

In:

Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2003/2004, Zürich 2004.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

1. Fusionsgesetz

Das Parlament hat am 3. Oktober 2003 mit grosser Mehrheit das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 22. Januar 2004 unbenutzt abgelaufen. Das Fusionsgesetz wird voraussichtlich am 1. Juli 2004 in Kraft treten.

Das neue Fusionsgesetz ermöglicht Unternehmen, Vereinen und Stiftungen eine grössere Flexibilität in der Veränderung ihrer rechtlichen Organisation und ist damit für die Praxis von grösster Bedeutung. Das Fusionsgesetz regelt die einzelnen Umstrukturierungsformen umfassend und führt dabei teilweise auch neue, dem Schweizer Recht bis anhin unbekannte Rechtsinstitute (z.B. der Squeeze-out, die Aufspaltung und die Vermögensübertragung) ein.

2. Auslegung von Art. 708 OR

Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister hat in einem Kreisschreiben vom 25. Juli 2003 festgehalten, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Nationalität der Mitglieder der Gesellschaftsorgane neu EU-konform auszulegen sind und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu beachten ist. Soweit das Gesellschaftsrecht verlangt, dass bestimmte Personen das Schweizer Bürgerrecht besitzen, ist gemäss dem oben erwähnten Kreisschreiben das Bürgerrecht der EU und EFTA-Staaten dem Schweizer Bürgerrecht gleichgestellt. Dies allerdings nur, wenn die betroffenen EU- oder EFTA-Bürger in der EU bzw. in der EFTA niedergelassen sind. Gemäss dem Kreisschreiben ist Art. 708 OR dementsprechend wie folgt zu lesen: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen mehrheitlich Perso-

* Bearbeitet von Lukas Glanzmann.

nen sein, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht oder das Bürgerrecht eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzen (...).» Für die Kommandit-AG und die Genossenschaft gilt sinngemäss das Gleiche.

B. Rechtsprechung

1. Rechte und Pflichten der Aktionäre

a) Auskunft- und Einsichtsrecht

Das Bundesgericht nahm in einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid die Gelegenheit wahr, sich eingehend zum Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre gemäss Art. 697 OR zu äussern¹. Bezüglich der Frist zur Geltendmachung einer Klage gemäss Art. 697 Abs. 4 OR hält das Bundesgericht vorab fest, dass mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung keine Verwirkungsfrist gilt. Zwar steht auch die gerichtliche Durchsetzung des Informationsanspruchs unter dem Vorbehalt des allgemeinen Verbots offenbaren Rechtsmissbrauchs². Allerdings lehnt das Gericht die in der Lehre vertretene Auffassung ab, wonach ein Rechtsmissbrauch analog zu Art. 706a Abs. 1 OR zu vermuten ist, falls der Aktionär mehr als 2 Monate mit der Klage zuwartet. Bei der Informationsklage, welche dem Aktionär die sinnvolle Ausübung seiner Rechte ermöglichen soll, stehen dessen Interessen im Vordergrund, weshalb es grundsätzlich ihm überlassen bleibt, in welchem Zeitpunkt er die Informationsklage erheben will³.

Die vom Aktionär im konkreten Fall verlangte Auskunft bezieht sich auf ein Darlehen, das nicht von der Beklagten selbst, sondern von einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft gewährt wurde. Das Bundesgericht stellt diesbezüglich fest, dass das gewährte Darlehen ohne weiteres ein zulässiger Gegenstand des Auskunftsanspruchs sein kann, weil die Beklagte gemäss Art. 663e OR zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung verpflichtet ist, womit das gewährte Darlehen Bestandteil der Konzernrechnung der Beklagten ist. Im Weiteren führt das Bundesgericht aus, dass aufgrund des Auskunftsrechts nicht nur Aufschlüsse zusammenfassender

¹ BGer 4C.234/2002 und 4C.246/2001 vom 4. Juni 2003.

² Erwägung 3.1.

³ Erwägung 3.2.

Natur verlangt werden können, sondern auch Einzelheiten über die Geschäftsführung, weil der Aktionär auch diesbezüglich ein berechtigtes Informationsinteresse haben kann⁴. Ob die verlangte Auskunft zur Meinungsbildung hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist, bestimmt sich nach Massgabe eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs. Im Übrigen hält das Bundesgericht auch fest, dass das Informationsrecht inhaltlich nicht auf die Punkte der Traktandenliste beschränkt ist, obwohl es während der Generalversammlung ausgeübt werden muss (Art. 697 Abs. 1 OR)⁵.

