

13 Entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetztextes bezieht sich das Gleichbehandlungsgebot nach wohl einhelliger Ansicht nicht auf die Aktionäre an sich, sondern auf die **Aktien**. Entsprechend werden Ungleichbehandlungen, die in der unterschiedlichen statutarischen Rechtsstellung von Aktien begründet liegen, grundsätzlich als möglich erachtet, soweit sie vom Gesetz zugelassen sind (Böckli, Rz 1651, BaK-WATTER, OR 717, N 24).

14 Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt in einer Vielzahl von Situationen zum Tragen, mit denen sich insb der VR konfrontiert sieht. Diese beschränken sich nicht nur auf den Bereich der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu Aktionären (und allenfalls Partizipanten). Auch im Bereich der **Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Aktionären** ist das Gleichbehandlungsgebot zu berücksichtigen, sofern die Aktionärsstellung für das Geschäft in irgendeiner Form relevant ist. Dies ist bspw der Fall, wenn einem Aktionär ein Darlehen zu privilegierten Konditionen gewährt wird, von denen andere Aktionäre nicht profitieren können. Auch Geschäfte der Gesellschaft mit Aktionären über eigene Aktien sind sensitiv (vgl aber BGE 88 II 105, wo das BGer im Verkauf eines von zwei Aktionären beanspruchten massgeblichen Pakets eigener Aktien an einen einzigen Aktionär mE zu Unrecht keinen Anwendungsfall des Gleichbehandlungsprinzips erblickte). Sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen in schuldvertraglichen Konstellationen werden meist auch unter dem Aspekt der Treuepflicht problematisch sein.

15 Seine Wirkungsschwerpunkte hat das Gleichbehandlungsprinzip im Bereich der **gesellschaftsrechtlichen Beziehungen** zwischen Gesellschaft und Aktionär, von denen eine kurze Auswahl der Veranschaulichung dienen soll: • **Auskunfts- und Einsichtsbegehren**: Solche Begehren kann gem OR 697 jeder Aktionär stellen, wobei die Lehre teilweise die weitverbreitete Praxis, Grossaktionäre in dieser Hinsicht zu bevorzugen, aufgrund des grösseren finanziellen Engagements und Gewichts dieser Aktionäre, als zulässig erachtet (Böckli, Rz 1660g, Hofstetter, SZW 1996, 228 ff, kritisch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N 68). Aus der Gewährung von Auskünften oder der Einsicht in Gesellschaftsunterlagen an einzelne Aktionäre, die dies anbegehrt haben, entsteht jedoch keine Pflicht, die übrigen Aktionäre unaufgefordert gleichzustellen. Die Frage der Gleichbehandlung aktualisiert sich nur, soweit auf entsprechende Begehren unterschiedlich eingegangen wird. Eine substantielle Bevorzugung, die sich insb auch in vermögensrechtlicher Hinsicht niederschlagen könnte, ist dagegen nicht möglich. Börsenko-

tierte Unternehmen haben dem Gleichbehandlungsgebot in diesem Bereich zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der Ad hoc-Publizität (KR der SWX Swiss Exchange 72) und des Insiderstrafrechts (StGB 161) Rechnung zu tragen. • **Eintragung von Namenaktionären**: Während der Erwerber von börsenkotierten Namenaktien beim börsenmässigen Erwerb mit der Übertragung der Aktie Aktionär wird bzw beim ausserbörslichen Erwerb einen Anspruch auf Eintragung ins Aktienbuch (und damit in dieser Hinsicht auf Gleichbehandlung mit anderen Aktionären) hat (OR 685f), erlangt der Erwerber vinkulierter und nicht börsenkotierter Namenaktien seine Aktionärsstellung erst mit der Zustimmung der Gesellschaft (OR 685c). Letzterer hat als (noch) nicht Aktionär keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Hingegen steht dem Veräusserer als (noch) Aktionär ein Anspruch darauf zu, dass das Eintragungsgesuch seines Erwerbers gleich behandelt wird wie diejenigen aus anderen Handänderungen (BaK-WATTER, OR 717, N 29). • **Eintragungsbeschränkungen und Höchststimmklauseln**: Soweit der VR im Rahmen von statutarischen Eintragungsbeschränkungen oder Höchststimmklauseln über Ermessensspielraum verfügt, kann er diesen nur unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots ausnützen. Eine Überschreitung des Ermessensspielraums zugunsten eines Aktionärs hat zur Folge, dass den anderen Aktionären ein Recht auf Gleichbehandlung (im Unrecht) zusteht. (Klay, 231 f, Böckli, Rz 601). • **Öffentliche Kaufangebote**: Der VR der Zielgesellschaft hat im Falle eines öffentlichen Kaufangebots gem BEHG 29 Abs. 1 in einem Bericht zum Angebot Stellung zu nehmen. Bei der Entscheidung, ob das Angebot den Aktionären zur Annahme oder zur Zurückweisung empfohlen werden soll, hat der VR auch die Gleichbehandlung der Aktionäre durch den Anbieter zu berücksichtigen. Der Gleichbehandlung der Aktionäre wird freilich auch börsengesetzlich Rechnung getragen (Preisbestimmung, zulässige Kontrollprämie, Behandlung verschiedener Beteiligungspapiere).

