ausser evtl. Genussscheine, vgl. 3.3.3D) einen Gegenwert erhalten.

b) Formen der Kapitalherabsetzung

Die Herabsetzung des Kapitals kann auf zwei Arten geschehen: erstens durch die Verminderung der Anzahl Aktien oder durch die Herabsetzung des Nennwertes der Aktien (sog. „Herabstempeln“ der Aktien).

i) Herabsetzung des Nennwertes

Der Nennwert einer Aktien kann im Sanierungsfall sogar unter 1 Rappen gesenkt werden, d.h. sogar bis auf 0.- Fr., sofern andere Kategorien von Aktien vorhanden sind, die weiterhin ein Kapital von 100'000.- Fr. ausmachen (Art. 622 IV i.V.m. 621 OR).

Zu beachten ist aber immer der Gleichbehandlungsgebot; es müssen immer wichtige Gründe vorliegen, die eine ungleiche Behandlung verschiedener Kategorien von Aktionären rechtfertigen.

ii) Reduktion der Anzahl Aktien

Bei der Reduktion der Anzahl Aktien bietet die Gesellschaft den Aktionären an, ihnen ihre Aktien zu einem bestimmten Preis abzukaufen, um sie anschliessend zu vernichten. Wiederum sind die Aktionäre gleich zu behandeln, d.h. die Einladung zur Einlieferung hat an alle Aktionäre zu ergehen, und die Abnahme muss proportional zur jeweiligen Beteiligung erfolgen. Die Aktionäre sind im Übrigen nicht verpflichtet, ihre Aktien der Gesellschaft zu verkaufen (Art. 680 I OR).

Die Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 OR) gilt nach h.L. für den Fall der Kapitalherabsetzung nicht (vgl. letzten Satz von Art. 659 II OR). Allerdings müssen die Aktien allein zu diesem Zweck gekauft und tatsächlich vernichtet werden. Ebenfalls gilt in diesem Fall nicht, dass der Kauf eigener Aktien aus eigenen Mitteln zu geschehen hätte.

c) Das Verfahren der Kapitalherabsetzung

Zum Verfahren vgl. die Art. 732 ff. OR: zu beachten ist insbesondere die dreimalige Aufforderung an die Gläubiger (Art. 733 OR).

3.3.4 Die Organe der Aktiengesellschaft

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 312 ff.

A) Die Generalversammlung (Art. 698–706 OR)

An der Generalversammlung sind die „Eigentümer“ der Gesellschaft, die Aktionäre unter sich (allenfalls kann den Partizipanten ein Besuchsrecht eingeräumt werden [Art. 656c I, II OR]). Den Aktionär trifft gegenüber der Gesellschaft keine Treuepflicht, er kann ganz in seinem eigenen Interesse stimmen.

a) Die Stellung der Generalversammlung in der AG

Die Generalversammlung ist das oberste Organ der Aktiengesellschaft (Art. 698 I OR), sie hat unübertragbare Kompetenzen, insbesondere die Kompetenz, die Statuten zu genehmigen, den Zweck der Gesellschaft zu bestimmen, über die finanziellen Mittel zu entscheiden und den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle zu wählen bzw. abzuwählen; doch hat auch der Verwaltungsrat unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen (Art. 716a OR) und zudem die sog. Subsidiärkompetenz, d.h. ihm fallen alle Aufgaben zu, die nicht durch das Gesetz oder die Statuten einem andern Organ übertragen sind (Art. 716 I OR).⁴⁴

Besteht bezüglich der Zuordnung einer bestimmten Aufgabe Unklarheit, empfiehlt sich folgende Prüfung:

1. Gehört die betreffende Aufgabe in den zwingenden Kompetenzbereich entweder der Generalversammlung (Art. 698 II Ziff. 1-5 OR) oder des Verwaltungsrates (Art. 716a I OR)?
2. a) Ist die betreffende Aufgabe kraft Gesetzes (Art. 698 II Ziff. 6 OR) dem Kompetenzbereich der Generalversammlung zugewiesen? Wobei die folgenden gesetzlichen Zuweisungsnormen zu beachten sind:⁴⁵
 - Zerlegung und Zusammenlegung von Aktien, wobei die Zusammenlegung zusätzlich der Zustimmung der betroffenen Aktionäre bedarf (Art. 623 I, II OR);
 - Kapitalerhöhungen (Art. 650 I, 651 I, 653 I OR);
 - Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts (Art. 652b II OR);
 - Ausgabe von Vorzugsaktien (Art. 654 I, II OR);

⁴⁴ Mit dieser Kompetenzaufteilung, welche jedem Organ bestimmte Aufgaben zuweist, für die es allein zuständig ist, folgt das schweizerische Aktienrecht dem sog. Paritätsprinzip. Dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 20 N 9 ff.

⁴⁵ Liste aus FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 22 N 56 ff.

- Schaffung von Partizipationskapital (Art. 656a II i.V.m. 650 I, 651 I, 653 I OR);
 - Schaffung von Genussscheinen (Art. 657 I OR);
 - Bildung zusätzlicher Reserven, wobei zu beachten ist, dass auch der Verwaltungsrat zusätzliche Reserven – als sog. stille Reserven (Art. 669 III OR) – bilden kann (Art. 674 II, III OR);
 - Entrichtung von Bauzinsen (Art. 676 OR);
 - Einführung von Stimmrechtsaktien (Art. 693 I OR);
 - Einleitung einer Sonderprüfung; lehnt die Generalversammlung ab, kann allenfalls der Richter die Sonderprüfung veranlassen (Art. 697a bzw. 697b f. OR);
 - Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (Art. 626 Ziff. 1 i.V.m. 698 II Ziff. 1 OR);
 - Änderung des Gesellschaftszweckes (Art. 626 Ziff. 2 i.V.m. 698 II Ziff. 1 OR);
 - Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien (Art. 685a i.V.m. 698 II Ziff. 1 OR);
 - Abberufung der von der Generalversammlung gewählten Personen (Art. 705 I OR);
 - Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors an der Generalversammlung (Art. 729c III OR);
 - Erweiterung der Aufgaben der Revisionsstelle, wobei jedoch auch der Verwaltungsrat berechtigt sein muss, der Revisionsstelle zusätzliche Aufträge zu erteilen (Art. 731 OR);
 - Ernennung von Sachverständigen (Art. 731 II OR);
 - Kapitalherabsetzung (Art. 732 OR);
 - Kompetenzen im Zusammenhang mit Auflösung, Liquidation, Fusion, Übernahme des Geschäftsvermögens durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie Umwandlung in eine GmbH (Art. 736 Ziff. 2, 740 I, 743 IV, 749 III Ziff. 2, 751 I, 825 OR).
- b) Ist die betreffende Aufgabe durch die Statuten dem Kompetenzbereich der Generalversammlung zugewiesen?
3. Fällt die Antwort zu den oben gestellten Fragen negativ aus, ist die Aufgabe dem Verwaltungsrat aufgrund seiner Subsidiärkompetenz zuzuweisen (Art. 716 I OR).

b) Einberufung und Traktandierung

i) Die Einberufung der Generalversammlung

Die Generalversammlung wird primär vom Verwaltungsrat einberufen; will oder kann er nicht, ist es auch der Revisionsstelle möglich die Einberufung vorzunehmen (Art. 699 I OR). In Sonderfällen können auch die Liquidatoren oder die Anleiensgläubiger die Generalversammlung einberufen.

ii) Das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung

Neben der ordentlichen Generalversammlung, die einberufen und abgehalten werden muss (Art. 699 II OR), können jederzeit ausserordentliche Versammlungen verlangt werden: von Aktionären, sofern sie mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten (Art. 699 III OR). Das Recht, eine Generalversammlung einzuberufen, beinhaltet logischerweise auch das Traktandierungsrecht (es wäre kaum sinnvoll, eine Versammlung einzuberufen und dann über nichts zu schweigen oder zu reden).

Wer über eine Million Franken Aktienkapital vertritt, kann zuhanden der Generalversammlung die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen verlangen (Art. 699 III OR).⁴⁶ Falls diese Million nicht 10% des Aktienkapitals ausmacht, beschränkt sich das

⁴⁶ Die Einführung des Mindestnennwertes von 1 Rappen (Art. 622 IV OR) kann dazu führen, dass sich die Position der Aktionäre bezüglich der Hürde von einer Million Franken am Aktienkapital verschlechtert. Wird nämlich bei einer Aktie (mit einem weit grösseren Börsenwert) der bisherige Nennwert von 10.- Fr. durch Kapitalrückzahlung erheblich gesenkt, muss unverhältnismässig viel mehr

Traktandierungsrecht auf die ordentlichen oder sonstwie einberufenen Generalversammlungen.

Falls der Verwaltungsrat die Generalversammlung aufgrund des Einberufungsrechts der Aktionäre nicht einberufen will, kann der Richter diese anordnen (Art. 699 IV OR).

Die Partizipanten sind über die Generalversammlungen und ihre Beschlüsse zu informieren (Art. 656d OR; vgl. oben 3.3.3C)c).

iii) Zeitpunkt der Generalversammlung

Neben der ordentlichen Generalversammlung, die innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Ablauf des Geschäftsjahres (meist in Übereinstimmung mit dem Kalenderjahr) abgehalten werden muss, können jederzeit ausserordentliche Generalversammlungen abgehalten werden (Art. 699 II OR).

iv) Formelle Vorschriften

Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen (Art. 700 I OR). In der Einberufung sind die Verhandlungsgegenstände und Anträge von Verwaltungsrat und Aktionären bekanntzugeben (Art. 700 II OR).

Die Zustellung des Geschäftsberichtes und anderer Unterlagen, wie es der Praxis entspricht, wäre an sich nicht erforderlich: die Auflage zur Einsicht am Geschäftssitz mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung würde ausreichen (Art. 696 I OR).

Nicht angekündigte Anträge im Rahmen traktandierter Verhandlungsgegenstände an der Generalversammlung sind möglich. Anträge ausserhalb bekanntgegebener Verhandlungsgegenstände sind – mit Ausnahme des Antrags auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und des Antrags auf Durchführung einer Sonderprüfung – unzulässig (Art. 700 III OR).

c) Die Universalversammlung

Die Universalversammlung – d.h. eine Generalversammlung, an der alle Aktionäre anwesend sind – ist von allen Formvorschriften bezüglich der Einberufung und Abhaltung der Versammlung befreit (Art. 701 OR).

d) Die Vertretung des Aktionärs

i) Allgemeine Grundsätze der Vertretung

Jeder Aktionär kann sich an der Generalversammlung durch eine beliebige andere Person vertreten lassen (Art. 689 II und 689a I OR). Zwischen dem Aktionär und dem Vertreter besteht ein Auftragsverhältnis (mit Vollmacht zur Vertretung); der Vertreter muss die Weisungen des Aktionärs befolgen (Art. 689b I OR). Wer Inhaberaktien aufgrund einer Verpfändung, Hinterlegung oder Leihe besitzt, darf die Mitwirkungsrechte nur mit schriftlicher Bevollmächtigung des Aktionärs ausüben (Art. 689b II OR).

mehr Kapital aufgebracht werden, um weiterhin über eine Million am Aktienkapital zu halten. Vgl. dazu auch KASERER CHRISTOPH, Unterminierung des Minderheitenschutzes?, in: NZZ Nr. 293 vom 15. Dezember 2000, S. 33.

ii) Der Organvertreter

Aktionären, die nicht an der Generalversammlung teilnehmen wollen oder können, kann die Gesellschaft ein Organ als Vertreter vorschlagen, welches mit ihren Stimmen im Sinne des Verwaltungsrates stimmt. In diesem Fall hat die Gesellschaft ihnen zugleich einen (im Sinne von Art. 727c OR)⁴⁷ unabhängigen Vertreter vorzuschlagen, welcher von den Aktionären entsprechend beauftragt werden kann, wenn sie sich nicht vom Organvertreter vertreten lassen wollen (Art. 689c OR).

Der Organvertreter (bzw. der unabhängige Vertreter) sind reine Stimmrechtsvertreter, sie stellen keine Anträge und geben keine Voten ab an Stelle des Aktionärs.

iii) Der Depotvertreter

Unter dem alten Aktienrecht waren die Depotstimmen von grosser Bedeutung, weil die Banken die Depotstimmen in ihrem Interesse abgeben konnten. Dies führte zu einer auffälligen „Überpräsenz“ von Bankvertretern in den Verwaltungsräten schweizerischer Gesellschaften.

Das Depotstimmrecht ist heute faktisch bedeutungslos geworden, weil die Depotinhaber nun verpflichtet sind, die Hinterleger um Weisungen anzufragen (Art. 689d I OR). Dies bedeutet für die Banken einen derartigen Aufwand, dass sie das Depotstimmrecht nur noch gegen eine Gebühr wahrnehmen (welche selten ein Aktionär zu zahlen bereit sein wird).

Zudem sind die Banken – können sie keine Weisungen erlangen – gehalten, im Sinne des Verwaltungsrates zu stimmen (Art. 689d II OR).

iv) Bekanntgabe der Vertretungsverhältnisse

Neben diesen Einschränkungen für die Depotvertreter treten Offenlegungspflichten, welche alle institutionellen Stimmrechtsvertreter treffen: Diese müssen Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der von ihnen vertretenen Aktien bekanntgeben. Unterbleibt diese Bekanntgabe, sind die Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar (Art. 689e I i.V.m. 691 OR).

Die Angaben sind der Generalversammlung mitzuteilen. Unterbleibt die Mitteilung, können – wenn zumindest ein Aktionär die Mitteilung verlangt hat – die Beschlüsse der Generalversammlung angefochten werden (Art. 689e II OR).

e) Beschlussfassung und Wahlen

i) Allgemeine Beschlüsse

Die Generalversammlung fasst ihre allgemeinen Beschlüsse und vollzieht die Wahlen, soweit die Statuten nichts anderes bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR). Selbst bei minimaler Präsenz ist die Generalversammlung beschlussfähig, denn das Gesetz kennt keine Präsenzquoren. Solche können jedoch in den Statuten vorgesehen werden. Der Einführung eines solchen Quorums ist allerdings mit Vorsicht zu begegnen, weil ein Präsenzquorum, einmal (mit einfachem Mehr!) beschlossen, oft nur schwer wieder aus den Statuten zu entfernen ist, da zu seiner Abschaffung gerade dieses Präsenzquorum erforderlich sein wird. Die Besuchstreue

⁴⁷ Vgl. dazu 3.3.4C)a)ii).

der Aktionäre wird nämlich immer kleiner, und es ist – bei börsenkotierten Gesellschaften – mit einer grossen Zahl sogenannter Dispo-Aktien zu rechnen (z.B. bei Nestlé im Durchschnitt ein Drittel aller Aktien).

Die Statuten können für den Präsidenten des Verwaltungsrates den Stichentscheid vorsehen, wenn sich gleich viele Stimmen gegenüberstehen. Es handelt sich dabei um die einzige Stimme ohne Aktie im Aktienrecht (BGE 95 II 555).

ii) **Wichtige Beschlüsse**

Wichtige Beschlüsse müssen mit mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der Mehrheit der vertretenen Nennwerte gefasst werden (sog. Doppelhürde [Art. 704 I OR]). Dies zur Korrektur der Übermacht von Stimmrechtsaktien, die hier ihr Stimmprivileg verlieren.

Die Statuten können höhere (aber keine niedrigeren) Quoren vorsehen.⁴⁸ Um diese Quoren einzuführen (und um sie wieder abzuschaffen [Siegwart-Regel]) bedarf es (schon) des vorgesehen höheren Quorums (Art. 704 II OR *et e contrario*).

Als wichtige Beschlüsse gelten (vgl. Art. 704 I OR):

- Ziff. 1: die Zweckänderung der Gesellschaft (dazu gehört – nach VON BÜREN – auch der Einbezug einer Gesellschaft in einen Konzern: das Unternehmen arbeitet nicht mehr für sich selbst, sondern für den Konzern; wichtig ist dies vor allem im Zusammenhang mit Art. 704 III OR, denn wenn der Einbezug in einen Konzern als Zweckänderung gilt, können Aktionäre, denen die Konzernierung nicht gefällt, ihre Aktien leichter verkaufen);
- Ziff. 2: die Einführung von Stimmrechtsaktien (ebenfalls von Bedeutung im Zusammenhang mit Art. 704 III OR);
- Ziff. 3: die Vinkulierung (die Erleichterung der Übertragbarkeit ist hingegen kein wichtiger Beschluss!);
- Ziff. 4: auch die Schaffung sog. Gratisaktien (vgl. oben 3.3.3B)b)vii);
- Ziff. 8: die Absorptionsfusion (wobei der Beschluss nur bei der untergehenden Gesellschaft ein wichtiger Beschluss ist; in der Praxis werden meist beide Gesellschaften die Doppelhürde zu überwinden haben, weil anderen wichtige Beschlüsse in den Zusammenhang der Fusion fallen: z.B. Zweckänderung, Kapitalerhöhung durch Sacheinlage [die zu übernehmende Gesellschaft], Einschränkung von Bezugsrechten).

Andere Beschlüsse, die ebenfalls als „wichtig“ einzustufen wären, bedürfen keines besonderen Quorums. Für einzelne Beschlüsse können (oder sollten sogar) höhere Quoren in den Statuten festgelegt werden:

- Die Änderung der Firma;
- die ordentliche Kapitalerhöhung;
- die Lockerung der Vinkulierung;

⁴⁸ Die Einführung höherer Quoren erfolgt oftmals im Zusammenhang eines Abwehrdispositivs gegen Übernahmen (sog. lock up-clauses: zu diesen gehören auch die Schaffung von vinkulierten Namenaktien, eine hohe Amtsdauer des Verwaltungsrates; vgl. unten 4.5).

- die Umwandlung von Namen- in Inhaberaktien;
- die Abschaffung der Stimmrechtsaktien;
- die Schaffung von Vorzugsaktien;
- die Kapitalherabsetzung;
- und die Auflösung der Gesellschaft mit Liquidation.

f) Leitung der Generalversammlung und Protokoll

i) *Die Leitung der Generalversammlung*

Es ist nicht speziell geregelt, wem die Leitung der Generalversammlung obliegt, aber aufgrund der Art. 716a I Ziff. 6 und 702 OR kann geschlossen werden, dass dies der Verwaltungsrat ist.

Der Verwaltungsrat hat die Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der vertretenen Aktien festzustellen (Art. 702 I i.V.m. 702 II Ziff. 1 OR): Zu Beginn der Generalversammlung kann dies relativ leicht durch Kontrolle der Zutrittskarten geschehen; zu grösseren Problemen können jedoch Stimmen führen, die während der Dauer der Versammlung (zeitweilig) weggehen (z.B. zur Toilette).⁴⁹ Bei grossen Gesellschaften werden zu diesem Zweck elektronische Zählssysteme eingesetzt.

ii) *Die Auskunftspflicht des Verwaltungsrats gegenüber den Aktionären*

Der Verwaltungsrat ist an der Generalversammlung gegenüber den Aktionären zur Auskunft verpflichtet (Art. 697 OR). Wird die Auskunft verweigert, kann der Richter sie anordnen.

iii) *Das Protokoll der Generalversammlung (Art. 702 II OR)*

Das Protokoll der Generalversammlung ist im Wesentlichen ein Beschlussprotokoll. Es dient zusätzlich der Beweissicherung, beispielsweise betreffend das Abstimmungsverhalten einzelner Aktionäre (für die Klagen gemäss Art. 706 ff. und 754 sowie für Art. 704 III OR), soweit sie diesbezüglich eine Erklärung zu Protokoll geben.

g) Mangelhafte Generalversammlungsbeschlüsse

i) *Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)*

Dazu unten 3.3.7A).

ii) *Nichtigkeit (Art. 706b OR)*

Dazu unten 3.3.7B).

Fall 9: Generalversammlung

An einem schönen Morgen im Mai schritt Herr Robert Monza aus Bellinzona feierlich auf das Gebäude der Mustermesse zu, wo in gut einer Stunde die Generalversammlung des Bankvereins stattfinden sollte. Es sollte seine letzte GV beim Bankverein sein, denn er hatte alle seine Bankverein-Aktien vor drei Tagen durch

⁴⁹ In Deutschland wurden die Toiletten zum Teil der Generalversammlung erklärt, die dort sich befindlichen Stimmen gelten als anwesend.

die Banco del Gottardo zu einem guten Kurs verkauft. Die Zutrittskarte zur GV hatte er jedoch schon vor dem Verkauf bestellt und auch erhalten. Strahlend trat er unter Vorweisung seiner Zutrittskarte an den kontrollierenden Hostessen vorbei in die Halle der Mustermesse, wo er sich an Kaffee und Gipfeli reichlich gütlich tat. Es war ihm bewusst, dass er eigentlich unberechtigterweise an der GV teilnahm. Deshalb beschloss er für sich im Stillen, sich jeweils der Stimme zu enthalten.

Monzas Nachbar Pertini hatte ihn zu Hause in Bellinzona wegen seiner Reise nach Basel ausgelacht: "Eine teure Fahrkarte gegen ein Kaffee und ein Gipfeli! Das lohnt sich doch nicht." Er habe es besser gemacht, prahlte Pertini: Er habe nämlich den Organvertreter des Bankvereins schriftlich beauftragt, bei allen Traktanden gegen die Anträge des Verwaltungsrats zu stimmen. Deswegen brauche er doch nicht nach Basel zu fahren.

Weniger gut als Herrn Monza ging es kurz darauf Herrn Nötzli aus Zürich: Er wies beim Eingang seine Aktien vor, die er offenbar vor 30 Tagen an der Börse gekauft hatte und zeigte auch das gleichentags an den Bankverein abgeschickte Eintragungsgesuch. Ihm wurde jedoch - trotz heftigsten Protests - der Zutritt mit der Begründung verweigert, er habe keine Zutrittskarte und sei - wie man soeben via Computer festgestellt habe - nicht im Aktienbuch eingetragen, folglich auch nicht stimmberechtigt.

Falllösung

RECHTSÜBERGANG

Es handelt sich um börsenkotierte, vinkulierte Namenaktien, die börsenmässig verkauft worden sind. Deshalb kommt für den Rechtsübergang Art. 685f I OR zur Anwendung, was bedeutet, dass Herrn Monza keine Aktionärsrechte mehr zustehen, und er demzufolge nicht zur Teilnahme an der Generalversammlung berechtigt ist. Die Beschlüsse der Generalversammlung sind anfechtbar, sofern die Anwesenheit Monzas für die Beschlüsse kausal gewesen ist (Art. 691 III OR).

ORGANVERTRETUNG

Ein Organvertreter kann nicht nach Weisungen der Aktionäre stimmen, die er vertritt, dafür ist der von der Gesellschaft bestimmte unabhängige Vertreter zuständig (Art. 689c OR). Der Organvertreter hätte diesem die Vertretungsvollmacht und die Weisungen zuzustellen.

Im vorliegenden Fall könnte der Organvertreter zugleich auch Depotvertreter sein, weil die Gesellschaft eine Bank ist, sofern Pertini seine Aktien bei derselben lagert. In diesem Fall hätte die Gesellschaft sogar die Pflicht, Weisungen einzuholen (Art. 689d I OR).

NICHTZULASSUNG BERECHTIGTER

Da Herr Nötzli die Aktien an der Börse gekauft hat, gehen sämtliche Rechte mit dem Kauf auf ihn über. Die Mitwirkungsrechte ruhen jedoch bis zur Eintragung ins Aktienregister. Lehnt die Gesellschaft das Gesuch um Eintrag nicht innert 20 Tage ab, ist er als Aktionär anerkannt und kann seine Mitwirkungsrechte voll ausüben (Art. 685g OR).

Da das Gesuch 30 Tage vor der Generalversammlung eingereicht worden ist, wird der Zutritt unberechtigterweise verweigert. Die Beschlüsse sind gemäss Art. 706 II Ziff. 1 OR anfechtbar (aber wohl nur, wenn die Nichtzulassung kausal für die Beschlüsse gewesen wäre).

B) Der Verwaltungsrat (Art. 707–726 OR)

a) Die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat besteht aus mindestens einer Person, die von der Generalversammlung zu wählen ist (Art. 707 I i.V.m. 698 II Ziff. 2 OR). Mitglied des Verwaltungsrats kann nur eine natürliche Person sein; an der Gesellschaft beteiligte juristische Personen haben einen Vertreter zu bestimmen, der als Person in den Verwaltungsrat gewählt wird und nicht ausgetauscht werden kann (Art 707 III OR).

Der Verwaltungsrat muss mehrheitlich aus Schweizerbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen (Art. 708 I und III OR).⁵⁰ Dies ist eine Wählbarkeitsvoraussetzung, soweit mit der Wahl einer bestimmten Person diese Bedingung nicht mehr erfüllt wäre. Sind diese Bedingungen (nachträglich) nicht mehr erfüllt, weil z.B. ein Verwaltungsrat seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt, hat der Handelsregisterführer eine Frist zu Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen und nach unbenutztem Ablauf der Frist die Gesellschaft aufzulösen (Art. 708 IV OR).⁵¹

Jedes Mitglied des Verwaltungsrats muss Aktionär sein (Art. 707 I OR), welches jedoch keine Wählbarkeits-, sondern blosse Amtsantrittsvoraussetzung ist (Art. 707 II OR). Deshalb können z.B. auch Partizipanten als Verwaltungsratsmitglieder gewählt werden, die aber, bevor sie ihr Amt antreten können, Aktionäre werden müssen (etwa durch Überlassung einer Aktie zu treuen Händen). Inhaberaktien sind auf ein Sperrdepot zu hinterlegen, damit die Aktionärsenschaft stets erhalten bleibt und nachgewiesen werden kann.

Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats muss zur Vertretung befugt sein (Art. 718 III OR), und mindestens eines der zur Vertretung befugten Mitglieder muss in der Schweiz seinen Wohnsitz haben (Art. 708 II OR).

Bestehen in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche verschieden Kategorien von Aktien (die Unterteilung in Namen- und Inhaberaktien allein genügt noch nicht), haben die Statuten jeder Kategorie mindestens einen Vertreter im Verwaltungsrat zu sicher (Art. 709 I OR).

Ausserdem können die Statuten andern Minderheiten oder Aktionärsgruppen (z.B. Mitarbeiteraktionären, Minderheitsaktionären) die Vertretung im Verwaltungsrat sichern (Art. 709 II OR).

Die Bestimmung über die Amtsdauer in Art. 710 OR ist aufgrund der Möglichkeit der Wiederwahl ohne praktische Bedeutung.

Zwingend hingegen ist die jederzeitige Absetzbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 705 I OR). Die Wahl in den Verwaltungsrat begründet ein Auftragsverhältnis, sodass die Abberufung eine Kündigung zur Unzeit darstellen und zu Schadener-

⁵⁰ Dieses Relikt aus Zeiten des Heimatschutzes ist vor allem deshalb beibehalten worden, um den Steuerbehörden – wegen der Haftung für die Verrechnungssteuern – den Zugriff auf die Mitglieder des Verwaltungsrates zu ermöglichen.

⁵¹ Bei Banken muss zusätzlich die Bedingung erfüllt sein, dass die mit der Verwaltung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 II lit. c BankG).

satzansprüchen in der Höhe der für die gesamte verbleibende Amtszeit vorgesehenen Entschädigung führen kann (Art. 705 II i.V.m. 404 II OR).

b) Die Organisation des Verwaltungsrats

Die Organisation des Verwaltungsrates ist – ausser allenfalls der Wahl des Präsidenten (Art. 712 II OR) – allein seine Sache.

Jedes Mitglied des Verwaltungsrates hat das Recht, jederzeit eine Sitzung zu verlangen (Art. 715 OR). Dies kann, wenn der Präsident die Sitzung nicht einberufen will, mittels einer Leistungsklage durchgesetzt werden. Die Einberufung ist formfrei möglich.

Die Beschlussfassung im Verwaltungsrat erfolgt nach Köpfen und mit der Mehrheit der Stimmenden. Der Präsident hat, soweit die Statuten nichts anderes vorsehen, den Stichtentscheid (Art. 713 I OR). Hat der Präsident keinen Stichtentscheid und ist die Entscheidfindung durch zwei gleich grosse Fraktionen blockiert, könnte eine Gesellschaft allenfalls aufgelöst oder z.B. verbeiständet werden (Art. 736 Ziff. 4 OR i.V.m. 393 ZGB).

Die Mitglieder können sich an der Sitzung des Verwaltungsrates nicht vertreten lassen, ebensowenig ist die schriftliche Stimmabgabe möglich. Einzig Zirkulationsbeschlüsse (mit Protokollierung an der darauf folgenden Sitzung) sind möglich, sofern kein Mitglied eine mündliche Beratung verlangt (Art. 713 II OR).

Jeder Verwaltungsrat bezeichnet einen Sekretär, der nicht Mitglied sein muss (Art. 712 I OR). Der Sekretär führt das Protokoll der Verwaltungsratssitzungen (Art. 713 III OR). Dieses Protokoll ist in erster Linie ein Beschlussprotokoll, soll aber auch die Argumente der Diskussion bestimmter Vorhaben wiedergeben. Insbesondere ist das Protokoll Beweismittel im Falle von Klagen nach Art. 754 I i.V.m. 717 OR. Wird der Verwaltungsrat aufgrund einer Fehlplanung zur Verantwortung gezogen, können sich Mitglieder, die gegen diesen Plan gestimmt haben, von der Verantwortlichkeit befreien. Mitglieder die nicht anwesend waren oder sich der Stimme enthalten haben, haften ohne Weiteres.

Für die Beschlüsse des Verwaltungsrates gelten sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 714 i.V.m. 706b OR). Eine Anfechtungsklage gegen Verwaltungsratsbeschlüsse gibt es hingegen nicht: der Verwaltungsrat soll in seinen Entscheiden und der Unternehmensführung nicht dauernd durch drohende Anfechtungsklagen behindert werden können.

Jedem Mitglied des Verwaltungsrates steht ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht zu: Es kann – jedenfalls im Rahmen einer Verwaltungsratssitzung – Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, die übrigen Mitglieder und die Geschäftsleitung sind zur Auskunft verpflichtet (Art. 715a I, II OR). Ausserhalb einer Verwaltungsratssitzung können die Mitglieder von der Geschäftsführung allgemeine Auskünfte über den Geschäftsgang und – mit Einwilligung des Präsidenten – über einzelne Geschäfte verlangen (Art. 715a III OR). Sie können sich unter gewissen Bedingungen auch die Bücher und Akten vorlegen lassen (Art. 715a IV OR). Verweigert der Präsident die Einwilligung, entscheidet der Verwaltungsrat (Art. 715a V OR). Tritt der Verwaltungsrat zu diesem Entscheid zusammen, kann das Mitglied, welches die Auskunft verlangt hat, direkt an der Sitzung diese Auskunft verlangen, wo sie ihm nicht

verweigert werden darf, da an der Sitzung über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft verlangt werden kann.

