

In:

Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2007/2008, Zürich 2008.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

I. Aktienrecht*

A. Gesetzgebung

Am 1. Januar 2008 sind verschiedene neue Bestimmungen in Kraft getreten, die für die Aktiengesellschaft relevant sind. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Änderungen:

- Bestimmungen über die Revisionsstelle sowie das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG);
- Diverse Änderungen im Aktienrecht (so genannte «kleine Aktienrechtsrevision»);
- Total revidierte Handelsregisterverordnung.

Des Weiteren hat der Bundesrat im Dezember 2007 die Botschaft zur «grossen Aktienrechtsrevision» publiziert. Im heutigen Zeitpunkt ist noch nicht absehbar, wann dieser Entwurf im Parlament behandelt werden soll.

B. Rechtsprechung

I. Rechte und Pflichten der Aktionäre

a) Sonderprüfung

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode Gelegenheit, einzelne Fragen im Zusammenhang mit der Sonderprüfung zu klären. Einem ersten Entscheid¹ liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin ist Eigentümerin von 44,5% der Aktien der Beklagten und damit deren grösste Einzelaktionärin. Die Klägerin ist zudem mit zwei Vertretern im Verwaltungsrat der Beklagten vertreten. Eine Klage auf Einsetzung

* Bearbeitet von PD Dr. Lukas Glanzmann, LL.M. unter Mitarbeit von lic. iur. Beatrice Klaesi.

¹ BGE 133 III 133.

eines Sonderprüfers wurde von den beiden kantonalen Instanzen mit der Begründung abgewiesen, dass zuerst die zwei Vertreter der Klägerin im Verwaltungsrat der Beklagten ihr Informationsrecht nach Art. 715a OR hätten wahrnehmen müssen, bevor die Klägerin selbst gemäss Art. 697a ff. OR eine Sonderprüfung verlangen könne.

Das Bundesgericht lehnt das Erfordernis der vorgängigen Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsrechts nach Art. 715a OR ab. Art. 697b Abs. 1 OR bestimmt, dass jeder Aktionär der Generalversammlung beantragen kann, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt hat. Lehre und Rechtsprechung verstehen unter letzterem einhellig die dem Aktionär nach Art. 697 OR zustehenden Rechte und nicht auch das Recht des Verwaltungsrates nach Art. 715a OR. Es genügt dabei die Ausübung in der Generalversammlung, eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruches (Art. 697 Abs. 4 OR) ist nicht erforderlich. Insoweit ist die Klage auf richterliche Einsetzung eines Sonderprüfers im Verhältnis zur gerichtlichen Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts ein alternativer Rechtsbehelf.²

Im gleichen Entscheid musste das Bundesgericht auch prüfen, ob nur der Aktionär, der in der Generalversammlung Auskunft verlangt hat, den Antrag auf Sonderprüfung stellen kann und ob nur der Aktionär, der letzteren gestellt hat beim Gericht ein Begehren auf Einleitung der Sonderprüfung stellen kann – ob also jeweils personelle Identität bestehen muss. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist für die erste Stufe Personenidentität erforderlich, für die zweite nicht. Die herrschende Lehre verneint für beide Stufen das Erfordernis einer Personenidentität und das Bundesgericht ist ihr in diesem Entscheid gefolgt. Es hält dazu fest, dass gemäss Art. 700 Abs. 3 OR jeder Aktionär an der Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung stellen kann, ohne Ankündigung in der Traktandenliste. Für eine Einschränkung des Rechts auf Aktionäre, die zuvor selbst Auskunft verlangt haben, sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Doch auch Aktionäre, die erst aufgrund des von einem anderen Aktionär gestellten Auskunftsbegehrens und der darauf vom Verwaltungsrat in der Generalversammlung erteilten Auskunft Kenntnis von bestimmten Sachverhalten und ihrer Tragweite erhalten haben, haben die Möglichkeit, an der Generalversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung zu beantragen. Selbstverständlich gilt da-

bei aber die thematische Begrenzung des Sonderprüfungsbegehrens durch den Gegenstand des Auskunftsbegehrens. Bei einem ablehnenden Beschluss der Generalversammlung kann das Begehren um Einsetzung eines Sonderprüfers durch das Gericht nur von Aktionären gestellt werden, die selbst oder zusammen mit weiteren Aktionären mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von zwei Millionen Franken vertreten (Art. 697b Abs. 1 OR). Um dieses Quorum zu erreichen, muss hingegen die Möglichkeit bestehen, dass sich dem Begehren auch Aktionäre anschliessen, die in der Generalversammlung selbst keinen entsprechenden Antrag gestellt haben, oder dass das Begehren ausschliesslich von anderen Aktionären gestellt wird. Nach Ansicht des Bundesgerichts soll die Frist von drei Monaten zur Einreichung der Klage gerade ermöglichen, andere Aktionäre zu suchen, die das Begehren unterstützen, um die vom Gesetz geforderte repräsentative Minderheit formieren zu können.³