Art. 718

V. Vertretung

1. Im allgemeinen

1 Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen. Bestimmen die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes, so steht die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu.

2 Der Verwaltungsrat kann die Vertretung ei-

nem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.

3 Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates muss zur Vertretung befugt sein.

1 Die Bestimmung handelt von der **organschaftlichen Vertretung** der Gesellschaft, also vom Handeln der Organe für die Gesellschaft gegenüber Dritten. Eine Vertretungsbefugnis kann sich nicht nur aufgrund eines organschaftlichen Vertretungsverhältnisses ergeben, sondern auch aufgrund einer **bürgerlichen Stellvertretung** gem OR 32 ff. Mittels bürgerlicher Stellvertretung können sowohl Organe als auch unabhängige Dritte als Vertreter bestellt werden.

2 Von der Vertretung zu unterscheiden ist • die **Geschäftsführung** (dh die interne Willensbildung und Regelung der Organisation der Gesellschaft, OR 716 ff), • die **Passivvertretung** (dh die Fähigkeit, Willenserklärungen namens der Gesellschaft zu empfangen; nach hL kommt diese Fähigkeit allen zur Vertretung befugten Personen einzeln zu, selbst wenn diese nur kollektiv zeichnungsberechtigt sind, wobei allerdings eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis auf die Haupt- oder eine Zweigniederlassung auch die Passivvertretung entsprechend einschränkt), • die **Wissensvertretung** (dh die Zurechnung von Wissen an die Gesellschaft; nach hL ist das Wissen sämtlicher an einem Geschäft beteiligten Personen, wie auch dasjenige von Organen, die um das Geschäft wissen müssten, relevant), vgl BaK-WATTER, OR 718, N 34 f.

3 Abs. 1 weist die Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, dem VR zu. Dadurch wird grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein Nicht-Exekutivorgan die Gesellschaft vertritt (bzgl der RS ergibt sich dies auch aus OR 731 Abs. 1 Satz 2). Ausnahmen sind aber insb in den folgenden Fällen möglich: • **Löschung von HReg-Eintragungen** (OR 711 Abs. 2, OR 727e Abs. 4, HRegV 25a Abs. 1) • **Benachrichtigung des Richters durch die RS bei offensichtlicher Überschuldung** (OR 729b Abs. 2) • **Klage der GV gegen sämtliche Mitglieder des VR** (OR 693 Abs. 3 Z. 4; in diesem Fall hat der Richter einen Vertreter zu bestellen) • **Fehlen notwendiger Organe** (ZGB 393 Z. 4).

4 Während die Geschäftsführung grundsätzlich allen Mitgliedern des VR gesamthaft obliegt (OR 716b Abs. 3), steht die Vertretungsbefugnis **jedem VR-Mitglied einzeln** zu, dh jedes Mitglied hat Einzelunterschrift. Diese gesetzliche Regelung kann durch die Statuten oder das Organisationsreglement abgeändert werden. Üblich ist die Bestimmung, wonach die Mitglieder des VR kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt sind (vgl OR 718a, N 6).