Dieses umfassende Auskunftsrecht ist den Mitgliedern des Verwaltungsrates insbesondere deshalb gegeben worden, weil sie, wenn sie schon für ihre Entscheide haften, im Gegenzug Einsicht in die Geschäfte erhalten sollen. Ausnahmen sind denkbar im Falle von Fusions- oder Verkaufsverhandlungen sowie bei bevorstehenden Akquisitionen – jedenfalls soweit die Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft steht.

Problematisch ist das Auskunftsrecht auch dann, wenn einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats in Interessenkonflikten stehen, d.h. wenn z.B. ein Konkurrent als Inhaber einer grösseren Beteiligung im Verwaltungsrat sitzt. Allerdings widerspricht das Einholen einer Auskunft im eigenen Interesse der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft (Art. 717 OR) und kann zur Haftung führen (Art. 754 OR). Jedes Mitglied des Verwaltungsrates hat im Interesse der Gesellschaft zu handeln (vgl. unten d)ii).

c) Die Aufgaben des Verwaltungsrats

i) Der Grundsatz

Der Verwaltungsrat übernimmt alle Aufgaben, die nicht (durch Gesetz oder Statuten) einem andern Organ zugewiesen worden sind (Subsidiärkompetenz des Verwaltungsrates [Art. 716 I OR]).

Die Geschäftsführung obliegt den Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft (Art. 716 II i.V.m. 716b III), soweit sie nicht – was der Ermächtigung durch die Statuten bedarf⁵² – an andere Personen (bzw. einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates) übertragen worden ist (Art. 716 II i.V.m. 716b I OR). Der Verwaltungsrat muss, ob die Geschäftsführung delegiert wird oder nicht, ein Organisationsreglement erlassen (Art. 716b II OR).

Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft sind sogar dazu verpflichtet, die Geschäftsführung auf andere Personen zu übertragen, d.h. eine strikte Trennung zwischen Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (Verwaltungsrat) und Geschäftsführung einzuhalten (Art. 3 II lit. a BankG i.V.m. Art. 8 II BankV: Bewilligungsvoraussetzung).⁵³

⁵² Die Vertretung hingegen kann der Verwaltungsrat ohne Ermächtigung durch die Statuten in einem Organisationsreglement einzelnen Mitgliedern oder Dritten übertragen (Art. 718 OR).

⁵³ Die aufgrund der Machtfülle und der fehlenden gegenseitigen Kontrolle von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bereits an sich problematische Doppelfunktion von Verwaltungsratspräsident und oberstem Geschäftsführer, wie sie jedoch einige Schweizer Grosskonzerne kennen (z.B. Nestlé, Roche, Novartis), soll in Zukunft auch bei der Credit Suisse bestehen. Der Nachfolger von Rainer E. Gut (Verwaltungsratspräsident) soll Lukas Mühlemann werden, der bereits oberster Geschäftsführer ist und dies auch künftig bleiben soll. Möglich sei dies – trotz der Bestimmung des BankG –, weil innerhalb des Konzerns der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung nicht innerhalb der gleichen juristischen Person tätig sind (zumindest nicht in jener, welche die Bewilligungsvoraussetzungen als Bank erfüllen muss). „Eine Sonderstellung hat Lukas Mühlemann, der Vorsitzende der Konzernleitung der Credit Suisse Group, inne. Er gehört derzeit «nur» den Verwaltungsräten der beiden Banken (Credit Suisse und Credit Suisse First Boston), nicht aber jenem der Credit Suisse Group an. Allerdings wird er im Jahr 2000 dort einziehen und zusätzlich zu seiner jetzigen Funktion Rainer E. Gut als Präsident ablösen.“ NZZ vom 9. März 1999, Nr. 56, S. 21. Zum Konzern, vgl. unten 6.2.4.

ii) Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats

Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR können auch von der Generalversammlung nicht an sich gezogen werden. Diese Zuweisung bedeutet (im Vergleich zu früher) eine Stärkung der Rolle des Verwaltungsrates, aber auch eine grössere Verantwortung (und Haftung).

Dem Verwaltungsrat obliegt somit die:⁵⁴

- Oberleitung (Unternehmensstrategie: Ziele, Mittel usf.) und Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a I Ziff. 1);
- Festlegung der Organisation (Unternehmensstruktur [Art. 716a I Ziff. 2]);
- Finanzverantwortung (Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der prospektiven Finanzplanung [Art. 716a I Ziff. 3]);
- Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen, Oberaufsicht bzw. Organisation der erforderlichen Aufsicht über die Geschäftsleitung (Art. 716a I Ziff. 4 und 5, 721 OR);
- Erstellung des Geschäftsberichts (Art. 716a I Ziff. 6 OR);
- Vorbereitung der Generalversammlung und Ausführung ihrer Beschlüsse (Art. 716a I Ziff. 6 OR);
- Benachrichtigung des Richters und weitere Massnahmen bei Unterdeckung und Überschuldung (Art. 725 OR);
- Einberufung nachträglicher Leistungen auf nicht voll liberierte Aktien (Art. 634a I OR);
- Entscheide im Rahmen von Kapitalerhöhungen (Beschlussfassung über die Erhöhung [Art. 651 IV OR], Feststellen der erfolgreichen Durchführung und Statutenänderungen [Art. 651a, 652g, 653g OR]);
- Prüfung der fachlichen Qualifikation der Revisionsstelle (Art. 3 I RevV).

d) Die Pflicht des Verwaltungsrats zu Sorgfalt, Treue und Gleichbehandlung

Art. 717 OR stellt eine Widerrechtlichkeitsnorm dar für die Klage nach Art. 754 OR.

i) Die Sorgfaltspflicht

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2., Neubearb. und stark erw. Aufl., Zürich 1987.

Es sind insbesondere vier Sorgfaltspflichten zu unterscheiden, welche die Mitglieder des Verwaltungsrates treffen:

- Sorgfalt in der Annahme des Mandats;
- Sorgfalt in der Aufgabenerfüllung;
- Sorgfalt in der Organisation der Gesellschaft;
- Sorgfalt in der Auswahl der Unterstellten.

Das Mass der jeweils geforderten Sorgfalt ergibt sich aus der Praxis; sie ist stets eine abstrakte Sorgfaltspflicht: Wie hätte ein sorgfältiges Verwaltungsratsmitglied in der jeweiligen Situation gehandelt? Eine *diligentia quam in suis* kommt nicht in Frage.

⁵⁴ Liste nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 30 N 29 ff. Für die Einwirkungsmöglichkeiten der Generalversammlung im Rahmen der undelegierbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates vgl. a.a.O., 30 N 61 ff.

ii) Die Treuepflicht

Die Verwaltungsratsmitglieder haben ihrer Gesellschaft gegenüber eine Treuepflicht; sie dürfen nichts tun, was gegen die Interessen der Gesellschaft verstösst (vgl. auch Art. 161 StGB).

Insbesondere problematisch ist die Stellung eines an der Gesellschaft beteiligten Konkurrenten, der Mitglied des Verwaltungsrats ist. Im Grunde dürfte er sich gar nicht wählen lassen, weil die Gefahr eines Interessenkonflikts nicht im Interesse der Gesellschaft liegen kann. Eine Ausstandspflicht für Verwaltungsratsmitglieder gibt es im Aktienrecht explizit nicht, sie ergibt sich aber wohl indirekt aufgrund der Treuepflicht.

Auch ein Mehrheitsaktionär hat als Mitglied des Verwaltungsrates die Interessen der Gesellschaft zu vertreten und nicht seine eigenen (wie es ihm als Aktionär erlaubt ist).

iii) Die Pflicht zur Gleichbehandlung

Der Verwaltungsrat hat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (Art. 717 II OR). Eine Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen ist hingegen möglich.

e) Die Vertretung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat

i) Die Vertretungsberechtigten

Schreiben die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes vor, steht die volle Vertretungsbefugnis jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates zu (Art. 718 I OR). Diese Regelung ist jedoch selten, in den meisten Fällen wird die Vertretung einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates (Art. 718 II OR) oder Dritten (den Geschäftsführern) übertragen. Die Übertragung der Vertretung bedarf eines Verwaltungsratsbeschlusses (Art. 718 II OR). Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates muss zur Vertretung befugt sein (Art. 718 III OR).

Die Ernennung von Prokuristen und Bevollmächtigten (Art. 458 ff. OR) bedarf ebenfalls eines Verwaltungsratsbeschlusses (Art. 721 OR)! In der Praxis werden diese aber weitgehend von der Geschäftsleitung bestimmt und dem Verwaltungsrat vorgeschlagen, der diese Vorschläge bloss noch bestätigt.

ii) Der Umfang und die Beschränkung der Vertretungsbefugnis

Handelsrecht I, S. 22 ff.

Die Vollunterschriftsberechtigten können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a I OR). Beschränkungen haben gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Ausgenommen sind die im Handelsregister eingetragenen Bestimmungen über die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Vertretung (Kollektivzeichnung) der Gesellschaft (Art. 718a II OR).

Die übrigen Vertretungsberechtigungen richten sich nach den jeweils für sie geltenden Bestimmungen (insbes. Art. 458 ff. OR).

iii) Die Form der Zeichnung

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen haben in der Weise zu zeichnen, dass sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen (Art. 719 OR).

iv) Die Eintragung im Handelsregister

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen sind vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, unter Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Ernennungsbeschlusses. Sie haben ihre Unterschrift beim Handelsregisteramt zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen (Art. 720 OR).

f) Die Organhaftung

Die Gesellschaft haftet sowohl für das rechtsgeschäftliche wie für sonstiges Verhalten ihrer Organe (Art. 55 ZGB und 722 OR), das sie in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begehen. „Nach Lehre und Rechtsprechung ist [...] genügend und erforderlich, dass die Handlung im allgemeinen Rahmen der Organkompetenz liegt, mit dieser in funktionellem Zusammenhang steht.“⁵⁵

g) Kapitalverlust und Überschuldung

Das Urheberrecht an den unter diesem Abschnitt verwendeten grafischen Darstellungen steht vollumfänglich dem Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern zu. Sie entstammen in der Vorlesung ausgeteilten Unterlagen und werden hier zum Zweck der Veranschaulichung verwendet (Art. 25 URG).

i) Kapitalverlust

• Die Bilanz mit Kapitalverlust (Art. 725 I OR)

Die Bilanz einer Aktiengesellschaft [Bild ①] setzt sich zusammen einerseits aus Umlaufvermögen⁵⁶ und Anlagevermögen⁵⁷ (Aktivseite) und andererseits aus Fremdkapital⁵⁸ und Eigenkapital⁵⁹ (Passivseite). Das Eigenkapital wiederum besteht neben dem Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital) aus den gesetzlichen, den freien (durch die Statuten oder die Generalversammlung keinem bestimmten Zweck gewidmeten und vom Verwaltungsrat allenfalls⁶⁰ frei einsetzbaren) und solchen Reserven, die statutarisch oder *ad hoc* von der Generalversammlung einem bestimmten Zweck zugedacht worden sind (z.B. für die Personalvorsorgestiftung; Art. 672 ff. OR).⁶¹

⁵⁵ BGE 105 II 289 („Honeywell Bull“)

⁵⁶ Vermögensteile, die jeweils nach kurzer Zeit, d.h. innert Jahresfrist wieder in Geld umgesetzt werden (können).

⁵⁷ Vermögensteile, die der Unternehmung länger als ein Jahr unverändert zur Verfügung stehen.

⁵⁸ Von Dritten (kurz- oder langfristig) überlassene Mittel.

⁵⁹ Die von den Aktionären (und den Partizipanten) überlassenen Mittel und die erwirtschafteten Gewinne.

⁶⁰ Vgl. Fn. 63.

⁶¹ Zu den Reserven im Allgemeinen unten, 3.3.6J).

①

Aktivseite	Passivseite	
Umlaufvermögen	Fremdkapital	
Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK)	Eigenkapital
	Gesetzliche Reserven	
	Freie Reserven	

Gewinne werden in der Bilanz auf der Passivseite verbucht (was zu einer Zunahme des Eigenkapitals führt) und Verluste auf der Aktivseite. Wobei es sich bei einem Verlust natürlich nicht um einen Vermögensposten handelt, sondern vielmehr um einen Korrekturposten zum Eigenkapital, welches bei Verrechnung um den Betrag des Verlusts kleiner würde. Aus Gründen der Transparenz erfolgt jedoch keine Verrechnung (Art. 662 II Ziff. 6 OR). Eine Bilanz, die einen Bilanzverlust aufweist, nennt man Unterbilanz [Bild ②].

②

Aktivseite	Passivseite	
Umlaufvermögen	Fremdkapital	
Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK)	Eigenkapital gesetzliches Haftungssubstrat
	Gesetzliche Reserven	
	Freie Reserven	
Bilanzverlust		

Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn ein Bilanzverlust so hoch ist, dass mehr als 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (qualifizierte Form des Bilanzverlusts) [Bild ③]. Als gesetzliche Reserven im vorliegenden Sinn (d.h. nach Art. 725 I OR) gelten die allgemeinen Reserven⁶² (Art. 671 OR), die Reserven für eigene Aktien (Art. 671a OR) und die Aufwertungsreserven (Art. 671b OR).

⁶² Auch die im Prinzip frei verfügbaren Beträge, vgl. BÖCKLI, N. 1680.

③

Aktivseite		Passivseite
Umlaufvermögen		Fremdkapital
Anlagevermögen		Nennkapital (AK + PK)
Bilanzverlust		
		Gesetzliche Reserven
		50%
Kapitalverlust=		Freie Reserven

Für die in Frage stehende Betrachtung können zunächst die freien Reserven (und allfällige, einem besonderen Zweck gewidmete Reserven) mit dem Verlust „verrechnet“ werden, da sich dadurch das Verhältnis des Bilanzverlustes zu den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht verändert.

Ebenfalls darf der Verwaltungsrat diejenigen Teile der gesetzlichen Reserven, über die er im Falle eines Verlustes frei verfügen kann, mit dem Verlust verrechnen (Art. 671 III OR und hinten 3.3.6J)a) [Bild ④]. Durch diese Verrechnung verändert sich das Verhältnis des Bilanzverlustes zu den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven. Waren die verwendbaren gesetzlichen Reserven so gross, dass der Bilanzverlust nicht mehr grösser ist als 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven, liegt gar kein Kapitalverlust nach Art. 725 I OR vor.⁶³

⁶³ Dieser Vorgang steht unter der Voraussetzung, dass der Verwaltungsrat tatsächlich die Befugnis hat, über allfällige, frei verwendbare Beträge der gesetzlichen Reserven nach Art. 671 OR zu verfügen. Steht hingegen diese Befugnis der Generalversammlung zu, ist die vorgestellte Verrechnung als eine mögliche Sanierungsmassnahme der unverzüglich einzuberufenden Generalversammlung vorzuschlagen und von dieser zu genehmigen (Art. 725 I OR).

Ist aber auch nach der Verrechnung des Verlustes mit den dazu verwendbaren Reserven ein Kapitalverlust nach Art. 725 I OR vorhanden, muss der Verwaltungsrat Massnahmen ergreifen.

④

	Aktivseite	Passivseite	
	Umlaufvermögen	Fremdkapital	
	Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK)	50%
Kapitalverlust=			50%
	Bilanzverlust	Gesetzliche Reserven	

Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen (Art. 725 I OR):

Bilanzmässige Massnahmen: Aufwerten von Liegenschaften oder Beteiligungen (Aktivierung stiller Reserven [Art. 670 OR]), Auflösen von Rückstellungen usf.

Operationelle Massnahmen: Entlassen von Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Verkaufen, Abspalten oder Liquidieren unrentabler Geschäftsbereiche usf.

Änderung der Kapitalstruktur: Kapitalerhöhung oder -herabsetzung.

- **Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen: (OR Art.670)**

Zum Zweck der Beseitigung eines Kapitalverlustes [Bild ④] dürfen Grundstücke und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungskosten (Art. 665 OR) gestiegen ist, bis höchstens zu diesem wirklichen Wert aufgewertet, d.h. stille Reserven aufgelöst werden (Art. 670 I OR). Dadurch wird auf der einen Seite das Anlagevermögen grösser und auf der andern die Summe von Nennkapital und Reserven, wobei der durch die Aufwertung "gewonnene" Kapitalanteil als Aufwertungsreserve gesondert auszuweisen ist. Durch die Vergrösserung des Anteils von Nennkapital und Reserven (gesetzliche und Aufwertungsreserven) verschiebt sich dessen Verhältnis zum Bilanzverlust, sodass dieser – soweit die Aufwertung gross genug ist – kein Kapitalverlust nach Art. 725 I OR mehr ist.

Diese Massnahme eignet sich für einmalige, nicht aber langfristig auftretende Verluste. Die Aufwertungsreserven können nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden (Art. 671b OR).

⑤

	Aktivseite	Passivseite	
	Umlaufvermögen	Fremdkapital	
	Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK)	50%
	(Neu)		
	(Neu)		
	(Neu)	Gesetzliche Reserven	50%
Kein Kapitalverlust=	Bilanzverlust	(Aufwertungsreserven)	
		(Aufwertungsreserven)	
		(Aufwertungsreserven)	

• **Herabsetzung des Aktienkapitals im vereinfachten Verfahren: (OR Art.735)**

Im Falle eines Kapitalverlustes [Bild ④] kann die Herabsetzung des Nennkapitals ebenfalls eine mögliche Sanierungsmassnahme sein. Der Gesetzgeber hat dafür ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen (Art. 732 ff. i.V.m. 735 OR).⁶⁴

Das Aktienkapital wird herabgesetzt, indem Passiven zerstört werden, d.h. indem die Aktionäre auf ihre „Forderung“ – oder zumindest einen Teil davon – gegen die Aktiengesellschaft verzichten.⁶⁵ Dadurch verringert sich gleichzeitig mit dem Eigenkapital auch der Bilanzverlust im Ausmass des Verzichts der Aktionäre. Das Verhältnis des Verlustes zu 50% des Nennkapitals und den gesetzlichen Reserven verändert sich auch hier, wodurch allenfalls kein Kapitalverlust nach Art. 725 I OR mehr vorliegt.

⑥

	Aktivseite	Passivseite	
	Umlaufvermögen	Fremdkapital	
	Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK)	50%
	Bilanzverlust		
Kein Kapitalverlust=		Gesetzliche Reserven	50%

⁶⁴ Das Gesetz spricht in Art. 735 OR zwar von einer „Unterbilanz“, gemeint ist jedoch ein Kapitalverlust. Als Unterbilanz wird jede Bilanz mit einem Verlustposten bezeichnet.

⁶⁵ Oftmals werden im Falle einer solchen Sanierung „auf dem Buckel“ der Aktionäre als Entschädigung für ihren Verzicht Vorzugsaktien (vgl. oben 3.3.3B)b)vi) oder Genussscheine (vgl. oben 3.3.3D) ausgeben.

• **Kapitalerhöhung ohne vorangehende Kapitalherabsetzung:**

Gleich wie die Aufwertung [Bild ⑤] oder die Kapitalherabsetzung [Bild ⑥] bezweckt auch die Kapitalerhöhung [Bild ⑦] eine Veränderung des Verhältnisses zwischen dem Verlust und den 50% des Nennkapitals und der gesetzlichen Reserven. Durch die Kapitalerhöhung wird das Nennkapital grösser und somit auch die 50% Prozent aus Nennkapital und gesetzlichen Reserven. Ist die Erhöhung gross genug, erreicht der Bilanzverlust die 50%-Grenze nicht mehr und es liegt kein Kapitalverlust [Bild ④] nach Art. 725 I OR mehr vor.

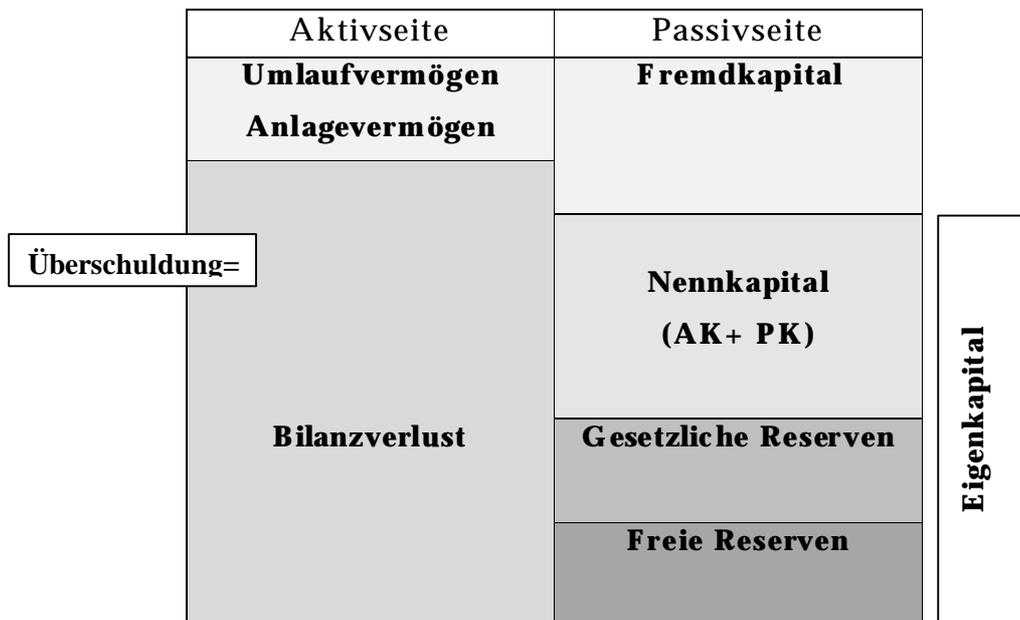
⑦

	Aktivseite	Passivseite	
	Umlaufvermögen	Fremdkapital	
	Anlagevermögen	Nennkapital (AK+ PK) (AK neu) (AK neu)	50%
Kein Kapitalverlust=	Bilanzverlust	Gesetzliche Reserven	50%

ii) *Überschuldung*

DUBACH ALEXANDER, Handlungsalternativen des Verwaltungsrats bei Überschuldung der AG, in: Der Schweizer Treuhänder 1/1997, S. 53 ff. («<http://www.treuhaender.ch>»).

Ist der Bilanzverlust grösser als das Eigenkapital (bzw. wie es das Gesetz vorsieht: das Vermögen kleiner als das Fremdkapital), liegt eine Überschuldung gemäss Art. 725 II OR vor.



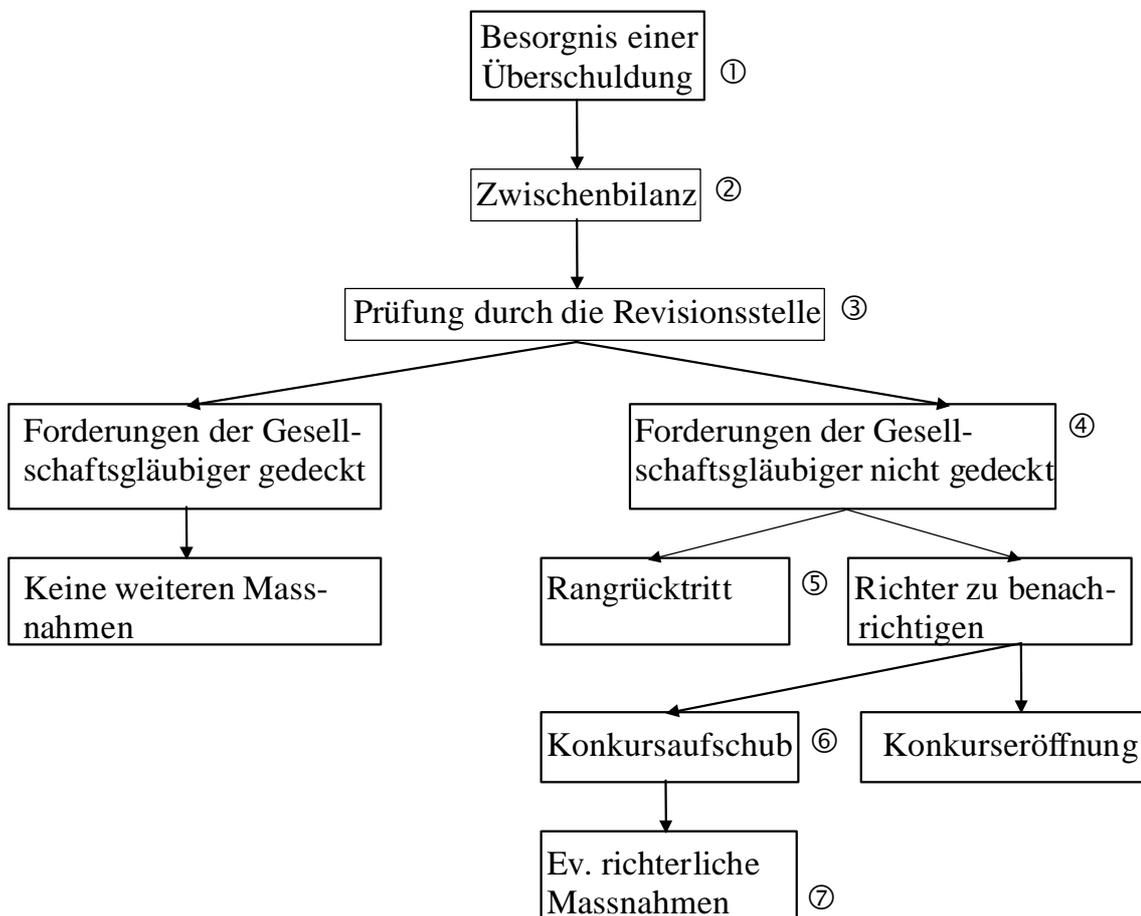
Der Verwaltungsrat muss jedoch bereits bei begründeter Besorgnis⁶⁶, dass eine solche Überschuldung bestehen könnte, handeln – und nicht erst wenn eine Überschuldung tatsächlich vorliegt. Eine Überschuldung kündigt sich meist über längere Zeit im Voraus an: dauernde Unterbilanzen, Kapitalverluste usf.

In diesem Fall muss der Verwaltungsrat die sofortige Erstellung von Zwischenbilanzen verlangen²; und zwar eine zu Fortführungswerten (d.h. zu den Werten bei Fortführung des Unternehmens) und eine zu Liquidationswerten (d.h. zu den Werten, die bei einer Veräusserung aller Aktiven der Unternehmung gelöst würden – diese können in Ausnahmefällen höher sein, meist aber niedriger als die Fortführungswerte). Die Revisionsstelle prüft anschliessend die Bilanzen auf ihre Richtigkeit³.

Sind die Ansprüche der Gläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt, d.h. liegt eine Überschuldung vor⁴, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen⁵, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger (einer oder mehrere) im Ausmass der Unterdeckung ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft stunden (d.h. temporär auf ihre Ansprüche verzichten und erklären, erst und nur dann ihre Forderungen befriedigen zu wollen, wenn alle andern Gläubiger ihre Ansprüche erfüllt erhalten haben). Diesfalls dürfen die betreffenden Forderungen aus der Bilanz gestrichen werden, was die Aufhebung der Überschuldung gemäss Art. 725 II OR bewirkt.

⁶⁶ Diese und die nun folgenden Nummern verweisen auf das Flussdiagramm auf S. 83.

Ebenso hat im andern Fall das Gericht bei Aussicht auf Sanierung die Möglichkeit einen Konkursaufschub zu gewähren^⑥ (was nicht dasselbe ist wie eine Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG) und Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens zu verfü- gen, z.B. Absetzung des Verwaltungsrats usf. (Art. 725a OR).^⑦



h) Abberufung und Einstellung

Wie auch die Generalversammlung den Verwaltungsrat (oder einzelne seiner Mitglieder) jederzeit abberufen kann (Art. 705 OR), kann auch der Verwaltungsrat die von ihm bestellten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen (Art. 726 I und 404 I OR). Eine allfällige Entschädigung für die Abberufenen bleibt vorbehalten (Art. 726 III und 404 II OR).

Von der Generalversammlung eingesetzte Bevollmächtigte und Beauftragte können vom Verwaltungsrat jederzeit in ihren Funktionen eingestellt werden – allerdings nur unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung, welches eine sehr hohe Hürde bedeutet (Art. 726 II OR).

i) Die Tantième

Die Tantième als Entschädigung für den Verwaltungsrat ist heute ohne praktische Bedeutung. Sie darf nur dem Bilanzgewinn entnommen werden und ist nur zulässig, nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende an die Ak-

tionäre ausgerichtet worden ist (Art. 677 OR). Zudem muss sie von der Gesellschaft als Gewinn und von den Empfängern als Einkommen versteuert werden.

Aus diesen Gründen wird heute die Entschädigung für den Verwaltungsrat als normaler Aufwand angesehen und verbucht; so muss sie nicht als Gewinn versteuert werden.

Fall 10: Verwaltungsrat

John D. Player, amerikanischer Staatsbürger wohnhaft in Cambridge (Massachusetts), und Danielle Le Curie, französische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Melun (Frankreich), haben von einem gemeinsamen Bekannten zusammen die Finanzinvest AG in Zug erworben. Player besitzt 89% des Aktienkapitals und soll Verwaltungsratspräsident werden. Le Curie hält die restlichen 11% des Aktienkapitals und gedenkt, ebenfalls Einsitz in den Verwaltungsrat zu nehmen. Die beiden beschliessen, auch Hans Abächerli als lokalen Berater in den Verwaltungsrat zu wählen.

Das Organisationsreglement der Finanzinvest AG sieht vor, dass die Wahl des Verwaltungsrats und die Ernennung eines Geschäftsführers der vorherigen Zustimmung von John D. Player bedarf. Die Vertretung der Gesellschaft erfolgt ausschliesslich durch John D. Player.

Nach einigen Jahren – John D. Player hat sich in der Zwischenzeit in Zug niedergelassen und das schweizerische Bürgerrecht erworben – hat der Verwaltungsrat zu entscheiden, ob sich die Finanzinvest AG an einer neuen Feriensiedlung auf der Insel Pantelleria beteiligen soll. An der entscheidenden Verwaltungsratssitzung fehlt Abächerli. Player, der als einziger Verwaltungsrat über das Projekt detailliert Bescheid weiss und selbst die Pläne und das Gelände auf Pantelleria besichtigt hat, ist begeistert und empfiehlt, sich an der Finanzierung der Feriensiedlung zu beteiligen. Le Curie hat Bedenken und stimmt gegen das Projekt. Mit Stichentscheid des Präsidenten wird die Beteiligung beschlossen.

Dem Projekt war kein Erfolg beschieden. Es zeigte sich bald, dass das Land massiv überzahlt worden war und die gesamte Infrastruktur für das Feriendorf fehlte. Nach weniger als einem Jahr fiel das Feriendorf in Konkurs und mit ihm auch die Finanzinvest als wichtigster Geldgeber.

Die Konkursverwaltung Zug reicht in der Folge gegen den Verwaltungsrat der Finanzinvest Verantwortlichkeitsklage ein.

Falllösung

VERWALTUNGSRAT (WÄHLBARKEIT/AMTSANTRITT)

Player und Le Curie sind beide nicht wählbar, weil durch ihrer Wahl die Bedingungen von Art. 708 OR nicht erfüllt wären.

Abächerli muss, bevor er als Verwaltungsratsmitglied antreten kann, Aktionär der Gesellschaft werden (z.B. durch Überlassung einer Aktien zu treuen Händen).