In einem weiteren Entscheid⁴ ging es um die Frage, ob das Quorum nach Art. 697b Abs. 1 OR für die Einsetzung eines Sonderprüfers lediglich bei Einleitung des Verfahrens oder auch noch im Zeitpunkt des richterlichen Entscheides erfüllt sein muss. Im zugrunde liegenden Fall hielten die Kläger bei Einreichung des Gesuchs für die Einsetzung eines Sonderprüfers über 10% des Aktienkapitals. Während des Verfahrens zog aber ein Kläger seine Klage zurück und die verbleibenden Kläger hielten nur noch 3,27% des Aktienkapitals. Sie stellten sich auf den Standpunkt, dass es genüge, wenn die Voraussetzung von Art. 697b Abs. 1 OR bei Einreichung des Gesuchs erfüllt sei, auch wenn sie vor dem Entscheid über die Anordnung der Sonderprüfung entfalle. Das Bundesgericht verwarf diese Auffassung, weil mit dem Quorum eine gewisse Repräsentanz des Anliegens der Minderheitsaktionäre gewährleistet werden soll. Dies erfordert, dass das Quorum zwar nicht während der ganzen Dauer der Sonderprüfung, aber doch bis zur Einsetzung des Sonderprüfers durch das Gericht erfüllt sein muss.⁵

b) Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung

In Bezug auf die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen sind in der Berichtsperiode drei erwähnenswerte Urteile ergangen. Dem

² E. 3.1 f.

³ E. 3.2.

⁴ BGE 133 III 180.

⁵ E. 3.3.

ersten *Entscheid*⁶ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die beiden Hauptaktionäre der Beklagten, die B AG und die C Anstalt mit Sitz in Liechtenstein, hielten anfangs 2001 60,13%, bzw. 39,84% der Aktien. Die restlichen drei Aktien waren Pflichtaktien der drei Verwaltungsräte X, Präsident der B AG, Y, Verwaltungsrätin der C Anstalt und Z. Die C Anstalt und Y fochten Ende 2001 die Beschlüsse der ordentlichen und einer ausserordentlichen Generalversammlung an.

Betreffend den Beschluss der ordentlichen Generalversammlung machten die Kläger geltend, ein Vortrag des gesamten Gewinns eines Geschäftsjahres auf die neue Rechnung verstosse gegen Art. 660 Abs. 1 OR, wonach jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn habe. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass gemäss Art. 660 Abs. 1 OR dieser Anspruch nur besteht, wenn der Gewinn nach Gesetz oder Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Da im vorliegenden Fall aber weder das Gesetz noch die Statuten eine solche Bestimmung enthalten, kann die Generalversammlung nach freiem Ermessen über die Gewinnverteilung entscheiden und darf auch den ganzen Gewinn thesaurieren. Das Erfordernis der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft wird damit nicht verletzt, denn es ermächtigt die Aktionäre nicht, von der Gesellschaft kurzfristige Gewinne einzufordern. Unzulässig wäre unter diesen Umständen nur ein Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung, der willkürlich ist und jeglicher vernünftigen Betrachtung entbehrt. Solche ausserordentlichen Umstände liegen nach Ansicht des Gerichts im zu beurteilenden Fall jedoch nicht vor.⁷

Hinsichtlich der Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung waren die Kläger zudem der Ansicht, dass diese mangelhaft sind, weil der Verwaltungsrat die Generalversammlung nicht gültig einberufen hatte. Das Bundesgericht verwirft auch dieses Argument: Damit ein Verfahrensmangel die Aufhebung eines Beschlusses zur Folge hat, muss sich der Mangel auf den Beschluss ausgewirkt haben. Im vorliegenden Fall ist es höchst unwahrscheinlich, dass der Verwaltungsrat bei Nichtvorliegen des Mangels davon abgesehen hätte, den Beschluss zur Einberufung zu fassen. Überdies hat der behauptete Mangel die Minderheitsaktionäre nicht davon abgehalten, sich an der Generalversammlung vertreten zu lassen, ihren Standpunkt darzulegen und ihr Stimmrecht auszuüben. Es besteht folglich kein Kausalzusammenhang zwischen der