5 Abs. 2 ermächtigt den VR, die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) zu übertragen. Diese Bestimmung ist eine Konkretisierung von OR 716a Abs. 1 Z. 4, wonach dem VR die Ernennung und Abberufung der mit der Vertretung betrauten Personen zusteht. Anders als bei der Übertragung der Geschäftsführung (OR 716b Abs. 1) liegt diese Entscheidung in der **alleinigen Kompetenz des VR** und er braucht dafür keine statutarische Grundlage, denn die entsprechende Bestimmung von OR 718 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Art der Zeichnungsberechtigung.

6 Wird die Vertretungsbefugnis einzelnen **VR-Mitgliedern** übertragen (und damit gleichzeitig allen anderen Mitgliedern entzogen), sind die Schranken von OR 718 Abs. 3 sowie von OR 708 Abs. 2 und 3 zu beachten (vgl OR 718, N 8).

7 Der **Dritte**, dem die Vertretungsbefugnis übertragen wird, muss eine natürliche Person sein. Juristische Personen können nur mittels bürgerlicher Stellvertretung (OR 32 ff) bevollmächtigt werden (vgl OR 718, N 1). Umstritten ist, ob der Dritte handlungs- oder bloss urteilsfähig sein muss (BaK-WATTER, OR 718, N 6).

8 Abs. 3 bestimmt, dass mind ein Mitglied des VR zur Vertretung befugt sein muss. Dies gilt nur dann, wenn dieses Mitglied **Einzelunterschrift** hat, denn die Bestimmung ist so zu verstehen, dass der VR die Gesellschaft ohne Mitwirkung Dritter rechtsgültig vertreten können muss. Deshalb muss bei **Kollektivunterschrift** mind die entsprechende Anzahl Mitglieder des VR zur Vertretung befugt sein. Zu beachten sind ferner auch die Wohnsitz- und Nationalitätserfordernisse gem OR 708 Abs. 2 und 3.

Art. 718b

2. Umfang und Beschränkung

1 Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

2 Eine Beschränkung dieser Vertretungsbefugnis hat 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 der Gesellschaft.

1 Die Bestimmung umschreibt die **Vertretungsmacht** – also das Können – der zur Vertretung berechtigten Personen. Rechtsgeschäftliche Handlungen, die ohne Vertretungsmacht vorgenommen werden, sind für die Gesellschaft grundsätzlich unverbindlich. Zu prüfen ist aber, ob die Gesellschaft aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet wird (bspw. aus culpa in contrahendo, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung; vgl. BK-RIEMER, ZGB 54/55, N 44).

2 Abs. 1 bestimmt, dass für die Gesellschaft nur jene Rechtshandlungen vorgenommen werden können, die der **Zweck der Gesellschaft** mit sich bringen kann. Das BGer legt diese Bestimmung weit aus, indem es Handlungen als zweckkonform bezeichnet, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, dh. durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 116 II 323). Keine Vertretungsmacht besteht hingegen für jene Handlungen, die ausserhalb dieses weit verstandenen Zwecks liegen. Dazu zählen Handlungen wie • Veräusserung des gesamten Betriebs mit allen Aktiven (BGE 100 II 390 f; 116 II 323, im konkreten Fall als zulässig erachtet), • Erbringen von unentgeltlichen Leistungen, insb. zugunsten nahe stehender Personen (ZR 1999, 249, ZR 1990, 63), • Benachrichtigung des Richters wegen Überschuldung ohne vorgängigen VR-Beschluss (OR 716a Abs. 1 Z. 7, ObG LU, ZBJV 1972, 320 f). Dabei handelt es sich häufig um Handlungen, die im Kompetenzbereich der GV oder des Gesamt-VR liegen.

3 Einen besonderen Fall der Beschränkung der Vertretungsmacht stellt das **Verbot des Insichgeschäfts** dar. Danach darf ein Vertreter nicht mit sich selber (*Selbstkontrahieren*) oder zwischen zwei Gesellschaften, die er beide vertritt (*Doppelvertretung*), einen Vertrag abschliessen (BGE 126 III 363). Ein Insichgeschäft liegt auch vor, wenn ein Organ einen Prokuristen anweist, mit ihm ein Geschäft abzuschliessen (BGE 89 II 322). Rechtswirksam sind diese Geschäfte nur dann, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt hat (BGE 126 III 363), wobei dies auch stillschweigend möglich ist (BGE 93 II 482). Eine stillschweigende Ermächtigung ist zu vermuten, wenn keine Benachteiligungsgefahr besteht (BGE 93 II 482 f) oder bei konzernmässiger Verflechtung der Gesellschaften (ZR 1978, 128). Ferner ist auch eine nachträgliche Genehmigung durch unabhängige VR-Mitglieder oder durch die GV möglich. VR-Mitglieder können nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung Insichgeschäfte eines anderen Verwaltungsratsmitgliedes genehmigen (BGE 127 III 334). Eine Genehmigung

durch die GV ist immer dann zu vermuten, wenn der Vertreter Alleinaktionär ist (BGE 126 III 367; die Interessen der Gläubiger sind nach neuer Rechtsprechung unerheblich).