Zuständig für die Wahl des Verwaltungsrates ist ausschliesslich die Generalversammlung (Art. 698 II Ziff. 2). Eine anders lautende Reglementsbestimmung ist nichtig (Art. 714 i.V.m. 706b Ziff. 3 OR).

GESCHÄFTSFÜHRUNG/VERTRETUNG

Die Befugnis die Geschäftsführung an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Dritte zu übertragen, muss in den Statuten eingeräumt sein (Art. 716b I

OR). Zudem hat darüber der ganze Verwaltungsrat zu entscheiden. Diese Reglementsbestimmung ist ebenfalls wichtig (Art. 714 i.V.m. 706b Ziff. 3 OR).

Mindestens ein zur Vertretung befugtes Mitglied des Verwaltungsrates muss in der Schweiz seinen Wohnsitz haben (Art. 708 II OR).

HAFTUNG

Player haftet in jedem Fall, soweit er nicht nachweisen kann, dass er die nötige Sorgfalt bei den Abklärungen zu diesem Projekt aufgewendet hat (Art. 754 i.V.m. 717 OR).

Le Curie kann sich durch den Nachweis im Protokoll, dass sie gegen das Projekt gestimmt hat, von der Haftung befreien. Abächerli, auch wenn er nicht anwesend war, haftet trotzdem. Die Sorgfaltspflicht umfasst auch die Anwesenheit und Mitentscheidung bei den Beschlüssen des Verwaltungsrates. Wer sich der Stimme enthält, haftet ebenfalls.

C) Die Revisionsstelle (Art. 727–731a OR)

a) Wahl, Rücktritt und Abberufung

i) Wahl

Als Revisionsstelle werden von der Generalversammlung ein oder mehrere Revisoren gewählt (Art. 727 I OR). Die Amtsdauer beträgt bis zu drei Jahren; meist wird ein Revisor aber nur auf ein Jahr gewählt, weil die Revision gerade von Grossgesellschaften Millionenaufträge darstellen, und man die Revisoren dadurch zu guten Leistungen bewegen will. Diese können sich so bezüglich ihrer Aufträge nicht zu sehr in Sicherheit wiegen.

ii) Voraussetzungen der Wählbarkeit

In die Revisionsstelle können natürliche Personen wie auch Handelsgesellschaften oder Genossenschaften gewählt werden (Art. 727d I OR). Wenigstens ein Revisor muss in der Schweiz seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung haben (Art. 727 II OR).

iii) Unabhängigkeit der Revisionsstelle

CAMPONOVICO RICO A., Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: Der Schweizer Treuhänder 12/1997, S. 1145 ff. («<http://www.treuhaender.ch>»).

Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von Mehrheitsaktionären unabhängig sein (Art. 727c I OR). Sie dürfen auch nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein oder Arbeiten für diese ausführen, die mit ihrer Funktion als Revisionsstelle unvereinbar sind (z.B. dürfte eine Beratungsfirma, die für eine Gesellschaft eine Umstrukturierung vorgenommen hat, nicht auch als Revisionsstelle gewählt werden). Die Revisoren müssen auch von Konzerngesellschaften unabhängig sein, sofern auch nur ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt (Art. 727c II OR)!! Das Erfordernis der Unabhängigkeit gilt sowohl für die Revisionsgesellschaft wie auch für ihre Mitarbeiter und Beauftragte, welche die Revision durchführen (Art. 727d III OR).⁶⁷

⁶⁷ Dazu auch: BGE 123 III 31; besprochen von BÄR, in: ZBJV 1998, S. 768 f.

Die Revisoren müssen befähigt sein, ihre Aufgabe bei der zu prüfenden Gesellschaft zu erfüllen (Art. 727a OR). Die Anforderungen der Befähigung nehmen proportional mit der Grösse der zu prüfenden Gesellschaft zu. Die früher üblichen „Gefälligkeitsrevisionen“ durch Bekannte und Verwandte (insbesondere bei kleinen Familienaktiengesellschaften) dürften der neuen Regelung nicht mehr genügen.

In gewissen Fällen ist von den Revisoren eine besondere Befähigung verlangt (Art. 727b I OR). Der Bundesrat umschreibt die Anforderungen an die besondere Befähigung (Art. 727b II OR und Art. 1 RevV).⁶⁸ Revisionsgesellschaften müssen garantieren, dass ihre Mitarbeiter und Beauftragte die Anforderungen an die geforderte Befähigung erfüllen (Art. 727d II OR).

Die Auswahl der Revisoren für die Revisionsstelle obliegt dem Verwaltungsrat, der damit der Gesellschaft zugleich für eine sorgfältige Auswahl haftet (Art. 716a I Ziff. 3 OR).

iv) Rücktritt

Die Einsetzung eines Revisors als Revisionsstelle einer Gesellschaft begründet ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis. Hieraus (Art. 404 I OR) – wie auch aus dem Aktienrecht (Art. 727e II, III OR) – ergibt sich ein jederzeitiges Rücktritts- wie auch Abberufungsrecht. Die „Kündigung“ zur Unzeit kann aber Schadenersatzpflicht zur Folge haben (Art. 404 II OR).

Tritt ein Revisor als Revisionsstelle zurück, muss – da für die Prüfung der Bilanz und der Jahresrechnung usf. eine Revisionsstelle gebraucht wird – eine neue Revisionsstelle gewählt werden. Da dies nur durch die Generalversammlung geschehen kann (Art. 698 II Ziff. 2 und 727 OR), müsste eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden. Aus diesem Grund empfiehlt sich die Wahl von Ersatzleuten, die automatisch an die Stelle der zurücktretenden Revisoren treten können (Art. 727 OR, zweiter Satz).

Nicht unproblematisch kann der Rücktritt des Revisors mitten im Geschäftsjahr unter dem Gesichtspunkt der Wirkung, die ein solcher Schritt nach aussen hat, sein: er könnte bedeuten dass, mit dieser Gesellschaft etwas nicht in Ordnung ist, was sich wiederum auf die Kurse der Aktien usf. auswirken kann.

v) Abberufung

Vgl. oben iv).

vi) Richterliche Behebung einer Vakanz

Fehlt die Revisionsstelle, ernennt das Gericht auf Antrag des Handelsregisterführers der Gesellschaft eine solche nach seinem Ermessen (Art. 727f OR). Es erscheint als durchaus möglich, dass der Verwaltungsrat bewusst keine Anstalten (Einberufung der Generalversammlung usf.) trifft, um eine neue Revisionsstelle zu wählen, bzw. sofort (über den Handelsregisterführer) den Richter angeht, damit dieser eine Revisionsstelle bestimme. Denn dies kann erheblich weniger Kosten verursachen als die Durchführung einer Generalversammlung.

⁶⁸ Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren, RevV (SR 221.302).

b) Die Aufgaben der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle prüft, ob die Buchführung (formelle Ordnungsmässigkeit und gesetzliche Anforderungen), die Jahresrechnung (Prüfung der konkreten Zahlen) und der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen (Art. 728 I OR). Soll die Revisionsstelle neben diesen formellen Anforderungen auch eine materielle Prüfung der Geschäftsführung vornehmen, müssen dies – wie auch bezüglich anderer Aufgaben, welche die Revisionsstelle zusätzlich übernehmen soll – die Statuten bestimmen oder die Generalversammlung beschliessen (Spezialaufträge im Rahmen des Auftragsverhältnisses [Art. 731 OR]).

Die Revisionsstelle hat zu allen für die Prüfung relevanten Daten und Zahlen Zugang. Sie hat auch das Recht, Auskünfte zu verlangen (Art. 728 II OR). Stellt die Revisionsstelle bei der Prüfung Verstösse gegen Gesetz oder Statuten fest, meldet sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung (Art. 729b I OR). Es ist ihr sogar möglich eine Generalversammlung einzuberufen (Art. 699 I OR). Bei offensichtlicher Überschuldung benachrichtigt die Revisionsstelle den Richter, soweit dies nicht der Verwaltungsrat tut (Art. 729b II OR).

Die Revisionsstelle verfasst zuhanden der Generalversammlung einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung und empfiehlt die Annahme – mit oder ohne Einschränkungen – oder die Ablehnung der Jahresrechnung (Art. 729 I OR). Vorbehalte oder die Empfehlung der Ablehnung der Jahresrechnung können Ansatzpunkte für eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat sein (Art. 754 OR).

Bei Gesellschaften, die von besonders befähigten Revisoren zu prüfen sind, verfasst die Revisionsstelle zudem einen Bericht zuhanden des Verwaltungsrates, worin sie die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung erläutert (Art. 729a OR).

Die Generalversammlung darf die Jahresrechnung nur abnehmen, wenn ein Revisionsbericht vorliegt und ein Revisor anwesend ist (Art. 729c I OR). Liegt kein Revisionsbericht vor, sind die Beschlüsse der Generalversammlung nichtig (Art. 729c II i.V.m. Art. 706b OR); ist kein Revisor anwesend, sind die Beschlüsse anfechtbar (Art. 729c II i.V.m. 706 OR).

3.3.5 Die Rechtsstellung des Aktionärs

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 105 ff.

A) Erwerb, Übertragung und Verlust der Mitgliedschaft

Die Erlangung bzw. der Bestand der Mitgliedschaft ist bedingt durch den Besitz mindestens einer Aktie. Aktien (und die zugehörigen Rechte) können erworben werden bei der Gründung der Gesellschaft durch Liberierung, aber auch durch Rechtsgeschäft, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung. Zur Übertragbarkeit und zum Rechtsübergang bei vinkulierten Namenaktien vgl. oben 3.3.3G). Ein Austrittsrecht kennt die Aktiengesellschaft nicht; will ein Aktionär nicht mehr Aktionär einer Gesellschaft sein, muss er seine Aktien jemandem übereignen.

Grundsätzlich gibt es auch kein Ausschlussrecht: allerdings können Aktien verfallen, wenn ein Aktionär den Ausgabebetrag seiner Aktien nicht rechtzeitig einzahlt (Kaduzierung [Art. 681 f. OR]). Und aufgrund des Börsengesetzes (Art. 33 BEHG) können

im Rahmen eines öffentlichen Angebotes bei Unternehmensübernahmen, wenn mehr als 98% der Stimmen erlangt wurden, die verbleibenden Aktien für kraftlos erklärt werden (vgl. unten 4.6).⁶⁹

B) Die Rechte des Aktionärs

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 477 ff.

a) Die Mitwirkungsrechte

i) *Das Recht auf Mitgliedschaft*

Das Recht auf Mitgliedschaft ist ein dem Aktionär grundsätzlich nicht entziehbares Recht (zu Ausnahmen vgl. oben A). Der Aktionär hat aber umgekehrt genausowenig ein Anrecht auf ewige Mitgliedschaft, er hat kein absolut geschütztes Recht darauf, dass die Gesellschaft deren Aktionär er ist bestehen bleibt (die Generalversammlung kann durch Mehrheitsbeschluss die Gesellschaft auflösen [Art. 736 Ziff. 2 OR]).

Und der Aktionär hat kein Recht darauf, in einer bestimmten Aktienkategorie zu verbleiben. Die Generalversammlung bzw. die Gesellschaft kann privilegierte Aktienkategorien einführen oder privilegierten Aktien ihre Vorrechte entziehen.

Zuletzt besteht kein Recht auf freie Übertragbarkeit (vgl. oben 3.3.3G) oder Verbriefung der Aktien in einem Wertpapier (nur eine Beweisurkunde über die Mitgliedschaft darf der Aktionär verlangen [Art. 688 OR]).

ii) *Das Stimmrecht*

Das Stimmrecht ist das zentrale Recht im Bereich der Mitwirkungsrechte (Art. 692 ff. OR). Mit der Mehrheit der Aktien(stimmen) kann der Aktionär die Gesellschaft beherrschen. Aber auch das Stimmrecht kann beschränkt (Art. 692 II OR), oder es können Stimmrechtsaktien eingeführt werden (Art. 693 OR).

In zwei Fällen ist das Stimmrecht gar ausgeschlossen: Bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht (Art. 695 I OR). Und für die von der Gesellschaft selbst gehaltenen Aktien kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden (Art. 659a f. OR).

Eine Ausstandspflicht, wie sie Mitglieder des Verwaltungsrates im Falle von Interessenkonflikten aufgrund ihrer Sorgfalts- und Treuepflicht treffen kann, gibt es hingegen für Aktionäre nicht; dies wäre eine zusätzliche Pflicht, die Aktionären nicht auferlegt werden kann (Art. 680 I OR).

iii) *Das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung*

Wichtig ist das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, weil es für die Ausübung des Stimmrechts notwendig ist. Wird dem Aktionär dieses Recht verweigert, kann er die Beschlüsse der Generalversammlung anfechten (Art. 706 I OR). Allerdings

⁶⁹ Eine ähnliche Regelung ist im Übrigen auch im geplanten Fusionsgesetz vorgesehen: Besitzt die übernehmende Kapitalgesellschaft mindestens 98% Prozent der Stimmrechte der übertragenden Kapitalgesellschaft, so kann sie innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangen, dass ihr die verbleibenden Anteile gegen Entschädigung des wirklichen Wertes übertragen werden (Art. 23 III FusG). Zum Fusionsgesetz vgl. unten 5.

dürften auch in diesem Fall (analog) die Kriterien von Art. 691 III OR zur Anwendung kommen: die Anfechtung wird nur zugelassen, wenn die Gesellschaft nicht nachweist, dass der Ausschluss keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hat.

iv) *Das Debattier- und Antragsrecht*

Die Aktionäre haben das Recht an der Generalversammlung das Wort zu ergreifen und im Rahmen traktandierter Geschäfte jederzeit Anträge zu stellen (Art. 700 III OR). Über diese Anträge muss die Generalversammlung abstimmen.

Die Redezeit pro Wortmeldung kann beschränkt werden; bei ausfälligen Voten oder wenn nicht zur Sache gesprochen wird, kann das Wort auch entzogen werden.

v) *Das Recht auf Einberufung und Traktandierung*

Vgl. dazu oben 3.3.4A)b).

vi) *Die Informations- und Kontrollrechte*

Die Aktionäre haben das Recht, mindestens 20 Tage vor der Generalversammlung den Geschäfts- und den Revisionsbericht einzusehen und zugeschickt zu erhalten (Art. 696 I OR). Sie können zudem an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über die Durchführung und Ergebnis der Prüfung verlangen (Art. 697 I OR). Die Auskunft ist insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse und andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet würden (Art. 697 II OR). In der Praxis verwechselt der Verwaltungsrat die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft oft seinen eigenen Interessen.

Einblick in die Geschäftsbücher und Korrespondenz kann nur mit Genehmigung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates genommen werden (Art. 697 III OR).

vii) *Das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung*

Die Sonderprüfung ist ein spezielles Instrument (des Minderheitenschutzes), welches allerdings nur den Aktionären (und nicht auch Arbeitnehmern, Gläubigern oder Partizipanten) zusteht. Jeder Aktionär hat das Recht, der Generalversammlung den Beschluss einer Sonderprüfung zu beantragen, sofern dies zur Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft und Einsicht bereits (erfolglos) ausgeübt hat: Subsidiärkompetenz (Art. 697a I OR). Hier ist wiederum das Protokoll als Beweismittel von grosser Wichtigkeit.

Der Antrag zur Sonderprüfung kann ohne vorhergehende Traktandierung gestellt werden (Art. 700 III OR). Bei diesem Beschluss kommt allfälligen Stimmrechtsaktien keine erhöhte Stimmkraft zu (Art. 693 III Ziff. 3 OR).

Hat die Generalversammlung eine Sonderprüfung beschlossen, wird durch das Gericht ein Sonderprüfer (oder mehrere Sachverständige) zur Sonderprüfung eingesetzt (Art. 697a II i.V.m. 697c OR).

Lehnt die Generalversammlung den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung ab, kann von einem Aktionär (oder einer Aktionärsgruppe), der mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens zwei Millionen besitzt, eine Sonderprüfung auch gegen den Willen der Generalversammlung verlangt wer-

den.⁷⁰ Allerdings muss in diesem Fall glaubhaft gemacht (nicht bewiesen!)⁷¹ werden, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b OR), was in den meisten Fällen trotzdem kein leichter Nachweis sein dürfte.

Die Kosten einer Sonderprüfung sind – soweit die Generalversammlung sie beschlossen hat – immer der Gesellschaft aufzuerlegen; in besonderen Fällen (z.B. bei querulatorischer Sonderprüfung) kann das Gericht sie auch den Gesuchstellern überbinden (Art. 697g OR). In solchen Fällen wird das Gericht aber meist schon auf das Gesuch um Sonderprüfung nicht eintreten (Art. 697c I OR).

Die Sonderprüfung ist in der Praxis bisher nur sehr selten zur Anwendung gekommen. Die drohende Gefahr einer Sonderprüfung hat aber die Informationspolitik der Verwaltungsräte stark verbessert, was wohl auch der Zweck dieser Regelung gewesen ist.

b) Die Vermögensrechte

i) Das Recht auf Dividende

Der Aktionär ist am Gewinn zu beteiligen (sofern die Gesellschaft gewinnstrebig ist und tatsächlich Gewinn erwirtschaftet). Der Weg bis zur Ausschüttung von Dividenden ist allerdings weit, zunächst muss:

- ein Bilanzgewinn ausgewiesen werden (Art. 675 II OR);
- die Buchführung und die Geschäftsbücher geprüft sein (Art. 728 I OR);
- der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns Gesetz und Statuten entsprechen (Art. 728 I OR);
- die Revisionsstelle die Annahme der Jahresrechnung empfehlen (Art. 729 OR);
- die Generalversammlung die Jahresrechnung gültig abnehmen (Art. 729 OR);
- und die Generalversammlung dem Antrag auf Dividendenausschüttung zustimmen (Art. 698 II Ziff. 4 OR).

Einen klagbaren Anspruch auf eine Dividende hat der Aktionär aber nur, soweit die Generalversammlung eine solche beschliesst.

ii) Das Recht auf den Liquidationsanteil

Das nach Tilgung aller Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird – soweit die Statuten nichts anderes vorsehen – verhältnismässig an die Aktionäre verteilt (Art. 745 I OR). Allenfalls können soweit dies vorgesehen ist Inhaber von Vorzugsaktien einen höheren Anteil am Liquidationsgewinn (Liquidationsanteil minus Aktienkapital) erhalten (Art. 745 I i.V.m. 656 II OR).

Die Verteilung darf allerdings erst nach Ablauf eines Jahres nach dem dritten Schuldeneruf vollzogen werden (Art. 745 II OR, ausnahmsweise: Art. 745 III OR).

⁷⁰ Vgl. aber Fn. 46.

⁷¹ Zum „Glaubhaft machen“ ausführlich BGE 120 II 393; besprochen in ZBJV 1996, S. 452 ff. Auch BÄR, in ZBJV 1998, S. 769 ff.

iii) Das Bezugsrecht

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 466 ff.

Zu den Bezugsrechten vgl. oben 3.3.1E), 3.3.3B)b) und 3.3.3H)c).

C) Die Pflichten des Aktionärs

a) Die Pflicht zur Liberierung

Die einzige Pflicht der Aktionäre besteht in der Liberierung ihrer Aktien (Art. 680 I OR). Die Liberierung kann in Form einer Geldleistung, einer Sacheinlage oder durch Verrechnung erfolgen. Die Liberierung ist kein Kauf sondern ein spezifisch aktienrechtliches Institut.

Die Aufliberierung (d.h. Einzahlung des noch nicht liberierten Betrages gemäss Art. 632 OR) kann vom Verwaltungsrat jederzeit beschlossen werden (Art. 634a I OR). Ist der Aktionär dann nicht in der Lage, die restlichen Einlagen zu leisten, droht ihm der Entzug seiner Aktionärsrechte (Kaduzierung [Art. 681 f. OR]):

Säumige Aktionäre sind zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet (Art. 681 I OR). Die Statuten können solche Aktionäre zudem zur Bezahlung von Konventionalstrafen verpflichten (Art. 681 III OR). Der Verwaltungsrat ist befugt, die säumigen Aktionäre ihrer Rechte und der geleisteten Teilzahlungen verlustig zu erklären und anstelle der ausgefallenen Aktien neue herauszugeben (Art. 681 II OR).

Das bereits liberierte Kapital fällt der Gesellschaft zu und ist als Kaduzierungsgewinn den gesetzlichen Reserven zuzuweisen (Art. 671 II Ziff. 2 OR).

b) Verbot weiterer Nebenleistungen

VON BÜREN/HINTZ, Die Aktiengesellschaft als Partei eines Aktionärbindungsvertrages?, ZBJV 2000, S. 802 ff.

Andere Aktionärspflichten ausser der Liberierung sind verboten bzw. entsprechende Statutenbestimmungen nichtig (Art. 680 I OR).

Möglich hingegen sind (innerhalb der Grenzen von Art. 20 OR und Art. 27 ZGB) Aktionärbindungsverträge jedweden Inhalts (z.B. Stimmbindung, Erwerbsberechtigung, Treuepflichten, Konkurrenzverbote, Pflicht zu Arbeitsleistung, Lieferungs- und Abnahmepflichten und -rechte, Nachschuss- und Zuzahlungspflichten, persönliche Haftung usf.).

Aktionärbindungsverträge werden von den Aktionären untereinander ohne Beteiligung der Gesellschaft geschlossen. Dritte können sich auf den Inhalt dieser Verträge – anders als auf den Inhalt der Statuten – nicht berufen. D.h. eine Verpflichtung zu persönlicher Haftung ist nur gegenüber den andern Vertragspartnern bindend.

D) Minderheitenschutz

a) Gesellschaftsinteresse und Gesellschaftszweck als Grenze

Das Gesellschaftsinteresse (Art. 717 OR) und der Gesellschaftszweck (Art. 718a I OR) bilden den Handlungsrahmen des Verwaltungsrates; die Übertretung dieser Grenzen verletzt Sorgfalts- und Treuepflichten.

b) Das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 462 ff.

Vgl. 3.3.4B)d)iii).

c) Das Gebot der schonenden Rechtsausübung (Art. 2 ZGB)

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 464 ff.

Die Rechtsausübung kann verboten sein,

- wenn sie einem Dritten Nachteile bringt und das gleiche Resultat auch erreicht werden könnte, ohne jemanden zu schädigen;
- wenn sie bloss um ihrer selbst willen geschieht;
- wenn Minderheitsrechte ohne ein Interesse der Gesellschaft eingeschränkt werden.

d) Mitwirkungsrechte

- Vertretung verschiedener Aktienkategorien im Verwaltungsrat (Art. 709 I OR);
- Vertretung von Minderheiten oder andern Aktionärsgruppen im Verwaltungsrat – soweit in den Statuten vorgesehen (Art. 709 II OR);
- Einberufungsfrist zur Generalversammlung von zwanzig Tagen (Art. 700 I OR);
- Einberufungs- und Traktandierungsrecht für Aktionäre oder Aktionärsgruppen die mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals bzw. Aktien von mehr als einer Million Fr. Nennwert besitzen (Art. 699 III OR);⁷²
- Möglichkeit der Einführung höherer Beschlussquoren für die Generalversammlung (Art. 704 OR);
- Informations- und Kontrollrechte der Aktionäre (Art. 696 f. OR);
- Durchführung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR).

e) Bezugs- und Vorwegzeichnungsrecht

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 466 ff.

Zu den Bezugs- und Vorwegzeichnungsrechten vgl. oben 3.3.1E), 3.3.3B)b) und 3.3.3H)c).

f) Verbot ungerechtfertigter Gewinnentnahmen

Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehende Personen, die ungerechtfertigt, d.h. bei Fehlen formeller oder materieller Voraussetzungen, und in bösem Glauben Dividenden, Tantièmen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet (Art. 678 I OR). Vgl. auch Art. 62 ff. OR.

Diese Personen sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen verpflichtet, wenn diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (Art. 678 II OR): Leistungen in einem Missverhältnis zur Gegenleistung können insbesondere im Konzern vorkommen, wenn das abhängige Unternehmen nun nicht mehr in seinem eigenen Interesse arbeitet, sondern im Interesse des herrschenden Unternehmens und deshalb z.B. Produkte zu billig an dieses verkauft oder von diesem solche zu teuer kauft. Die Beurteilung der angemessenen Gegenleistung erfolgt objektiv aufgrund der Frage,

⁷² Vgl. aber Fn. 46.

ob auch ein Dritter einen solchen Vertrag schliessen würde? Die Bedingung, die Gegenleistung müsse auch in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens stehen, wird verschieden beurteilt: VON BÜREN meint, eine Leistung und ihre Gegenleistung stünden im gleichen (Miss-)Verhältnis, ob es dem Unternehmen gut gehe oder nicht, dieses Erfordernis sei deshalb bloss als ein Indiz für die Unangemessenheit zu betrachten. BÖCKLI wiederum will die wirtschaftlichen Lage so verstehen, dass je nachdem, ob es einem Unternehmen gut oder schlecht gehe, grössere oder kleinere Anforderungen an die Angemessenheit der Gegenleistung zu stellen seien.

Bei solchen Transaktionen handelt es sich zugleich auch um verdeckte Gewinnausschüttungen, sodass in diesem Fall die klagenden Aktionäre bzw. die Gesellschaft das gleiche Interesse haben wie die Steuerbehörden (Art. 70 V DBG)⁷³ und sich auf deren Untersuchungen stützen können.

g) Rechtsschutz

Vgl. unten 3.3.7.

Fall 11: Rechtsstellung des Aktionärs

Der deutsche Investor Fromm hat durch stille Aufkäufe eine Beteiligung von ca. 15% an der Firma Galactina AG in Belp erworben. Er ist davon überzeugt, dass Galactina ein grosses Erfolgspotential hat, sofern die bisherige Geschäftspolitik radikal geändert und der bestehende Verwaltungsrat ausgewechselt wird. Trotz einiger Gerüchte an der Börse weiss man bei Galactina nicht, wer der stumme Käufer ist.

Wie ein Paukenschlag wirkt deshalb eine kurzfristig angesagte Pressekonferenz von Fromm, an welcher er über seine Ziele informiert. Sofort bildet sich innerhalb der Hauptaktionäre, des Verwaltungsrats und auch der Geschäftsleitung eine Front gegen Fromm, der als "Raider" gebrandmarkt wird, welcher lediglich hinter den stillen Reserven der Galactina AG her sei.

Fromm lässt sich dadurch nicht beirren und gibt an einer weiteren Pressekonferenz folgendes bekannt:

- *Er werde eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen lassen mit dem Traktandum: "Abwahl des bisherigen und Wahl eines neuen Verwaltungsrats". Die konkreten Anträge werde er dann anlässlich der GV vorbringen.*
- *Er verlange Auskunft über die laufenden Akquisitionsverhandlungen mit der Firma Hipp und Einsicht in die Rentabilitätsberechnungen dieses Projekts. Sollte ihm dies verweigert werden, behalte er sich vor, eine Sonderprüfung zu verlangen.*
- *Er rufe alle Aktionäre auf, anlässlich der GV ihrem Unmut über die Führung des Unternehmens Ausdruck zu geben und dem VR die Décharge zu verweigern.*
- *Sollte sich die unbefriedigende Situation bei der Galactina nicht verbessern lassen, behalte er sich vor, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.*

⁷³ BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11.

Falllösung

EINBERUFUNG UND TRAKTANDIERUNG? ANTRÄGE?

Da Fromm 15% des Aktienkapitals besitzt, kann er die Einberufung der Generalversammlung ohne Weiteres verlangen; das Traktandierungsrecht ist dem Einberufungsrecht inhärent (Art. 699 III OR). Im Rahmen traktandierter Geschäfte kann er an der Generalversammlung auch Anträge stellen, über welche Beschluss gefasst werden muss (Art. 700 IV OR).

AUSKUNFT?

Er ist berechtigt Auskunft zu verlangen, die geforderten Auskünfte sind geeignet, um für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich zu sein. Jedoch kann die Auskunft trotzdem verweigert werden, da es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt (Art. 697 II OR).

SONDERPRÜFUNG?

Die Sonderprüfung muss auf Antrag eines oder auch mehrere Aktionäre durch die Generalversammlung beschlossen werden (Art. 697a I OR). Entscheidet sich die Generalversammlung gegen die Sonderprüfung, können Aktionäre (oder Aktionärsgruppen), welche über mehr als 10% oder 2 Millionen des Aktienkapitals verfügen eine Sonderprüfung verlangen, allerdings unter der Voraussetzung, dass sie eine Verletzung des Gesetzes oder der Statuten sowie einen daraus entstandenen Schaden für die Gesellschaft oder für die Aktionäre glaubhaft machen (Art. 697b OR).

DÉCHARGE?

Die Wirkung der Décharge: Der Verwaltungsrat wird von seinen Verbindlichkeiten entlastet; Aktionäre die zugestimmt haben, können keine Verantwortlichkeitsklage mehr anheben (Art. 2 ZGB: wichtig hier wiederum die Protokollierung).

AUFLÖSUNGSKLAGE?

Fromm könnte die Auflösung der Gesellschaft verlangen, er besitzt mehr als die geforderten 10% des Aktienkapitals (Art. 736 Ziff. 4 OR): allerdings muss er einen wichtigen Grund vorbringen können und der Richter kann auch weniger schwerwiegende Massnahmen als die Auflösung anordnen (z.B. Übernahme der Aktien Fromms durch die Gesellschaft oder Dritte).

3.3.6 Die Rechnungslegung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 37 ff.; EISENHUT PETER/KAMPFER HANNES/TEUSCHER HEINZ, Einführung in die Finanzbuchhaltung, 6., überarb. Aufl., Altstätten 1996; Anhang: Entwurf zu einem Rechnungslegungsgesetz (RRG).

Auf den ersten Blick erscheint die Einreihung der Grundsätze der Rechnungslegung unter dem Titel der Rechte und Pflichten der Aktionäre nicht schlüssig. Insofern diese Regeln aber der Transparenz dienen und dem Aktionär erst ermöglichen, seine übrigen Rechte auszuüben, gehören sie hierher.

A) Der Inhalt des Geschäftsberichts (Art. 662 OR)

Für jedes Geschäftsjahr ist ein Geschäftsbericht zu erstellen, der sich aus Jahresrechnung, Jahresbericht und einer Konzernrechnung zusammensetzt (soweit das Gesetz eine solche verlangt; zum Konzern vgl. unten 6).

Die Jahresrechnung besteht aus der Erfolgsrechnung (Art. 663 OR), der Bilanz (Art. 663a OR) und dem Anhang (Art. 663b OR).

B) Der Grundsatz der ordnungsgemässen Rechnungslegung (Art. 662a OR)

Handelsrecht I, S. 19 ff.

Art. 662a OR konkretisiert die ordnungsgemässe Rechnungslegung. Diese soll Transparenz schaffen für die Aktionäre, für die Gläubiger und für potentielle Anleger.