Art und Weise der Beratung innerhalb des Verwaltungsrates und dem vorliegend angefochtenen Entscheid.⁸

Schliesslich fochten die Kläger auch den Kapitalerhöhungsbeschluss an und zwar wegen Rechtsmissbrauchs und Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung. Auch hier war das Bundesgericht anderer Auffassung: die Verwässerung der Stimmkraft ist einfache Folge jeder Kapitalerhöhung, der jeder Aktionär entgegenwirken kann, indem er sein Bezugsrecht ausübt, welches ihm nach Art. 652b Abs. 1 OR zusteht. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Kapitalerhöhung weder unzulässig noch missbräuchlich, bloss weil einer der Aktionäre sein Bezugsrecht nicht ausüben kann oder will.⁹

Dem zweiten *Entscheid*¹⁰ liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin ist zu 47% an der Beklagten beteiligt. Sie hat fünf Generalversammlungsbeschlüsse der Jahre 2000 bis 2004 betreffend die Wahl der C AG als Revisionsstelle und Konzernprüferin mit der Begründung angefochten, diese sei nicht unabhängig. An der Generalversammlung 2005 stellte sich die C AG nicht mehr zur Wiederwahl, worauf die D zur Revisionsstelle und Konzernprüferin gewählt wurde. Das Bundesgericht hatte im Folgenden über die Frage zu entscheiden, ob die Klägerin auch nach dem Rücktritt der C AG immer noch über das für die Anfechtungsklage erforderliche Rechtsschutzinteresse verfügt.

Das Gericht stellt vorab fest, dass im Regelfall ein persönliches Interesse des Petenten erforderlich ist, welches in dem Sinn rechtlicher Natur sein muss, als die angebehrte Feststellung oder Gestaltung einer Rechtslage ihm einen Nutzen eintragen muss. Dies gilt im Grundsatz ebenfalls für die aktienrechtliche Anfechtungsklage, wenngleich nach der Rechtsprechung in diesem Bereich ein weit gefasster Interessenbegriff greift und – vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchsverbots – die Absicht genügt, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen. Erforderlich ist aber auch hier, dass durch ein die Begehren gutheissendes Urteil die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs berührt wird.¹¹

Ausgangspunkt für die Geltendmachung von Aktionärsrechten, und damit auch grundlegendes Schutzrecht des Aktionärs überhaupt, ist sein Recht auf Information. Damit der Aktionär seine Kapitalanlage beurtei-

⁶ BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007.

⁷ E. 3.

⁸ E. 4.1.

⁹ E. 5.

¹⁰ BGE 133 III 453 bzw. BGer 4C.45/2006 vom 26. April 2007.

¹¹ E. 5 (nicht publiziert).

len und richtige Entscheide treffen kann, muss er über die Gesellschaft informiert sein und einen Einblick in deren wirtschaftliche Lage haben. Eine angemessene Information bildet sodann unabdingbare Voraussetzung für die Geltendmachung seiner Mitverwaltungsrechte und besonders des Stimmrechts sowie die Grundlage für eine Kontrolle und eine eventuelle Haftbarmachung der Gesellschaftsorgane.¹²

Bei sämtlichen Informationsrechten kommt einer ordnungsgemässen Rechnungslegung und damit auch dem Revisionsbericht eine zentrale Bedeutung zu. Den Aktionären werden Einsichts- und Kontrollrechte nach Art. 697 OR in finanziellen Belangen nämlich nur insoweit gewährt, als dies nach ordnungsgemässer Prüfung von Buchhaltung und Jahresrechnung durch die Revisionsstelle noch erforderlich ist und sich mit der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse verträgt. Die Revisionsstelle soll folglich gerade garantieren, dass die Einsichtsrechte der Aktionäre und Gläubiger nicht dadurch entleert werden, dass unvollständige oder falsche Zahlen präsentiert werden. Mangelt es der Revisionsstelle an Unabhängigkeit, besteht die Gefahr, dass sie der Generalversammlung allfällige schädigende Unregelmässigkeiten bei der Geschäftsführung oder Verstösse gegen die Vorschriften ordnungsgemässer Rechnungslegung nicht anzeigt. Damit wird die Zuverlässigkeit der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts als das von den Aktionären primär auszuschöpfende Informationsmittel, das ihnen eine sinnvolle Ausübung ihrer Aktionärsrechte ermöglichen soll, in Frage gestellt.¹³