4 Abs. 2 regelt die Wirkung von **gewillkürten Beschränkungen** der Vertretungsbefugnis. Während solche Beschränkungen intern grundsätzlich beliebig möglich sind, wirken sie gegenüber Dritten nur dann, wenn diese bösgläubig (vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30, N 97) sind oder sofern die Beschränkung im HReg eingetragen ist. In diesen Fällen fehlt es den vertretungsbefugten Personen an der erforderlichen Vertretungsmacht, und die entsprechenden Handlungen sind für die Gesellschaft grundsätzlich unverbindlich (s. OR 718a, N 1). Sind die Beschränkungen hingegen im HReg nicht eingetragen und ist der Dritte gutgläubig, dann beeinträchtigt deren Missachtung die Gültigkeit des entsprechenden Rechtsgeschäfts nicht, sondern führt allenfalls zur Verantwortlichkeit des fehlbaren Organs.

5 Im HReg können nur Beschränkungen über die ausschliessliche Vertretung der Haupt- oder einer Zweigniederlassung oder über die gemeinsame Vertretung eingetragen werden. Eine Beschränkung der Vertretung auf die **Zweigniederlassung** kann dann wirksam sein, wenn der Zweck der Zweigniederlassung enger gefasst ist als jener der Gesellschaft.

6 Der Eintrag einer **Kollektivklausel** bewirkt, dass die Unterschrift des Einzelnen ohne die vorgeschriebene Unterschrift der Übrigen nicht verbindlich ist (OR 460 Abs. 2). Entgegen der früheren Praxis des EHRA können sämtliche Kombinationen der Kollektivvertretung im HReg eingetragen werden, wie bspw. dass A und B kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt sind, aber nicht miteinander zeichnen dürfen (BGE 121 III 372 f).

Art. 719

3. Zeichnung

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

1 Die Bestimmung regelt die Art und Weise, wie die zur Vertretung berechtigten Personen zu zeichnen haben, nämlich dass sie ihrer Unterschrift die Firma der Gesellschaft beifügen müssen. Die **Firma** ist dabei so zu verwenden, wie sie im HReg eingetragen ist (HRegV 47). Die Anforderungen, welchen die **Unterschrift** ge-

nügen muss, ergeben sich aus OR 14 f. Während bei Delegierten und Direktoren kein Hinweis auf deren Funktion notwendig ist (HRegV 26 Abs. 1), müssen Prokuristen ihrer Unterschrift einen die Prokura andeutenden Zusatz, wie zB «per procura» oder «ppa» beifügen (OR 458 Abs. 1, HRegV 26 Abs. 3).

2 Die Vorschrift ist nach hM eine **Ordnungsvorschrift**, weshalb die Gesellschaft grundsätzlich auch dann verpflichtet wird, wenn die Firma oder die Unterschrift unvollständig ist. Immerhin können solche Mängel bei Formalakten wie öffentlichen Beurkundungen zur Ungültigkeit führen (ZK-BÜRG, OR 719/720, N 4). Fehlt die Firma ganz, dh. die zur Vertretung befugte Person handelt nicht im Namen der Gesellschaft, dann sind die Vertretungswirkungen nach OR 32 Abs. 2 zu beurteilen.

Art. 720

4. Eintragung

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

1 Gemäss dieser Bestimmung müssen die zur Vertretung befugten Personen im HReg eingetragen werden. Es handelt sich dabei um eine reine Ordnungsvorschrift, und der Eintrag im HReg wirkt **nicht konstitutiv** für die Vertretungsbefugnis (BGE 96 II 442). Allerdings können mit der Eintragung gewisse Beschränkungen der Vertretungsmacht wirksam durchgesetzt werden (vgl. OR 718a, N 4 ff).