- Vollständigkeit: Die Jahresrechnung muss alle Informationen enthalten, die für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage notwendig sind (Art. 662a II Ziff. 1 OR). Es kann auf Angaben verzichtet werden, die dem Unternehmen erhebliche Nachteile bringen könnten; die Revisionsstelle ist darüber zu unterrichten (Art. 663h I OR). Ist die Revisionsstelle mit den Auslassungen nicht einverstanden, kann sie im Revisionsbericht entsprechende Vorbehalte anbringen (Art. 729 I OR).
- Klarheit: Die Jahresrechnung muss übersichtlich gegliedert sein und klare Begriffe verwenden, sodass sie von einem durchschnittlichen Aktionär gelesen und verstanden werden kann (Art. 662a II Ziff. 2 OR).
- Wesentlichkeit: Die Jahresrechnung soll aber auch nicht aus soviel Zahlen bestehen, dass der Betrachter vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht (Art. 662a II Ziff. 2 OR).
- Vorsicht: Für die Erfolgsrechnung bedeutet das Prinzip der Vorsicht, dass Aufwand bereits dann erfasst wird, wenn er absehbar ist, während Ertrag erst gebucht werden darf, wenn er sicher bzw. bereits realisiert ist. Die Bilanzposten sollen nach historischen Kosten, d.h. Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden (Art. 662a II Ziff. 3 OR).
- Fortführung der Unternehmenstätigkeit: In der Jahresrechnung sind die einzelnen Aktiven und Passiven nicht zu Liquidationswerten einzusetzen, d.h. nicht nach dem Wert, der im Augenblick bei einem Verkauf gelöst werden könnte, sondern zu Fortführungswerten (Art. 662a II Ziff. 4 OR).
- Stetigkeit: Die Jahresrechnung soll stets nach den gleichen Regeln erstellt werden, damit der Vergleich verschiedener Jahre möglich ist. Änderungen sind nur unter Hinweis auf die neue Bewertungsart möglich, z.B. durch Veröffentlichung der Rechnung nach beiden Bewertungsarten im Jahr des Wechsels (Art. 662a II Ziff. 5 OR).
- Verrechnungsverbot: Aktiven und Passiven, Aufwand und Ertrag dürfen nicht verrechnet werden (Art. 662a II Ziff. 1 OR).

C) Die Erfolgsrechnung

Zur Mindestgliederung siehe Art. 663 OR.

D) Die Bilanz

Zur Mindestgliederung siehe Art. 663a OR.

E) Der Anhang

Der Anhang der Jahresrechnung ist eine „Erfindung“ des revidierten Aktienrechts: hier sollen sensible Bereiche des Unternehmens, Bereiche, die schnell zu Alarmzeichen führen können, zur Information von Aktionären, Gläubigern und potentiellen Investoren gesondert aufgeführt werden. Für Details siehe Art. 663b f. OR.

Problematisch ist die Pflicht von Art. 663c OR, der Gesellschaft bekannte, bedeutende Aktionäre im Anhang aufzuführen. Dieser Verpflichtung kann die Gesellschaft nicht nachkommen bei Inhaberaktien und bei den sog. Dispo-Aktien (wenn der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat), d.h. bei all denjenigen Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören.⁷⁴

F) Der Jahresbericht

Der Jahresbericht schildert das abgelaufene Geschäftsjahr (den Geschäftsverlauf sowie die finanzielle und wirtschaftliche Lage) nicht in Zahlen, sondern in Worten (Art. 663d I OR). Zwingend enthält er im Geschäftsjahr eingetretene Kapitalerhöhungen und gibt die Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle wieder (Art. 663d II i.V.m. 729 I OR).

Daneben kann der Jahresbericht Zukunftsaussichten, Kooperationen, Informationen über die Marktsituation, über personelle Veränderungen usf. enthalten. Er dient heute oft auch als Werbeträger und Public relations-Instrument.

G) Die Konzernrechnung

Bildet die Gesellschaft einen Konzern (Zusammenfassung mehrere juristisch selbständiger Gesellschaften unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung) hat sie eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen (Art. 663e I OR). Sie ist davon befreit, wenn sie zusammen mit den Untergesellschaften gewisse Grössen nicht überschreitet (Art. 663e II OR) und wenn sie nicht am Kapitalmarkt auftritt (Art. 663e III OR). Zum Konzern vgl. unten 6.

H) Die Bewertungsregeln

Die Bewertungsregeln sollen dafür sorgen, dass die Bilanzen der verschiedenen am Markt auftretenden Unternehmungen zu den gleichen Bedingungen erstellt und dadurch vergleichbar sind. Dies ist ein Gebot der Transparenz gegenüber Aktionären, Gläubigern und potentielle Investoren.

a) Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten

Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten dürfen als Aktiven in der Bilanz ausgewiesen werden. Auf diese Weise können sie über mehrere Jahre (höchstens fünf) wie andere Investitionen abgeschrieben werden und belasten als Aufwand nicht allein das Gründungsjahr (Art. 664 OR).

⁷⁴ Diese Mängel hat der Gesetzgeber jetzt korrigiert, indem er im Börsengesetz die Inhaber der Aktien verpflichtet, ihre Beteiligungen zu melden, wenn sie gewisse Schwellen überschreiten (Art. 20 BEHG [vgl. unten 4.3]).

b) Anlagevermögen

Das Anlagevermögen darf höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden, unter Abzug der notwendigen Abschreibungen (Art. 665 OR). Dies ergibt sich aus dem Gebot der Vorsicht (Art. 662a II Ziff. 3 OR).

c) Beteiligungen

Beteiligungen sind Anteile von mindestens 20% am Kapital anderer Unternehmen, die in der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln (Art. 665a II, III OR). Solche Beteiligungen gelten als Anlagevermögen und sind entsprechend zu behandeln (vgl. oben b). Alle andern Anteile an Kapitalien von Unternehmen sind Wertschriften und gehören zum Umlaufvermögen.

d) Vorräte

Vorräte sind zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bilanzieren. Ist der Marktpreis tiefer als diese, gilt der Marktpreis (Art. 666 OR).

e) Wertschriften

Bezüglich der Wertschriften wird das Prinzip, dass nicht realisierte Gewinne nicht bilanziert werden dürfen, durchbrochen: Wertschriften mit Kurswert dürfen zum Durchschnittswert des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag bewertet werden.

Für Wertschriften ohne Kurswert gilt wiederum die Bilanzierung zum Anschaffungswert (Art. 667 OR).

f) Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen

Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen sind Aufwandsposten in der Erfolgsrechnung.

i) Abschreibungen

Im Gegensatz zu Geldwerten veralten Sachwerte (Anlagevermögen) und nutzen sich ab. So sinkt z.B. der Wert eines Fahrzeuges, selbst wenn es nicht benutzt wird. Diese Wertverminderung wird unter dem Begriff der Abschreibung in der Buchhaltung erfasst. Man kann auch von Amortisation über eine gewisse Zeit, z.B. die fünf Jahre, während welcher Zeit das Auto in Betrieb ist, sprechen.

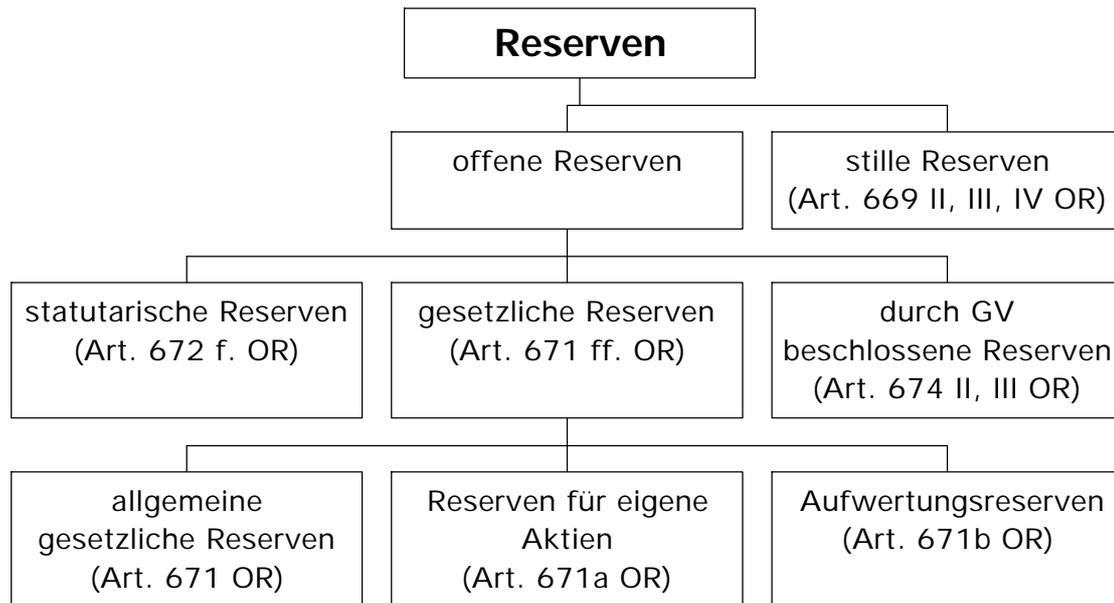
ii) Wertberichtigungen

Wertberichtigung ist der zur Abschreibung auf Anlagevermögen analoge Vorgang auf dem Umlaufvermögen. Sie soll die Posten des Umlaufvermögens auf ihren wirklichen Wert korrigieren. Beispielsweise die Änderungen in Wert und Bestand des Lagers, die voraussichtlichen Verluste auf dem Debitorenkonto (Delkredere) usf.

iii) Rückstellungen

Rückstellungen sind Aufwände, die das abgelaufene Geschäftsjahr betreffen, deren Höhe oder Fälligkeit aber noch ungewiss ist (z.B. Kosten laufender Prozesse, Produkthaftpflichtansprüche). Das Konto Rückstellungen ist ein Passivkonto; da es sich um eine zweckgebundene Schuld handelt, gehört es zum Fremdkapital. Es wird in der Regel durch Angabe des Rückstellungszweckes präzisiert und am Ende der Geschäftsperiode über die Bilanz abgeschlossen.

I) Übersicht über die Reserven



J) Die offenen Reserven

Die Bildung von Reserven hat einen bremsenden Einfluss auf die Ausschüttung der Dividenden (vgl. oben 3.3.5B)b)i): Diese dürfen erst ausgeschüttet werden, wenn die Reserven korrekt geäuft sind.

Von Bedeutung ist hierbei die sog. Sperrziffer (Summe aus Nennkapital, nicht frei verfügbarem Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserven, Aufwertungsreserven und Reserven für eigene Aktien): Die Sperrziffer sorgt dafür, dass dieser Betrag nicht durch Entnahmen (Ausschüttungen und Kapitalrückzahlungen) wieder der Gesellschaft entzogen wird. Gewinnausschüttungen dürfen – wenn die Sperrziffer nicht mehr gedeckt ist – erst wieder aufgenommen werden, wenn der Aktivenüberschuss durch erwirtschaftete Mittel die Sperrziffer in der Bilanz überschreitet, d.h. je grösser insbesondere die Reserven sind, desto schwieriger wird die Ausschüttung von Dividenden.

a) Gesetzliche Reserven

i) *Allgemeine Reserve*

Der allgemeinen gesetzlichen Reserve sind grundsätzlich jeweils fünf Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen, bis diese Reserve 20% des einbezahlten Nennkapitals erreicht hat (Art. 671 I OR).

Zusätzlich, auch wenn diese Limite erreicht ist, sind dieser Reserve zuzuweisen (Art. 671 II OR):

- das Agio (d.h. die Differenz zwischen Nennwert und Ausgabepreis von Aktien, abzüglich der Ausgabekosten);
- etwaige Kaduzierungsgewinne (d.h. getätigte Einzahlungen auf verfallenen Aktien);

- und – wenn mehr als 5% Dividende ausgeschüttet wird – 10% des Betrages, der diese 5% übersteigt.^{75, 76}

Diese allgemeine Reserve darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals bzw. des Nennkapitals (und die Summe aller Agi)⁷⁷ übersteigt, frei verwendet werden! Soweit sie nicht die Hälfte des Nennkapitals übersteigt ist ihre Verwendung beschränkt auf:

- die Deckung von Verlusten (Art. 671 III i.V.m. 725 I OR);
- die Kompensation von schlechtem Geschäftsgang (Art. 671 III OR);
- und Massnahmen gegen die Arbeitslosigkeit oder ihre Folgen (Art. 671 III OR).

ii) Reserve für eigene Aktien

Erwirbt die Gesellschaft eigene Aktien, hat sie für diese einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag gesondert als Reserve auszuweisen (Art. 659a II OR). Die Auflösung dieser Reserven erfolgt, sobald die Gesellschaft die eigenen Aktien wieder veräussert oder vernichtet (Art. 671a OR). Dieser Reserveposten wird demnach auch gestrichen, wenn für die Aktien ein Erlös unter dem Einstandspreis erzielt worden ist. Die Auflösung erfolgt diesfalls über eine Aufwandbuchung – die Sperrzahl „Reserven für eigene Aktien“ jedoch ist weg.

iii) Aufwertungsreserven

Sind in der Folge einer Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen Aufwertungsreserven angelegt worden (Art. 670 I OR), können diese nur wieder durch Abwertung oder Veräusserung der betreffenden Werte oder aber durch die Umwandlung in Aktienkapital aufgelöst werden (Art. 671b OR). Zur Auflösung bei Mindererlös vgl. oben ii).

b) Statutarische Reserven

Durch die Statuten kann zum einen die Erhöhung der gesetzlichen Quoten von Art. 671 I OR festgelegt, oder es können andere Reserven vorgesehen werden. Die Verwendung kann bereits in den Statuten festgesetzt sein (etwa für die betriebseigene Pensionskasse [Art. 673 OR], einen Sportclub usw.), was üblich ist, oder eine Zweckbestimmung kann fehlen, dann entscheidet der Verwaltungsrat über die Verwendung⁷⁸ (Art. 672 OR).

⁷⁵ Teilweise wird die Meinung vertreten, diese letztere Zuweisung müsse nur erfolgen bis die allgemeine gesetzliche Reserve die Hälfte des Nennkapitals erreicht habe, da darüber hinaus angelegte Reserven sowieso frei verwendbar seien und ihnen insoweit keine Sperrfunktion mehr zukomme (Art. 671 III OR). Vertretbar ist aber auch eine darüber hinausgehende Zuweisung an die Reserven, wodurch freie Reserven entstehen.

⁷⁶ Für Banken sind die Regeln der Reservenbildung grundsätzlich gleich; allerdings dürfen die Reserven nur zur Deckung von Verlusten und für Abschreibungen verwendet werden (Art. 5 BankG). Darüber hinaus kennt das Bankrecht aber umfangreiche Anforderungen an die Eigenmittel und die Risikoverteilung (vgl. Art. 11 ff. BankV).

⁷⁷ So jedenfalls BÖCKLI, Rz. 924 (zitiert nach der ersten Auflage!). Es ist aber umstritten, ob die Obergrenze von 50% gemäss Art. 671 III OR auch für Beträge aus den Agi gilt oder ob diese Beträge für immer gesperrt bleiben müssen. Ausführlich OR-NEUHAUS, N. 28 ff. zu Art. 671 OR.

⁷⁸ Da aber schliesslich die Generalversammlung die Jahresrechnung genehmigt (Art. 698 II Ziff. 4 OR), bleibt ihr die letzte Kompetenz der Entscheidung über die Verwendung solcher Reserven.

c) Schaffung von Reserven durch Beschluss der Generalversammlung

Zusätzliche Reserven könne von der Generalversammlung auch *ad hoc* beschlossen werden, aber nur für:

- Wiederbeschaffungszwecke, wenn eine Investition zwar abgeschrieben ist, aber die Neubeschaffung teurer werden wird als die frühere Anschaffung (Art. 674 II Ziff. 1 OR);
- dem langfristigen Gedeih des Unternehmens, sog. Arbeitsbeschaffungsreserven (Art. 674 II Ziff. 2 OR);
- eine Dividendenreserve, damit die Dividenden jährlich gleichmässig ausgeschüttet werden können (Art. 674 II Ziff. 2 OR);
- oder zu Wohlfahrtszwecken (Art. 674 III OR).

K) Die stillen Reserven

a) Die Bildung stiller Reserven

Stille Reserven (oder auch: unsichtbare oder versteckte Reserven) entstehen entweder durch die Überbewertung von Passiven oder die Unterbewertung von Aktiven. Das geltende Aktienrecht begünstigt die bzw. führt zwingend zur Bildung von stillen Reserven aufgrund seiner Bewertungsregeln: insbesondere bei der Abschreibung, der Wertberichtigung oder bei Rückstellungen. (Beispielsweise durch schnelleres Abschreiben von Investitionsgütern als durch ihre Lebensdauer effektiv erforderlich wäre, Vornahme grösserer Wertberichtigungen oder Rückstellungen als erforderlich.)

Die Bildung (wie auch die Auflösung) stiller Reserven kann aber auch bewusst durch Senkung des Ertrags bzw. Erhöhung des Aufwandes gesteuert werden.

Die Bildung stiller Reserven liegt ganz in der Hand des Verwaltungsrates oder allenfalls der Geschäftsleitung. Dies beinhaltet ein hohes Missbrauchspotential, weil gerade diese Personen gute Resultate zeigen wollen, was sie mit der Auflösung stiller Reserven steuern könnten. Als Sicherung hat der Gesetzgeber den Verwaltungsrat verpflichtet, der Revisionsstelle die Bildung oder Auflösung von stillen Reserven postenweise mitzuteilen (Art. 669 IV OR).

b) Die Auflösung stiller Reserven

Die Auflösung stiller Reserven erfolgt zum einen automatisch durch exogene Faktoren (Marktschwankungen, Börsenkurse usw.) und zum andern bewusst durch den Verwaltungsrat (z.B. durch Verkauf der unterbewerteten Gegenstände), wobei aber der Erlös separat in der Bilanz aufzuführen und der Revisionsstelle im einzelnen mitzuteilen ist. Sie sind in den Jahresbericht aufzunehmen (Art. 663d I OR).

Fall 12: Rechnungslegung/Aufwertungsreserve

Die in Murten domizilierte Tiefbauunternehmung Schöffler AG hat schwierige Zeiten hinter sich. Die Immobilienkrise hat in ihrer Bilanz per Ende 1995 tiefe Spuren hinterlassen (in Fr. '000):

<u>Aktiven</u>		<u>Passiven</u>	
<i>Kasse</i>	200	<i>Kreditoren</i>	6500
<i>Lager</i>	3000	<i>Bankdarlehen</i>	5000
<i>Debitoren</i>	2400	<i>Hypotheken</i>	11000
<i>Nicht lib. AK</i>	1000	<i>Aktienkapital</i>	5000
<i>Wertschriften</i>	2200	<i>PS-Kapital</i>	1000
<i>Fahrzeuge</i>	3800	<i>Gesetzl. Res.</i>	1000
<i>Immobilien</i>	13000		
<i>Verlustvortrag</i>	3900		
Total	29500	Total	29500

Der Verwaltungsrat diskutiert anlässlich seiner Sitzung verschiedene Sanierungsmassnahmen, welche er der ausserordentlichen GV vorschlagen möchte. Der Finanzchef schlägt u.a. vor

- die stillen Reserven auf den hohen Lagerbeständen aufzulösen und
- die Liegenschaften um 1000 auf den Verkehrswert aufzuwerten und gleichzeitig eine entsprechende Aufwertungsreserve in der gleichen Höhe zu bilden.

Der VR-Präsident begreift nicht, wie man eine Bilanz durch eine Aufwertung auf der Aktivseite sanieren kann, wenn man gleichzeitig eine Rückstellung in der gleichen Höhe auf der Passivseite bilden muss. Nachdem der Finanzchef ihm dies erklärt hat, beschliesst der VR die Aufwertung der Liegenschaften um 1000.

Falllösung

Die Sanierung kann durch Aufwertung, Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung erfolgen, welche drei Massnahmen durch die Generalversammlung zu beschliessen sind.

Besser noch als „Basteln“ an der Bilanz wären operative Massnahmen (neue Strategie, Marketing, Unternehmensstruktur, Geschäftsleitung usf.)

3.3.7 Rechtsschutz

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 174 ff.; RIEMER HANS MICHAEL, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998.

A) Die Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)

Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können Beschlüsse der Generalversammlung, die (formell oder materiell) gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten⁷⁹, selbst wenn diese Beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen sind (Art. 706 I OR). Nicht zu rügen hingegen ist die Angemessenheit einer Entscheidung solange das Gesetz oder die Statuten nicht verletzt werden und der Entscheid nicht unsachlich ist.

Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend. Sie umfasst Beschlüsse die:

- unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Art. 706 II Ziff. 1 OR);

⁷⁹ Anfechtbarkeit eines Beschlusses bedeutet, dass der Beschluss zwar gültig ist, aber auf Klage hin durch den Richter aufgehoben werden kann (Gestaltungsklage).

- die zwar nicht gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, aber in unsachlicher Weise Rechte und Pflichten von Aktionären entziehen oder beschränken (Art. 706 II Ziff. 2 OR);
- eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken oder gegen das Prinzip der schonenden Rechtsausübung verstossen (Art. 706 II Ziff. 3 OR);
- die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben (Art. 706 II Ziff. 4 OR).

Häufige Fälle sind die Teilnahme Unbefugter (Art. 691 OR) oder die Nichtzulassung Befugter (Art. 706 II Ziff. 1 OR) an der Generalversammlung:

- Speziell geregelt ist die Zulassung Unbefugter an die Generalversammlung: ein Aktionär – auch wenn er an der Generalversammlung selbst nicht dagegen protestiert hat – kann die dort gefällten Beschlüsse anfechten, sofern die Gesellschaft nicht beweist, dass die unbefugte Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hat (Kausalitätserfordernis: die Anwesenheit von Hilfspersonal, Beleuchter usf. soll kein Anfechtungsgrund sein; ansonsten reicht bereits die Präsenz Unberechtigter zur Anfechtung aus).
- Die Nichtzulassung von berechtigten Aktionären fällt unter die Anfechtbarkeit gemäss Art. 706 II Ziff. 1 OR. Nach Gesetz würde an sich ein einziger nicht zugelassener, berechtigter Aktionär ausreichen, um die Generalversammlung wiederholen zu lassen; dies erscheint jedoch nicht sinnvoll, weshalb auch hier das Kausalitätserfordernis von Art. 691 III OR gelten sollte.

Die Klage richtet sich gegen die Gesellschaft (Passivlegitimation). Klagen kann jeder Aktionär und der Verwaltungsrat (Aktivlegitimation). Ist der Verwaltungsrat Kläger, so bestellt der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft (weil sonst der Verwaltungsrat seine und die Interessen der Gesellschaft zu vertreten hätte! [Art. 706a II OR]). Gläubiger hingegen sind nicht zur Klage legitimiert (obwohl auch sie berechnigte Interessen haben könnten).

Die Klage ist befristet (Art. 706a I OR): Nach 2 Monaten verwirkt die Klagemöglichkeit endgültig und selbst ein Beschluss der in übelster Weise gegen das Gesetz verstösst wird gültig!!! Rechtsunsicherheit soll, wie es für das Handelsrecht typisch ist, soweit als möglich vermieden bzw. möglichst eingeschränkt werden (Art. 706a I OR). Umgekehrt lässt sich demnach sagen, dass alle Beschlüsse der Generalversammlung resolutiv bedingt zustande gekommen sind.

Bei Gutheissung der Klage, wird der Beschluss aufgehoben (kassatorische Wirkung des Urteils: als wäre der Beschluss nie gefasst worden), aber nicht korrigiert. Das Urteil wirkt nicht nur für oder gegen den Kläger, sondern für oder gegen alle Aktionäre: *erga omnes*-Wirkung (Art. 706 V OR).

Da der Streitwert solcher Klagen meist sehr hoch ist (im Falle der Klage BK Vision v. SBG waren es ca. 3,5 Mia. Fr.) und deswegen die Gefahr besteht, dass die Klagen aus Furcht vor den Konsequenzen bei einer Niederlage nicht erhoben werden (Realität unter dem alten Aktienrecht), hat der Gesetzgeber im revidierten Aktienrecht die Möglichkeit geschaffen, dass im Extremfall die Gesellschaft die Prozesskosten auch dann zu tragen

hat, wenn der Kläger unterliegt (Art. 706a III OR). Diese Möglichkeit hat aber bisher nicht zu mehr Klagen geführt.

Ebenfalls sind vorsorgliche Massnahmen möglich (z.B. das Verhindern eines Handelsregistereintrages, Art. 32 II HRV).

Fall 13: Anfechtungsklage

Die Generalversammlung der Alpina Air AG fand am 10. Juni 1996 statt und wurde 10 Tage vorher unter Angabe von Zeit und Ort sowie der Verhandlungsgegenstände und Anträge einberufen. Die Traktandenliste lautete wie folgt:

1. *Protokoll der Sitzung vom 9. Juni 1995*
2. *Bericht des Präsidenten über das Geschäftsjahr 1995*
3. *Genehmigung der Jahresrechnung 1995 und des Antrags auf Verwendung des Reingewinns*
4. *Déchargeerteilung an den Verwaltungsrat*
5. *Wahl in den Verwaltungsrat*
6. *Varia*

Der Präsident eröffnete die Versammlung und begrüßte alle Anwesenden, insbesondere auch die anwesenden Aktionärsvertreter. Nachdem das Protokoll genehmigt worden war, schritt er zum Bericht über das Geschäftsjahr 1995 und anschliessend ohne Verzug zur Genehmigung der Jahresrechnung 1995. Herr Bangerter, ein der Generalversammlung wegen seiner alljährlichen Voten wohlbekannter Aktionär, wollte einige Fragen zum Geschäftsgang stellen, wurde aber auf das Traktandum "Varia" verwiesen. Der vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Gewinnverwendung wurde mit grosser Mehrheit zugestimmt und auch die Décharge wurde erteilt. Unter dem Traktandum "Wahlen" meldete sich Herr Bangerter – der dem Präsidenten seine vorherige Zurücksetzung sehr übel nahm – erneut zu Wort und beantragte die Abwahl des Verwaltungsratspräsidenten. Dieser ging auf den Antrag gar nicht ein und schritt zur Wahl des vorgeschlagenen neuen Verwaltungsrats. Nunmehr wütend stellte Herr Bangerter den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung, da ihm sein Auskunftsrecht verwehrt worden sei. Er verlangte die sofortige Abstimmung über seinen Antrag. Unter dem Hinweis, dieses Geschäft sei nicht traktandiert, ging der Verwaltungsratspräsident jedoch nicht auf den Antrag ein.

Herr Bangerter überlegte sich lange, was er unternehmen sollte. Nach einem ausgedehnten Urlaub, zuerst im Tessin und dann in Kenya, kam er zum Schluss, dass er sich wehren wolle. In wilder Entschlossenheit suchte er am 15. August 1996 seinen Anwalt auf.

Falllösung

- *Die Einladung zur Generalversammlung muss mindestens 20 Tage vorher an die Aktionäre abgehen (Art. 700 I und 696 I OR). Die Aktionäre werden sonst in ihrer Vorbereitung und Möglichkeit der Teilnahme eingeschränkt.*
- *Der Jahresbericht (und nicht der Bericht des Präsidenten) muss von der Generalversammlung genehmigt werden (Art. 698 II Ziff. 3 OR).*
- *Der Verwaltungsrat müsste die institutionellen Vertreter feststellen lassen (Art. 689e II i.V.m. 691 OR). Auf Verlangen auch nur eines Aktionärs (Proto-*

koll!!!) muss der Verwaltungsrat diese Angaben der Generalversammlung bekannt geben (Art. 689a II OR).

- *Der Verwaltungsrat verletzt das Auskunfts- und Debattierrecht, wenn er Bangerter auf Varia verweist.*
- *Den Antrag auf Abwahl des Präsidenten kann Bangerter nicht stellen, da dies nicht traktandiert ist: es geht um Wahlen, nicht Abwahlen. Bangerter könnte aber eine ausserordentliche Generalversammlung oder eine Sonderprüfung beantragen (Art. 700 III OR). Was durchaus klappen könnte, denn „Generalversammlungen sind emotionale Dinge: Massenhysterien“ (von Büren).*
- *Bangerter verpasst die Frist von 2 Monaten, die Klage ist verwirkt (Art. 706a OR).*

B) Die Nichtigkeitsklage (Art. 706b OR)

Die Unterschiede zwischen der Anfechtungs- und der Nichtigkeitsklage zeigen sich bereits im prozessualen Bereich: Die Anfechtungsklage ist eine Gestaltungsklage auf Aufhebung eines Beschlusses, während die Nichtigkeitsklage die richterliche Feststellung der bereits bestehenden Nichtigkeit eines Beschlusses verlangt (Feststellungsklage). Nichtigkeit eines Beschlusses bedeutet, dass der Beschluss nie gültig zustande kam.

Klageberechtigt ist jeder, der ein schützenswertes Interesse geltend machen kann (d.h. auch Gläubiger, potentielle Anleger usw.). Die Nichtigkeitsklage ist nicht befristet, sie kann auch noch nach längerer Zeit geltend gemacht werden, was für die Rechtssicherheit nachteilig und ein Grund mehr dafür ist, dieses derart starke Instrument als *ultima ratio* anzusehen, das nur in besonders schweren Fällen zum Zuge kommen soll, d.h. wenn in generell-abstrakter Form⁸⁰ in die Kernrechte der Aktionäre eingegriffen wird. Die Voraussetzungen für die Nichtigkeit eines Beschlusses sind deshalb sehr restriktiv auszulegen (Beispiele: BGE 80 II 271, BGE 93 II 30).

Je länger allerdings der zeitliche Abstand zwischen den nichtigen Beschlüssen und der Klage ist, desto eher muss die Verwirkung der Klage aufgrund von Art. 2 ZGB geprüft werden: das Rechtsschutzinteresse des Klägers kann z.B. nicht mehr gegeben sein und demzufolge die Klageanhebung missbräuchlich. Zuwarten allein genügt allerdings für den Rechtsmissbrauchstatbestand noch nicht.

Nichtig sind Beschlüsse der Generalversammlung und Statutenbestimmungen, die:

- zwingend gewährte Rechte der Aktionäre oder einer bestimmten Gruppe von Aktionären (z.B. das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung) in generell-abstrakter Weise beschränken (etwa indem nur an die Generalversammlung zugelassen wird, wer mehr als 10% der Aktien besitzt): Art 706b Ziff. 1 OR;
- Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzliche Mass hinaus beschränken (z.B. wenn der Antrag auf Sonderprüfung nur von Aktionären mit über 10 Mio. Fr. an Nennwerten gestellt werden dürfte): Art. 706b Ziff. 2 OR;
- gegen die Grundprinzipien des Aktienrechts verstossen (z.B. wenn in den Statuten neue Organe eingeführt werden; die schriftlichen Stimmabgabe; Abschaffung der Revisionsstelle; Eingriffe in die zwingenden Kompetenzen der Organe; statutori-

⁸⁰ Individuell-konkrete Eingriffe in Aktionärsrechte hingegen sollen hingegen nur durch die Anfechtungsklage gerügt werden können.

sche Nebenpflichten für Aktionäre) oder die Bestimmungen über den Kapitalschutz verletzt (z.B. Einlagenrückgewähr ohne Kapitalherabsetzung; Zinsen auf dem Aktienkapital; Austrittsrecht mit Entschädigung; Beschluss einer Dividende unter Verletzung der Sperrziffer; Auflösung der Reserven): Art. 706b Ziff. 3 OR;

- oder auch formelle Mängel, welche die ganze Generalversammlung nichtig sein lassen (z.B. Durchführung einer Universalversammlung, wenn nicht alle Aktionäre anwesend sind; Beschlüsse über nicht traktandierte Geschäfte; ein Beschluss der als gefasst protokolliert worden ist, über den aber nicht abgestimmt wurde).