Folge eines die Anfechtungsklage gutheissenden Urteils wäre, dass die C AG für die Geschäftsjahre 2000 bis 2004 nicht als gesetzmässige Revisionsstelle gelten könnte und dass somit die Beklagte für diese Geschäftsjahre über keine gesetzmässige Revisionsstelle verfügt hätte. Damit wäre für die Klägerin der Weg frei, für diese Jahre die Wahl einer neuen, den gesetzlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit und Befähigung genügenden Revisionsstelle zu verlangen, welche die entsprechenden Jahresrechnungen prüft und der Generalversammlung darüber sowie über allfällige anzuzeigende Unregelmässigkeiten Bericht erstattet. Auf diesem Weg können die Unsicherheiten beseitigt werden, die der Information anhaften, die einer durch eine nicht unabhängige Revisionsstelle geprüften Jahresrechnung zu entnehmen ist. Auch werden möglicherweise allfällige Unregelmässigkeiten aufgedeckt, welche die Klägerin nicht selber feststellen kann. Daran besteht für die Klägerin grundsätzlich auch

für vergangene Geschäftsjahre ein Interesse und zwar unabhängig davon, ob die Jahresrechnungen für diese Jahre von der Generalversammlung genehmigt worden sind und allenfalls nach einer Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns gewisse irreversible Fakten geschaffen worden sind. Die Aufdeckung von allfälligen Unregelmässigkeiten in den früheren Geschäftsjahren und die Beseitigung diesbezüglicher Unsicherheiten werden durch die Genehmigung der entsprechenden Jahresrechnungen nicht bedeutungslos. Vielmehr können sie Grundlage für die Wahrnehmung von Aktionärsrechten bilden, wie beispielsweise die Haftbarmachung von Gesellschaftsorganen, die künftige Ausübung des Stimmrechts oder die Veräusserung von Aktien.¹⁴

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Anfechtungsklage gegenüber den Beschlüssen der Generalversammlung unzulässig ist, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage bilden kann, kann am Vorliegen des erforderlichen Rechtsschutzinteresses nicht rütteln. Die fehlende Unabhängigkeit der Revisionsstelle per se – ohne schadensverursachende Pflichtverletzung – hat kaum je einen Schaden zur Folge, der zu einer Organhaltung der Revisionsstelle führen könnte.¹⁵

Der *dritte Entscheid*¹⁶ befasste sich mit folgendem Sachverhalt: Die Klägerin ist Minderheitsaktionärin (3,08% des Aktienkapitals) der Beklagten. Die Generalversammlung beschloss mit deutlicher Mehrheit der abgegebenen Stimmen eine Vinkulierungsbestimmung, wonach der Erwerber, der mehr als 9,5% aller Namenaktien der Gesellschaft halten würde, abgelehnt werden kann, weil dadurch die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Gesellschaft gefährdet ist. Zudem beschloss die Generalversammlung, eine Einschränkung der Vertretung an der Generalversammlung in die Statuten aufzunehmen. Beide Beschlüsse wurden von der Klägerin angefochten.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass nach Art. 685a Abs. 1 OR die Statuten vorschreiben dürfen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können. Eine statutarische Prozentklausel wird zwar nur für börsennotierte Gesellschaften ausdrücklich als zulässig erklärt, doch sind keine Gründe erkennbar, weshalb diese Vinkulierung nicht auch für nicht börsennotierte Namenaktien in

¹² E. 7.2.

¹³ E. 7.3.

¹⁴ E. 7.3.

¹⁵ E. 7.4.

¹⁶ BGer 4C.35/2007 vom 18. April 2007.

Frage kommt.¹⁷ Weiter führt das Gericht bezüglich der wirtschaftlichen Selbständigkeit aus, dass allein wegen einer Mehrheitsbeteiligung eines einzelnen Aktionärs von 38,14% die Beklagte ihre wirtschaftliche Selbständigkeit nicht schon vor der Einführung der neuen Vinkulierungsbestimmung verloren hat, was die Einführung obsolet gemacht hätte. Eine prozentuale Begrenzung der Namenaktien ist ein geeignetes und verhältnismässiges Mittel, um die wirtschaftliche Selbständigkeit zu bewahren. Es liegt folglich ein sachlicher Grund für die Beschränkung der Übertragung der Aktien vor. Das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre ist auch nicht verletzt, denn die prozentmässig definierte Beschränkung gilt für die Übertragung und den Erwerb sämtlicher Aktien und somit für alle Aktionäre gleichermassen. Sie trifft zwar die Mehrheitsaktionäre einschneidender als die bisherigen Minderheitsaktionäre, da letztere ihren Anteil immer noch erhöhen können. Hinsichtlich des Verkaufs von Aktien sind aber alle Aktionäre gleich eingeschränkt, da sie ihre Aktien nicht einem der Mehrheitsaktionäre und u. U. nicht insgesamt veräussern können. Die erwähnte unterschiedliche Wirkung der Beschränkung auf einzelne Aktionäre ist jedoch durch das Ziel gerechtfertigt, die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beklagten zu gewährleisten.¹⁸

