

In:

Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2000/2001, Zürich 2001.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

1. Herabsetzung des Mindestnennwertes

National- und Ständerat haben am 15. Dezember 2000 beschlossen, mittels einer Änderung von Art. 622 Abs. 4 OR den Mindestnennwert einer Aktie auf 1 Rappen herabzusetzen¹. Die Referendumsfrist zu dieser Gesetzesänderung läuft bis 7. April 2001. Voraussichtlich wird die neue Bestimmung auf den 1. Mai 2001 in Kraft gesetzt. Will eine Gesellschaft anlässlich einer Generalversammlung, die vor dem 1. Mai 2001 stattfindet, den Nennwert ihrer Aktien herabsetzen, so kann sie dies mittels eines bedingten Generalversammlungsbeschlusses tun.

2. Gerichtsstandsgesetz

Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz; GestG) vom 24. März 2000 ist am 1. Januar 2001 in Kraft getreten. Gerichtsstand für Klagen gegen eine juristische Person ist das Gericht an deren Sitz (Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG). Gerichtsstand für Klagen aus dem Betrieb einer geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung oder einer Zweigniederlassung ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort der Niederlassung (Art. 5 GestG). Den Gerichtsstand für Klagen aus gesellschaftlicher Verantwortlichkeit normiert Art. 29 GestG, nämlich den Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder den Sitz der Gesellschaft. Mit Inkrafttreten des GestG wurden Art. 642 Abs. 3 und Art. 761 OR aufgehoben.

* Bearbeitet von Lukas Glanzmann

¹ BBl 2000, 6113; Art. 622 Abs. 4 OR lautet neu wie folgt: «Der Nennwert der Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen».

B. Rechtsprechung

1. Offenlegung der Jahresrechnung gegenüber Gläubigern

In einem summarischen Verfahren vor dem Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen² betreffend die Offenlegung der Jahresrechnung nach Art. 697h Abs. 2 OR war umstritten, ob der Gesuchsteller überhaupt Gläubiger ist. Dieser hatte unbestrittenermassen in der X-Bar, welche der Gesuchsgegnerin gehört, gearbeitet. Unbestritten war auch, dass diese Tätigkeit grundsätzlich entgeltlich war. Demgegenüber waren praktisch alle weiteren wesentlichen Fakten des Falles streitig.

Der Entscheid hält dazu fest, dass der Gläubiger, der gestützt auf Art. 697h Abs. 2 OR Einsichtsrechte geltend macht, jedenfalls nicht der volle, strikte Beweis für die seinem Anspruch zugrundeliegende Sachdarstellung erbringen muss, zumal im summarischen Verfahren, das bei Art. 697h Abs. 2 OR zum Zuge kommt, kein eigentliches Beweisverfahren stattfindet. Vom Gesuchsteller wird man indessen fordern dürfen, dass er seine Gläubigereigenschaft in hohem Masse glaubhaft macht. Er hat Anhaltspunkte zu liefern, die für eine grosse Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts sprechen.

Nach Ansicht des Handelsgerichtspräsidenten ist der Gesuchsteller im vorliegenden Fall diesen Anforderungen gerecht geworden, denn er hat mit dem Gesuch auch seine Klageschrift an das Bezirksgericht und dessen Urteil eingereicht. Das Bezirksgericht ist in seinem Urteil im wesentlichen der Darstellung des Gesuchstellers gefolgt. Obwohl das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, muss als gesichert gelten, dass der Gesuchsteller im Betrieb der Gesuchsgegnerin arbeitete, wofür grundsätzlich ein Entgelt geschuldet war. Der behauptete Anspruch ist zwar der Höhe nach urkundenmässig nicht belegt, doch darf die Existenz einer entsprechenden Forderung angenommen werden. Demgegenüber sind nach den Darlegungen des Bezirksgerichts die Gegenansprüche der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft gemacht worden.

In dieser Situation steht dem Gesuchsteller ein Einsichtsrecht zu, wenn er ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann. Ein solches ist nach

Ansicht des Handelsgerichtspräsidenten anzunehmen, wenn die Einbringlichkeit der Forderung des Gläubigers gefährdet ist oder wenn andere Anzeichen vorliegen, die auf finanzielle Schwierigkeiten hindeuten. Schutzwürdigkeit ist insbesondere nach Einleitung eines nicht offensichtlich aussichtslosen Forderungsprozesses anzunehmen.

2. Die Generalversammlung: Höchststimmklauseln

Der Appellationshof des Kantons Bern hatte in einem Verfahren betreffend die Ascom Holding AG die Gültigkeit eines Verwaltungsrats- und eines Generalversammlungsbeschlusses im Zusammenhang mit einer Höchststimmklausel zu beurteilen³. Die Statuten der Ascom Holding AG enthalten eine sogenannte Höchststimmklausel, wonach ein Aktionär bei der Ausübung des Stimmrechts an der Generalversammlung für eigene und vertretene Aktien zusammen höchstens die Stimmen von 3% aller Aktien abgeben kann. Der Verwaltungsrat kann aber, insbesondere zur Ausübung des Depotstimmrechts, Ausnahmen von dieser Regelung bewilligen. Gestützt auf diese Statutenbestimmung hat der Verwaltungsrat der Ascom Holding AG für die Generalversammlung vom 9. April 2000, an welcher unter anderem über die Einführung einer Einheitsaktie abgestimmt wurde, eine generelle Ausnahme von der Stimmrechtsbeschränkung beschlossen, so dass alle Aktionäre ihr Stimmrecht voll ausüben konnten.