2 Die **Anmeldung der Eintragung** ist vom VR vorzunehmen. Besteht der VR aus mehreren Personen, so hat der Präsident oder sein Stellvertreter sowie der Sekretär oder ein zweites Mitglied des VR die Anmeldung zu unterzeichnen (HRegV 22 Abs. 2; zur Form der Unterzeichnung vgl. HRegV 23). Gem. konstanter HReg-Praxis hat auch die anzumeldende Person ihre persönliche Unterschrift zu leisten. Daneben hat sie ihre Firmaunterschrift beim HReg zu zeichnen oder in beglaubigter Form einzureichen (HRegV 26 Abs. 1; bei Beglaubigungen im Ausland ist ferner eine Apostille notwendig). Die Firmaunterschrift hat den Anforderungen gem. OR 719 zu genügen.

3 Mit der Anmeldung ist ein beglaubigter Auszug aus dem Protokoll des VR betr. den Beschluss über die Ver-

tretungsberechtigung als **Beleg** einzureichen (HRegV 28 Abs. 2), sofern nicht alle VR-Mitglieder die Anmeldung unterzeichnen (HRegV 28 Abs. 5) oder das Originalprotokoll eingereicht wird.

4 Die **Änderung** der Vertretungsbefugnis oder von Tatsachen, die in diesem Zusammenhang eingetragen wurden, ist ebenfalls im HReg einzutragen (OR 937). Handelt es sich dabei nicht um eine neue Firmaunterschrift, dann ist der Anmeldung nur die persönliche Unterschrift der zur Anmeldung verpflichtenden Personen beizusetzen (HRegV 26 Abs. 4). Änderungen der Angaben über Namen, Heimatort (Staatsangehörigkeit) oder Wohnort können durch die bereits eingetragene Person selbst angemeldet werden (HRegV 25). Beruht die einzutragende Änderung nicht auf einem VR-Beschluss, dann ist auch kein Protokoll einzureichen.

5 Auch die **Löschung** von eingetragenen Personen ist von den zur Anmeldung verpflichtenden Personen vorzunehmen. Meldet die Gesellschaft das Ausscheiden einer eintragungspflichtigen Person beim HReg jedoch nicht an, so kann die betroffene Person 30 Tage nach dem Ausscheiden die Löschung selbst anmelden (HRegV 25a Abs. 1).

Art. 721

5. Prokuristen und Bevollmächtigte

Der Verwaltungsrat kann Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen.

1 Bereits aufgrund von OR 716a Abs. 1 Z. 4 hat der VR die Kompetenz, nebst Delegierten und Direktoren auch noch Prokuristen ua Bevollmächtigte zu ernennen. Diese Kompetenz kommt dem Gesamt-VR zu. Obwohl dies gerade bei grossen Unternehmen unpraktikabel ist – zumal den nach OR 721 ernannten Prokuristen und Bevollmächtigten keine Geschäftsführungsbefugnis zukommt –, war dies vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt (Botschaft, 182). Eine Ernennung durch die Geschäftsleitung ist nach der HReg-Praxis bloss bei Banken zulässig.

2 Als andere Bevollmächtigte ist dieser Bestimmung sind die **Handlungsbevollmächtigten** und die bloss **Zeichnungsberechtigten** zu verstehen. Die Handlungsvollmacht kann im HReg nicht eingetragen werden, jedoch können Zeichnungsberechtigte eingetragen werden.

3 Die Rechte und Pflichten von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten ergeben sich aus OR 458 ff.

Art. 722

VI. Organhaftung

Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht.

1 Die Bestimmung hält den Grundsatz fest, dass die Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe haftet. Sie wiederholt damit die bereits in ZGB 55 Abs. 2 verankerte **Organhaftung** und wurde bei der Aktienrechtsrevision nur deshalb beibehalten, um keine Missverständnisse zu erzeugen (Botschaft, 182).

2 Eine Haftung der Gesellschaft setzt voraus, dass ein Organ bei Ausübung von geschäftlichen Verrichtungen eine **unerlaubte Handlung iSv OR 41** begeht (BGE 124 III 297).