Aufgrund seiner *ultima ratio*-Funktion ist die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung – trotz des „insbesondere“ in Art. 706b OR – auf die im Gesetz genannten Fälle zu beschränken.

C) Die Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4 OR)

Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals (nicht der Stimmen!) vertreten, können aus wichtigen Gründen – d.h. wenn die Fortführung nicht mehr zumutbar ist – die Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Allerdings kann der Richter eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung anordnen: Damit stellt die Auflösungsklage ein Notventil dar gegen den Machtmissbrauch von Mehrheiten gegenüber Minderheiten insbesondere in Konzernen, wenn z.B. den Aktionären keine Dividende mehr ausgeschüttet wird. Meist will in solchen Fällen die Auflösung gar niemand, die Minderheit will vielmehr draussen sein (was ihr oft durch den Verkauf der Aktien nicht mehr gelingt, weil sie keinen Käufer findet und die Gesellschaft [bzw. der Konzern] ebenfalls kein Interesse daran zeigt – die Mehrheit und Kontrolle über die Gesellschaft ist auch so möglich). Der Richter kann anordnen, dass der Konzern die Aktien der Minderheit kauft⁸¹, oder dass die Aktien durch eine Kapitalherabsetzung (gegen Entschädigung) vernichtet werden.

D) Die Verantwortlichkeitsklage

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2., neubearb. und stark erw. Aufl., Zürich 1987.

Bezüglich der Verantwortlichkeitsklage gibt es drei verschiedenen Unterscheidungskategorien:

- Die Art der Haftung;
- die haftenden Personen: die Mitglieder des Verwaltungsrates, die Geschäftsführer, die mit der Revision befassten Personen und die Liquidatoren;
- die Aktivlegitimation: die Gesellschaft, die Aktionäre (ihnen gleichgestellt sind die Partizipanten) und (wenn auch nicht in jedem Fall) die Gläubiger.

⁸¹ Ähnlich aber gerade umgekehrt, die Möglichkeit eines Anbieters bei einem öffentlichen Kaufangebot die restlichen Aktien für kraftlos erklären zu lassen, sofern er über 98% Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft besitzt (Art. 33 BEHG). Zur Regelung in Fusionsgesetz vgl. Fn. 69.

a) Arten von Verantwortlichkeitsklagen

i) *Die Haftung für den Emissionsprospekt (Art. 752 OR)*

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 501 ff.

Jedermann (d.h. die Verwaltungsratsmitglieder, die Geschäftsführer, aber auch Banken, die bei der Emission von Titeln beteiligt sind) haftet für den Schaden, den er, vorsätzlich oder fahrlässig, durch unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Angaben in einem Emissionsprospekt oder einer ähnlichen Mitteilung den Erwerbern (Aktivlegitimation) der Titel verursacht.

Die Haftung erstreckt sich nicht nur auf die Emission von Aktien und Partizipations-scheinen, sondern auf alle ausgegebenen Titel (Obligationen, Wandelanleihen, Optionen usf.).

ii) *Die Gründungshaftung (Art. 753 OR)*

Gründer, Verwaltungsratsmitglieder und alle andern an der Gründung beteiligten Personen (die Depotbank, der verurkundende Notar, der Protokollführer usf.) werden der Gesellschaft, den Aktionären und auch den Gläubigern für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden verantwortlich, der entsteht durch:

- unrichtige, irreführende Angaben sowie bei Verschweigen oder Verschleiern von Tatsachen im Zusammenhang mit Sacheinlagen, Sachübernahmen, Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht usf.;
- die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde, die unrichtige Angaben enthält;
- einen Beitrag dazu, dass Zeichnungen von zahlungsunfähige Personen angenommen werden.

iii) *Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754 OR)*

Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation ist die Verantwortlichkeitsklage des Aktienrechts – jenen Klage, die gemeint ist, wenn allgemein von der Verantwortlichkeitsklage die Rede ist.

Passiv legitimiert, d.h. gemäss Art. 754 I OR der Gesellschaft gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen, sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Als mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation befasst im Sinne dieser Bestimmung gelten nach Lehre und Rechtsprechung nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (faktische Organe).⁸² Es genügt somit, wenn die in Anspruch genommenen Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft massge-

⁸² BGE 117 II 570 ff., 571 E. 3. Faktische Organe einer juristischen Person sind demnach alle diejenigen Personen, die auf die Willensbildung der juristischen Person kraft ihrer Stellung entscheidenden Einfluss ausüben (Art. 717, 722 und 754 I OR; BUCHER AT, S. 627 f.). Vgl. auch Handelsrecht I, S. 24 f.

bend zu beeinflussen.⁸³ Diese Voraussetzungen dürften grundsätzlich immer gegeben sein für „die obersten Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie“.⁸⁴

Die Haftung auslösen können alle Handlungen, welche einen Verstoß gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten (Art. 717 OR) beinhalten, darin liegt bereits die Widerrechtlichkeit.

Die Haftung ist insofern gemildert, als sich exkulpieren kann, wer eine Aufgabe befugterweise (d.h. keine unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR; vgl. auch Art. 716b OR) einem anderen Organ übertragen hat und nachweisen kann, dass er bei der Auswahl (*cura in eligendo*), bei der Unterrichtung (*cura in instruendo*) und bei der Überwachung (*cura in custodiendo*) die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 II OR).

Beispiele für Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Verwaltungsrates sind etwa:⁸⁵

- der Entzug von Vermögenswerten, ohne Sicherstellung einer entsprechenden Gegenleistung;
- die Investition von 80% des Gesellschaftsvermögens in eine hochspekulative Anlage, auch wenn sie auf den Rat von Experten hin erfolgte;
- die nicht zinstragende Anlage von freien Vermögenswerten der Gesellschaft;
- das Tätigen von Geschäften mit Mehrheitsaktionären, die für Minderheitsaktionäre nachteilig sind;
- das Unterlassen einer Untersuchung trotz bekannten Unregelmässigkeiten;
- das Unterlassen einer ordnungsgemässen Buchführung;
- das Unterlassen einer seriösen Finanzplanung;
- das Missachten der Vorschriften von Art. 725 II OR, obwohl die bestehende Überschuldung bekannt ist oder bekannt sein müsste;
- sich trotz Unerfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lassen (Übernahmeverschulden);
- sich in das Amt (Verwaltungsratsmitglied) wählen lassen, trotz des Wissens um den hoffnungslosen finanziellen Zustand der Gesellschaft.

iv) Die Revisionshaftung

GRONER ROGER/VOGT HANS-UELI, Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, in: recht 1998, S. 257 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 408.

Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen (Revisoren) sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 755 OR).

⁸³ BGE 117 II 432 ff., 441 f. E. 2.

⁸⁴ BGE 117 II 570 ff., 573.

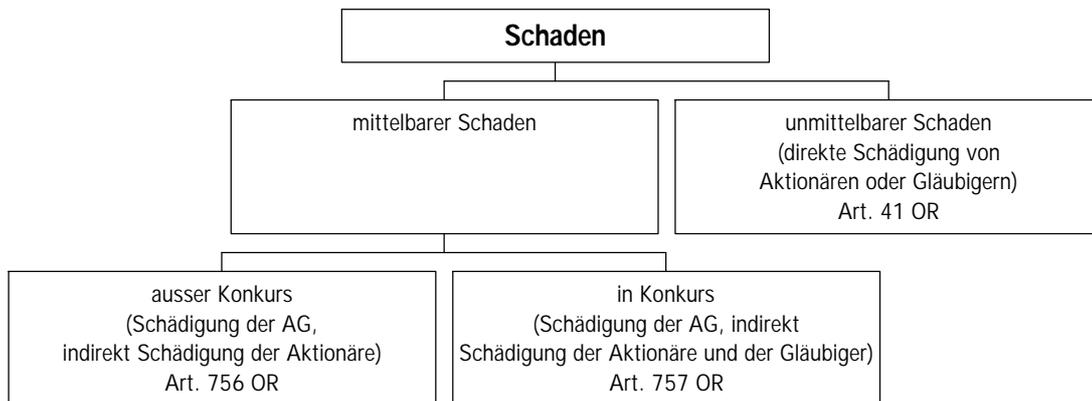
⁸⁵ Beispiele aus FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 37 N 21 ff.

Neben der Haftung als Organ kann die Revisionsstelle auch aufgrund des vertraglichen Auftragsverhältnisses mit der Gesellschaft haften: hier allerdings nur gegenüber der Gesellschaft.⁸⁶

b) Aktivlegitimation

GRONER/VOGT, S. 260 ff.

i) Übersicht



Leitet sich der Schaden eines Gläubigers oder eines Aktionärs bloss aus dem Schaden der Gesellschaft ab, indem er infolge der Vermögenseinbusse der Gesellschaft für seine Forderungen nicht gedeckt ist bzw. seine Beteiligung an Wert verliert, liegt ein mittelbarer Schaden vor. Ein unmittelbarer (direkter, individueller) Schaden wird angenommen, wenn der Gläubiger oder der Aktionär unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten einer haftbaren Person in seinem Vermögen beeinträchtigt wird.⁸⁷ Bei unmittelbarer Schädigung finden die besonderen Regeln von Art. 756-758 OR keine Anwendung. Anwendbar sind hingegen stets die Art. 759-761 OR. (Wobei für Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben, auch bei Geltendmachung unmittelbarer Schädigung die Einschränkung von Art. 758 I OR gelten muss, da diese sich sonst rechtsmissbräuchlich verhielten.)

ii) mittelbarer Schaden⁸⁸

Ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft sind – wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist – die Gesellschaft selbst und jeder Aktionär zur Klage berechtigt. Soweit die Gesellschaft klagt, bestimmt der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft (analog Art. 706a II OR). Die Klage lautet stets auf Leistung an die Gesellschaft. Ein klagender Aktionär geht also insofern ein Risiko ein, als er auch im Falle der Prozessgewinns selber nichts erhält und, wenn er den Prozess verliert, allenfalls die Prozesskosten zu tragen hat. Der Richter kann aber die Prozesskosten nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB) auf den Kläger und die Gesellschaft (oder nur die Gesellschaft) verlegen, soweit der Aktionär begründeten Anlass zur Klage hatte (Art. 756 II OR). Gläubiger sind, solange

⁸⁶ Zu prüfen wäre allenfalls, ob der Vertrag zwischen der Gesellschaft und der Revisionsstelle eine Schutzwirkung zugunsten Dritter (Aktionäre, Gläubiger) entfaltet. Dazu GRONER/VOGT, S. 259.

⁸⁷ BGE 122 III 176 ff., 190 E. 7 b: Diese allgemeine Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden hat das BGer allerdings nur in Bezug auf Gläubigerschaden explizit vorgenommen. Vgl. auch Fn. 90.

⁸⁸ Detailliert geschildert in BGE 117 II 432 ff., 437 ff. E. 1 b/cc.

die Gesellschaft zahlungsfähig ist, d.h. sich ausserhalb des Konkurses befindet und die Gläubiger somit keinen Schaden erlitten haben, nicht zur Klage zugelassen.

Im Konkurs der Gesellschaft ist zunächst die Konkursverwaltung berechtigt die Ansprüche von Aktionären und Gläubigern geltend zu machen und erst subsidiär – sofern die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet – die Aktionäre und die Gläubiger (Art. 757 I, II OR). Die Klage lautet in diesem Fall auf Leistung an die klagenden Aktionäre und Gläubiger: Das Ergebnis wird in erster Linie an die klagenden Gläubiger verteilt, in zweiter Linie an die klagenden Aktionäre und der Rest fällt in die Konkursmasse, d.h. geht an die übrigen Gläubiger und Aktionäre (Art. 757 II OR).⁸⁹

Der Entlastungsbeschluss (Décharge) wirkt (innerhalb oder ausserhalb des Konkurses) nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegen Klagen der Gesellschaft oder von Aktionären, welche dem Beschluss zugestimmt oder ihre Aktien seither – in Kenntnis des Beschlusses – erworben haben (Art. 758 I OR: Konkretisierung von Art. 2 ZGB, *venire contra factum proprium*). Aktionäre, welche nicht zugestimmt haben (im Protokoll vermerken lassen!), und Gläubiger sind nicht an den Entlastungsbeschluss gebunden. Das Klagerecht für diese Aktionäre erlischt sechs Monate nach dem Entlastungsbeschluss (Art. 758 II OR).

Das Klagerecht betreffend Tatsachen, die nicht bekannt gegeben worden sind, und das Klagerecht von geschädigten Gläubigern (nur im Konkursfall, vgl. oben) verjährt im Übrigen fünf Jahre nach Kenntnis des Schadens, jedenfalls aber nach zehn Jahren vom Augenblick der schädigenden Handlung an (Art. 760 I OR).

iii) unmittelbarer Schaden

Bei direkten Schäden, wenn also entweder Aktionäre oder Gläubiger selber zu Schaden gekommen sind, ist eine Klage nach Art. 41 OR zu führen. Die Widerrechtlichkeitsnorm ist in diesem Fall die jeweilige Schutznorm (z.B. Art. 717 OR), welche die Aktionäre oder die Gläubiger vor einem derartigen Schaden schützen will.⁹⁰ Diese Klage kann jederzeit, auch im Konkursfall geltend gemacht werden.

Die Klagemöglichkeit erlischt für Aktionäre wiederum nach sechs Monaten (sofern sie nicht dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben) und verjährt für Gläubiger (und für Aktionäre bezüglich unbekannter Tatsachen) fünf Jahre nach Kenntnis des Schadens, jedenfalls aber zehn Jahre nach der schädigenden Handlung (Art. 760 I OR).

c) Gerichtsstand

Die Klage kann gegen alle verantwortlichen Personen beim Richter am Sitz der Gesellschaft angebracht werden (Art. 761 OR).

d) Solidarität und Rückgriff

Grundsätzlich haften – sofern für den Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig sind – die Verantwortlichen solidarisch (Art. 759 I OR). Der Kläger kann nur einen der Ver-

⁸⁹ D.h. dass die klagenden Gläubiger und Aktionäre nicht nur den selbst erlittenen Schaden geltend machen können, sondern den ganzen der Gesellschaft entstandenen Schaden.

⁹⁰ Zur Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden vgl. BGE 122 III 176 ff., 190 ff. E. 7 b und die Besprechung des BGE vom 11.12.98 in: NZZ Nr. 30 vom 6. Februar 1999, S. 27 (letztere hier als „Anhang: Unmittelbarer und mittelbarer Gläubigerschaden“ eingefügt). Wie bereits in Fn. 87 erwähnt, hat behandelt das BGer nur den Gläubigerschaden.

antwortlichen auf den ganzen Schaden einklagen (wobei dieser seinerseits auf die übrigen Verantwortlichen Rückgriff nehmen kann), oder er kann mehrere Beteiligte einklagen und vom Gericht verlangen, dass dieses im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten (je nach persönlichem Verschulden) festsetzt (Art. 759 II OR).⁹¹

3.3.8 Liquidation

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 16 N 438 ff.

A) Allgemeine Bestimmungen betreffend die Auflösung

Die Auflösung der Gesellschaft kann infolge verschiedener Gründe erfolgen: durch Liquidation, durch Fusion oder auch aufgrund eines Wegzuges aus der Schweiz.

Das Gesetz sieht in Art. 736 OR folgende Auflösungsgründe vor:

- Auflösung nach einer bestimmten, in den Statuten festgesetzten Dauer;
- Beschluss der Generalversammlung (für den kein erhöhtes Quorum erforderlich ist);
- Konkurs der Gesellschaft;
- Auflösungsklage;
- und andere im Gesetz vorgesehene Fälle (wie das Unterschreiten der geforderten Zahl von drei Aktionären, die Verletzung von Nationalitätsvorschriften oder der Entzug der Bankbewilligung durch die EBK⁹² [Art. 23^{quinquies} II BankG]).

B) Die Liquidation der AG (Art. 736 ff. OR)

Die Liquidation einer Gesellschaft ist meist ein langwieriges Unterfangen, viel schwieriger als eine Gründung, da die Auflösung durch die Beteiligten schon psychologisch mit weniger Euphorie betrieben wird, weil die Auflösung in langsamen Schritten erfolgen muss (wenn z.B. die Lager zu einem guten Preis verkauft werden sollen), weil bestehende Verträge zu kündigen (Fristen!) oder noch einzuhalten sind, weil Arbeitnehmer nicht einfach auf die Strasse gestellt werden können usf.

a) Folgen der Liquidation (Art. 737 ff. OR)

Die Liquidation der Gesellschaft bedeutet zunächst eine totale Zweckänderung: der Zweck der Gesellschaft besteht nun darin, die Geschäfte langsam auslaufen zu lassen und nicht mehr in einer bestimmten, gewinnstrebigen Geschäftstätigkeit (Art. 743 OR). Aufgrund dieser neuen Lage müssen insbesondere die Gläubiger sowie allfällige potentielle Kreditgeber und Investoren geschützt werden, da ihre Ansprüche und Interessen gefährdet werden könnten.

Eine dieser Sicherungen besteht darin, dass die Gesellschaft in ihrer Firma den Zusatz „in Liquidation“ anfügen muss (Anmeldung beim Handelsregister und Veröffentlichung im SHAB).

⁹¹ Letztere Möglichkeit hat aber wohl den Nachteil, dass, wenn einer der Beteiligten zahlungsunfähig werden sollte, der Kläger nicht mehr auf die andern greifen kann, da sie bereits nach ihrem Verschulden Ersatz geleistet haben.

⁹² Eidgenössische Bankenkommission.

b) Ernennung der Liquidatoren

Es müssen Liquidatoren ernannt werden: erfolgt die Auflösung nicht wegen Konkurses oder richterlicher Auflösung, kann der Verwaltungsrat diese Funktion übernehmen (Art. 740 I OR), andernfalls ernennt das Gericht die Liquidatoren (Art. 740 IV OR) oder die Konkursverwaltung führt die Liquidation durch (Art. 740 V OR). Bei Banken ernennt die EBK die Liquidatoren (Art. 23^{quinquies} II BankG).

c) Abberufung der Liquidatoren

Die Generalversammlung kann die von ihr ernannten Liquidatoren jederzeit abberufen (Art. 741 I OR). Auf Antrag eines Aktionärs kann das Gericht – sofern wichtige Gründe (Unzumutbarkeit) vorliegen – Liquidatoren abberufen und andere ernennen (Art. 741 II OR).

d) Durchführung der Liquidation

Die Liquidation beginnt mit dem Beschluss der Generalversammlung (bzw. einem der andern Liquidationsgründe). Anschliessend ist eine Liquidationsbilanz zu erstellen (Art. 742 I OR); die bekannten Gläubiger sind direkt, unbekannt durch öffentliche Bekanntmachung im SHAB zu benachrichtigen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern (Art. 742 II OR). Melden sich bekannte Gläubiger nicht, ist der Betrag ihrer Forderung gerichtlich zu hinterlegen (Art. 744 I OR).

Anschliessen erfolgt die „Versilberung“ der Aktiven der Gesellschaft; ausstehende Beträge sind einzuziehen und Verpflichtungen zu erfüllen (Art. 743 OR).

Sind alle Geschäfte beendet und alle Aufgaben vollzogen, kann die Verteilung des verbleibenden Gesellschaftsvermögens beginnen: es wird unter die Aktionäre nach Massgabe der einbezahlten Beträge und unter Berücksichtigung der Vorrechte einzelner Aktienkategorien (Vorzugsaktien) verteilt (Art. 745 I OR). Die Verteilung kann frühestens nach Ablauf eines Jahres (vom Tag des dritten Schuldenrufes an) vollzogen werden. Erfolgt die Verteilung früher, muss ein besonders befähigter Revisor bestätigen, dass alle Schulden getilgt und keine Interessen Dritter gefährdet werden (Art. 745 II, III OR).

Zuletzt folgt die Löschung der Firma im Handelsregister (Art. 746 OR). Die Geschäftsbücher sind während zehn Jahren nach der Liquidation aufzubewahren (Art. 747 OR).

e) Widerruf des Auflösungsbeschlusses?

BÄR, in: ZBJV 1998, S. 771 ff. (Besprechung des in dieser Sache wegleitenden BGE 123 III 473).

Der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung ist grundsätzlich möglich, wenn mit der Liquidation noch nicht begonnen worden bzw. diese noch nicht weit fortgeschritten ist, und wenn keine Gläubiger dabei geschädigt werden.

4 Eingriffe des Börsengesetzes in das Gesellschaftsrecht

VON BÜREN ROLAND/BÄHLER THOMAS, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, in: AJP 96, S. 391 ff.; NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 478 ff., 513 ff.; SCHLUEP WALTER, R., Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, in: SZW Sondernummer 1997, S. 3 ff.; (deutsches) Gesetz vom 26. Juli 1994 über den Wertpapierhandel (WpHG); NOBEL PETER, Querbezüge zwischen Aktienrecht und Börsengesetz, in: Der Schweizer Treuhänder 5/1997, S. 463 ff. («<http://www.treuhaender.ch>»).

4.1 Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)

Das BEHG regelt die Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Börsen sowie für den gewerbsmässigen Handel mit Effekten, um für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen. Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte bzw. des Finanzmarktes zu gewährleisten (Art. 1 BEHG).

Das Börsengesetz ist zwar ein wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlass, greift aber in mehreren Bereichen in bedeutender Weise in das privatrechtlich geregelte Aktienrecht ein (soweit börsenkotierte Gesellschaften betroffen sind).

Das Börsengesetz vertieft somit den bereits im Aktienrecht sich abzeichnenden Riss zwischen den börsenkotierten grossen Publikumsgesellschaften und den nicht kotierten Gesellschaften (KMU usf.). Vgl. auch oben 3.3.3G).

4.2 Rechnungslegungsvorschriften und Ad hoc-Publizität

DE BEER ALEXANDER I., Fairness und Transparenz durch Ad hoc-Publizität, in: Der Schweizer Treuhänder 1/98 («<http://www.treuhaender.ch>»); WIEGAND WOLFGANG, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: FS Chapuis, Zürich 1998, S. 143 ff.

Die Börse erlässt ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel. Das Reglement enthält Vorschriften über die Handelbarkeit der Effekten und legt fest, welche Informationen für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und der Qualität des Emittenten durch die Anleger nötig sind. Es trägt international anerkannten Standards Rechnung (Art. 8 BEHG).

Bezüglich der Aktiengesellschaften bestehen die Informationen für die Anleger insbesondere in Geschäfts- und Jahresbericht, d.h. in der Rechnungslegung. Aus diesem Grund enthält das Börsenreglement (Kotierungsreglement, KR)⁹³ ausführliche Rechnungslegungsvorschriften, welche die Vorschriften des Aktienrechts zumindest für börsenkotierte Gesellschaften weitgehend obsolet werden lassen (Art. 64 ff. KR). Dieses Reglement verweist insbesondere auf die FER-Richtlinien⁹⁴ (welche im Anhang II des

⁹³ Vgl. dazu Fn. 21.

⁹⁴ Vgl. dazu Handelsrecht I, S. 19 f.

KR zu finden sind), die dem Grundsatz der *true and fair*⁹⁵ view folgen (Art. 66 f. KR) und nicht demjenigen der vorsichtigen Bewertung: Stille Willkürreserven sind unter diesen Grundsätzen nicht mehr erlaubt. Angestrebt wird eine möglichst grosse Vergleichbarkeit von Unternehmen (der gleichen Branche).

Neben diesen Rechnungslegungsvorschriften verpflichtet das Kotierungsreglement die Gesellschaften zusätzlich zur sog. *ad hoc*-Publizität: Der Emittent (die Aktiengesellschaft) hat den Markt unverzüglich über kursrelevante Tatsachen zu informieren, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind und nicht öffentlich bekannt sind. Als kursrelevant gelten neue Tatsachen, die wegen ihrer beträchtlichen Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsgang des Emittenten geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen (Art. 72 KR).⁹⁶ Diese Publizitätspflicht soll insbesondere den Anlegern bessere Informationen verschaffen.

4.3 Meldepflicht für Beteiligungen

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 521 ff.; Offenlegung von Beteiligungen, Broschüre der Schweizer Börse, Zürich 1998 (vgl. Fn. 21).

Die wenig geglückte Bestimmung von Art. 663c OR über die Bekanntgabe von Beteiligungsverhältnissen (vgl. oben 3.3.6E) wird ebenfalls durch Regeln des Börsengesetzes ersetzt; und zwar hat nun der Anleger selbst der Gesellschaft (und der Börse) unter gewissen Voraussetzungen seine Beteiligung bekannt zu geben (Art. 20 BEHG), und die Gesellschaft ist verpflichtet, die ihr mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten zu veröffentlichen (Art. 21 BEHG).

Diese Verpflichtung für den Anleger besteht dann, wenn durch einen Erwerb oder einen Veräusserung von Aktien die Beteiligung die Grenzwerte von 5, 10 (Einberufungsrecht, Sonderprüfung), 20, $33\frac{1}{3}$ (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse), 50 (Mehrheitsbeteiligung) oder $66\frac{2}{3}$ (alle Beschlüsse möglich) Prozent der Stimmrechte (ausübbar oder nicht) erreicht, unter- oder überschreitet (Art. 20 BEHG). Kommt ein Anleger seiner Mitteilungspflicht nicht nach, droht eine Busse bis zum doppelten Kauf- oder Verkaufspreis der Aktien (Art. 41 BEHG).

Mit dieser Bestimmung sind stille Übernahmen unmöglich geworden; der Markt ist informiert über allfällige Beteiligungen, deren Grösse einen Investition in eine bestimmte Gesellschaft unattraktiv macht, weil die Gesellschaft von einem andern Anleger massgeblich beherrscht wird.

⁹⁵ Zum Einzug der *Fairness* in das schweizerische Recht siehe auch DRUEY JEAN NICOLAS, Recht und Fairness, in: recht 98, S. 137 ff.

⁹⁶ Der *ad hoc*-Publizitäts-Test für den Emittenten: „Würde ich aufgrund der neuen – noch unveröffentlichten – Informationen das betreffende Papier kaufen oder verkaufen, weil ich glaube, dass der aktuelle Kurs diese Information unzureichend reflektiert?“ Wenn ja: Pflicht zur *ad hoc*-Meldung besteht.

4.4 Angebotspflicht/Austrittsrecht

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 526 ff.

Dieselbe Funktion hat die öffentliche Angebotspflicht bei Erreichen einer bestimmten Beteiligung, denn wenn ein Investor über eine Beteiligung in qualifizierter Höhe verfügt, ist dies oft der erste Schritt zur „Machtübernahme“ in der Gesellschaft: Wenn ein Anleger eine Beteiligung von $33\frac{1}{3}$ Prozent der Stimmrechte (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse) – ausübbar oder nicht – oder mehr erwirbt, muss er ein öffentliches Kaufangebot an alle andern Aktionäre der Gesellschaft machen (Art. 32 BEHG). Der Preis muss mindestens dem Börsenkurs entsprechen und höchstens 25 Prozent unter dem höchsten Preis liegen, den der Anbieter in den zwölf letzten Monaten für die Aktien der Gesellschaft bezahlt hat (Art. 32 IV BEHG).

In den Statuten der Gesellschaft kann diese Schwelle von $33\frac{1}{3}$ Prozent angehoben werden auf 49 Prozent (Art. 32 I BEHG: opting up) oder die Angebotspflicht ganz ausgeschlossen werden (Art. 22 II BEHG: opting out). Allerdings riskiert die Gesellschaft dadurch einen Rückgang des Börsenkurses, da Gesellschaften, die weniger Gefahr laufen, durch qualifizierte Beteiligung übernommen zu werden, im Allgemeinen attraktiver sind. Die andern Anleger werden nicht plötzlich Minderheitsaktionäre bzw. können ihren Anteil zumindest verkaufen (vgl. auch oben 3.3.7C).

4.5 Beschränkung der Kompetenzen des Verwaltungsrats bei einem öffentlichen Kaufangebot

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 539 ff.

Die Aktien einer Gesellschaft können einerseits über die Börse gekauft werden oder der interessierte Investor kann ein öffentliches Kaufangebot an alle Aktionäre machen. Dieses Kaufangebot muss in Zeitungen usf. veröffentlicht werden, wie auch – nach Ablauf der Angebotsfrist – das Ergebnis des Angebotes veröffentlicht werden muss (Art. 22 ff. BEHG).

Der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft hat zuhanden der Aktionäre einen Bericht vorzulegen, in welchem er zum Angebot Stellung nimmt (Art. 29 I BEHG und Art. 29 ff. UEV-UEK).⁹⁷

Er darf ausserdem von der Veröffentlichung des Angebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses keine Rechtsgeschäfte beschliessen, mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde (Art. 29 II BEHG). Diese Bestimmung soll den Verwaltungsrat in der Vornahme von Abwehrmassnahmen (wie z.B. Ausschüttung von Kapital, Gratisaktien aus den Reserven oder sog. golden parachutes: Abgang des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung mit grossen Abgangsschädigungen; vgl. die Aufzählung in Art. 35 UEV-UEK) einschränken, er ist aber gleichzeitig auch in seiner strategischen Leitung (durch Eingriffe eines Verwaltungserlasses!) behindert.

⁹⁷ Verordnung vom 21. Juli 1997 der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung-UEK, UEV-UEK), SR 954.195.1.

Die Generalversammlung unterliegt hingegen dieser Beschränkung nicht. Ihre Beschlüsse dürfen ausgeführt werden, unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Veröffentlichung des Angebots gefasst werden (Art. 29 II BEHG). Der Verwaltungsrat muss für Abwehrmassnahmen oder sonstige bedeutende Geschäfte eine Generalversammlung einberufen.

4.6 Recht auf Ausschluss ("Squeeze out")

Das Aktienrecht kennt eine einzige Möglichkeit des Ausschlusses von Aktionären: die Kaduzierung (vgl. oben 3.3.5C)a). Auch hier ergibt sich aus dem Börsengesetz eine weitere Möglichkeit des Ausschlusses von Aktionären.

Verfügt ein Anbieter bei einem öffentlichen Kaufangebot (vgl. oben 4.5) nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 Prozent der Stimmrechte, kann er binnen einer Frist von drei Monaten vom Gericht verlangen, die restlichen Aktien für kraftlos zu erklären (Art. 33 I BEHG und Art. 54 BEHV zur Berechnung und zum Verfahren).⁹⁸

Der Sinn dieser Regelung ist, dass ganz kleine Minderheiten nicht die überwiegende Mehrheit drangsaliieren sollen, indem ihretwegen „offizielle“ Generalversammlungen abgehalten werden müssen. (Extrembeispiel: Für einen Aktionär, der nur noch eine einzige Aktie besitzt, muss eine Generalversammlung abgehalten werden, obwohl die Gesellschaft im Übrigen zu einem Konzern gehört. Solches ist wenig sinnvoll.)