Der Appellationshof hält in seinem Urteil fest, dass es sich bei der fraglichen Statutenbestimmung, wonach der Verwaltungsrat Ausnahmen von der Höchststimmklausel bewilligen kann, eigentlich um eine Höchststimmübungsklausel handelt. Weil es insbesondere im Zusammenhang mit Depotvertretungen leicht möglich ist, dass die Stimmen von Kleinaktionären, die ihre Aktien im Depot eines grossen Vermögensverwalters haben, bei tief angesetzter Höchststimmmitte von dieser unmittelbar erfasst werden, kommt es in der Praxis häufig vor, dass der Verwaltungsrat bei Publikums-gesellschaften statutarisch ermächtigt wird, für die institutionelle Stimmrechtsvertretung und insbesondere für das Depotstimmrecht Ausnahmen zu beschliessen. Solche Bestimmungen sind nach einhelliger Lehre zulässig und begrüssenswert. Aus dem Kontext der Statuten der Ascom Holding AG ergibt sich, dass die fragliche Klausel die institutionelle Stimmrechtsvertretung betreffen muss, und die Verwendung des Wortes *insbesondere* nicht

² SJZ 2000, 192 (= SGGVP 1998 Nr. 49).

³ Appellationshof des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, Urteil vom 22. August 2000.

anders verstanden werden kann, als dass die Depotvertretung als die praktisch wichtigste Kategorie der Stimmrechtsvertretung besondere Erwähnung finden soll. Das Argument, das Wort *insbesondere* weise darauf hin, dass der Verwaltungsrat nicht nur beim Depotstimmrecht, sondern ganz generell Ausnahmen von der Stimmrechtsbeschränkung beschliessen dürfe, wirkt konstruiert und wenig plausibel. Es macht wenig Sinn, eine Höchststimmklausel einzuführen, welche Kraft alljährlicher Ausnahmeregelung durch den Verwaltungsrat gar nie zum Tragen kommt. Im vorliegenden Fall stützt sich folglich der Beschluss des Verwaltungsrates nicht auf die Statuten, weil sich die fragliche Norm einzig auf die institutionelle Stimmrechtsvertretung beziehen kann und keine generellen Ausnahmen von der Stimmrechtsbeschränkung zulässt. Der Beschluss des Verwaltungsrates setzt sich damit über ausschliessliche Kompetenzen der Generalversammlung und damit über die zwingende Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat und somit über die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft hinweg. Der Verwaltungsratsbeschluss ist demzufolge nach Ansicht des Appellationshofes nichtig.

Der Appellationshof hält weiter fest, dass die Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar sind, weil alle Aktionäre ihr Stimmrecht voll ausüben konnten und damit eine Statutenbestimmung verletzt wurde. Der beklagten Gesellschaft steht jedoch für den Fall der Anfechtung gemäss Art. 8 ZGB der Gegenbeweis offen, dass die Statutenwidrigkeit keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Stimmrechtsklage gemäss Art. 691 OR – welcher diesen Beweis in Abs. 3 explizit festhält – oder um die allgemeine Anfechtungsklage wegen Statutenverletzung gemäss Art. 706 Abs. 1 OR handelt, denn der entsprechende Beweis steht der Gesellschaft auch bei dieser Klage offen.

3. Der Verwaltungsrat

a) Verletzung von Sorgfaltspflichten

Das Obergericht des Kantons Zürich⁴ verurteilte den Präsidenten des Verwaltungsrates einer in Konkurs gefallenen AG zu sechs Monaten Gefängnis unter anderem wegen leichtsinnigen Konkurses und Vermögensverfalls im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 aStGB (dies entspricht im wesentlichen dem

Tatbestand der Misswirtschaft des neuen Rechts, wobei vorliegend das alte Recht als das mildere anwendbar war). Das Gericht begründete sein vom Bundesgericht bestätigtes Urteil wie folgt:

Des leichtsinnigen Konkurses nach Art. 165 aStGB macht sich schuldig, wer als Schuldner durch argen Leichtsin, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen oder grobe Nachlässigkeit in der Ausübung seines Berufes seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert hat. Beim Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft ergibt sich das Mass der beruflichen Pflichten insbesondere aus den Bestimmungen des Obligationenrechts. Danach ist der Verwaltungsrat verpflichtet, das Unternehmen sorgfältig zu führen⁵. Dazu gehört als eine der zentralsten Aufgaben eine ordentliche Rechnungslegung und die entsprechende Finanzplanung, die weiter gehen muss als eine blosser Budgetierung, sowie die Einhaltung der Pflichten bei einer Überschuldung.