Im konkreten Fall stellt das Bundesgericht weiter fest, dass die Auskunft über ein Darlehen, dessen Höhe rund CHF 10 Mio. betragen soll, gerechtfertigt ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt es auf der Hand, dass die Information über den genauen Betrag des Darlehens, die Konditionen der Darlehensgewährung und die Identität des Darlehenschuldners für die Aktionäre der Beklagten im Hinblick auf die Ausübung ihrer Rechte von erheblichem Interesse sind. Dies gilt im verstärkten Masse für eine Aktionärin wie die Klägerin, die im Besitz von rund 47% der Aktien der Beklagten ist. Die verlangten Informationen sind namentlich geeignet, ihren Entscheid über die Entlastung und die Wiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder zu beeinflussen. Sie sind möglicherweise auch von Bedeutung für ein etwaiges Begehren auf Sonderprüfung oder die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage. Schliesslich könnten die verlangten Informationen der Klägerin auch erlauben, sich Aufschluss über den wirklichen Wert ihrer Aktien zu verschaffen⁶.

Gemäss Art. 697 Abs. 2 OR kann die Auskunft verweigert werden, wenn durch sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen oder anderen schutzwürdigen Interessen sowie für deren Gefährdung durch die Auskunftserteilung liegt bei der Gesellschaft. Es genügt nicht, wenn die Gesellschaft die Gefährdung ihrer Interessen bloss glaubhaft macht, sondern sie hat grundsätzlich den vollen Beweis zu erbringen. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft nicht gezwungen werden darf, die von ihr behaupteten Verweigerungsgründe auf eine Art beweisen zu müssen, die zwangsläufig zur Offenlegung der geheim zu haltenden Tatsachen führt⁷. In der Lehre wird

⁴ Erwägung 4.1.

⁵ Erwägung 4.2.1.

⁶ Erwägung 4.2.3.

⁷ Erwägung 4.3.1.

zwischen absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen unterschieden. Als absolutes Geschäftsgeheimnis wird eine Tatsache bezeichnet, zu deren Geheimhaltung die Gesellschaft gegenüber Dritten verpflichtet ist. Relative Geschäftsgeheimnisse sind demgegenüber solche, die allein im Interesse der Gesellschaft verschwiegen werden. Während bei relativen Geheimnissen eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Aktionärs und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft erfolgen soll, sind absolute Geschäftsgeheimnisse auch absolut geschützt, das heisst sie führen zur Verweigerung der Auskunft gegenüber dem Aktionär⁸. Zu beachten ist, dass ein absolutes Geschäftsgeheimnis nicht schon beim Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung zum Stillschweigen gegeben ist, weil diesfalls eine Gesellschaft regelmässig den Auskunftsanspruch des Aktionärs unterlaufen könnte, in dem sie mit den jeweiligen Geschäftspartnern Stillschweigen vereinbart. Ein absolutes Geschäftsgeheimnis liegt viel mehr nur dann vor, wenn der Dritte einseitig Geheimnisherr ist wie z.B. beim Bankgeheimnis oder Arztgeheimnis⁹.

Hinsichtlich des Auskunftsbegehrens über die stillen Reserven ist das Bundesgericht der Auffassung, dass die Auskunft darüber verweigert werden darf, soweit sie über die gesetzliche Meldepflicht des Verwaltungsrats hinausreicht, weil die besonderen Bestimmungen über die stillen Reserven den anderen gesetzlichen Vorschriften des Aktienrechts vorgehen. Diese noch unter dem alten Aktienrecht begründeten Überlegungen haben ihre Gültigkeit im revidierten Aktienrecht beibehalten. Die vom Gesetzgeber angeordneten Beschränkungen bezüglich Adressatenkreis der Informationen über die stillen Reserven, bzw. der den einzelnen Adressaten zustehenden Informationen würden ihren Sinn verlieren, wenn der einzelne Aktionär gestützt auf Art. 697 OR darüber hinausgehende Informationen verlangen könnte. Eine Differenzierung zwischen Aktionär und weiterer Öffentlichkeit bezüglich des Umfangs der Information über die stillen Reserven verbietet sich, weil der Aktionär in der Verwendung der erhaltenen Auskünfte in der Regel an keine Schranken gebunden ist. Mit der Mehrheit der Lehre ist somit davon auszugehen, dass der Informationsanspruch des Aktionärs hinsichtlich stiller Reserven auf jene Angaben beschränkt ist, die in Art. 663b Ziffer 8 OR aufgezählt werden¹⁰.