Das Bundesgericht schützte auch die zweite angefochtene Statutenbestimmung, welche die Vertretung an der Generalversammlung auf andere Aktionäre einschränkt. Gemäss Art. 689 Abs. 2 OR kann sich der Aktionär für die Ausübung seiner Aktionärsrechte in der Generalversammlung durch einen Dritten vertreten lassen, der unter Vorbehalt abweichender statutarischer Bestimmung nicht Aktionär zu sein braucht. Nach Ansicht der Klägerin fehlt ein sachlicher Grund für die Einführung der Beschränkung und die Interessen der Aktionäre überwiegen diejenigen der Gesellschaft.¹⁹ Nach einer Prüfung der bisherigen «Vertretungspraxis» der Beklagten kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass bis anhin die Aktionäre sich immer durch andere Aktionäre vertreten liessen und nun diese bisherige Praxis lediglich in den Statuten festgeschrieben wurde. Weiter besteht ein objektives Interesse der Beklagten am Einbezug der für sie tätigen Personen und auch der für das Unternehmen tätigen Aktionäre an einer aktiven Mitgestaltung der Unternehmenspolitik. Das Interesse der Aktionäre, sich unter Umständen fachkundig beraten zu lassen, bedarf nach Ansicht des Gerichts keiner

eigentlichen Vertretung an der Generalversammlung, sondern lässt sich allgemein durch fachkundige Beratung nach Kenntnis der Traktanden befriedigen. Für Aktionäre, die wie die Klägerin juristische Personen sind, dürfte dies mittels Delegation fachkundiger Organe erst recht sicherzustellen sein.²⁰

2. Verwaltungsrat

a) Nichtigkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates

X war seit 1973 bei der Y AG tätig, seit 1996 zugleich als Direktor und Delegierter des Verwaltungsrates. Am 17. Juni 2002 fanden eine Verwaltungsratssitzung und eine ordentliche Generalversammlung statt, im Verlaufe letzterer X als Delegierter des Verwaltungsrates abberufen wurde. Am selben Tag wurde sein Arbeitsvertrag mit Wirkung ab 30. Juni 2002 aufgelöst; das Kündigungsschreiben wurde im Namen der Y AG verfasst und trug die Unterschrift von A, der ab diesem Zeitpunkt einziges Mitglied des Verwaltungsrates war. X focht die Kündigung wegen Nichtigkeit an, da sie erstens von der Muttergesellschaft in Deutschland und nicht vom Verwaltungsrat der Y AG beschlossen worden war und A als Verwaltungsrat bloss das Kündigungsschreiben unterzeichnet hätte. Die Kündigung sei aber unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates i. S. v. Art. 716a OR. Zweitens sei der Beschluss weder in einer formellen Sitzung des Verwaltungsrates gefasst, noch protokolliert worden, was Art. 713 Abs. 3 OR verletze und drittens hätte A das Kündigungsschreiben alleine unterzeichnet, obwohl er laut Handelsregistereintrag nur Kollektivunterschrift zu zweien habe.²¹

Das Bundesgericht hielt zum ersten Argument fest, dass der Beschluss zur Kündigung sehr wohl vom Verwaltungsrat der Y AG stamme, da A sie ausgesprochen und das Schreiben unterzeichnet habe. Dass er dabei aufgrund einer – nicht bindenden – Weisung der Muttergesellschaft gehandelt hatte und der Entscheid u. U. auch im Verwaltungsrat letzterer vorbereitet worden war, ändere daran nichts.²²

Zur zweiten Rüge hielt das Bundesgericht fest, dass das Gesetz nicht zwingend eine formelle Sitzung des Verwaltungsrates vorschreibt, im

¹⁷ E. 3 f.

¹⁸ E. 3.2 f.

¹⁹ E. 4.1.

²⁰ E. 4.4.