Im vorliegenden Verfahren fehlten nebst einer ordentlichen Buchhaltung die wichtigsten Unterlagen für die Unternehmensführung, denn der Jahresabschluss 1990 wurde nicht revidiert und der Jahresabschluss 1991 überhaupt nicht erstellt. Daneben hat der Angeklagte auch seine Pflichten bezüglich der Überschuldung krass verletzt. Er unterliess es, die bei einer Unterbilanz bzw. der Beeinträchtigung des Aktienkapitals geforderten internen Massnahmen zu ergreifen und eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen, obwohl bereits Ende 1989 ein Totalverlust des Aktienkapitals eingetreten war. Bereits Ende 1989 war darüber hinaus auch das Fremdkapital nicht mehr durch die Aktiven gedeckt, weshalb der Angeklagte die Überschuldung hätte beim Richter anzeigen müssen. Der ganze Vorgang wiederholte sich zudem im Jahr 1990. Gleichwohl unterliess der Angeklagte die Überschuldungsanzeige auch im Jahr 1990, was eine grobe Nachlässigkeit im Sinne von Art. 165 StGB darstellt⁶. Nach Ansicht des Obergerichts hilft dabei auch nicht das Argument der Verteidigung, der Angeklagte habe sich um ein Moratorium mit den Gläubigern bemüht, auch wenn dies ohne weiteres zutreffen mag. Entscheidend ist indessen, dass ein solches aussergerichtliches Vorgehen ein Risiko des Verwaltungsrates darstellt. Es entbindet den Verwaltungsrat nicht, das Gesetz einzuhalten, welches alle an einem Unternehmen bestehenden Interessen berücksichtigt. Scheitert der Verwaltungsrat indessen, wie vorliegend der Angeklagte, so kann er sich

⁴ ZR 2000 Nr. 22.

⁵ Art. 722 aOR; Art. 717 revOR.

⁶ SemJud 1984, S. 169.

im Hinblick auf Art. 165 Ziff. 1 StGB nicht im Nachhinein entlasten. Anders entscheiden hiesse, den in Art. 725 OR normierten Schutz für alle Beteiligten aufzuheben. Ein für den Angeklagten gangbares Vorgehen hätte indessen in einem formellen aktienrechtlichen Moratorium bestanden⁷.

b) *Verletzung von Treuepflichten*

Das Bundesgericht beurteilte unter dem Aspekt des Handelns in einem Interessenkonflikt folgenden Sachverhalt⁸: Die Kaufmann & Co. stellte Freddy Schwegler mit Vereinbarung vom 10. Juli 1992 CHF 400'000.– in Form von Bauleistungen zur Verfügung, zu deren Rückerstattung sich jedoch nicht Freddy Schwegler persönlich, sondern die von ihm beherrschte Schwegler AG verpflichtete. Beim Abschluss des Rechtsgeschäfts handelte Freddy Schwegler zugleich für sich persönlich und in seiner Eigenschaft als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Schwegler AG.

Das Bundesgericht hält in seinem Entscheid fest, dass die Parteien wirtschaftlich eine darlehensähnliche Begünstigung Schweglers zu Lasten der Schwegler AG erzielten, in dem letztere dessen Schuld gegenüber der Beklagten zu begleichen hatte. Um einen Fall von Selbstkontrahieren im eigentlichen Sinne handelt es sich indessen nicht, da dem fraglichen Rechtsgeschäft ein Drei-Personen-Verhältnis zugrunde liegt und der vorliegende Rechtsstreit zwischen dem Dritten und dem Vertretenen angehoben wurde. Die Gefahr eines Konfliktes zwischen den Interessen des Organs und der Gesellschaft ist jedoch unübersehbar. Das Bundesgericht hat deshalb den Fall unter dem Aspekt des Interessenkonfliktes abgehandelt und kam dabei zum Schluss, dass für die Kaufmann & Co. dieser Interessenkonflikt erkennbar und sie deshalb nicht gutgläubig war.

Im wesentlichen setzt sich das Bundesgericht mit dem Argument der Kaufmann & Co. auseinander, dass Freddy Schwegler einziger Verwaltungsrat und «wirtschaftlicher Eigentümer» der Schwegler AG gewesen sei, was die Vermutung begründe, dass eine stillschweigende Bevollmächtigung bzw. Genehmigung durch die Generalversammlung vorliege, d.h. dass gar kein Interessenkonflikt bestanden habe. Das Gericht hält im Entscheid fest, dass ein Schutzbedürfnis entfällt, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär ist, ist doch unter diesen Umständen zwin-

gend zu folgern, der Abschluss des betreffenden Eigengeschäftes entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung und werde deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt. Sind neben dem handelnden Organ keine weiteren Aktionäre vorhanden, fehlt es von vornherein an gegenläufigen Interessen. Anders verhält es sich jedoch, wenn das Organ nicht Allein-, sondern bloss Mehrheitsaktionär ist. Ein Interessenkonflikt ist diesfalls nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Zum Schutze der Minderheit ist deshalb zu fordern, dass eine Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses erteilt wird.

Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung⁹ sind nach Ansicht des Bundesgerichts bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikten die Interessen von Gesellschaftsgläubigern unerheblich. Das Verbot des Selbstkontrahierens bzw. die beschränkte Gültigkeit von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikten dient allein dem Schutz der Gesellschaft, denn den Gesellschaftsgläubigern stehen mit den paulianischen Anfechtungsklagen und der Verantwortlichkeitsklage gegenüber den Verwaltungsratsmitgliedern andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die Streitsache zur Aktenenergänzung und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil das angefochtene Urteil keine Feststellungen zur Zusammensetzung des Aktionariats der Schwegler AG zur fraglichen Zeit enthält. Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht den Sachverhalt nicht unter dem Aspekt des Kapitalschutzes beurteilte, denn die Zahlungsfähigkeit von Freddy Schwegler war im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zwischen den Parteien offenbar zweifelhaft. Deshalb hätte das Gericht auch argumentieren können, dass die Forderung der Schwegler AG gegenüber Freddy Schwegler von Anfang an fiktiv war und damit eine Rückzahlung von Aktienkapital bzw. eine Ausschüttung von geschützten Reserven vorgenommen wurde.

Einem weiteren Fall betreffend Handeln in einem Interessenkonflikt lag folgender Sachverhalt zugrunde¹⁰: Mit Kaufvertrag vom 8. Juli 1996 verkaufte der Kläger, Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär der beklagten Gesellschaft, sämtliche 100 Aktien der beklagten Gesellschaft an einen Dritten. Die Übergabe von 99 Aktien sollte gemäss Vertrag per 31. Dezem-

⁷ Vgl. Art. 725 Abs. 4 aOR; Art. 725a revOR.

⁸ BGE 126 III 361.

⁹ BGE 50 II 168 E. 5.

¹⁰ Praxis 2000 Nr. 50.

ber 1996 erfolgen. Den verbleibenden Titel hielt treuhänderisch die Schwester des Klägers in ihrer Eigenschaft als Präsidentin des Verwaltungsrates der beklagten Gesellschaft. Am 30./31. Dezember 1996 schloss der Kläger mit der beklagten Gesellschaft einen bis 30. Juni 1997 befristeten Arbeitsvertrag, aufgrund dessen er sich als Konstruktionsschlosser zu einem monatlichen Bruttolohn von CHF 8'000.– anstellen liess. Dieser Vertrag wurde arbeitgeberseitig von der Präsidentin des Verwaltungsrates unterzeichnet. Auf den 10. April 1997 schieden der Kläger und seine Schwester aus dem Verwaltungsrat der beklagten Gesellschaft aus. In der Folge bestritt die beklagte Gesellschaft die Gültigkeit des Arbeitsvertrages und gestand dem Kläger lediglich einen als branchenüblich angesehenen Monatslohn von CHF 5'349.– zu. Der Kläger forderte daraufhin den vertraglich ausstehenden Lohn für die Monate Mai und Juni 1997, was vom Arbeitsgericht und vom Obergericht des Kantons Zürich teilweise gutgeheissen wurde. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid mit folgender Begründung aufgehoben:

Die Treuepflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates verlangt, dass diese ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. Der Umstand, dass ein Angestellter einer Aktiengesellschaft – wenn auch zulässigerweise – zugleich ihrem Verwaltungsrat angehört, begründet ein doppeltes, organschaftliches und arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der angestellte Verwaltungsrat bei der Verfolgung eigener arbeitsvertraglicher Interessen seiner Pflicht zur umfassenden Wahrung der Gesellschaftsinteressen enthoben wäre. Schliesst ein Verwaltungsratsmitglied zwecks Erbringung einer Dienst- oder Arbeitsleistung mit der Gesellschaft einen Vertrag, muss sich dieser an marktüblichen Bedingungen ausrichten und jegliche Begünstigung des Verwaltungsratsmitgliedes vermeiden. Diese Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses trifft auch den als Verwaltungsrat tätigen Ein-Mann-Aktionär.

Verletzt ein Verwaltungsratsmitglied seine Treuepflicht, indem es zwecks eigener Begünstigung einen Arbeitsvertrag zu marktwidrigen, die Gesellschaft übermässig belastenden Bedingungen abschliesst, ist dieser Vertrag indessen nicht schon deswegen nichtig oder anfechtbar. Indes bleibt dem Verwaltungsratsmitglied verwehrt, sein eigenes rechtswidriges Verhalten zwecks Durchsetzung vertraglicher Ansprüche auszunützen. Die Gesellschaft kann gestützt auf Art. 2 ZGB die Honorierung von Ansprüchen verweigern,

die durch unredliches Verhalten ihres angestellten Verwaltungsratsmitgliedes begründet worden sind, soweit zwischen Rechtsausübung und Rechtsverletzung ein innerer Zusammenhang besteht. Die Missbrauchseinrede steht der Gesellschaft auch insoweit zu, als der ihr aus der Pflichtverletzung erwachsende und gegen das verantwortliche Verwaltungsratsmitglied nach Art. 754 OR zu liquidierende Schaden dem von ihm geltend gemachten direkten Nutzen entspricht. Die Gesellschaft kann somit bereits der auf widerrechtlichem Verhalten gründenden Rechtsausübung die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten. Sie muss nicht den Anspruch des treuwidrig handelnden Verwaltungsratsmitgliedes als gegeben akzeptieren und ihm eine Gegenforderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verrechnungs- oder widerklageweise entgegenhalten.