Schliesslich äussert sich das Bundesgericht auch noch zum *Einsichtsrecht* des Aktionärs gemäss Artikel 697 Abs. 3 OR. Gegenstand dieses Ein-

⁸ Erwägung 4.3.3.1.

⁹ Erwägung 4.3.3.2.

¹⁰ Erwägung 5.1.3.

sichtsrechts sind die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft. Darin liegt nach zutreffender Lehrmeinung nicht eine abschliessende Aufzählung der Schriftstücke, in die Einsicht genommen werden kann. Die beiden Begriffe sind viel mehr extensiv auszulegen. Mögliche Gegenstände des Einsichtsrechts sind alle bei der Gesellschaft befindlichen schriftlichen Unterlagen, die für eine Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind bzw. sich auf das vom Einsicht verlangenden Aktionär bezeichnete Geschäft beziehen. Damit bildet auch ein im Auftrag des Verwaltungsrates erstattetes Gutachten zu einem bestimmten Geschäft einen zulässigen Gegenstand des Einsichtsrechts¹¹. Nach mehrheitlicher Lehrmeinung steht die Erteilung oder Verweigerung einer Einsicht jedoch im freien Ermessen der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates. Damit hat das vom Aktionär gestützt auf Art. 697 Abs. 4 OR angerufene Gericht lediglich zu entscheiden, ob der ablehnende Entscheid sachlich vertretbar ist, was einer auf Willkür beschränkten Prüfung entspricht. Diese gegenüber dem Auskunftsrecht strengeren formellen Anforderungen finden ihre Rechtfertigung darin, dass die Ausübung des Einsichtsrechts im besonderen Masse Geschäftsgeheimnisse und Gesellschaftsinteressen verletzen kann¹². Entscheiden die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat nach Ermessen über die Gewährung der Einsicht in die Geschäftsbücher oder Korrespondenzen, haben sie dieses Ermessen pflichtgemäss zu handhaben. Dagegen verstossen sie, wenn sie ihr Ermessen missbrauchen, indem sie beim Entscheid auf Gesichtspunkte abstellen, die keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Acht lassen, deren Berücksichtigung sich aufdrängt. Sachlich haltbar und damit nicht missbräuchlich ist hingegen die Berücksichtigung des Umfangs des Einsichtsbegehrens. Wird generell Einsicht in Geschäftsunterlagen verlangt, die ein bestimmtes Geschäft oder eine geschäftliche Beziehung betreffen, ist die Gefahr, dass Geheimhaltungs- oder andere Gesellschaftsinteressen verletzt werden können, wesentlich höher, als wenn nur um Einsicht in ein einzelnes, genau bezeichnetes Dokument ersucht wird. Ferner darf bei einem solchen Sachverhalt berücksichtigt werden, dass seitens der Gesellschaft ein erheblicher Aufwand nötig wäre, um alle in Frage kommenden Schriftstücke darauf hin zu prüfen, ob einzelne Stellen aus Gründen der Geheimhaltung unleserlich gemacht werden müssen. Endlich hält das Bundesgericht auch fest, dass sich das Ermessen der Organe der Gesellschaft auch auf die Frage erstreckt, ob und inwieweit Geheimhal-

¹¹ Erwägung 6.2.

¹² Erwägung 6.3.

tungsinteressen der Gesellschaft bestehen und ob eine etwaige Einsicht des Aktionärs diese Interessen gefährden würde. Auch in dieser Hinsicht wird der Ermessensentscheid vom Gericht nur mit Zurückhaltung überprüft, so dass es sich unter Umständen damit begnügen darf, auf blossе, allerdings glaubwürdig erscheinende Parteibehauptungen abzustellen¹³.

b) Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von Aktien

In einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid hat das Bundesgericht die Zulässigkeit der Ablehnung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien beurteilt¹⁴. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Die B-AG, welche 20,93% der Aktien an der Z-AG hält, fusionierte mit ihrer bisherigen Tochtergesellschaft D-AG, die 25,3% an der Z-AG hält. Die B-AG reichte in der Folge beim Verwaltungsrat der Z-AG das Gesuch um Übertragung der von der D-AG gehaltenen Namenaktien auf ihren Namen ein. Der Verwaltungsrat lehnte dieses Gesuch ab und bot der Gesellschaft an, die betreffenden Aktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR zum wirklichen Wert zu übernehmen. Die beklagte Gesellschaft stützt sich dabei auf eine Statutenbestimmung, die den Verwaltungsrat ermächtigt, die Eintragung in das Aktienbuch ohne Angabe von Gründen zu verweigern. Die Gesellschaft hat es verpasst, diese Bestimmung an das neue Aktienrecht anzupassen.

Vorab ist festzustellen, dass das Bundesgericht offenbar ohne weiteres davon ausgeht, dass eine Übertragung von Aktien in Folge Fusion zweier Gesellschaften ein Erwerbsakt im Sinne der Vinkulierungsbestimmungen ist. Entgegen seiner eigenen Praxis hat das Bundesgericht aber die Übertragung unter dem Aspekt von Art. 685b Abs. 1 OR geprüft und nicht nach Art. 685b Abs. 4 OR, der die Folgen der Vinkulierung bei einer Übertragung durch Universalsukzession regelt.

Das Bundesgericht geht in seinem Entscheid vorerst auf die Zulässigkeit der Vinkulierungsbestimmung ein. Dabei stellt das Gericht fest, dass die statutarische Vinkulierungsbestimmung im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung der Vinkulierung nicht börsenkotierter Aktien im neuen Aktienrecht steht. Art. 685b OR verlangt, dass die Gründe, welche eine Ablehnung begründen können, in den Statuten genannt werden (Abs. 1) und lässt dafür nur wichtige Gründe im Sinne von Abs. 2 zu. Nach Auffassung des

Bundesgerichts bezieht sich jedoch das Erfordernis der Nennung in den Statuten nach dem Wortlaut von Art. 685b Abs. 1 OR eindeutig nur auf die wichtigen Gründe für die Ablehnung einer Aktienübertragung ohne Übernahmeangebot, nicht aber auf das bedingte Ankaufsrecht der Gesellschaft. Die Gesellschaft hat nämlich gemäss Art. 685b Abs. 1 OR auch die Möglichkeit, mit der Ablehnung der Zustimmung eine Erklärung abzugeben, die Namensaktien selbst zum wirklichen Wert übernehmen zu wollen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn es nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Wertes abgelehnt wird (Art. 685b Abs. 6 OR). Das Gesetz spricht dabei versehentlich von der Ablehnung durch den Erwerber; in Übereinstimmung mit Abs. 1 hat die Ablehnung indessen ebenfalls durch den Veräusserer zu erfolgen, dem die Übernahme durch die Gesellschaft anzubieten ist. Insoweit ist das Ankaufsrecht der Gesellschaft bedingt, d.h. von der Annahme des Angebots durch den Veräusserer abhängig. Es weist gesetzlichen Charakter auf, da es seinen Rechtsgrund im Gesetz selbst hat und keiner ausdrücklichen Verankerung in den Statuten bedarf. Voraussetzung für dessen Bestand ist einzig, dass die Statuten die Übertragung der Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig machen. Insoweit ist das gesetzlich bedingte Ankaufsrecht der Gesellschaft ein Element der statutarischen Übertragungsbeschränkung, wie dies in der systematischen Stellung der entsprechenden Regelung zum Ausdruck kommt¹⁵.

Das Bundesgericht hat die Ablehnung der Eintragung des Aktienerwerbs unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre geprüft. Das Gericht hat dabei festgestellt, dass bezüglich der Gleichbehandlung durch den Verwaltungsrat zwei Situationen unterschieden werden müssen: Zum einen fasst der Verwaltungsrat Beschlüsse, welche gleichzeitig die Rechtsstellung aller Aktionäre betreffen. In diesen Situationen sind die Grundsätze, welche Lehre und Rechtsprechung für die Gleichbehandlung in Bezug auf die Beschlüsse der Generalversammlung entwickelt haben, sinngemäss auch auf das Handeln des Verwaltungsrates anwendbar. In anderen Bereichen trifft der Verwaltungsrat zu unterschiedlichen Zeiten Entscheide, welche nur die rechtliche Stellung eines Einzelnen oder weniger Aktionäre unmittelbar betreffen und bei denen ihm ein Ermessen zusteht. In diesen Bereichen ist das an den Verwaltungsrat als exekutives Leitungsorgan der Gesellschaft gerichtete Gleichbehandlungsgebot von Art. 717 Abs. 2 OR vergleichbar mit der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes bei der

¹³ Erwägung 6.4.2.