²¹ BGE 133 III 77 bzw. BGer 4C.347/2006 vom 16 Januar 2007.

²² E. 4 (nicht publiziert).

Gegenteil, es lässt sogar Zirkularbeschlüsse zu, falls nicht ein Mitglied des Verwaltungsrates eine mündliche Beratung verlangt (Art. 713 Abs. 2 OR). Deshalb kann eine fehlende formelle Sitzung für die Beschlüsse eines Verwaltungsrates, der aus nur einem Mitglied besteht, keinen Nichtigkeitsgrund darstellen.²³

Das Gericht verwarf auch die dritte Rüge des Klägers mit der Begründung, dass sich aus Art. 718 Abs. 3 OR ableiten lässt, dass im Falle eines einzigen Mitgliedes des Verwaltungsrates dieses alleine zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein müsse, ungeachtet eines allfälligen abweichenden Handelsregistereintrages.²⁴

b) Vertretungsmacht

Das Bundesgericht musste sich mit der Frage der Gültigkeit einer Schuldanerkennung auseinandersetzen.²⁵ Die Klägerin machte geltend, dass eine Schuldanerkennung der ZX AG für diese unverbindlich ist, da sie durch deren Geschäftsführerin unterzeichnet wurde, die sich mit der ZX AG in einem Interessenkonflikt befand. Dieser war darin begründet, dass die Zahlungen aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis an die Geschäftsführerin persönlich oder an Dritte, nicht aber an die ZX AG geflossen sind.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass das Vorliegen eines blossen Interessenkonflikts – im Gegensatz zum Selbstkontrahieren und zur Doppelvertretung – die Vertretungsmacht nicht schon von vornherein ausschliesst. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Selbst in diesem Fall kann ein gleich- oder übergeordnetes Organ das Rechtsgeschäft genehmigen. Dabei genügt auch ein Verhalten, das der Vertragspartner nach Treu und Glauben als Genehmigung interpretieren durfte.²⁶ Falls der sich in einem Interessenkonflikt befindende Vertreter Alleinaktionär der Gesellschaft ist, entfällt die Vertretungsmacht nicht, da der Abschluss des betreffenden Geschäfts zugleich dem Willen der Generalversammlung entspricht und deshalb von der Vertretungsmacht des Organs

gedeckt ist. Ist der Vertreter aber lediglich Mehrheitsaktionär, ist ein Interessenkonflikt wiederum möglich.²⁷

Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt ein Interessenkonflikt vor, wenn das fragliche Rechtsgeschäft – für die Gegenpartei ersichtlich – das handelnde Organ persönlich in wirtschaftlicher Hinsicht positiv oder negativ betrifft und die Interessen der Gesellschaft mit denjenigen des Organs kollidieren.²⁸ Für die Annahme der Erkennbarkeit eines Interessenkonflikts genügt es nicht, dass Zahlungen auf ein Privatkonto der Geschäftsführerin erfolgten. Es ist mit Blick auf einen möglichen Interessenkonflikt nicht massgeblich, auf welche Art die Zahlung geleistet wurde, sondern ob sie für die Gesellschaft oder das handelnde Organ persönlich bestimmt war. Ein massgeblicher Interessenkonflikt liegt vor, wenn Geldleistungen, zu deren Rückzahlung sich die Gesellschaft verpflichtet, erkennbar nicht für die Gesellschaft, sondern für private Zwecke des handelnden Organs bestimmt sind.²⁹ Mangels erkennbaren Interessenkonflikts im zu beurteilenden Sachverhalt wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.³⁰

3. Verantwortlichkeit

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Gelegenheit, sich zu einzelnen Fragen im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der Organe zu äussern. In einem *ersten Fall*³¹ ging es um die Verletzung der Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters im Falle einer offensichtlichen Überschuldung sowie um die Herabsetzung des vom Verwaltungsrat zu entrichtenden Schadenersatzes wegen Verletzung seiner Pflicht zur Benachrichtigung des Richters.

Gemäss Art. 729b Abs. 2 OR benachrichtigt die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung den Richter, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt diese Bestimmung, im Interesse der aktuellen und künftigen Gläubiger der Gesellschaft wie der Allgemeinheit, ein Hinauszögern des Konkurses und damit insbesondere eine weitere Überschuldung zu ver-

²³ E. 5.

²⁴ E. 6.

²⁵ BGer 4C.93/2007 vom 13. August 2007 (nicht publiziert).

²⁶ E. 2.2 und 2.3.3.

²⁷ E. 2.2.