4. Auflösung der AG

a) Auflösung aus wichtigem Grund

Das Bundesgericht schützte die Klage eines Minderheitsaktionärs auf Auflösung einer Gesellschaft, die seit Jahren unrentabel war und schlecht geführt wurde¹¹. Es hielt dabei fest, dass die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund nach Art. 736 Ziff. 4 OR eine drastische Massnahme zur Wahrung der Interessen von Minderheitsaktionären sei. Diese kommt nur dann zur Anwendung, wenn keine milderen Massnahmen zur Verfügung stehen. Obwohl diese Klage demnach *ultima ratio* ist, ist es jedoch nicht in allen Fällen notwendig, dass ein Minderheitsaktionär immer auch sämtliche anderen Rechtsbehelfe ausschöpft, wie etwa die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen oder die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob vom Minderheitsaktionär vernünftigerweise verlangt werden kann, dass er vorerst noch andere Rechtsbehelfe ergreift. In diesem Sinne ist vom Richter eine Abwägung der Interessen der verschiedenen beteiligten Personen vorzunehmen.

Im vorliegenden Fall erachtet das Bundesgericht die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund als gerechtfertigt, weil aus Sicht des Minderheitsaktionärs eine andauernde schlechte Geschäftsführung und chronische Verluste wichtige Gründe für die Auflösung darstellen können. Hinzu kommt, dass keine anderen Massnahmen ersichtlich sind, welche der Minderheitsaktionär ergreifen könnte, denn der Verwaltungsratspräsident

¹¹ BGE 126 III 266.

der beklagten Gesellschaft besitzt 78% aller Aktien. Die Gesellschaft hat zudem dem Kläger auf verschiedene Auskunftsbeglehen nur unvollständig geantwortet und ihm die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenz verweigert. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär die Art seiner Geschäftsführung ändern wird. Schliesslich ist die Gesellschaft im vorliegenden Fall aus rechtlichen Gründen weder in der Lage, die Aktien des Klägers zu erwerben oder eine Kapitalherabsetzung durchzuführen, noch will offenbar der Mehrheitsaktionär die Aktien des Klägers erwerben.

b) Auflösung wegen Verlusts des Rechtsdomizils

Das Bundesgericht heisst eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Bundesamtes für Justiz gut, worin folgender Sachverhalt zu beurteilen war¹²: Der Handelsregisterführer Genf hatte eine Aktiengesellschaft, die an ihrem statutarischen Sitz kein Rechtsdomizil mehr besass, gemäss Art. 88a HRegV¹³ aufgefordert, ihm die neue Adresse mitzuteilen, ansonsten sie aufgelöst werde. Nach unbenütztem Fristablauf hat der Handelsregisterführer in Anwendung von Art. 86 Abs. 2 HRegV¹⁴ die Auflösung der Gesellschaft eingetragen. Diese Eintragung wurde am 10. Juni 1999 publiziert. Am 4. November 1999 hatte die betreffende Gesellschaft in Liquidation dem Handelsregister ein neues Rechtsdomizil mitgeteilt und beantragt, die Auflösung gemäss Art. 86 Abs. 3 HRegV¹⁵ zu widerrufen. Dieser Antrag wurde vom Handelsregisterführer abgelehnt, was vom Bundesgericht mit folgender Begründung geschützt wird:

Die aufgelöste Gesellschaft macht geltend, dass der Entscheid des Handelsregisterführers überspitztem Formalismus gleichkomme, unverhältnismässig sei, und es zudem nicht das Ziel des Handelsregisters sein könne, aktive Gesellschaften aufzulösen. Darauf entgegnet das Bundesgericht in

¹² BGE 126 III 283.

¹³ Art. 88a Abs. 1 HRegV bestimmt: Besitzt eine juristische Person am Ort des statutarischen Sitzes kein Rechtsdomizil mehr, so fordert sie der Handelsregisterführer ... unter Androhung ihrer Auflösung ... auf, innert einer angemessenen, wenigstens 30 Tage betragenden Frist den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen.

¹⁴ Art. 86 Abs. 2 HRegV bestimmt: Wird bis zum Ablauf der Frist der Aufforderung nicht Folge gegeben, so hat der Registerführer die Auflösung der Gesellschaft einzutragen und letztere hievon in Kenntnis zu setzen.

¹⁵ Art. 86 Abs. 3 HRegV bestimmt: Wird binnen drei Monaten nach Eintragung der Auflösung der gesetzliche Zustand wieder hergestellt, so kann mit dessen Eintragung die Auflösung widerrufen werden.

seinem Entscheid, dass ein solcher Auflösungsmechanismus auch für den Fall des Nichterfüllens der Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse der Verwaltungsratsmitglieder vorgesehen sei¹⁶. Die dieser Bestimmung zugrunde liegende Ratio, die vom Bundesgericht nicht überprüft werden könne, gelte auch im vorliegenden Fall. Vor Einführung von Art. 88a HRegV wurde das entsprechende Verfahren bereits analog angewendet. Es muss deshalb daraus geschlossen werden, dass bei einer Gesellschaft, welche die Dreimonatsfrist gemäss Art. 86 Abs. 3 HRegV verstreichen lässt, ohne den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen, die Auflösung nicht mehr widerrufen werden kann.