¹⁴ BGer 4C.242/2001 vom 5. März 2003.

¹⁵ Erwägung 2.2.

Rechtsanwendung durch staatliche Organe. Eine rechtsanwendende Behörde verletzt den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt. Bei den Entscheiden des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft können allerdings nebst den Unterschieden des Sachverhalts auch die im konkreten Einzelfall auf dem Spiel stehenden Gesellschaftsinteressen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (sog. relative Gleichbehandlung)¹⁶. Das in Art. 717 Abs. 2 OR verankerte Gleichbehandlungsgebot verpflichtet den Verwaltungsrat nur dazu, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln, soweit nicht das Gesellschaftsinteresse eine unterschiedliche Behandlung erheischt. Die Verwaltungsorgane haben zudem ihr Ermessen in der Weise auszuüben, dass sie weder einzelnen Aktionären Sondervorteile verschaffen noch deren Partikularinteressen fördern. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Verwaltungsrat also auch, bei seinen Entscheiden den persönlichen Interessen einzelner Aktionäre ein anderes Gewicht beizumessen als den persönlichen Interessen der auf der Gegenseite betroffenen anderen Aktionäre, soweit eine solche unterschiedliche Gewichtung nicht durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist. Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat einzig auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und erklärt diese zur Richtschnur seines Handelns. Darin unterscheidet sich der Gehalt des Gleichbehandlungsgebots für den Verwaltungsrat mit jenem, welches für die Beschlüsse der Generalversammlung gilt. Dass der einzelne Aktionär bei der Stimmabgabe in der Generalversammlung seine eigenen Interessen verfolgt, ist legitim. Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind indessen Vertrauenspersonen aller Aktionäre und nicht nur von deren Mehrheit. Sie haben nicht die Interessen von Mehrheit und Minderheit gegeneinander abzuwägen, sondern diese beidseitigen Interessen am Gesellschaftsinteresse zu messen. Der Verwaltungsrat ist auf Grund von Art. 717 OR verpflichtet, bei seinen Entscheiden allein auf das Interesse der Gesellschaft abzustellen und die Interessen von Mehrheit und Minderheit in gleicher Weise zu berücksichtigen, soweit sie mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar sind. Der Verwaltungsrat darf deshalb das bedingte Ankaufsrecht von Art. 685b Abs. 1 OR nicht im einseitigen Interesse oder zum Nachteil einzelner Aktionäre oder Aktionärsgruppen einsetzen, ohne dass das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. Obwohl das Gesetz den Erwerb für Rechnung anderer Aktionäre ausdrücklich erwähnt, befreit dies den Verwaltungsrat nicht von der Beachtung des Gleichbehandlungsgebots. Zu Recht hat das Handelsgericht festgehalten, dass in

¹⁶ Erwägung 3.1.

der Ausübung des Ankaufsrechts eine krasse Parteinahme zugunsten der Mehrheitsgruppe der Aktionäre erblickt werden muss, da die Minderheitsgruppe damit ihrer Drittels-Sperrminorität verlustig geht. Ein solches Verhalten ist mit dem in Art. 717 Abs. 2 OR statuierten Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar¹⁷.