²⁸ E. 3.

²⁹ E. 3.2.1.

³⁰ E. 5.

³¹ BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007.

hindern. Die Aussicht auf eine kurzfristig realisierbare Sanierung kann es jedoch nach den Umständen rechtfertigen, auf eine sofortige Benachrichtigung des Richters zu verzichten. Dabei darf es sich aber nicht bloss um übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen handeln.³² Auch wenn diese subsidiäre Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung grundsätzlich dort streng zu verstehen ist, wo die Aussichten auf eine Sanierung kaum realistisch erscheinen, lässt sich ein Verzicht auf eine Anzeige rechtfertigen, wenn nach den Umständen konkrete Aussicht besteht, eine Schädigung der Gläubiger ohne Konkurs abzuwenden.³³ Nach Ansicht des Bundesgerichts besteht eine solche konkrete Aussicht, wenn der kundige Verwaltungsrat Übernahmeverhandlungen einleitet und auch mit Interessenten führt. Bis zum Scheitern dieser Übernahmeverhandlungen kann der Revisor ohne Verletzung seiner subsidiären Pflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR auf eine Benachrichtigung des Richters verzichten. Solange das beklagte Mitglied der Revisionsstelle also aufgrund der vom Verwaltungsrat geführten Verhandlungen mit dem erfolgreichen Abschluss der Übernahme durch eine Drittgesellschaft und der Verhinderung eines Verlusts der Gesellschaftsgläubiger rechnen konnte, war es nicht zur Anzeige an den Richter verpflichtet.³⁴

Hinsichtlich der Reduktion der Ersatzpflicht der beklagten Verwaltungsratsmitglieder führt das Bundesgericht aus, dass die allgemeinen Regeln der Art. 41 ff. OR auch auf die Haftung der Organe im Sinne von Art. 754 OR anwendbar sind. Damit sind Art und Grösse des Schadensersatzes vom Gericht zu bestimmen, wobei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen sind (Art. 43 Abs. 1 OR). Die Vorinstanz hatte zunächst bundesrechtskonform die Grösse des Schadens festgestellt, der durch die Verzögerung der Konkurseröffnung entstanden war – nämlich CHF 2236752.55. Sie hatte jedoch angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles die Höhe des Ersatzes auf CHF 1150000.– herabgesetzt. Dabei handelt es sich laut Bundesgericht um einen Ermessensentscheid, den es im Berufungsverfahren frei überprüft. Es übt aber Zurückhaltung aus und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwin-

gend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, die sich als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen.³⁵ Die Vorinstanz hatte die Herabsetzung damit begründet, dass die Beklagten am wirtschaftlichen Misserfolg grundsätzlich kein Verschulden traf, sondern dass eine von der Klägerin verspätet und vertragswidrig nicht entwicklungsreif gelieferte Maschine hauptsächlich dafür verantwortlich war.

Die Beklagten stellten der Gesellschaft durch entsprechende Darlehen erhebliche weitere Mittel zur Verfügung, um die nötige Liquidität sicherzustellen, mit dem Ziel, die Gesellschaft mit Hilfe einer neu zu entwickelnden Technologie dennoch zu retten. Daneben bestanden die Sanierungsbemühungen der Beklagten aber auch im Bemühen um Verkauf von Technologie und Anlagen an Dritte.³⁶ Laut Bundesgericht hat die Vorinstanz ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie aufgrund dieser besonderen Umstände die Höhe des zu ersetzenden Schadens um rund einen Drittel herabsetzte. Sie durfte zudem davon ausgehen, dass die Beklagten keinerlei Gründe hatten, an der vertragsgemässen Lieferung der Anlage zu zweifeln, mit der im Sinne des Zweckes der Gesellschaft die industrielle Produktion hätte aufgenommen werden sollen. Wenn sie für den zu treffenden Ermessensentscheid den Umstand als erheblich erachtete, dass die Beklagten den wirtschaftlichen Misserfolg der Konkursitin insgesamt nicht wesentlich verursacht hatten, hat sie entgegen der Ansicht der Klägerin einen Umstand gewürdigt, der für die Grösse des Verschuldens auch in Bezug auf die konkrete Pflichtverletzung der verspäteten Anzeige der Überschuldung berücksichtigt werden kann. Die Vorinstanz konnte sodann das Verschulden der Beklagten aufgrund der – keineswegs von vorneherein aussichtslosen – Sanierungsbemühungen als gering erachten. Sie hat insofern zutreffend den Umstand berücksichtigt, dass insbesondere der Beklagte 1 erhebliche eigene finanzielle Mittel in die Entwicklung einer anderen Technologie investierte, nachdem sich die ursprünglich dafür vorgesehene Anlage als untauglich erwies.³⁷

Zur Schadensberechnung konnte sich das Bundesgericht auch noch in einem zweiten Fall³⁸ äussern. Im Falle einer Verletzung der Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft ist für die Feststellung der Schadenshö-

³² E. 4.1.