Das Bundesgericht hält auch fest, dass der vorliegende Fall anders zu beurteilen sei, als wenn die Gesellschaft selbst ihre Auflösung beschliesst. Auch wenn im letzteren Fall gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Auflösung durch die Gesellschaft selber widerrufen werden kann¹⁷, könne sie dies bei einer Auflösung, die durch das Handelsregisteramt verfügt worden sei, nicht mehr tun.

c) Liquidation gilt nicht als Vorkaufsfall

Im Zusammenhang mit der Liquidation einer Immobilien AG hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob eine im Rahmen der Verteilung des Vermögens nach Art. 745 OR vorgenommene Übertragung von Immobilien an den einzigen Aktionär einen Vorkaufsfall im Sinne von Art. 216c OR darstellt¹⁸. Das Gericht verneinte das Vorliegen eines Vorkaufsfalles mit folgender Begründung:

Nach Art. 216c Abs. 1 OR kann das Vorkaufsrecht geltend gemacht werden, wenn das Grundstück verkauft wird sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Art. 216c Abs. 2 OR präzisiert, dass die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht als Vorkaufsfall gelten. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich dabei generell um Rechtsakte, bei denen der Veräusserer keine geldwerte Gegenleistung erhält. Dies ist auch bei der Liquidation einer AG der Fall, weil jeder Aktionär von Anfang an Anspruch auf einen verhältnismäs-

¹⁶ Art. 708 Abs. 4 OR.

¹⁷ BGE 123 III 473.

¹⁸ BGE 126 III 187.

sigen Anteil am Ergebnis der Liquidation hat¹⁹. Mit der Auflösung der Gesellschaft wandelt sich dieser bedingte Anspruch jedes Aktionärs in eine konkrete Forderung gegenüber der Gesellschaft um, bis deren Vermögen unter die Aktionäre verteilt wird. Wird ein Aktivum der Gesellschaft auf den Aktionär übertragen, dann wird die Schuld gegenüber dem betreffenden Aktionär getilgt. Diese Übertragung hat ihren Ursprung in der Auflösung der Gesellschaft und damit im Gesellschaftsrecht. Deshalb ist darin auch kein Rechtsgeschäft zu sehen, das wirtschaftlich oder rechtlich einem Verkauf gleichkommt und damit ein Vorkaufsfall darstellen würde.

II. GMBH*

A. Gesetzgebung

Der Bundesrat hat im Juli 2000 die Ergebnisse der Vernehmlassung zum Vorentwurf für die Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung²⁰ zur Kenntnis genommen und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, den Vorentwurf gemäss den Vernehmlassungsergebnissen zu überarbeiten. Eine Botschaft wird dem Parlament voraussichtlich am Ende des Jahres 2001 vorgelegt.

Die Vernehmlassung ist grundsätzlich positiv ausgefallen und die Mehrzahl der Stellungnahmen bejahen das Bedürfnis, die geltenden Bestimmungen aus dem Jahre 1936 gemäss dem Vorentwurf zu revidieren. Lediglich einzelne Stellungnahmen erachten eine Totalrevision als nicht erforderlich. Daneben wird von gewissen Vernehmlassungsteilnehmern insbesondere die Erhöhung des minimalen Stammkapitals von CHF 20'000.– auf CHF 40'000.– sowie dessen zwingende Vollübertragung abgelehnt, sowie die Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen über die Rechnungslegung und die Revision auf die GmbH kritisiert. Verschiedene Stellungnahmen

¹⁹ Art. 660 Abs. 2 OR.

* Bearbeitet von Kilian Perroulaz.

²⁰ Vgl. die Zusammenfassung der wesentlichen Bestimmungen des Vorentwurfes in Baker & McKenzie, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 1999/2000, S. 28 ff.

regen an, die entsprechenden gesetzlichen Anforderungen nach der Unternehmensgrösse zu differenzieren²¹.

B. Rechtsprechung

In der Berichtsperiode sind keine erwähnenswerten Entscheide ergangen.

III. Übriges Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

Nach Ablauf der Frist für ein fakultatives Referendum am 20. April 2000 werden in Kürze die Änderungen des Obligationenrechts betreffend kaufmännische Buchführung in Kraft treten (Änderung der Art. 957, 961 bis 963 und Aufhebung von Art. 964). Aufgrund der Änderungen dürfen in Zukunft Bücher elektronisch oder in vergleichbarer Weise geführt und aufbewahrt werden, sofern die Grundsätze ordnungsgemässer Buchführung und Aufbewahrung eingehalten werden.