Die Gesellschaft gibt die für kraftlos erklärten Aktien erneut aus und übergibt sie dem Anbieter gegen Entrichtung des Angebotspreises (Art. 33 II BEHG). Der „enteignete“ Aktionär erhält eine Entschädigung in gleicher Höhe.

⁹⁸ Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11.

5 Fusion, Spaltung, Umwandlung, Sitzverlegung vom und ins Ausland

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 24 N 6 ff.; BÖCKLI PETER, Fusions- und Spaltungssteuerrecht: Gelöste und ungelöste Probleme, ASA Bd. 67 [1998/99], S. 1 ff. (zusammengefasst von HEUBERGER RETO: in ZSR 1998, Bd. I, S. 349 ff.); VON BÜREN ROLAND, Der Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, in: ZSR 1998, Bd. I, S. 299 ff.; VON BÜREN ROLAND/KINDLER THOMAS, Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), in: SZW 98, S. 1 ff.; MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über die Fusion Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}; (deutsches) Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (UmwG); KLÄY HANSPETER, Fusionsgesetz in der Vernehmlassung, in: Der Schweizer Treuhänder 1/98 («<http://www.treuhaender.ch>»).

5.1 Fusion

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 24 N 9 ff.; Botschaft vom 13.6.2000, BBl 2000 4337 ff.; Handelsrecht I, S. 110 ff.

5.1.1 Die echte Fusion (Art. 748 f. OR)

Fusion ist die vertraglich vereinbarte, liquidationslose Vereinigung von zwei oder mehr Gesellschaften zu einer einzigen rechtlichen Einheit (Art. 748 f. OR). Die Aktiven und Passiven gehen dabei auf dem Wege der Universalsukzession über, und die Kontinuität der Mitgliedschaft bleibt dabei gewahrt (Art. 7 FusG).⁹⁹

A) Absorptionsfusion

Bei der Absorption übernimmt eine Gesellschaft eine (oder mehrere) andere Gesellschaften (Art. 748 OR und Art. 3 I lit. a FusG). Die übernehmenden Gesellschaft bleibt weiter bestehen, die andere geht im Zuge der Fusion unter (Art. 3 II FusG).

B) Kombinationsfusion

Bei der Kombination werden zwei oder mehrere Gesellschaften in einer neu zu gründenden Gesellschaft vereinigt (Art. 749 OR und Art. 3 I lit. b FusG). Alle beteiligten Gesellschaften gehen unter bzw. in einer neuen Gesellschaft auf.

C) Zulässige Fusionsmöglichkeiten

Miteinander fusionieren können (Art. 4 FusG):

- Kapitalgesellschaften mit Kapitalgesellschaften;
- Kapitalgesellschaften mit Genossenschaften;
- Kapitalgesellschaften als übernehmende Gesellschaften mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften;

⁹⁹ Die Artikelzählung bezieht sich auf den „Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz, FusG) vom 13. Juni 2000“, BBl 2000 4531 ff.

- Kapitalgesellschaften als übernehmende Gesellschaften mit Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind;
- Kollektiv- und Kommanditgesellschaften mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften;
- Kollektiv- und Kommanditgesellschaften als übertragende Gesellschaften mit Genossenschaften;
- Genossenschaften mit Genossenschaften;
- Genossenschaften als übernehmende Gesellschaften mit Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind;
- Vereine mit Vereinen;
- Vereine als übernehmende Gesellschaften mit Genossenschaften ohne Anteilscheine;
- Stiftungen mit Stiftungen, sofern sie sachlich gerechtfertigt ist und insbesondere der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks dient (Art. 78 ff. FusG);
- Personalvorsorgeeinrichtungen, wenn der Vorsorgezweck und die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben (Art. 88 ff. FusG).

Sonderfälle betreffen die Fusion mit einer Gesellschaft in Liquidation oder im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung:¹⁰⁰

- Eine Gesellschaft in Liquidation kann sich als übertragende Gesellschaft an einer Fusion beteiligen, wenn mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen wurde (Art. 5 FusG);
- eine Gesellschaft kann – wenn ein Kapitalverlust oder Überschuldung vorliegt – mit einer andern Gesellschaft nur fusionieren, wenn dieser über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung oder der Überschuldung verfügt (Art. 6 FusG).

D) Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Im Zentrum des Fusionsgesetzes steht vor allem die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte: Die Mitglieder der fusionierenden Gesellschaften sollen nicht ungerechtfertigt benachteiligt oder gar ausgeschlossen werden können. Insbesondere die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft haben Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft in einer ihrem bisherigen Anteil entsprechenden Höhe (Art. 7 FusG).

Im Fusionsvertrag kann vorgesehen werden, dass die Mitglieder zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung wählen können (Art. 8 I FusG). Es kann auch nur eine Abfindung vorgesehen werden, dann allerdings bedarf der Fusionsbeschluss der Zustimmung von 90% aller Mitglieder der übertragenden Gesellschaft (Art. 18 V FusG).

¹⁰⁰ Die Übernahme von Unternehmen mit Kapitalverlusten oder Überschuldung kann für eine Gesellschaft insbesondere steuerlich interessant sein, da sich die Deckung der fehlenden Beträge als Aufwand verbuchen lässt (Gewinnminderung).

Bei der Fusion von Vereinen steht es Mitgliedern, welche der Fusion nicht zugestimmt haben, frei, aus dem Verein innerhalb von zwei Monaten auszutreten (Art. 19 FusG).

E) Verfahrensmässiger Ablauf der Fusion

- Abschluss eines schriftlichen Fusionsvertrages mit gewissem Mindestinhalt (Art. 13 FusG) durch die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der betroffenen Gesellschaften (Art. 12 I FusG);
- die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane haben einen Fusionsbericht zu verfassen, worin der Zweck und die Folgen der Fusion, der Fusionsvertrag, das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Höhe der Abfindung und – bei der Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen – die Pflichten, die den Mitgliedern durch die neue Rechtsform auferlegt werden können, rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen sind (Art. 14 FusG).
- Fusionsvertrag und -bericht sind von besonders befähigten Revisoren zu prüfen (Art. 15 FusG);
- der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht, der Prüfungsbericht und die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sind 30 Tage vor der Beschlussfassung am Sitz der Gesellschaft den Mitgliedern zur Einsicht bereitzuhalten (Art. 16 FusG);
- die Mitglieder der beteiligten Gesellschaften beschliessen die Fusion mit der jeweils geforderten, qualifizierten Mehrheit (Art. 18 FusG), bei Zweckänderung sind zudem die dafür geltenden Mehrheiten zu beachten (Art. 18 VI FusG);
- öffentliche Beurkundung des Beschlusses, ausser bei der Fusion von Vereinen (Art. 20 FusG);
- Eintrag ins Handelsregister (Art. 21 FusG).

Der Handelsregisterführer überprüft die gesetzliche Zulässigkeit der angemeldeten Fusion (aber auch einer Umwandlung oder Spaltung), das Vorliegen aller Belege, die Vollständigkeit derselben, die korrekte Beschlussfassung, die Einhaltung zwingender Vorschriften und das Vorliegen allfällig nötiger Bewilligungen beispielsweise der Wettbewerbskommission. Die inhaltliche Richtigkeit der Berichte hingegen ist vom Handelsregisterführer nicht zu prüfen.

F) Gläubigerschutz

Die Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften können innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses von der übernehmenden Gesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (Art. 25 FusG).

Bestand bei übertragenden Gesellschaften eine persönliche Haftung der Gesellschafter, bleibt diese Haftung während weiterer drei Jahre nach dem Fusionsbeschluss bestehen (Art. 26 FusG).

5.1.2 Die unechte Fusion und die Quasifusion

A) Die unechte Fusion

Als unechte Fusion wird die Übernahme eines bisher von einer andern Gesellschaft geführten Unternehmens (oder eines Teils desselben) mit Aktiven und Passiven verstanden (Art. 181 OR, Art. 69 FusG). Die übertragende Gesellschaft erhält als Gegenleistung entweder Geld (Unternehmenskauf) oder Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Kapitalerhöhung durch Sacheinlage). Die übernommene Gesellschaft kann alsdann liquidiert werden, ihre Mitglieder erhalten als Liquidationserlös entweder das Geld oder die Aktien der übernehmenden Gesellschaft (im letzteren Fall ist das Resultat ähnlich demjenigen der Absorptionsfusion).

Zugleich mit dem Fusionsgesetz soll ein neuer Art. 181 IV OR in Kraft treten, der auch in diesen Fällen die Bestimmungen des Fusionsgesetzes für anwendbar erklärt, damit diese nicht auf diesem Weg umgangen werden können.

B) Die Quasifusion (Aktientausch)

Von einer Quasifusion wird gesprochen, wenn eine Gesellschaft sämtliche (oder zumindest eine Mehrheit) der Aktien einer andern Gesellschaft erwirbt. Den Aktionären der übernommenen Gesellschaft können als Gegenleistung wiederum Aktien der übernehmenden Gesellschaft (Aktientausch) oder Geld zugewiesen werden. Im Gegensatz zur Fusion bleibt die übernommene Gesellschaft als rechtlich selbständiges abhängiges Unternehmen bestehen (z.B. Übernahme der noch immer bestehenden Wander AG durch die Sandoz). „Fusionen“ dieser Art fallen auch künftig nicht unter die Bestimmungen des Fusionsgesetzes.

Die Quasifusion kann das Resultat eines öffentlichen Kaufangebotes sein (Art. 22 ff. BEHG), durch welches ein Anbieter alle oder fast alle Aktien einer Zielgesellschaft erwerben kann. Problematisch kann sein, wenn einigen wenige Aktien bei einem andern Aktionär verbleiben, dann muss weiterhin eine Generalversammlung usf. durchgeführt werden (vgl. aber Art. 33 BEHG).

5.2 Spaltung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 24 N 61 ff.

Spaltung (Art. 29 ff. FusG) ist die Teilung einer Gesellschaft in zwei (oder mehrere) rechtlich selbständige Einheiten. Sie gehört insofern zur (Gross-) Fusion, als hier häufig Teile der Unternehmen, die nicht mehr in das neue Gesamtkonzept passen, abgespalten werden.

Heute wird für die Abspaltung (eines Teiles einer Aktiengesellschaft) zunächst ein abhängiges Unternehmen gegründet, in welches die Gesellschaft im Wege der Sacheinlage bestimmte Unternehmensteile einbringt. Sie erhält – als Gründerin und Alleinaktionärin – sämtlich Aktien der neu gegründeten Gesellschaft.

Möglich ist nach neuem Fusionsgesetz die (Ab-) Spaltung von Gesellschaften und Genossenschaften in Gesellschaften und Genossenschaften (Art. 30 FusG).

Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan der sich spaltenden Gesellschaft verfasst einen schriftlichen Spaltungplan (Art. 36 FusG) mit vorgeschriebenem Mindestinhalt (Art. 37 FusG) und einen Spaltungsbericht (Art. 39 FusG: rechtliche und wirtschaftliche Begründung und Erläuterung des Zwecks und der Folgen, des Plans und des Berichts, der Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte usw.).

Nach dem Spaltungsbeschluss (Art. 43 FusG) geht das betroffene Vermögen durch Universal sukzession (*sui generis*) auf die neue Gesellschaft über (Art. 52 FusG). Wiederum können die Gläubiger Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (Art. 46 ff. FusG) und die abspaltende Gesellschaft haftet subsidiär weiter (Art. 47 FusG).

5.3 Umwandlung

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 24 N 69 ff.; Anhang: Wenn die GmbH zur AG werden will.

Bei der Umwandlung geht es darum, das bisherige, unpassend gewordene Rechtskleid durch ein anderes zu ersetzen; inhaltlich bleibt im Übrigen alles gleich (Art. 68 FusG). Bisher war dies nur in vom Gesetz geregelten Einzelfällen möglich. Die Praxis hat immerhin in letzter Zeit, dem Erlass des Fusionsgesetzes vorgehend, weitere Fälle zugelassen.

Das neue Fusionsgesetz lässt folgende Umwandlungen zu (Art. 54 FusG):

- Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften anderer Rechtsform oder in Genossenschaften;
- Kollektivgesellschaften in Kapitalgesellschaften, in Genossenschaften oder in Kommanditgesellschaften;
- Kommanditgesellschaften in Kapitalgesellschaften, in Genossenschaften oder in Kollektivgesellschaften;
- Genossenschaften in Kapitalgesellschaften oder, sofern keine Anteilscheine bestehen, in Vereine (die ins Handelsregister einzutragen sind);
- Vereine, sofern im Handelsregister eingetragen, in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaften.

Für die Umwandlung sind wiederum Plan und Bericht zu erstellen, welche zu prüfen sind (Art. 59 ff. FusG). Zur Beschlussfassung sind je nach Gesellschaftsform bestimmte, qualifizierte Mehrheiten nötig (Art. 64 FusG). Und wie bei der Fusion einer Gesellschaft besteht während drei Jahren eine persönliche Haftung weiter – sofern die Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft persönlich hafteten (Art. 68 FusG).

5.4 Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung ist ein neues Rechtsinstitut. Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen können ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen (Art. 69 I FusG), wobei die Übertragung – wie bei der Spaltung und der Fusion – in einem Akt (*uno actu*) mit Aktiven und Passiven erfolgt; die Gesamtheit der im Übertragungsvertrag beschriebenen Vermögenswerte wird übertragen, ohne dass die für die Einzelüber-

tragung dieser Werte geltenden Formvorschriften eingehalten werden müssen. Für die Vermögensübertragung kann dem übertragenden Rechtsträger eine Gegenleistung gewährt werden. Eine solche ist jedoch kein notwendiges Begriffselement der Vermögensübertragung. In jedem Fall müssen aber die Vorschriften über den Schutz des Gesellschaftskapitals und die Liquidation eingehalten werden (Art. 69 II FusG).¹⁰¹

Falls die Beteiligten der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, ist nur eine Spaltung, nicht aber eine Vermögensübertragung zulässig. Bei der Vermögensübertragung bleiben die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in der übertragenden Gesellschaft unberührt; eine mögliche Gegenleistung für die Übertragung fällt der übertragenden Gesellschaft zu. Die Bestimmungen über die Spaltung und die Vermögensübertragung finden immer ausschliesslich und nie kumulativ Anwendung.¹⁰²

Für die Vermögensübertragung ist zwischen den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger ein schriftlicher Übertragungsvertrag abzuschliessen (Art. 70 f. FusG). Die Vermögensübertragung ist vom übertragenden Rechtsträger beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden (Art. 73 FusG); zudem ist die Übertragung im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen (Art. 74 FusG).

5.5 Fusion und Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts

VON BÜREN ROLAND, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., SZW 95, S. 85 ff.; ders., Die Rechtsformumwandlung als Voraussetzung einer Privatisierung, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, BTJP 1997, S. 21 ff.; WIEGAND WOLFGANG/WICHTERMANN JÜRIG, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, in: recht 99, S. 1 ff.

Der Druck darauf, die Umwandlung vermehrt zuzulassen und das Gesellschaftsrecht flexibler zu gestalten, kommt nicht zuletzt aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich, in welchem gerade im Zusammenhang mit NPM und andern neuen Formen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Bedarf an Umwandlungsmöglichkeiten zugenommen hat und wohl noch weiter zunehmen wird (z.B. die Umwandlung der BEKB von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine rein privatrechtliche Aktiengesellschaft oder die Fusion der Solothurner Kantonalbank mit dem Schweizerischen Bankverein selig).

Der Trend geht weg von behördlich verwalteten Unternehmen, weil man der Ansicht ist, dass Private unternehmerische Aufgaben besser erfüllen können, u.a. weil die privatrechtliche Kontrolle durch die Investoren und Anleger (Aktionäre) besser sein soll als staatliche Überwachung.

Künftig ist auch hier das (privatrechtliche!) Fusionsgesetz zumindest sinngemäss anwendbar (Art. 99 ff. FusG), abgesehen von den Bestimmungen über die Beschlussfassung und die Auflage, welche sich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften richten (Art. 100 III FusG). Die öffentlichen Gemeinwesen haften noch während drei Jahren

¹⁰¹ Vgl. Botschaft vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff., 4459.

¹⁰² Vgl. Botschaft vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff., 4460.

für die Verbindlichkeiten der umgewandelten oder fusionierten Unternehmen (Art. 101 FusG).

Das Fusionsgesetz ermöglicht, dass ein Institut des öffentlichen Rechts (Art. 99 FusG):

- sein Vermögen durch Fusion auf eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung überträgt; oder
- sich in eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung umwandelt.

5.6 Sitzverlegung vom und ins Ausland sowie die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung

Handelsrecht I, S. 17 f.

5.6.1 Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz

Schon nach bisherigem Recht (Art. 161 f. IPRG) kann sich eine ausländische Gesellschaft ohne Liquidation und Neugründung dem schweizerischen Recht unterstellen, wenn das ausländische Recht dies gestattet, die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt und eine Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist.

5.6.2 Sitzverlegung von der Schweiz ins Ausland

Nach bisherigem Recht (Art. 163 ff. IPRG) kann sich eine schweizerische Gesellschaft ohne Liquidation und Neugründung ausländischem Recht unterstellen, wenn sie nachweist, dass die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind, dass sie nach ausländischem Recht fortbesteht, und dass sie die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert hat.

Das Fusionsgesetz ändert diese Bestimmungen des IPRG nur minimal (vgl. nArt. 163 IPRG).

5.6.3 Grenzüberschreitende Fusion und Spaltung

Eine ausführliche Regelung findet neu im IPRG die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung (nArt. 163a ff. IPRG).

Eine schweizerische Gesellschaft kann eine ausländische Gesellschaft übernehmen (Absorptionsfusion) oder sich mit ihr zu einer neuen schweizerischen Gesellschaft zusammenschliessen (Kombinationsfusion), wenn das auf die ausländische Gesellschaft anwendbare Recht dies zulässt und dessen Voraussetzungen erfüllt sind (nArt. 163b IPRG).

Eine ausländische Gesellschaft kann eine schweizerische Gesellschaft übernehmen oder sich mit ihr zu einer neuen ausländischen Gesellschaft zusammenschliessen, wenn die schweizerische Gesellschaft nachweist, dass mit der Fusion ihre Aktiven und Passiven auf die ausländische Gesellschaft übergehen und die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

in der ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben. Die Gläubiger sind öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern (nArt. 163c IPRG).

Für die Übertragung von Vermögensteilen von einer schweizerischen auf eine ausländische Gesellschaft (und umgekehrt) auf dem Weg der Spaltung, gelten die Vorschriften des IPRG für die Fusion sinngemäss (nArt. 163d IPRG).

5.7 Der Rechtsschutz

5.7.1 Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Die Gesellschafter sollen ihren bisherigen Status und ihre Anteile behalten können, sie können deshalb – sofern dies nach der Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht mehr der Fall ist – Ausgleichszahlungen verlangen (Art. 104 FusG).

Die Beurteilung des Ausgleichs der Anteile unter dem Gesichtspunkt der *true and fair view* ist schon heute üblich.

5.7.2 Anfechtungsklage

Sind die Vorschriften des Fusionsgesetzes verletzt, können die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften (sofern sie dem Beschluss nicht zugestimmt haben) den Beschluss über die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im SHAB anfechten (Art. 105 I FusG). Der Beschluss kann auch angefochten werden, wenn er vom obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan der Gesellschaft gefällt worden ist (Art. 105 II FusG) – entgegen Art. 714 OR (*e contrario*).¹⁰³

5.7.3 Verantwortlichkeitsklage

Die Verantwortlichkeit (Art. 107 FusG) entspricht sinngemäss der Regelung des Aktienrechts (Art. 754 ff. OR). Die Verantwortlichkeit der Personen, die für ein Institut der öffentlichen Rechts tätig sind, richtet sich nach dem öffentlichen Recht (Art. 107 IV FusG).

¹⁰³ D.h. im Gegensatz zu sonstigen Beschlüssen z.B. des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, gegen die keine Anfechtungsklage geführt werden kann (Art. 714 OR).

6 Der Konzern

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 23 N 32 ff.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern - Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Basel und Frankfurt a.M. 1997; ders., Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 47 ff.; HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994; (deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (AktG), §§ 15-22 und 291-338; Vorlesungsskript Konzernrecht (SS 99).

6.1 Der Begriff des Konzerns

VON BÜREN, Konzern, S. 78 ff.

Konzerne sind eine „Erfindung“ der Praxis, während langer Zeit fand sich im Gesetz keine Regelung. Und selbst nach der Aktienrechtsrevision von 1992 kennt das schweizerische Recht kein eigentliches Konzernrecht, obwohl (nach Schätzungen DRUEYS) ca. zwei Drittel des schweizerischen Bruttosozialproduktes von Konzernen erarbeitet wird. Nur einzelne Gesetzesbestimmungen enthalten punktuelle Regeln zu einzelnen Teilaspekten und in einigen Erlassen wird der Konzern einfach vorausgesetzt: Art. 663e ff. OR: Definition des Konzerns und Pflicht zur Konzernrechnung; BEHG; Art. 6 BewG (Lex Friedrich): Vermutung über das Vorliegen der Beherrschung einer juristischen Person; Art. 4, 9 ff. KG: Def. des marktbeherrschenden Unternehmens, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; BankG bzw. Art. 23a BankV: Konzernrechnung; MSchG: Konzernmarke; Art. 17 III MWStV: Umschreibung des Konzerns, Gruppenbesteuerung; Art. 69 ff., 70 V DBG: Beteiligungsabzug, Ungerechtfertigte Steuerersparnis in Konzernen; Art. 28 I, II, III StHG: Beteiligungsabzug, Holdingprivileg, Domizilprivileg u.a.

Konzerne sind ein globales Phänomen, sie halten sich nicht an nationale Grenzen – abhängige Gesellschaften werden dort gegründet, wo für die angestrebte Tätigkeit die besten Voraussetzungen bestehen. Und auch das Konzernrecht selbst – soweit man von einem solchen sprechen will – sprengt alle juristischen Grenzen: Das Handelsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Steuerrecht, das öffentliche Recht u.a. Rechtsgebiete spielen hier eine bedeutende Rolle.

6.1.1 Der gesetzliche Konzernbegriff im Aktienrecht

Die Konzernbegriffe in den einzelnen Erlassen gehen auseinander. Vorliegend soll auf die Definition des Aktienrechts abgestellt werden. Nach dieser Definition ist ein Konzern dann gegeben, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst (Art. 663e I OR).

Charakteristisch für den Konzern ist demnach das Zusammentreffen von wirtschaftlicher Einheit (des Konzerns) bei gleichzeitiger juristischer Selbständigkeit (der zum Konzern zusammengefassten Gesellschaften), welche beiden Faktoren immer wieder zu Widersprüchen und Kollisionen führen können.

A) Die Unternehmenszusammenfassung

Ein Tatbestandsmerkmal des Konzern ist die tatsächliche Beherrschung „durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise“. Die blossе Möglichkeit der Beherrschung reicht nicht aus, sie muss tatsächlich ausgeübt werden.^{104, 105}

Die Beherrschung kann erfolgen durch:

- Besitz der Aktienmehrheit bzw. einer bedeutenden Beteiligung (in der Schweiz die nahezu ausschliessliche Form der Beherrschung im Konzern); sicher möglich bei 100%, aber auch schon bei 50,01% u.ä. (wobei allerdings die Sperrminorität von Art. 704 OR bei wichtigen Beschlüssen zu beachten ist); der beherrschende Einfluss kann aber auch schon bei einer bedeutenden Minderheitsbeteiligung (z.B. 20%) gegeben sein, wenn alle übrigen Aktien breit gestreut sind und nicht mit „organisier-tem Widerstand“ zu rechnen ist;¹⁰⁶
- Personen, d.h. personelle Verflechtungen wie die Identität von Verwaltungsräten in zwei Unternehmen, das Entsenden der Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder oder der Geschäftsleitung, welche Möglichkeit der Beherrschung natürlich weniger stabil ist als diejenige durch eine Beteiligung. Allerdings ist die Geschäftsleitung durch ihren täglichen Kontakt mit dem Geschäftsgang als eigentliches Zentrum der Macht in einer Gesellschaft oder einem Konzern anzusehen, sie hat einen sehr grossen Einfluss auch auf die Generalversammlung und den Verwaltungsrat;¹⁰⁷
- Vertrag zwischen dem beherrschenden und dem abhängigen Unternehmen, in dem sich dieses verpflichtet, sich jenem zu unterwerfen (Vertragskonzern; vgl. unten 6.2.3A);
- wirtschaftliche Abhängigkeit (z.B. über gewährte Darlehen, überlassene Immaterialgüterrechte und Lizenzverträge¹⁰⁸); eine Gesellschaft kann ihre wirtschaftliche Macht zur Beherrschung einer andern Gesellschaft benutzen.¹⁰⁹

In der Realität kommen diese Formen der Beherrschung kaum in reiner Form vor – Mischformen sind die Regel, d.h. Einfluss durch Beteiligung, aber auch durch personelle Verflechtung und wirtschaftliche Abhängigkeit. Im Fall von Übernahmen verbleiben

¹⁰⁴ Die Familie Sacher beispielsweise beherrscht Roche nicht durch ihre Beteiligungen und bildet deshalb auch keinen Konzern, obwohl sie die Möglichkeit der Beherrschung durchaus hätte.

¹⁰⁵ Im Unterschied dazu greift die Fusionskontrolle bereits ein, wenn die blossе Möglichkeit der Beherrschung besteht (Kontrollerwerb [Art. 4 III lit. b KG; Art. 1 VKU]). Vgl. auch Handelsrecht I, S. 110 ff.

¹⁰⁶ Die wichtigsten Schwellen sind demnach 10 (Einberufungsrecht, Sonderprüfung), $33\frac{1}{3}$ (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse), 50 (Mehrheitsbeteiligung) und $66\frac{2}{3}$ (alle Beschlüsse möglich) Prozent der Stimmrechte. Das Erreichen, Über- oder Unterschreiten ist denn auch nach Art. 20 BEHG meldepflichtig.

¹⁰⁷ Zur Problematik des Doppelmandates Verwaltungsratspräsident und oberstes Mitglied der Geschäftsleitung vgl. 3.3.4B)c)i) und Fn. 53.

¹⁰⁸ So kann beispielsweise ein Unternehmen, welches für die ganze Schweiz die Alleinvertretung eines bestimmten Produktes erhalten hat, in grosse Abhängigkeit geraten, wenn der Lizenzgeber droht, den Vertrag zu kündigen, welcher für die Existenz des Unternehmens von grösster Bedeutung ist.

¹⁰⁹ Hacco Gümligen beispielsweise ist zwar ein „selbständiges“ Unternehmen, produziert aber fast ausschliesslich für die Migros und dadurch von dieser wirtschaftlich völlig abhängig.

meist Minderheiten, sodass keine 100% Beteiligung erreicht wird (vgl. aber 3.3.7C) und 4.6).

Der Nachweis der tatsächlichen Beherrschung kann oft schwierig sein, da die Beherrschung meist „sehr höflich“ (z.B. durch einen Telefonanruf: „Wir würden uns freuen, wenn Sie ...“) erfolgt. Das kann gerade in Haftungsfragen dazu führen, dass in der Beweiskette eine erhebliche Lücke klafft. Eine (widerlegbare) Vermutungskaskade wie sie das deutsche Recht in den §§ 16-18 AktG im Falle einer Mehrheitsbeteiligung für das Vorliegen eines Konzerns kennt, wäre hier zu begrüßen.¹¹⁰

B) Die Durchsetzung einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung

Die effektive Durchsetzung kann verschieden intensiv geschehen, je nach Zentralisierungsgrad des Konzerns. Von einer blossen, strategischen Zielvorgabe bis hin zur völligen Beherrschung in allen geschäftlichen Belangen.¹¹¹ Entscheidend für das Vorliegen eines Konzerns ist jedoch, dass das konzernierte Unternehmen seine wirtschaftlichen Grundentscheidungen nicht selbst treffen kann, sondern sich nach den Weisungen der Konzernleitung richten muss.

6.1.2 Terminologie

VON BÜREN, Konzern, S. 11 ff.

Bezüglich der Begriffe, die im Zusammenhang mit dem Konzern verwendet werden, herrscht eine grosse Vielfalt und ein grosses Durcheinander (Muttergesellschaften, Tochtergesellschaften, Obergesellschaften, Untergesellschaften, Schwestergesellschaft usw.). Deshalb sollen hier nur die folgenden Begriffe verwendet werden.

A) Konzern

Als Konzern gilt die Gesamtheit der unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehenden, juristisch selbständigen Unternehmen.

B) Herrschendes Unternehmen (Konzernleitung)

Als herrschendes Unternehmen oder Konzernleitung wird im Folgenden jenes Unternehmen bezeichnet, welches die Steuerung des gesamten Konzerns, d.h. die Durchsetzung der einheitlichen Leitung, tatsächlich wahrnimmt.

C) Abhängiges Unternehmen

Die dem Willen der Konzernleitung unterworfenen Unternehmen werden abhängige Unternehmen genannt. Dies sind praktisch nur juristische Personen.

¹¹⁰ Vgl. auch Art. 6 II, III BewG.

¹¹¹ Verschiedene Zentralisierungsgrade können sogar innerhalb ein und desselben Konzerns auftreten: Bei Nestlé ist der Finanzbereich sehr stark zentralisiert, hier müssen die Konzernunternehmen sich völlig nach den Vorgaben der Konzernleitung richten, während im operationellen Bereich die Struktur eher dezentral ist.

D) Konzernunternehmen

Als Konzernunternehmen gelten die einzelnen Glieder des Konzerns, welche zusammen den Konzern bilden, d.h. das herrschende sowie alle unter seiner wirtschaftlichen Leitung stehenden abhängigen Unternehmen.

6.1.3 Abgrenzung des Konzerns von anderen Erscheinungsformen

VON BÜREN, Konzern, S. 16 ff.

A) Holding

Eine Holding ist ein Unternehmen, dessen Zweck hauptsächlich darin besteht, Beteiligungen an anderen Unternehmen dauerhaft zu halten. Der Begriff der Holding stammt aus dem Steuerrecht, welches mittels des sog. Holdingprivilegs eine steuerliche Mehrfachbelastung (d.h. Besteuerung von Ertrag und Vermögen zunächst bei der gehaltenen Gesellschaft und anschliessend noch einmal bei der Holdinggesellschaft) eliminieren oder zumindest stark mildern will (Art. 28 II StHG).

Die Holding bildet keinen Konzern, da sie ihre Beteiligungen nicht zur Beherrschung der gehaltenen Unternehmen nutzt; sie nimmt keine Konzernleitungsfunktion wahr.

Anlageholding: reine Holding zur Verwaltung von Beteiligungen und Investitionen in Unternehmen.