³³ E. 4.4.

³⁴ E. 4.5.

³⁵ E. 5.1.

³⁶ E. 5.2.

³⁷ E. 5.3.

³⁸ BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007.

he auf die Differenztheorie abzustellen. Danach müssen der aktuelle Vermögensstand und derjenige, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, verglichen werden. Der Schaden der Gesellschaft besteht folglich in der Erhöhung des Verlustes vom Moment an, in welchem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen, hätte der Beklagte seine Pflichten wahrgenommen, und dem Moment, in welchem der Konkurs wirklich eröffnet wurde. Der Schaden ist in diesem Fall nach dem Liquidationswert zu berechnen, denn die Eröffnung des Konkurses führt zur Auflösung der Gesellschaft und zur Liquidation nach den Bestimmungen des SchKG. Dabei bestimmt sich nicht nur der Verlust im Zeitpunkt der effektiven Eröffnung des Konkurses nach dem Liquidationswert, sondern auch derjenige im Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen, hätte der Beklagte seine Pflicht zur Benachrichtigung nicht verletzt.³⁹

Die Beklagte brachte vor, dass die Schulden gegenüber Dritten – im Gegensatz zu jenen gegenüber den Aktionären, die einen Rangrücktritt erklärten – in der fraglichen Zeit abgenommen hätten. Weil die Klägerin keinen Ersatz für eigenen Schaden, sondern für jenen der Gesellschaft verlangte, hielt dem das Bundesgericht entgegen, dass die kantonale Instanz ihre Schadensberechnung zu Recht nicht nur auf die Forderungen ohne Rangrücktritt gestützt hat, da diese die Verschlechterung der finanziellen Situation der Gesellschaft nicht vollständig wiedergaben. Überdies ist ein Rangrücktritt kein Verzicht auf die Forderung und beseitigt deshalb auch keine Überschuldung. Die Forderung existiert weiter und erhält im Konkurs einen Verlustschein. Deshalb sind nach Auffassung des Gerichts für die Schadensberechnung auch die Forderungen mit Rangrücktritt zu berücksichtigen.⁴⁰

³⁹ E. 2.5.

⁴⁰ E. 4.3.

II. Übriges Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. GmbH-Recht

Der Bundesrat hiess am 17. Oktober 2007 die umfassende Revision des GmbH-Rechts mit den erforderlichen Ausführungsbestimmungen gut und setzte diese auf den 1. Januar 2008 in Kraft.⁴¹ Diese Gesetzesrevision hat das Recht der GmbH an das geltende Aktienrecht, welches bereits im Jahre 1992 revidiert wurde, angenähert. Dies zeigt sich darin, dass beide Rechtsformen in vielen Bereichen vergleichbare Grundsätze aufstellen und zahlreiche Artikel des GmbH-Rechts auf die aktienrechtlichen Bestimmungen verweisen. Dennoch hat die Revision der personenbezogenen Ausgestaltung der GmbH Rechnung getragen. Während das rechtliche Konzept der Aktiengesellschaft auf der Kapitalbeteiligung der Aktionäre aufbaut und deren Persönlichkeit oftmals von geringerer Bedeutung ist, ermöglicht das Recht der GmbH, in den Statuten eine auf die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse der beteiligten Personen bezogene Ausgestaltung der Gesellschaft vorzusehen. Ziel der Revision ist es, die GmbH konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft auszugestalten. Die GmbH soll auch in Zukunft insbesondere als Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen mit beschränktem Gesellschafterkreis dienen. Zudem ist sie geeignet für Joint Ventures, für Private Equity-Transaktionen sowie aus steuerrechtlichen Gründen für Tochtergesellschaften von US-amerikanischen Konzerngesellschaften («check-the-box-election»).

In der nachfolgenden Zusammenstellung findet sich ein Vergleich der wichtigsten Neuerungen und Änderungen zwischen dem bisherigen und dem revidierten Recht:

* Bearbeitet von Dr. Rino Siffert, LL.M./dipl. Informatiker NDL.

⁴¹ AS 2007, S. 4791.