Wie bereits unter Teil 1, I. A. erwähnt, ist am 1. Januar 2001 das neue Gerichtsstandsgesetz in Kraft getreten. Art. 30 GestG normiert einen besonderen Gerichtsstand für die Kraftloserklärung von Wertpapieren und für Zahlungsverbote, nämlich für Aktien am Sitz der Aktiengesellschaft bzw. für übrige Wertpapiere am Wohnsitz oder Sitz des Schuldners; für Zahlungsverbote aus Wechsel und Check und für deren Kraftloserklärung am Zahlungsort. Ebenfalls besondere Gerichtsstände sind für Anlehensobligationen (Gericht des gegenwärtigen oder letzten Wohnsitzes oder der geschäftlichen Niederlassung des Schuldners) und Anlagefonds (Gericht am Sitz der Fondleitung) vorgesehen.

²¹ Die Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sowie die Zusammenstellung der Vernehmlassungen Vorentwurf für die Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz unter <<http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>> abrufbar.

* Bearbeitet von Joachim Frick.

B. Rechtsprechung

Für die Berichtsperiode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2000 sind keine hier zu erwähnenden höchstrichterlichen Entscheide aufzuführen. Hingegen sei auf Veröffentlichungen zu folgenden Themenkreisen hingewiesen.

1. Der Trust aus schweizerischer Perspektive

Im Band des Vorjahres ist an dieser Stelle auf die in ZR 98, 1999, S. 226 ff. veröffentlichten Entscheide zürcherischer Gerichte zum Trust hingewiesen worden. Schwander²² befasste sich in der Berichtsperiode noch einmal mit diesen Entscheiden. Insbesondere hatte ein Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. April 1996 den WKR-Trust unter das Gesellschaftsstatut²³ subsumiert und in der Folge die Ungültigkeit des Trusts festgehalten, da die in der Trusturkunde niedergelegten wesentlichen Bestimmungen mit den Grundsätzen des (Guernsey-) Trustrechts unvereinbar waren. Das Gericht warf dem Gemeinschuldner sowohl Einflussnahme von aussen (Anstiftung zu gesellschaftsschädigendem Handeln) als auch als beherrschendes Unternehmen in einem Konzernverhältnis vor. Für die erste Frage wandte es das Deliktsstatut²⁴, für die zweite eine spezifisch konzernrechtliche Kollisionsregel an, welche es auf dem Wege richterlicher Lückenfüllung formulierte. Nach Auffassung von Schwander wäre richtigerweise aufgrund von Art. 133 Abs. 3 IPRG (akzessorische Anknüpfung der unerlaubten Handlung, die ein bestehendes Rechtsverhältnis verletzt) davon auszugehen, dass das massgebliche Gesellschaftsstatut dem Deliktsstatut generell vorgeht.

Mangels einer speziellen gesetzlichen Regelung hat das Gericht die Anknüpfung von konzernrechtlichen Schutznormen im Wege richterlicher Lückenfüllung vorgenommen: Danach ist für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen das Schutzrecht am Sitz des beherrschten Unternehmens anwendbar, welches sich insbesondere auf die Rechte der Unternehmensleitung, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger des beherrschten Unternehmens erstreckt. Das Gesellschaftsstatut der beherrschten Gesellschaft geht demnach demjenigen der herrschenden Gesellschaft vor. Nach Auffassung von Schwander wäre es

dagegen sinnvoll, über die Kumulation der spezifisch konzernrechtlichen Schutznormen beider Gesellschaftsstatute Aktionäre und Gläubiger beider Gesellschaften zu schützen, was zur Anwendung der jeweils strengeren Regel führt.

Schwander kritisiert des weiteren, dass das Handelsgericht den Durchgriff (gestützt auf Art. 2 ZGB) zu den international zwingend anzuwendenden Grundsätzen des schweizerischen Rechts im Sinn von Art. 18 IPRG zählt. Gemäss Schwander wäre in erster Linie auf das betreffende Gesellschaftsstatut (*lex causae*) abzustellen, welches möglicherweise den Durchgriff unter weniger strengen Voraussetzungen als das schweizerische Recht erlaubt. Nur wenn das fremde Recht den Durchgriff überhaupt nicht oder nur unter allzu strengen Voraussetzungen zulässt, stellte sich die Frage des negativ wirkenden *Ordre Public* im Sinne des Art. 17 IPRG und die Anwendung schweizerischen Ersatzrechtes.

Ebenfalls mit der Trustproblematik befasst sich Guillaume²⁵. Er fordert eine gesetzliche Regelung des Trusts, da die duale Qualifikation des Trusts im Internationalen Privatrecht der Schweiz (als Vertrag oder als Gesellschaft) eine unakzeptable Rechtsunsicherheit kreierte.

2. Traktandierung von Wahlen

In einem Entscheid zum Vereinsrecht²⁶ hat sich das Bundesgericht zu Art. 67 Abs. 3 ZGB (gehörige Traktandierung im Zusammenhang mit der Beschlussfassung durch die Vereinsversammlung) geäußert. Die Bestimmung verlange grundsätzlich nur, dass auf der Traktandenliste die Abhaltung von Vorstandswahlen angegeben werde, nicht dagegen die Angabe der Kandidatenamen (es sei denn, dass Vereinsstatuten, Vereinsübung oder ein *ad hoc*-Entscheid vorschreiben, dass diese Namen auf der Traktandenliste aufzuführen oder innert einer bestimmten Frist bekannt zu geben sind). Der Entscheid ist hier erwähnenswert, da er über das Vereinsrecht hinaus bei analoger Problematik auch im Gesellschaftsrecht Bedeutung erlangen könnte. Für das Aktienrecht ist allerdings aufgrund von Art. 699 Abs. 3 OR («Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge») davon auszugehen, dass auch die Namen der Kandidaten zu traktandieren sind.