Konzernleitungsholding: Holding, in der zugleich die Geschäftsleitung eines Konzerns sitzt.

Gemischte Holding: Eine Holding, die neben der Verwaltung von Beteiligungen auch operative Tätigkeiten ausübt (und so nicht in den Genuss des vollen Holdingprivilegs kommt).

B) Akquisition

Eine Akquisition ist die Übernahme von Beteiligungen oder Aktiven und Passiven eines Unternehmens. Führt nicht zwingend zur Konzernierung, da Unternehmen auch gekauft werden, ohne dass sie anschliessend in den Konzern (oder das kaufende Unternehmen) integriert werden (z.B. Wander durch Sandoz).

C) Fusion

Durch eine Fusion (zumindest eine echte) entsteht kein Konzern, da die fusionierenden Unternehmen anschliessend auch eine juristische Einheit bilden (vgl. oben 5.1.1).

D) Jointventure (Gemeinschaftsunternehmen, GU)

Ein Gemeinschaftsunternehmen ist ein Unternehmen, welches von zwei oder mehreren Partner gegründet wird, um z.B. erhebliche unternehmerische Risiken oder die Kosten, die für einen Marktteilnehmer allein in einem bestimmten Bereich (Produktion, Lagerung, Vertrieb, Forschung und Entwicklung) zu hoch sind, zu teilen. Am Verhältnis der beiden beteiligten Unternehmen zueinander ändert sich nichts – sie bilden zusammen keinen Konzern.

Wem allerdings das Gemeinschaftsunternehmen zuzuordnen ist, kommt auf die konkreten Verhältnisse an. Einerseits kommt dasjenige Unternehmen in Frage, welches am Gemeinschaftsunternehmen eine Mehrheitsbeteiligung hält, andererseits jenes, welches den grössten Einfluss im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung geltend machen kann. Problematisch sind diejenigen Fälle in denen sowohl die Beteiligungen wie auch die Vertretung im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung paritätisch ausgestaltet sind (und dem Verwaltungsratspräsidenten kein Stichtenscheid zukommt). Die Lehre ist sich uneins: Die einen verneinen das Vorliegen eines Konzernunternehmens, die andern ordnen das Gemeinschaftsunternehmen bei totaler Parität beiden als abhängiges Unternehmen zu (sodass es beide konsolidieren müssen, wie der deutsche BGH entschied). In der Realität wird dies jedoch ein seltener Fall sein, da meist irgendetwas in Entscheidungen das letzte Wort hat bzw. haben muss.

E) Kartell

Handelsrecht I, S. 104 ff.

Als Kartelle (Wettbewerbsabreden) gelten rechtlich erzwingbare oder rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (Verträge, Statuten von Verbänden oder Vereinen, Verbandsempfehlungen usf.) sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von rechtlich und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 I KG).

Kartelle bilden folglich deshalb keinen Konzern, weil Wettbewerbsabreden gerade im Übrigen rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten wollen. Umgekehrt können innerhalb eines Konzerns keine unerlaubten Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellrechts getroffen werden, da hier gerade kein Wettbewerb herrscht, der beschränkt werden könnte. Innerhalb eines Konzerns sind deshalb grundsätzlich alle denkbaren Abreden erlaubt.

Aufgrund dieser Tatsache – welche einen starken Druck auf die Unternehmen ausübt, Konzerne zu bilden, um der Wettbewerbskontrolle zu entkommen – kennt das Wettbewerbsrecht neben der Kontrolle unzulässiger Wettbewerbsabreden zusätzlich die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrolle).

F) Zweigniederlassung / Betriebsstätte

Zweigniederlassungen¹¹² geniessen zwar eine gewisse wirtschaftliche Autonomie, jedoch nur innerhalb eines bestimmten juristischen Ganzen, d.h. die Zweigniederlassung hat keine juristische Selbständigkeit, womit eines der Kriterien für das Vorliegen eines Konzerns fehlt (Art. 663e I OR).

Eine Betriebsstätte (Begriff auf dem Steuerrecht) ist ein örtlich abgetrennter Teil des Unternehmens (z.B. die Produktionsstätte oder Lagerhallen), der im Unterschied zur Zweigniederlassung über keine wirtschaftliche Autonomie verfügt.

¹¹² Vgl. Handelsrecht I, S. 16 f.

Fall 14: Begriff des Konzerns

Prüfen Sie, ob in den folgenden Fällen ein Konzern i.S.v. OR 663e I vorliegt:

1. Die **Burkhalter Sanitär AG** in Grosshöchstetten hat eine kleine Aktiengesellschaft in Langnau und eine GmbH in Burgdorf erworben, die beide ebenfalls im Sanitärbereich tätig sind. Herr Burkhalter hat die Leitung der drei Firmen übernommen, welche zusammen einen Umsatz von Fr. 15 Mio. erzielen. Sie beschäftigen im Schnitt etwa 60 Mitarbeiter und die Bilanzsumme beträgt etwas über Fr. 5 Mio.
2. Die **Rehberg GmbH** in Laupen gehört zu den weltweit führenden Handelsfirmen im Bereich von PVC-Rohren mit einem Gesamtumsatz von über Fr. 200 Mio. und mehr als 600 Beschäftigten. Diese hat 22 Tochtergesellschaften in der ganzen Welt, welche von Laupen aus geleitet werden.
3. Die **Mobicasa-Versicherungsgesellschaft** gehört zu den führenden Sachversicherern der Schweiz. Ihr Umsatz liegt über 1.5 Mrd. Die Mobicasa selbst ist eine Genossenschaft; sie besitzt aber vier Aktiengesellschaften in der Schweiz, welche von Bern aus geleitet werden.
4. Die **Bernischen Kraftwerke AG** und die **Jungfraubahn AG** gründen zusammen eine neue Aktiengesellschaft, welche zum Ziel hat, die Strom- und Fahrleitungen der beiden Unternehmen zu Datenübertragungszwecken einzusetzen. Die beiden Partner sind am Gemeinschaftsunternehmen zu je 50% beteiligt.

6.2 Die Konzernbildung

6.2.1 Motive für die Konzernbildung

VON BÜREN, Konzern, S. 32 ff.

A) Wirtschaftspolitische Gründe

Übernationale Unternehmen sind Spieler auf dem durch den Abbau von Handelschranken nunmehr weltumspannenden Markt, die ohne Rücksicht auf nationale Befindlichkeiten die sich bietenden Standortvorteile (Steuern, Arbeit, Ausbildung usw.) ausnutzen.

Wo weiterhin Handelsschranken bestehen, können diese durch die Gründung abhängiger Unternehmen in den jeweiligen Märkten umgangen werden. Diese Unternehmen unterstehen vollständig dem Recht des jeweiligen Staates und geniessen dessen Vor- und Nachteile.

B) Betriebswirtschaftliche Gründe

Konzerne werden zum einen gebildet, weil so in vertikalen Strukturen die Zwischengewinne der verschiedenen Wirtschaftsstufen eliminiert werden können (der zum Konzern gehörende Zulieferer muss auf seine Produkte keine Gewinnmargen schlagen).

Auf der horizontalen Ebene zum andern – d.h. bei Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe – sind insbesondere Rationalisierung und Zusammenlegung von Produkti-

on (Skalenerträge¹¹³), Logistik (Lieferung just in time), Forschung¹¹⁴ usf. Antrieb zur Konzernbildung. Verschiedene Einheiten können so zu betriebswirtschaftlich optimalen Gebilden zusammengefasst werden (Beschaffung, Lagerung). Nicht zu vergessen die Vorteile grosser Marktmacht z.B. beim Aushandeln günstiger Konditionen.

Vorteile bringen oft auch zentrale Strategien (z.B. weltweit einheitlicher Auftritt) und der zentrale Mitteleinsatz (Kapital, Wissen, Arbeit). Andererseits kann dort, wo an nationale Empfindlichkeit nicht gerührt werden soll, eine Anpassung an die jeweilige Umgebung vorgenommen werden.

C) Steuerrecht

Der steuerrechtliche Antrieb zur Bildung von Konzernen besteht insbesondere im Beteiligungsabzug (Art. 28 I StHG, Art. 69 DBG), dem Holdingprivileg (Art. 28 II StHG) und dem Domizilprivileg (Art. 28 III StHG), d.h. der Möglichkeit für eine Holdinggesellschaft bzw. ein herrschendes Unternehmen, Beteiligungen (nahezu) steuerneutral zu halten. Die Erträge aus den Beteiligungen werden in diesem Fall nicht auf jeder Stufe voll versteuert, sondern nur bei der untersten Konzerngesellschaft.

Ein weiterer steuerlicher Vorteil besteht darin, dass die Holdinggesellschaft ihren Sitz irgendwo haben kann, vorzugsweise in einem steuergünstigen Land oder Kanton.

D) Kartellrecht

Innerhalb von Konzernen greift, da hier kein Wettbewerb herrscht, das Kartellrecht nicht. Vgl. dazu die Ausführungen oben 6.1.3E).

E) Gesellschaftsrechtliche Gründe

Ein wichtiger Grund für die Beibehaltung der juristischen Selbständigkeit der Konzernunternehmen ist darin zu erblicken, dass grundsätzlich die einzelnen Unternehmen nur mit ihrem eigenen Vermögen als Haftungssubstrat für ihre Verbindlichkeiten haften. Der Konzernierung kommt also auch die Funktion der Haftungsbeschränkung zu (gleich den Schotten eines Schiffes); wenn ein Konzernunternehmen in Konkurs fällt, betrifft dies die übrigen Unternehmen des Konzerns nicht.

¹¹³ Der Begriff der Skalenerträge (economy of scales) drückt die Beziehung zwischen den Kosten (pro Stück) und der produzierten Menge aus: je grösser die Anzahl der produzierten Menge ist, desto kleiner werden die Stückkosten. Dieser betriebswirtschaftliche Wunderbegriff hat allerdings heute seinen Glanz erheblich eingebüsst, da man feststellen muss, dass mit zunehmender Menge die Stückkosten auch wieder grösser werden können (weil z.B. für die grössere Menge zusätzliche Investitionen nötig sind), dass grosse Produktionseinheiten für Spezialanfertigungen in kleineren Mengen zu wenig flexibel sind usf.

¹¹⁴ So verwenden z.B. Roche und Novartis um die 18% ihres Umsatzes für Forschungszwecke; die Forschung im Pharmabereich erfordert derart grosse Investitionen, dass diese für viele kleinere Unternehmen zu gross wären.

6.2.2 Entstehungsarten

VON BÜREN, Konzern, S. 39 ff.

A) Endogener Konzernaufbau

Ein Konzern entsteht endogen, d.h. aus sich selbst heraus, wenn eine Gesellschaft selber neue, zu 100% abhängige Konzerngesellschaften gründet. Diese traditionelle Entstehungsart herrscht meist in den Anfangsphasen des Konzerns vor.

B) Exogener Konzernaufbau

Als exogen wird das Konzernwachstum bezeichnet, wenn es sich durch den Zukauf bereits bestehender, bis anhin unabhängiger Unternehmen vollzieht. Ein solches Wachstum kennzeichnet meist einen schon grösseren, fortgeschritteneren Konzern und ist heute die wichtigere Art der Konzernierung.

An sich könnte der Zukauf (Akquisition) bestehender Unternehmen durch die Übernahme ihrer Aktiven und Passiven erfolgen (was keinen Konzern, sondern die Vergrößerung des Unternehmens zur Folge hätte). Da aber eine solche Übernahme wegen der erforderlichen Einzelsukzessionen (von Sachen und Forderungen)¹¹⁵ viel zu aufwendig ist, werden in der Regel einfach Mehrheitsbeteiligungen erworben und die „gekauften Unternehmen“ konzerniert.

Des Weiteren kann ein anderes Unternehmen durch Fusion (wobei zumindest die echte nicht zu einem Konzern führt, weil am Ende eine juristische Einheit entsteht), Jointventures oder Konzernvertrag unter den Einfluss eines beherrschenden Unternehmens gestellt werden.

6.2.3 Arten von Konzernen

VON BÜREN, Konzern, S. 28 ff.

A) Vertragskonzerne und faktische Konzerne

Vertragskonzerne sind z.B. in Deutschland häufig; die Unternehmenszusammenfassung beruht hier auf einem Vertrag, der die Verhältnisse der konzernierten Unternehmen regelt (Beherrschungsverträge, Gewinnabführungsverträge, Stimmbindungsverträge, Betriebsführungsverträge usw.) Faktische Konzerne liegen vor, wenn die Beherrschung auf einem faktischen Machtverhältnis beruht (in erster Linie durch Beteiligungen bzw. Ausübung des Mehrheitsstimmrechts, wirtschaftliche Abhängigkeit, personelle Verknüpfungen usw.).

B) Unterordnungs- und Gleichordnungskonzerne / Einheitliche und körperschaftliche Konzerne

Der Unterordnungskonzern (oder einheitlicher Konzern) ist ein Konzern, in welchem ein beherrschendes Unternehmen abhängige Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammenfasst, ohne dass diese Unternehmen dazu ihr Einverständnis gegeben hätten.

¹¹⁵ Art. 181 OR regelt nur die einheitliche Übernahme von Schulden nicht aber eine Gesamtübernahme von Forderungen und Sachen.

Anders im Gleichordnungskonzern: hier stellen sich mehrere gleichberechtigte Unternehmen freiwillig unter eine einheitlich wirtschaftliche Leitung. Ganz ähnlich der körperschaftliche Konzern, bei dem die abhängigen Unternehmen die Mitglieder bzw. Gesellschafter des beherrschenden Unternehmens sind, welches seinerseits die einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzt. In der Schweiz sind dies vor allem die Genossenschaftskonzerne, welche aber aufgrund des Kopfstimmrechts in der Genossenschaft ziemlich labile Gebilde sind. Eine Beherrschung gegen den Willen der andern Mitglieder ist kaum möglich.

C) Horizontale und vertikale Konzerne

Horizontale Konzerne bestehen aus Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe (z.B. die Fenaco besteht aus lauter landwirtschaftlichen Genossenschaften), vertikale hingegen aus solchen verschiedener Wirtschaftsstufen (z.B. Unternehmen des Vertriebes und der Produktion).

D) Diagonale oder konglomerale Konzerne

Von einem diagonalen oder konglomeralen Konzern spricht man, wenn der Konzern nicht nur aus Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen besteht, sondern aus Unternehmen verschiedener Wirtschaftszweige.¹¹⁶

6.2.4 Mögliche Strukturen eines Konzerns

VON BÜREN, Konzern, S. 50 ff.

Die Ausgestaltung eines Konzerns kann – innerhalb der Grenzen des Gesetzes (Art. 20 OR) – beliebig vorgenommen werden. Konzerne sind einem ständigen Wandel unterworfen, da sie sich entwickeln und ihrer jeweiligen Umwelt anpassen. Die folgenden Typen kommen also kaum in reiner Form vor, ermöglichen aber eine gewisse Orientierung. Die Reihenfolge entspricht der historischen Entwicklung eines Konzerns.

A) Die Stammhauslösung

Wenn Stammhaus, Konzernleitung und Holdinggesellschaft in ein und derselben Gesellschaft vereinigt sind, spricht man von Stammhauslösung. Eine solche ist typisch für Konzerne im Anfangsstadium: Eine Gesellschaft gründet irgendwo ein Tochterunternehmen, an dem sie zu 100% beteiligt ist. Der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens nimmt zugleich die operative Leitung dieses abhängigen Unternehmens wahr.

Eine solche Konstruktion wird aber bald zu eng; sobald verschiedene abhängige Unternehmen bestehen, können die Konzerngesellschaften nicht mehr optimal geführt werden. Der Verwaltungsrat des Stammhauses kann sich nicht gleichzeitig um das Heimgeschäft und um die Geschäfte in verschiedenen Weltteilen kümmern. Deshalb wird oft auch das Stammhaus aus dem herrschenden Unternehmen ausgegliedert und erhält den gleichen Status wie die andern Konzerngesellschaften. Der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens kann sich danach allein um die operativen Fragen des Konzerns kümmern und muss sich nicht mehr zugleich um die Leitung eines einzelnen Unternehmens kümmern.

¹¹⁶ Vgl. dazu 6.2.4D) und Fn. 117.

B) Die Holdinglösung

Die Ausgliederung der Beteiligungen in eine eigene Gesellschaft erfolgt bei Vergrößerung des Konzern meist aus steuerlichen Gründen, d.h. wegen des Holdingprivileges (vgl. oben 6.1.3A) und 6.2.1C). Die Konzernleitung bleibt dabei meist im ehemaligen Stammhaus zurück (denn die Kosten der Konzernleitung senken dessen Gewinn). Sie befindet sich damit in einem eigentlich von der Holdinggesellschaft abhängigen Unternehmen; mit den nötigen Vollmachten kann sie aber jederzeit über die vollen Stimmrechte der Beteiligungen verfügen.

C) Konzerne mit einer separaten Managementgesellschaft

Wird auch die Holdinglösung zu unbeweglich, kann die Konzernleitung in ein eigenes abhängiges Unternehmen ausgegliedert werden, um nur noch den Konzern und nicht mehr auch die Geschäfte des Stammhauses zu leiten.

Die Holding verbleibt als reine Beteiligungsgesellschaft mit den entsprechenden Aufgaben: Dividenden der Konzerngesellschaften einziehen, Kapitalerhöhungen, Liquidationen und Neugründungen vornehmen usf.

Dass auch hier die Konzernleitung in einem eigentlich abhängigen Unternehmen sitzt, ist nicht entscheidend. Sie muss nur – z.B. über die potentielle Möglichkeit der Ausübung der Stimmrechte der Beteiligung durch eine Vollmacht – über die nötige Macht verfügen, den abhängigen Unternehmen Weisungen zu erteilen.

D) Divisionale Konzernstruktur

Viele Grosskonzerne gliedern sich heute in voneinander unabhängige Divisionen¹¹⁷ mit eigener Konzernleitung. Der Holdinggesellschaft bleiben allein die bereits genannten Funktionen (vgl. oben C). Einer obersten Konzernleitung verbleiben nur die ganz zentralen Konzernleitungsfunktionen wie Personalplanung für die obersten Führungsetagen, Finanzen und Finanzplanung, Konzernplanung usf. (vgl. unten 6.4.3).

6.2.5 Anforderungen an Konzernunternehmen

VON BÜREN, Konzern, S. 73 ff., 197 ff.

A) Rechtsformunabhängige Anforderungen

Die Führung eines Konzerns beinhaltet immer auch die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens (Art. 52 ff. HRV: eine Konzern bedarf wohl stets einer geordneten Buchführung). Ein herrschendes Unternehmen muss also in eine dafür geeignete und erlaubte Rechtsform gekleidet sein (vgl. unten B).

Auf der andern Seite müssen abhängige Unternehmen beherrschbar sein, einem Dritten unterstellt werden können (vgl. unten C).

B) Mögliche Gesellschaftsformen für das herrschende Unternehmen

In der Praxis ist die Aktiengesellschaft als herrschendes Unternehmen die Regel. Aber auch die GmbH und – mit gewissen Einschränkungen – die Genossenschaft kommen in Frage, wie auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Sogar Vereine (sofern der

¹¹⁷ Novartis z.B. in die Bereiche Pharma, Ernährung, Saatgut usf.

Vereinszweck nicht wirtschaftlich ist und die beherrschten Unternehmen als blosse „Geldmaschinen“ im Dienst eines ideellen Vereinszwecks stehen) und Stiftungen (sofern der Stiftungszweck dies vorsieht) können die beherrschende Stellung im Konzern einnehmen.

Eine gesetzliche Regelung (d.h. eine Pflicht zur konsolidierten Jahresrechnung [Art. 663e OR]) kennen allerdings nur die Aktiengesellschaft und – über Verweise auf das Aktienrecht – die GmbH (Art. 805 OR) und gewisse Genossenschaften (Kreditgenossenschaften und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften [Art. 858 II OR]). In den übrigen Fällen besteht keine Konsolidierungspflicht!

Allein die einfache Gesellschaft eignet sich nicht als herrschendes Unternehmen im Konzern. Denn sobald eine einfache Gesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, finden die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft Anwendung (vgl. oben 2.1).

C) Mögliche Gesellschaftsformen für das abhängige Unternehmen

Als abhängige Unternehmen eignen sich hingegen bloss die Aktiengesellschaft (als die weitaus am häufigsten genutzte Rechtsform), die GmbH und gewisse Genossenschaften.

Bereits die Genossenschaft als abhängiges Unternehmen ist problematisch, denn alle Genossenschafter haben eine gleiche Stimme (*one man one vote*). Aus diesem Grund kann eine Genossenschaft nur mit dem Willen aller übrigen bzw. nicht gegen den Willen der übrigen Genossenschafter durch eine andere Gesellschaft beherrscht werden. In der Praxis funktioniert dies nicht immer gut; zudem bestehen erhebliche Mängel, was die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung betrifft.¹¹⁸

Unternehmen anderer Rechtsform können nicht als abhängige Unternehmen eingesetzt werden: Die Personengesellschaften nicht, weil sie nicht über finanzielle Beteiligungen zu beherrschen sind – es müssten die Gesellschafter selbst beherrscht werden; der Verein nicht, weil er für die Vereinsmitglieder nicht einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen darf; die Stiftung nicht, weil sie durch ihren Zweck beherrscht wird und nicht durch den Stiftungsrat (welcher zusätzlich durch eine öffentliche Aufsichtsbehörde kontrolliert wird).¹¹⁹ Und die einfache Gesellschaft darf ihrerseits kein kaufmännisches Gewerbe betreiben.

¹¹⁸ Vgl. Art. 921 ff. OR: Genossenschaftsverbände als typische Genossenschaftskonzerne.

¹¹⁹ Denkbar sind für Vereine, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften wirtschaftliche Abhängigkeit, vertragliche Bindung und personelle Verflechtungen. Doch müssen dazu die minimalen Aufgaben kommen (vgl. unten 6.4.3), welche das herrschende Unternehmen übernehmen muss, damit von einer Konzernierung überhaupt gesprochen werden kann, was wohl eher selten der Fall sein wird.

6.3 Die Konsolidierungspflicht und verstärkte Publizität

6.3.1 Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung

Erfüllt ein Konzern die Voraussetzungen von Art. 663e II OR (Überschreiten von zwei der angegebenen Kriterien: Bilanzsumme 10 Mio. Fr., Umsatzerlös 20 Mio. Fr., 200 Arbeitnehmer bzw. Auftreten am Kapitalmarkt), hat er eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen.

Konsolidierung bedeutet nicht, einfach alle Zahlen der zum Konzern gehörenden Unternehmen zu addieren. Vielmehr sind konzerninterne Transaktionen zu neutralisieren: insbesondere Forderungen und Schulden der Gesellschaften untereinander; Beteiligungswerte und das entsprechende Eigenkapital der Gesellschaften; konzerninterne Aufwendungen und Erträge (aus Lieferungen und Leistungen, Zinsen oder Lizenzgebühren zwischen den Gesellschaften); Dividenden von konsolidierten Gesellschaften.¹²⁰

Das BEHG (durch das KR) und das BankG (Art. 6 BankG i.V.m. Art. 23a, 25d ff. BankV) sehen für Konzerne zusätzlich verschärfte Regeln vor. International kotierte Grosskonzerne gehen regelmässig über diese Anforderungen hinaus, da z.B. für die amerikanische Börse noch schärfere Vorschriften gelten.

6.3.2 Die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Beteiligungsverhältnisse

Im Anhang der Jahresrechnung sind nach Aktienrecht alle Beteiligungen, „die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind“ aufzuführen (Art. 663b Ziff. 7 OR).

Doch je nach Grösse der Gesellschaft sind betragsmässig gleich grosse Beteiligungen wesentlich oder erscheinen nicht als relevant und müssen deshalb nicht angegeben werden, da die aktienrechtliche Bestimmung von der relativen Bedeutung einer Beteiligung im Verhältnis zur Gesamtgrösse ausgeht. Insbesondere grosse Gesellschaften müssen ihre kleineren Beteiligungen nicht angeben.

Eine Korrektur dieser schwachen Bestimmung haben die Art. 20 f. BEHG gebracht, welche Inhaber von Beteiligungen verpflichten, qualifizierte Beteiligungen der Gesellschaft (und der Börse) zu melden. Die Gesellschaft ihrerseits hat diese Meldungen zu veröffentlichen. Vgl. oben 4.3 und unten 6.3.3.

Ähnliches gilt nach Art. 3 V und VI BankG für Banken: Jede natürliche oder juristische Person hat der EBK Meldung zu erstatten, bevor (!) sie direkt oder indirekt eine qualifizierte Beteiligung (10% des Kapitals oder der Stimmen oder einen massgeblichen Einfluss auf andere Weise) an einer Bank erwirbt oder veräussert. Diese Meldepflicht besteht auch, wenn eine qualifizierte Beteiligung in solcher Weise vergrössert oder verkleinert wird, dass die Schwellen von 20, 33 oder 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmen erreicht oder über- bzw. unterschritten werden. Die Bank meldet solche Tatsachen, sobald sie davon Kenntnis erhält.

¹²⁰ Vgl. auch Anhang II des KR der Schweizer Börse.

6.3.3 Die Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre

Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, haben bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen anzugeben, sofern diese ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten (Art. 663c OR). Bedeutende Aktionäre sind solche, deren Beteiligung 5 Prozent (bzw. eine tiefere Stimmrechtsbeschränkung) übersteigt.

Problematisch bzw. untauglich ist diese Bekanntgabepflicht bei Inhaberaktien und bei den sog. Dispo-Aktien, d.h. bei jenen Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören (weil der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat). Deshalb ist diese wenig glückliche Bestimmung durch Regeln des Börsengesetzes ersetzt worden; und zwar hat nun der Anleger der Gesellschaft (und der Börse) unter gewissen Voraussetzungen seine Beteiligung bekannt zu geben (Art. 20 BEHG), und die Gesellschaft ist verpflichtet, die ihr mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten zu veröffentlichen (Art. 21 BEHG).

Auch hier kennt das Bankgesetz eine ähnliche Regelung: Nach Art. 6 IV und V BankG i.V.m. Art. 25c Ziff. 3.10.2 BankV sind mit Namen und je der prozentualen Beteiligung die Kapitaleigner und stimmrechtsgebundenen Gruppen von Kapitaleignern im Anhang der Jahresrechnung anzugeben, deren Beteiligung 5 Prozent aller Stimmrechte (bzw. eine tiefere Stimmrechtsbeschränkung) übersteigen.¹²¹

6.4 Die Führung im Konzern und die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrats

VON BÜREN, Konzern, S. 53 ff., 163 ff.

6.4.1 Das Recht auf Leitung des Konzerns

Die einheitliche wirtschaftlichen Leitung (vgl. oben 6.1.1) wird durch die Führung im Konzern erreicht. Da das Gesetz in Art. 663e I OR die Konzernbildung ausdrücklich vorsieht, ist demnach auch die Führung im Konzern, d.h. die Ausübung von Konzernleitungsmacht zulässig.

Eine Grenze des Rechts auf Leitung eines Konzerns liegt im konkreten Fall im Zweck (Zweckartikel in den Statuten) des herrschenden Unternehmens. Sieht der Zweckartikel des herrschenden Unternehmens die Leitung eines Konzerns nicht vor, werden die Organe allenfalls persönlich haftbar (Art. 718a I und 754 OR). Die andere Grenze bildet der Rahmen der Rechtsordnung: hier sind bei den abhängigen Unternehmen die Bestimmungen des Minderheitenschutzes, das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre und der Gläubigerschutz zu beachten. Denn trotz der Konzernierung bleiben die abhängigen Unternehmen juristisch selbständig, was bedeutet, dass die Regeln ihrer Rechtsform zu beachten sind.

¹²¹ Vgl. dazu BGE 124 II 581 bezüglich dieser Offenlegungspflicht im Zusammenhang mit der BZ Bank und der BZ Holding AG (Besprechung und Kommentar in NZZ Nr. 281 vom 3.12.1998, S. 21).

6.4.2 Das Bestehen einer Konzernleitungspflicht

Eine Pflicht zur Konzernleitungspflicht kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Hingegen können die Statuten einer Aktiengesellschaft vorschreiben (oder allenfalls nur als Möglichkeit erlauben), dass gewisse (risikoreiche) Tätigkeiten in eine eigene, abhängige Gesellschaft ausgelagert werden; woraus für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung eine Konzernleitungspflicht folgt, sobald dieses abhängige Unternehmen gegründet worden ist.

6.4.3 Aufgaben der Konzernleitung

Dem Gesetz ist aber auch nichts über die minimalen Aufgaben der Konzernleitung zu entnehmen. Auf der einen Seite sind die Aufgaben der Konzernleitung durch das Recht begrenzt, sie kann sich nicht ausserhalb des Rahmens des Gesetzes bewegen. Andererseits muss die Leitung aber jene Intensität erreichen, welche die wirtschaftliche Einheit entstehen lässt, die erst den Konzern ausmacht.¹²²

Damit lassen sich folgende Kriterien formulieren, welche für eine einheitliche Leitung sprechen:

- Strategische Zielvorgaben für den Gesamtkonzern und allenfalls Konkretisierung für jedes abhängige Unternehmen;
- Festlegung der Struktur des Konzerns (Reglemente);
- Vorgaben für die personelle Besetzung der Geschäftsleitungen der abhängigen Unternehmen;
- Organisation des Finanz- und Rechnungswesens (Zuteilung der finanziellen Mittel, Ausstattung der abhängigen Unternehmen mit Eigenkapital, Fremdkapital usf.);
- Aufbau einer institutionalisierten Überwachung (Weisungen, Kontrolle, Korrektur).

Diese Aufgaben decken sich weitgehend – wenn auch auf einer höheren Ebene – mit den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft (Art. 716a OR). Neben diesen minimalen Anforderungen, nimmt die Konzernleitung oft weitere Aufgaben wahr:

- Detaillierte Zielvorgaben für die Konzernunternehmen;
- Erbringung zentraler Dienstleistungen, welche für das einzelne Konzernunternehmen zu teuer wären (Forschung und Entwicklung, EDV, Recht, zentrales Marketing usf.);
- zentrale Verwaltung der Immaterialgüterrechte (dies insbesondere aus steuerlichen Gründen, da den Konzernunternehmen einerseits in Form der Verpflichtung zu Lizenzgebühren ein Transfertitel für Geldüberweisungen an das herrschend Unternehmen zur Verfügung steht und so ihr Gewinn geschmälert wird).

¹²² Keine Führung in diesem Sinne stellen z.B. Anforderungen an die abhängigen Unternehmen über die Höhe der auszuschüttenden Dividende dar. Diese Funktion kommt auch einer reinen Holdinggesellschaft zu.