3 Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung haftet die Gesellschaft nicht für jede zur Vertretung befugte Person, sondern nur für **Handlungen von Organen** (BGE 121 III 179). Dabei können nicht nur unerlaubte Handlungen von Organen im formellen Sinn, sondern auch solche von materiellen oder faktischen Organen eine Haftung auslösen. Massgebend ist, dass es sich um Personen handelt, die tatsächlich bei der Geschäftsführung mitwirken und die Kompetenz haben, unabhängig zu entscheiden (BGE 121 III 179). Gem Rechtsprechung deckt sich der Organbegriff dieser Bestimmung nicht notwendigerweise mit jenem von OR 754 (BGE 117 II 571). Nicht notwendig ist, dass das fehlbare Organ vertretungsberechtigt ist (BGE 121 III 180).

4 Die haftungsbegründende Handlung muss bei der Ausübung einer **geschäftlichen Verrichtung** des Organs begangen worden sein. Keine Haftung begründen deshalb private Handlungen eines Organs, selbst wenn diese bei geschäftlicher Gelegenheit verrichtet wurden. Hingegen wird eine Haftung nicht deswegen ausgeschlossen, weil das Organ im eigenen Interesse gehandelt hat und nicht in jenem der Gesellschaft (BGE 121 III 180).

5 Die Verjährung bestimmt sich nach OR 60. Sofern zwischen dem fehlbaren Organ und der Gesellschaft wirtschaftliche Identität besteht, gilt eine längere Verjährungsfrist des Strafrechts nicht nur für den Zivilanspruch gegen den Täter selbst, sondern auch für den Anspruch gegen die Gesellschaft (BGE 107 II 156 f).

6 Zu beachten ist schliesslich, dass die fehlbaren Organe gem ZGB 55 Abs. 3 für ihr Verschulden auch persönlich verantwortlich sind (BGE 106 II 259).

Art. 723–724

Aufgehoben durch Z. I des BG vom 4.10.1991 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745).

Art. 725

VII. Kapitalverlust und Überschuldung

1. Anzeigepflichten

1 Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

2 Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungsnach noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

1 Die Aktienrechtsreform von 1991 führte beim mit «Kapitalverlust und Überschuldung» bezeichneten Unterabschnitt zu einer sprachlichen und inhaltlichen Revision. Neu geregelt ist die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts. Änderungen erfuhren auch die Bestimmungen über die Erstellung einer Zwischenbilanz, die nun vorgesehene Prüfung durch die RS und der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldungsanzeige. Die Eröffnung bzw der Aufschub des Konkurses werden nun in einem separaten Artikel behandelt. Gem VE RRG soll OR 725 f durch VE RRG 62 ff ersetzt werden.

2 **Abs. 1:** Die Bestimmung dient dem Schutz der Aktionäre (BGE 121 III 425). Bei einem *hälftigen Kapitalverlust* muss der VR unverzüglich eine GV einberufen und *Sanierungsmassnahmen* vorschlagen (*Sanierungsversammlung*). Der hälftige Kapitalverlust bezieht sich auf das gezeichnete Aktien- und PS-Kapital sowie die gesetzlichen Reserven. Letztere schliessen die allgemeine Reserve sowie allfällige Sonderreserven, nämlich Reserven für eigene Aktien und Aufwertungsreserven, mit ein. Die zu berücksichtigende *allgemeine Reserve*

der Gläubiger werden suspendiert (ZR 1995, 184; BGE 104 III 21 f, 77 III 38 f). Hingegen ändert sich nichts an der Fälligkeit von Forderungen, und der Zinsenlauf wird nicht unterbrochen. Der *Ausschluss* der *Verrechnung* gem SchKG 213 f und 297 greift erst ab dem Zeitpunkt, wo der Konkursaufschub veröffentlicht worden ist oder der Gläubiger hiervon sonst wie Kenntnis genommen hat (BGE 111 III 109 f).

6 Der Richter ist verpflichtet, geeignete Massnahmen zur *Vermögenserhaltung* anzuordnen. Namentlich geht es um die Begrenzung der Verfügungs- und Vertretungsmacht des VR sowie eine regelmässige Berichterstattung in geeigneter Form über die getroffenen *Sanierungsmassnahmen*. Damit soll eine gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet werden.