²² SZIER3/2000, S. 367 ff.

²³ Art. 150 IPRG.

²⁴ Art. 133 IPRG.

²⁵ SZIER1/2000, S. 1 ff.

²⁶ BGE 126 III 5 ff.

3. Firmenrecht

Forstmoser/Christen²⁷ weisen noch einmal auf den Bundesgerichtsentscheid vom 11. September 1998 betreffend Ähnlichkeit und Identität von Firmen hin. Das Bundesgericht bestätigt darin, dass die Handelsregisterbehörden nur die Eintragung von identischen oder fast identischen Firmen von Amtes wegen zu verweigern haben, während bei blosser Ähnlichkeit einer neuen Firma mit einer bereits eingetragenen es dem Rechtsinhaber der bestehenden Firma überlassen sei, den Zivilrichter anzurufen. Eine Ausnahme vom Verbot identischer Firmen sei im Rahmen der Fusion und beim Rechtsformwechsel zu machen, da es hier zu einer zeitweiligen Koexistenz zweier als identisch zu qualifizierender Firmen kommen könne.

4. Aktionärbindungsverträge

In ZBJV 136, 2000, S. 421 ff. beschäftigte sich Max Meyer mit dem Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis. Der Beitrag wird hier erwähnt, da Aktionärbindungsverträge häufig als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind. Die von Meyer geäußerte Auffassung, wonach die Aktiengesellschaft selber nicht Vertragspartei des Aktionärbindungsvertrages sei und nicht vertragliche Bindungen über die Ausübung von Rechten eingehen könne, mittels welcher auf sie Einfluss genommen wird, wird von Alfred Stirnemann kritisiert²⁸. Recht häufig vereinbaren nämlich die Gründer einer Aktiengesellschaft, dass sie in der Anfangsphase gewisse Leistungen unter dem Marktwert erbringen, um den in der Regel finanziell schwierigen Start der Gesellschaft zu erleichtern (z.B. Anstellung aller Gründer zu einem nicht marktüblichen Entgelt). Eine entsprechende Regelung würde mit Vorteil in einem Aktionärbindungsvertrag getroffen, wobei die Gesellschaft sinnvollerweise selber Vertragspartei wird. Nach Auffassung von Stirnemann sind auch gewisse Stimmbindungsregelungen zulässig, die statt im Aktionärbindungsvertrag auch in den Statuten verankert werden könnten (z.B. der Verwaltungsrat wird verpflichtet, nur Beschlüsse zu fassen, wenn von jedem der beiden Aktionäre mindestens ein Verwaltungsrat an der Sitzung teilnimmt und der Präsident anwesend ist). Die von Meyer vorgebrachten Argumente zur Ablehnung der Stimmbindung im Verwal-

²⁷ SJZ 96, 2000, Nr. 2.

²⁸ Alfred Stirnemann, Die Vertragsparteien des Aktionärbindungsvertrages, ZBJV 136, 2000, S. 585 f.

tungsrat würden auf derartige organisatorische Vereinbarungen bezüglich des Abstimmungsquorums gerade nicht zutreffen.

5. Literaturhinweise

Im Bereich der Monographien zu erwähnen ist die Neuauflage von Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts²⁹ sowie von Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht³⁰. Zu erwähnen sind auch Roland Ruedins «Droit des Sociétés»³¹ und die Dissertationen von Etienne Schön («Unternehmensbewertungen im Gesellschafts- und Vertragsrecht») sowie von Ueli Sommer («Die stille Gesellschaft»)³².

C. Ausblick

Das Fusionsgesetz, zu welchem die bundesrätliche Botschaft in BBL 2000, S. 4337 ff. veröffentlicht worden ist, wird eine Liberalisierung von Umstrukturierungen aller Art mit sich bringen, die nach Auffassung von Forstmoser/Christen schon weitgehend durch die Praxis vorweggenommen worden seien³³. Der Entwurf des Fusionsgesetzes sieht insbesondere vor, dass jeder im Handelsregister eingetragene Rechtsträger eine Identifikationsnummer erhält, die während seines gesamten Bestehens unverändert bleibt, also auch im Falle einer Sitzverlegung, Umwandlung, Firmen- oder Namensänderung. Der Bundesrat kann vorsehen, dass entsprechend der ersten EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 9. März 1968 die Identifikationsnummer auch auf Briefen, Bestellscheinen und Rechnungen anzugeben ist.

²⁹ 9. Auflage, Zürich 2000.

³⁰ 2. Auflage, Bern 2000.

³¹ Bern 1999.

³² Beide Zürich, 2000.

³³ SJZ 96, 2000, S. 473.