6.4.4 Die Stellung des fiduziarischen Verwaltungsrates

Kernproblem der Führung eines Konzerns ist die Durchsetzung der Vorgaben des herrschenden Unternehmens in den einzelnen abhängigen Unternehmen. Das Problem besteht zunächst darin, dass das herrschende Unternehmen nicht selbst im Verwaltungsrat der abhängigen Unternehmen Einsitz nehmen kann, sondern natürliche Personen als ihre Abgeordnete (im Auftragsverhältnis) in den Verwaltungsrat dieser Gesellschaften entsenden muss (Art. 707 III OR). Zudem fallen dem Verwaltungsrat gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu (Art. 716a OR), bei denen die Entscheidung im Grunde nicht dem herrschenden Unternehmen überlassen werden dürfte, obwohl es gerade diejenigen sind, die als die typischen Aufgaben einer Konzernleitung bezeichnet wurden (vgl. oben 6.4.3).

Sodann müssen die Vertreter des herrschenden Unternehmens in „ihrer“ Gesellschaft u.U. Weisungen durchsetzen, die zwar im Interesse des Konzerns sind, aber gegen die Interessen des abhängigen Unternehmens selbst verstossen. In solchen Fällen sind die Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesellschaft und ihren Aktionären für Schäden persönlich haftbar (Art. 754 i.V.m. 717 I OR).

Für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage können sich die Verwaltungsratsmitglieder von abhängigen Unternehmen einerseits über eine Haftpflichtversicherung absichern (wobei die Schadenssumme meist nicht allzu hoch angesetzt werden kann) oder sich durch das herrschende Unternehmen von der Haftung befreien lassen: dies geschieht durch eine Klausel (sog. *hold harmless clause*) im Auftragsverhältnis, in welcher das herrschende Unternehmen für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage die Befreiung von der Schadenersatzforderung verspricht (jedenfalls soweit sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied im Rahmen der Weisungen der Konzernleitung bewegt hat).

Widerrechtlich jedenfalls ist das Befolgen von Weisungen des herrschenden Unternehmens nicht, denn der Konzern wird auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.

6.5 Der Minderheitenschutz

VON BÜREN, Konzern, S. 111 ff.

Solange das herrschende Unternehmen eine Beteiligung von 100 Prozent an einem abhängigen Unternehmen hält, hat die Frage des Minderheitenschutzes keine Bedeutung. Relevant wird sie allein, wenn auch andere, freie Aktionäre am Unternehmen beteiligt sind. Dazu kommt es insbesondere bei einem exogenen Konzernwachstum, soweit nicht alle Aktien aufgekauft werden.

6.5.1 In der Konzerneintrittsphase

Wird eine Gesellschaft von einer andern in der Absicht übernommen, jene in ihre wirtschaftliche Einheit (Konzern) zu integrieren (Kontrollübernahme), zählt das bisherige Interesse dieser Gesellschaft nicht mehr, sondern nur noch das Interesse des Konzerns. Das kommt einer Zweckänderung gleich und bedeutet allenfalls eine Beeinträchtigung der Interessen der andern Aktionäre.

Eine solche Kontrollübernahme kann zum einen verhindert werden durch verschiedene Abwehrmassnahmen (vgl. oben 4.5), u.a. durch Verweigerung der Zustimmung zu einer

Zweckänderung (welche immerhin zwei Drittel der Stimmen bedarf [Art. 704 OR]). Befolgt der Verwaltungsrat die Weisungen des herrschenden Unternehmens, ohne dass eine Zweckänderung vorgenommen worden ist, kann dies zum einen Grund für eine Verantwortlichkeitsklage sein (Art. 754 i.V.m. 717 OR). Eventuell haften sie sogar persönlich für ihre Handlungen, da die Vertretungsmacht der Organe nur soweit geht, wie der Zweck der Gesellschaft es mit sich bringen kann.

Verbleibende Minderheiten können aber auch gegen Entschädigung aus der Gesellschaft „austreten“ (das herrschende Unternehmen hat, sofern es mehr als $33\frac{1}{3}$ Prozent der Aktien besitzt, den übrigen Aktionären ein Kaufangebot zu unterbreiten [Art. 32 BEHG; vgl. oben 4.4]) oder eine Auflösungsklage anstrengen (vgl. dazu oben 3.3.7C). Wenn das herrschende Unternehmen über 98 Prozent der Aktien besitzt, kann es die verbleibenden Aktionäre auch gegen Entschädigung ausschliessen lassen (Art. 33 BEHG; vgl. oben 4.6).

6.5.2 In der Konzernbetriebsphase

In der Betriebsphase des Konzerns haben freie Aktionäre ein Recht darauf, dass keine verdeckten Gewinnausschüttungen zugunsten des Konzerns stattfinden und dadurch ihre Ansprüche (auf Dividende) gefährdet werden (Art. 678 OR; vgl. oben 3.3.5D)f).

Zudem müssen durch den Verwaltungsrat alle Aktionäre unter den gleichen Voraussetzungen gleich behandelt (Art. 717 II OR) und Rechte schonend ausgeübt werden (vgl. 3.3.5D)c).

Und selbstverständlich stehen allen Aktionären die aktienrechtlichen Informations- und Kontrollrechte (Art. 696 f. OR; vgl. oben 3.3.5B)a)vi), das Recht, eine Sonderprüfung zu beantragen (Art. 697a ff. OR; vgl. oben 3.3.5B)a)vii), die Möglichkeit, eine Anfechtungs-, Nichtigkeits- oder Verantwortlichkeitsklage anzustrengen (Art. 706 ff. und 754 OR; vgl. oben 3.3.7) oder auch die Auflösungsklage (vgl. dazu oben 3.3.7C) zur Verfügung.

6.5.3 In der Konzernaustrittsphase

Bei Auflösung der Gesellschaft stehen allen Aktionären Anteile am Liquidationserlös zu (vgl. oben 3.3.8).

6.6 Ansprüche gegen die herrschende Unternehmung

VON BÜREN, Konzern, S. 168 ff.

6.6.1 Der Grundsatz: Respektierung der rechtlichen Selbständigkeit

Bei der Frage der Haftung des herrschenden Unternehmens für Ansprüche gegen es und seine abhängigen Unternehmen bzw. bei der Frage nach der Möglichkeit, direkt auf die Konzernleitung zu greifen, ist grundsätzlich die juristische Grenze („Schotten“) und Haftungsbeschränkung bzw. die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen rechtlichen Gebilde zu beachten, denn das Körperschaftsrecht basiert auf dem Grundsatz der voll-

ständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern in persönlicher und vermögensmässiger Hinsicht. Auch eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter (herrschendes Unternehmen) ist grundsätzlich unbeachtlich.

6.6.2 Die Rückerstattung von verdeckt ausgeschütteten Gewinnen

Dazu vgl. oben 3.3.5D)f).

6.6.3 Die Haftung des herrschenden Unternehmens

A) Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Zu beachten ist, dass nicht nur die Organe des abhängigen Unternehmens selbst nach Art. 754 OR für Schäden haften, sondern auch die Vertreter des herrschenden Unternehmens (z.B. ihre Verwaltungsratsmitglieder und die Geschäftsleitung), soweit sie in der abhängigen Konzerngesellschaft eine faktische Organstellung¹²³ inne haben, persönlich zur Verantwortlichkeit gezogen werden können.

B) Organhaftung

Für die Organe des herrschenden Unternehmens kann über die Organhaftung (Art. 722 OR/Art. 55 ZGB) dieses haftbar gemacht werden.

Ansonsten haftet das herrschende Unternehmen für sie als seine Hilfspersonen (Art. 55 OR). Bei dieser Haftung ist zwar eine Exkulpation theoretisch möglich, doch wird diese in den meisten Fällen scheitern, da es dem herrschenden Unternehmen kaum je gelingen wird, zu beweisen, dass sie ihre Hilfspersonen genügend überwacht bzw. ihnen die richtigen Instruktionen gegeben hat.

C) Durchgriff

HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 17.96 ff.

Der Durchgriff im Konzern, d.h. die Inanspruchnahme des Vermögens des herrschenden Unternehmens für Verpflichtungen einer rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft, ist eine Rechtsfigur, die nur ganz ausnahmsweise zur Anwendung kommt: dann nämlich, wenn das abhängige Unternehmen vom herrschenden Unternehmen in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet wird, sodass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen Art. 2 ZGB verstösst. Die Voraussetzungen sind also das Vorliegen eines Konzernverhältnisses und der Rechtsmissbrauch.

Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn:

- das abhängige Unternehmen mit einem für die übertragenen Aufgaben zu kleinen Kapital ausgestattet wird (bewusste Unterkapitalisierung);

¹²³ „Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“, d.h. auch solche Personen, die sich wie Organe gebärden. „Es genügt somit, wenn die in Anspruch genommenen Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen“ (BGE 117 II 432).

- das abhängige Unternehmen durch Ausschüttung aller Gewinne und Reserven zugunsten des herrschenden Unternehmens „ausgehöhlt“ wird, sodass für Gläubiger kein Haftungssubstrat übrig bleibt; oder wenn
- die Vermögen von abhängigem und herrschendem Unternehmen derart durchmischt werden, dass eine Zuordnung nicht mehr möglich ist.

D) Haftung aus Patronatserklärungen und sog. Konzernvertrauen

a) Haftung aus Patronatserklärungen

BUCHER AT, S. 94; G/S, 3896, 4015 (m.w.H.).

Ein Konzern, wie jedes andere Unternehmen auch, wird bemüht sein, mit möglichst günstigen Fremdmitteln zu arbeiten (z.B. mit Krediten von Banken). Um nun für abhängige Unternehmen eine genügende Kreditwürdigkeit zu erzielen, versprechen oft die herrschenden Unternehmen in irgendeiner Weise (mehr oder weniger verbindlich) den Kreditgebern, für die Verbindlichkeiten des abhängigen Unternehmens einzustehen bzw. aufzukommen (Patronatserklärung).

b) Haftung aus „erwecktem Konzernvertrauen“

Vgl. dazu insbesondere BGE 120 II 331 („Swissair“), aber auch: BGE 121 III 350, BGE 123 III 220, BGE 124 III 297. Besprechungen u.a. AMSTUTZ MARC/WATTER ROLF, in: *AJP* 1995, S. 502 ff.; BÄR, in: *ZBJV* 1998, S. 764 ff.; VON BÜREN, Konzern, S. 60 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Greyhound, First Boston, Swissair – Fahrten, Stationen und Flüge auf dem Weg zu einer bundesgerichtlichen Konzernrechtspraxis, Dokumentation zur Informationsveranstaltung der Weiterbildungsstufe HSG vom 14. Juni 1995, S. 1 ff.; ders., Konzernrecht, *SZW* 1995, S. 93 ff., 95, 97; GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus „Konzernvertrauen“, in: *recht* 95, S. 117 ff.; LUTTER MARKUS, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln 1997, S. 232 ff., insbes. 240 f.; WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: *ZBJV* 1996, S. 273 ff.; WIEGAND WOLFGANG, Vertrauenshaftung, BGE 120 II 331 („Swissair“), in: *ZBJV* 1996, S. 321 ff.; ders., Vertrauenshaftung (BGE 121 III 350), in: *ZBJV* 1997, S. 144 ff. Zusammenfassend: VON BÜREN ROLAND, Haftungsgrundlagen im Konzern, BGE 124 III 297 ff. i.S. Musikvertrieb AG gegen Motor-Columbus AG, *SZW* 1/99, S. 54 ff. und HAUSHEER/JAUN, in: *ZBJV* 1999, Heft 7/8.

Eine Haftung des herrschenden Unternehmens für seine abhängigen Unternehmen kann auch aus dem sog. erweckten Konzernvertrauen entstehen: Lässt das herrschende Unternehmen zu, dass ein abhängiges Unternehmen in Werbung und Korrespondenz intensiv auf die Einbettung in den Konzern hinweist und festhält, dass hinter ihren Aktivitäten immer auch das herrschende Unternehmen stehe, kann dies bei Dritten ein berechtigtes Vertrauen erwecken, welches (auch ohne ausdrückliche Patronatserklärung) zu einer direkten Haftung (kein Durchgriff) des herrschenden Unternehmens führt. „Eine derartige Vertrauenshaftung kommt jedoch nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht. Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hat deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und kann das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und haftet bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst.“

Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch

ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht (BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.; vgl. auch 121 III 350 E. 6c S. 355 f.). Das blosse Bestehen einer Konzernverbindung vermag somit keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Ebenso wenig genügen Werbeaussagen, in denen bloss in allgemeiner Form auf eine bestehende Konzernverbindung hingewiesen wird. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.“¹²⁴

finis operis, © by mk. WS 98/99

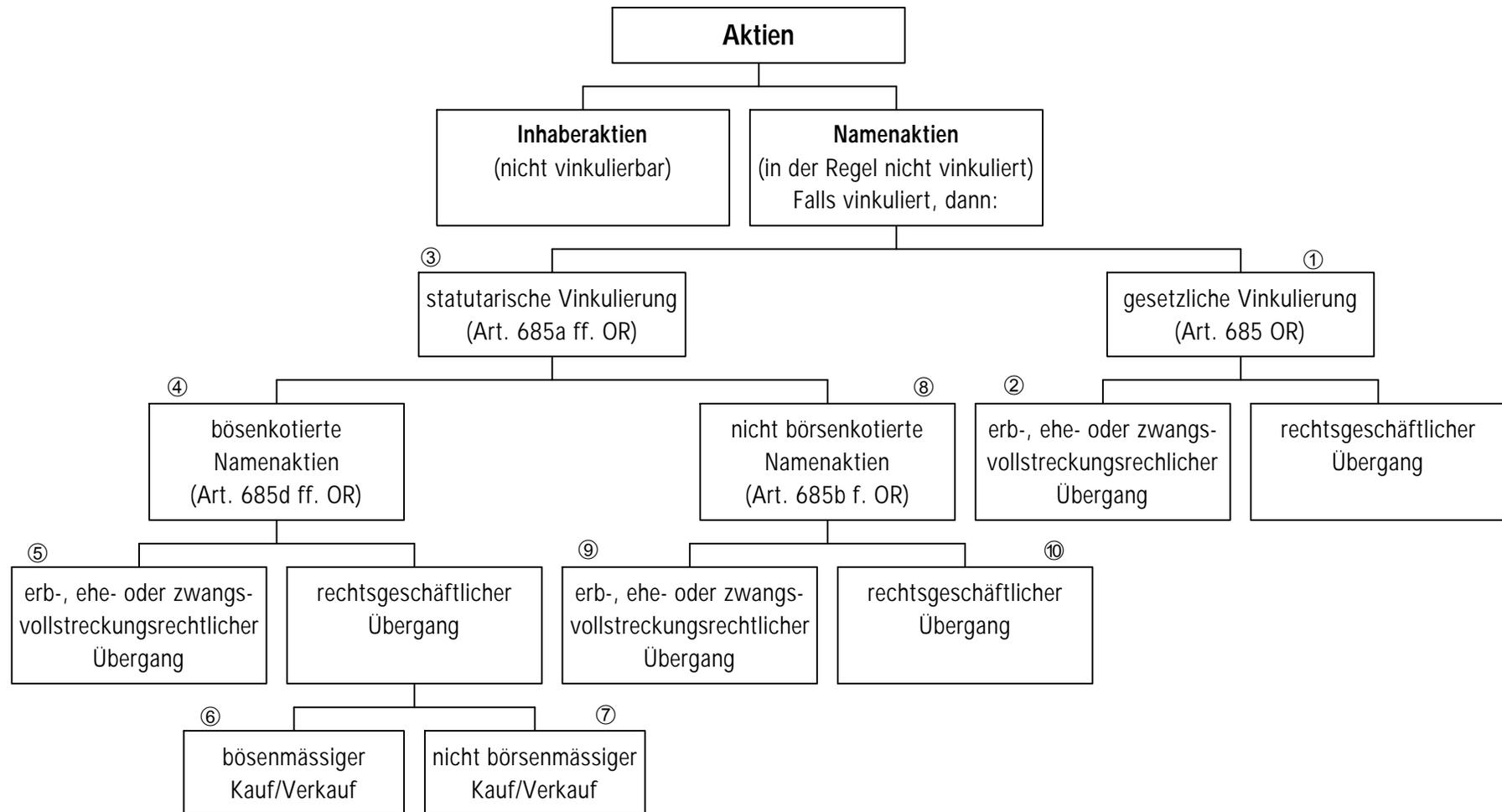
¹²⁴ Zitat aus BGE 124 III 297 ff., 303 f. E. 6 a.

Anhang: Rechtsgemeinschaften und Körperschaften

	Rechtsgemeinschaft	Körperschaft
Gesellschaftsvermögen: - Rechtszugehörigkeit - Haftung für Geschäftsschulden	Gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter (Art. 653 II ZGB). Solidarische Haftung der Gesellschafter.	Alleineigentum der Gesellschaft. Primäre oder sogar ausschliessliche Haftung der Gesellschaft.
Personenbezug:	Enger Personenbezug, da die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft an den Personen hängt.	Die Mitglieder haben keinen Einfluss auf die Kreditwürdigkeit (société anonym).
Organisation: - Willensbildung - Geschäftsführung	Eher locker. Einstimmigkeitsprinzip (=Vetorecht des Einzelnen). Selbstorganschaft	Ziemlich straff. Mehrstimmigkeitsprinzip. Drittorganschaft (Haftung der Gesellschaft für die Handlungen der Organe, Art. 55 ZGB).
Gesellschaftsvertrag: - Mindestinhalt - Form	Mehrseitiges Rechtsgeschäft. Einigung über die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Formfrei.	Statuten. Gesetzlich zwingend vorgeschriebener Mindestinhalt. Schriftlichkeit oder sogar öffentliche Beurkundung des Errichtungsaktes.

Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2 N 71.

Anhang: Schema zur Vinkulierung



Anhang: Entwurf zu einem Rechnungslegungsgesetz (RRG)

Zum Thema der Rechnungslegung ist momentan ein Entwurf zu einem neuen Rechnungslegungsgesetz in der Vernehmlassung, welches die Regel des Aktienrechts ablösen und einheitliche Regeln für alle Handelsgesellschaften schaffen soll: Der Expertenentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) soll die Bestimmungen des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung ersetzen und das schweizerische Rechnungslegungsrecht weitgehend den EG-Richtlinien angleichen. Mit dem Expertenentwurf zum RRG soll die Transparenz der Rechnungslegung verbessert werden. Dies soll in erster Linie durch folgende Neuregelung verwirklicht werden:

- Einführung einer empfängerorientierten Rechnungslegung, welche nach moderner Auffassung die wirtschaftliche Lage der rechnungslegungspflichtigen Organisation derart darstellt, dass sich Dritte darüber ein zuverlässiges Urteil bilden können (Grundsatz der Fair presentation);
- Erweiterung der Anforderungen der Rechnungslegung für einzelne Organisationen, insbesondere für Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und Genossenschaften;
- Ausdehnung der Rechnungslegungspflicht auf Vereine und Stiftungen ohne Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister, sofern deren Grösse und die Art ihrer Tätigkeit die Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht erfordern.

Der Expertenentwurf schlägt zudem für alle rechnungslegungspflichtigen Organisationen unabhängig von ihrer Rechtsform grundsätzlich eine einheitliche Regelung der Rechnungslegung vor. Da gewisse Differenzierungen aber unerlässlich sind, wird zwischen kleinen, mittleren und grossen Organisationen unterschieden. Für kleine Organisationen sind in gewissen Punkten Erleichterungen vorgesehen; grosse Organisationen müssen mehr Informationen als die kleinen und die mittleren offenlegen. Der Expertenentwurf verzichtet im Sinne einer liberalen Lösung darauf, die Einzelheiten dieser zusätzlichen Informationen im Gesetz festzulegen, und verweist hinsichtlich der Gliederung von Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang sowie der zusätzlichen Angaben im Anhang auf allgemein anerkannte Grundsätze der Rechnungslegung, wie die Fachempfehlungen zur Rechnungslegung FER, die International Accounting Standards IAS oder die Generally Accepted Principles GAAP der USA. Diese Lösung soll die nötige Flexibilität im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen im Rechnungslegungsrecht gewährleisten und es den betroffenen Organisationen erlauben, den ihrer Interessenlage angemessenen Rechnungslegungsstandard anzuwenden.

Ein weiterer Punkt, welcher der Verbesserung der Transparenz der Rechnungslegung dienen soll, ist die Ausdehnung der Konsolidierungspflicht auf alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen. Voraussetzung der Konsolidierungspflicht ist die Kontrolle durch die Muttergesellschaft. Hinsichtlich der Konsolidierungsgrundsätze wird ebenfalls auf die allgemein anerkannten Grundsätze der Rechnungslegung verwiesen.

In Bezug auf die Revisionspflicht schlägt die Expertenkommission zwei Varianten vor: Entweder Prüfungspflicht für alle buchführungs- und rechnungslegungspflichtigen Organisationen mit Ausnahme aller kleinen, oder Prüfungspflicht für alle buchführungs- und rechnungslegungspflichtigen Organisationen mit Ausnahme der kleinen, die nicht Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften sind.

Die Einführung des Grundsatzes der Fair presentation soll keine steuerlichen Auswirkungen zur Folge haben (Massgeblichkeit der Handelsbilanz für das Steuerrecht). Um dieses Ziel zu erreichen, wird den Rechnungslegungspflichtigen gestattet, in der Bilanz des Einzelabschlusses von den Bewertungsvorschriften abzuweichen, soweit sich abweichende Bewertungsmöglichkeiten aus den anwendbaren steuerrechtlichen Grundsätzen ergeben. In diesem Fall muss infolge der Forderung nach einer getreuen Darstellung der wirtschaftlichen Lage im Anhang auf die abweichende Bewertung hingewiesen werden. Grosse Organisationen müssen zudem die Auswirkungen auf die Bilanz und die Erfolgsrechnung offenlegen.

Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass die EG-Richtlinien relativ starr sind und heute nicht mehr allen Anforderungen des Geschäftslebens entsprechen. Die Experten erachten es als wahrscheinlich, dass die EU angesichts der Bedürfnisse der international tätigen sowie der kleinen und mittleren Unternehmungen in den nächsten Jahren ihren Mitgliedstaaten grössere Gestaltungsmöglichkeit einräumen wird. Die Kommission ist deshalb in einigen Punkten, so insbesondere auf dem Gebiet der Publizität, der Zulassung allgemein anerkannter Grundsätze der Rechnungslegung und des Inhaltes des Anhanges, von den Vorschriften der EU abgewichen.

Das Fehlen eines Zulassungssystems für besonders befähigte Revisoren stellt für die Betroffenen eine unzumutbare Rechtsunsicherheit dar, da die Übernahme von Aufgaben ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Verantwortlichkeitsfolgen nach sich ziehen kann. Diese Lücke und die mangelnde Durchsetzung der an die besonders befähigten Revisoren gestellten Anforderungen in der Praxis sollen durch ein neu zu schaffendes Zulassungssystem behoben werden

Anhang: Unmittelbarer und mittelbarer Gläubigerschaden

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

Samstag, 06.02.1999 Nr.30 S.27

Aus dem Bundesgericht

Limitierte Haftung des Verwaltungsrats

Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden

fel. Lausanne, 5. Februar

Das Bundesgericht bleibt im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei der in der Rechtsliteratur zum Teil kritisierten Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden. Im beurteilten Streit wird die Haftung des einzigen Verwaltungsrats einer überschuldeten Finanzierungsgesellschaft verneint, der ohne jeden persönlichen Kontakt zum Anleger einen Anlagevertrag unterzeichnet hatte.

Im September 1984 war mit einem Aktienkapital von 50 000 Fr. eine Finanzierungsgesellschaft gegründet worden, als deren *einzigster Verwaltungsrat* ein Rechtsanwalt in Glarus amtete, dessen Büroadresse auch das Domizil des Unternehmens war. Später wurde eine Zweigniederlassung in Deutschland errichtet, für die zwei Geschäftsführer mit Einzelprokura verantwortlich zeichneten. Gegen diese reichte ein Anleger Strafanzeige ein, nachdem er für seine Investition von 50 000 \$ lediglich zwei Zinszahlungen von insgesamt 3125 \$ erhalten hatte. In der Folge reichte der Anwalt in Glarus am 10. Dezember 1990 seinen sofortigen Rücktritt als Verwaltungsrat ein, doch wurde er knapp vier Jahre später vom betroffenen Anleger ebenfalls belangt und auf Zahlung von 74 000 Fr. verklagt. Das *Kantonsgesicht* und das *Obergericht Glarus* wiesen die Klage jedoch ab, und deren Entscheidung ist jetzt vom Bundesgericht einstimmig bestätigt worden. Gegen die Finanzierungsgesellschaft wurde im September 1996 der Konkurs eröffnet. Er musste indes mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht werden.

Bekräftigte Differenzierung

Der klagende Anleger aus Deutschland hatte einen *unmittelbaren* Gläubigerschaden geltend gemacht. Die kantonalen Richter gelangten indessen zum Schluss, dass die Pflichtverletzungen des Anwalts bloss *mittelbaren* Gläubigerschaden zur Folge gehabt hätte, für die der Beklagte nicht hafte. Das Urteil der *I. Zivilabteilung* des Bundesgerichts *bekräftigt* zunächst die in der Rechtsliteratur teilweise kritisierte *Abgrenzung* zwischen mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden. Massgebliches Unterscheidungskriterium ist gemäss Rechtsprechung die Rechtsgrundlage der geltend gemachten Schadenersatzpflicht (BGE 122 III 176): Ein unmittelbarer Gläubigerschaden liegt vor, wenn das einem Gesellschaftsorgan vorgeworfene Verhalten gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die *ausschliesslich* dem Gläubigerschutz dienen. Dasselbe gilt, wenn dem Organ ein anderes widerrechtliches Verhalten (Art. 41 Obligationenrecht) oder ein Fehlverhalten bei den Vertragsverhandlungen («culpa in contrahendo») angelastet wird. Geht es dagegen um Bestimmungen, die den Interessen der Gesellschaft *ebenso* dienen wie dem Schutz der Gläubiger, liegt ein mittelbarer Schaden vor. Dieser muss *von der Gesellschaft selber* geltend gemacht werden; wird über diese der Konkurs eröffnet, hat die Gläubigergemeinschaft zu klagen oder allenfalls an deren Stelle einzelne Gläubiger (Art. 756 Abs. 2 Obligationenrecht, alte Fassung).

Voraussetzungen einer Haftung

Im beurteilten Fall hatte der Geschädigte geltend gemacht, der Anwalt und Verwaltungsrat habe mit ihm am 1. November 1989 einen Anlagevertrag abgeschlossen, *obwohl* er von der Überschuldung der Gesellschaft gewusst habe. Das Urteil des Bundesgerichts ruft in Erinnerung,

dass es in aller Regel *unzumutbar* ist, einen künftigen Vertragspartner spontan über die eigene Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit aufzuklären. Auf jeden Fall aber ist Voraussetzung einer Haftung, dass das zur Verantwortung gezogene Gesellschaftsorgan gegenüber dem geschädigten Gläubiger *persönlich* gehandelt hat. Der belangte Verwaltungsrat hatte jedoch lediglich den ihm aus München von der Zweigniederlassung zugesandten Vertrag geprüft und unterzeichnet, ohne je mit dem Anleger in Kontakt zu treten, der ausschliesslich mit den beiden Prokuristen in Deutschland verhandelt hatte. «Die blossе Unterzeichnung eines Vertrages durch das Organ einer überschuldeten Gesellschaft ohne vorangehenden persönlichen Kontakt in den Vertragsverhandlungen vermag dessen Haftpflicht für Gläubigerschäden *noch nicht* zu begründen», meint das Bundesgericht. Im übrigen fehlte es auch am *Kausalzusammenhang* zwischen der Unterzeichnung des Vertrags und dem Schaden, war doch die erste Teilzahlung drei Monate *vor* der Vertragsunterzeichnung überwiesen worden, und die zweite lediglich einen Tag danach. – Allfällige Ansprüche des geschädigten Anlegers aus mittelbareм Gläubigerschaden waren nicht Gegenstand des Verfahrens vor den kantonalen Instanzen.

Urteil 4C.162/1998 vom 11. 12. 98 – BGE 125 III 86.

Anhang: Wenn die GmbH zur AG werden will

Neue Zürcher Zeitung

WIRTSCHAFT

Montag, 28.12.1998 Nr. 300 15

Aus dem Bundesgericht

Wenn die GmbH zur AG werden will

Umwandlung ohne Auflösung und Fusion zulässig

fel. Lausanne, 27. Dezember

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) kann ohne vorgängige Auflösung und Liquidation in eine Aktiengesellschaft (AG) umgewandelt werden. Dies erlaubt ein neuer Grundsatzentscheid des Bundesgerichts, obwohl ein derartiger Vorgang im geltenden Recht (noch) nicht vorgesehen ist. Laut dem einstimmig gefällten Urteil der I. Zivilabteilung sprechen die Bedürfnisse der Wirtschaft und die Privatautonomie für mehr Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht.

Eine Gesellschaft kann ihre juristische Form wechseln, indem ihre Auflösung und Liquidation beschlossen und anschliessend eine neue Gesellschaft gegründet wird. Dieses Vorgehen ist rechtlich unproblematisch, aber reichlich kompliziert. Wesentlich einfacher sind die übertragende Umwandlung, bei welcher lediglich eine Auflösung, aber keine Liquidation erfolgt, und vor allem die formwechselnde Umwandlung, bei welcher die alte Gesellschaft nicht einmal aufgelöst wird, sondern lediglich ein neues juristisches Gewand erhält. Beide Formen der Umwandlung sind indes für den Wechsel einer GmbH zu einer AG im Gesetz nicht vorgesehen. Aus Sicht des Bundesgerichts ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber im Jahre 1936 auch für die Zukunft jede Umwandlung verbieten wollte, für die keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht.

Aus diesem Grund lässt das Bundesgericht die Umwandlung einer GmbH in eine AG ohne vorgängige Auflösung und Liquidation unter bestimmten Voraussetzungen zu. Zunächst einmal muss das Kapital der GmbH vollständig liberiert sein, weil sich die solidarische Haftung der Gesellschafter (Art. 772 Abs. 2 und 802 Obligationenrecht) nicht in das Recht der AG übertragen lässt. Das Kapital muss überdies im Zeitpunkt der Umwandlung vollständig gedeckt sein, was eine entsprechende Bilanz sowie für Sacheinlagen die Bestätigung eines Revisors erfordert (Art. 634 Ziff. 3, 635 Ziff. 1 und 635a Obligationenrecht). Weiter verlangt das Bundesgericht, dass das Gesellschaftskapital gegebenenfalls auf das gesetzliche Minimum von 100 000 Franken erhöht wird (Art. 621 Obligationenrecht). Schliesslich müssen die auf die GmbH zugechnittenen statutarischen Bestimmungen (Art. 777 Ziff. 2, 803 und 818 Abs. 2 Obligationenrecht) aufgehoben, alle für die AG notwendigen Änderungen vorgenommen sowie der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle bezeichnet werden.

Anzumerken bleibt, dass die nun per Gerichtspraxis zugelassene Umwandlung einer GmbH in eine AG ohne vorgängige Auflösung und Liquidation sowohl im Vorprojekt für ein Fusionsgesetz als auch im Expertenprojekt für eine Revision des Rechts der GmbH vorgesehen ist.

Urteil 4A.2/1998 vom 20. 11. 98 – BGE 125 III 18.