7 Abs. 2: Durch die Bestellung eines *Sachwalters* kann die Umsetzung der Massnahmen zur *Vermögenserhaltung* und die Berichterstattung über die getroffenen *Sanierungsmassnahmen* sichergestellt werden. Auch ein *Konkursbeamter* kann zum Sachwalter ernannt werden, der die Interessen des Schuldners und der Gläubiger gleichermaßen zu wahren hat (BGE 104 III 2 f). Der Richter kann dem Sachwalter weitere Aufgaben übertragen, muss jedoch die Stellung des Sachwalters gegenüber dem VR festlegen.

8 Abs. 3: Eine Veröffentlichung des *Konkursaufschubs* hat nur dann zu erfolgen, wenn dies zum Schutze Dritter, die (noch) nicht Gläubiger sind, erforderlich ist (so auch VE RRG 66 Abs. 3). Mit der *Veröffentlichung* wird die Überschuldung der Gesellschaft kundgetan. Dies schützt zwar Dritte in ihrem Vertrauen, dass keine überschuldeten Gesellschaften am Markt sind, läuft aber den Sanierungsbemühungen der Gesellschaft entgegen.

Art. 726

VIII. Abberufung und Einstellung

¹ Der Verwaltungsrat kann die von ihm bestellten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und andern Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen.

² Die von der Generalversammlung bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten können vom Verwaltungsrat jederzeit in ihren Funktionen eingestellt werden, unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung.

³ Entschädigungsansprüche der Abberufenen oder in ihren Funktionen Eingestellten bleiben vorbehalten.

1 Die Bestimmung handelt vom **Abberufungs-** bzw. **Einstellungsrecht** des VR und ist teilweise eine Konkretisierung von OR 716a Abs. 1 Z. 4. Das Abberufungsrecht ist eine unentziehbare und unübertragbare Kompetenz des Gesamt-VR (OR 716a Abs. 1 Z. 4). Eine Abberufung durch den VR entfällt, wenn diese Kompetenz der GV zukommt (OR 705 Abs. 1). In diesem Fall hat der VR bloss ein Recht auf Amtseinstellung.

2 Die Abberufung beschlägt nur das gesellschaftsrechtliche Verhältnis und ist von der **Auflösung des Grundgeschäftes** (zB Arbeitsvertrag) zu unterscheiden, obwohl in der Praxis idR beide Rechtsbeziehungen in einem Akt beendet werden. Die Abberufung selber ist formlos gültig.

3 Abs. 1 hält in Übereinstimmung mit dem generellen Grundsatz, dass Vollmachten jederzeit widerrufbar und Auftragsverhältnisse jederzeit kündbar sind, fest, dass die vom VR ernannten Personen von diesem jederzeit abberufen werden können. Im Einzelnen handelt es sich dabei um die **Abberufung** von Ausschüssen (OR 716a Abs. 2), Delegierten und Direktoren (OR 716b Abs. 1 und OR 718 Abs. 2), sowie Prokuristen und anderen Bevollmächtigten (OR 721). Ebenfalls jederzeit abberufbar sind der Sekretär und der VRP (OR 712 Abs. 1), sofern Letzterer nicht von der GV gewählt wird (OR 712 Abs. 2).

4 Abs. 2 gibt dem VR das Recht, die von der GV bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit in ihren Funktionen einzustellen. Darunter fällt insb die **Einstellung** in der Funktion als VRP, sofern dieser von der GV gewählt wird (OR 712 Abs. 2), oder als Mitglied des VR. Zur Abberufung dieser Personen ist hingegen die GV zuständig (OR 705 Abs. 1). Der VR hat denn auch unmittelbar nach der Amtseinstellung eine GV einzuberufen (vgl OR 700), an welcher über die Abberufung der betroffenen Person zu beschliessen ist. Lehnt die GV die Abberufung ab, dann fällt die Einstellung ex nunc dahin; stimmt sie der Abberufung zu, dann gilt diese im Innenverhältnis ex tunc (BaK-WATTER, OR 726, N 14).

5 Abs. 3 bestimmt, dass die **Entschädigungsansprüche** der abberufenen oder in ihren Funktionen eingestellten Personen durch die Abberufung nicht tangiert werden. Damit sind die Forderungen aus dem Grundverhältnis (zB Arbeitsvertrag, einfacher Auftrag) gemeint. Dieses kann uU sogar noch weiter wirken.