Das Bundesgericht hat schliesslich das Vorgehen des Verwaltungsrats auch unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs-Verbots geprüft. Das Rechtsmissbrauchs-Verbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gilt für die ganze Rechtsordnung und damit auch für die Ausübung der Mehrheitsmacht in der Aktiengesellschaft. Es dient dem Schutz der Minderheit, hat aber neben diesem selbständige Bedeutung. Auch wenn ein Beschluss der Generalversammlung oder ein Akt des Verwaltungsrates das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzt, kann er doch im offensichtlichen Missbrauch des Rechts ergangen sein. Die Ausübung der Mehrheitsmacht in der Aktiengesellschaft beruht auf einem offenbaren Missbrauch, wenn sie sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt. Für die Rechtfertigung eines Beschlusses durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen ist auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen, wobei indessen keine Prüfung seiner Angemessenheit erfolgt. Auch die Ausübung des bedingten Ankaufsrechts bei der Übertragung von Aktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR durch den Verwaltungsrat untersteht dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots. Die Ausübung des bedingten Ankaufsrechts der Gesellschaft stellt, selbst wenn der veräusserungswillige Aktionär das Angebot ablehnen kann, auch einen Eingriff in seine Rechtsstellung dar, wenn es ihm bei der Veräusserung nicht oder nicht allein um die Realisierung des in den Aktien verkörperten Vermögenswertes geht. Für einen solchen Eingriff verlangt das Sachlichkeitsgebot ebenfalls eine Rechtfertigung durch die Interessen der Gesellschaft oder die Gesamtheit der Aktionäre. Nicht zur Rechtfertigung des Eingriffs tauglich sind hingegen die persönlichen Interessen lediglich einzelner Aktionäre, insbesondere wenn der von den Mehrheitsaktionären bestellte Verwaltungsrat über die Übertragung von Aktien der Minderheit zu befinden hat¹⁸. Eine Minderung des Einflusses bestehender Aktionäre liegt ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung und lässt sich mit dieser auch nur in Ausnahmefällen erreichen. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass es dem Veräusserer freisteht,

¹⁷ Erwägung 3.3.

¹⁸ Erwägung 5.1.

das von der Gesellschaft mit der Ablehnung verbundene Übernahmeangebot abzulehnen, womit er unverändert Aktionär bleibt (Art. 685b Abs. 6 OR). Andererseits ergibt sich das auch aus Art. 652b Abs. 3 OR, wonach die Gesellschaft dem Aktionär, dem sie ein Recht zum Bezug von Aktien eingeräumt hat, die Ausübung dieses Rechts nicht wegen einer statutarischen Beschränkung der Übertragbarkeit von Namensaktien verwehren kann¹⁹. Im vorliegenden Fall wurde die Genehmigung zu einer Aktienübertragung verweigert, welche innerhalb der Gesellschaft keine Machtverschiebung zur Folge hat, weil zwei Aktionäre der Minderheitsgruppe fusionierten. Es ergibt sich daraus auch kein faktischer Machtzuwachs für die Klägerin, da beide Gesellschaften bereits bisher von der gleichen Person beherrscht wurden. In Tat und Wahrheit wurde mit der Fusion eine Konzernstruktur mit bereits bisher einheitlicher Leitung aufgelöst. Mit der Ablehnung der Aktienübertragung wird deshalb weder eine unerwünschte Person als Aktionär ferngehalten, noch dient sie der Verhinderung einer Machtverschiebung. Die Ausübung des Ankaufsrechts durch die Beklagte würde demgegenüber für die Klägerin zu einer schwerwiegenden Benachteiligung führen, indem sich daraus zu ihren Lasten eine markante Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft ergäbe. Die Sperrminorität der Minderheitsgruppe würde damit gebrochen und die Mehrheitsaktionäre könnten auch Beschlüsse durchsetzen, für welche das qualifizierte Mehr im Sinne von Art. 704 OR erforderlich ist. Die Erlangung der qualifizierten Mehrheit durch die Mehrheitsgruppe würde zudem das schon bisher von der Klägerin gehaltene und bei ihr verbleibende Aktienpaket erheblich entwerten²⁰. Entgegen der Argumentation der Beklagten liegt die Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern ausschliesslich im Interesse der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre.

2. Verwaltungsrat

a) Auskunftsrecht der VR-Mitglieder

Das Bundesgericht hatte auch Gelegenheit, sich zum Auskunftsrecht eines ehemaligen Verwaltungsratsmitgliedes zu äussern²¹. Es führt diesbezüglich aus, dass die in Art. 715a OR gewährten Informationsrechte den Ver-

¹⁹ Erwägung 5.2.

²⁰ Erwägung 5.3.

²¹ BGE 129 III 499.

waltungsratsmitgliedern zum Zwecke der Erfüllung ihrer Aufgabe eingeräumt werden. Nach Beendigung dieser Aufgabe entfällt daher in der Regel der Grund des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Verwaltungsratsmitglieder. Ein ehemaliges Verwaltungsratsmitglied hat deshalb grundsätzlich auch bezüglich der Vorgänge während seiner Amtszeit an der Geltendmachung dieses Rechts kein hinreichendes Interesse mehr. Ein Solches ist jedoch zu bejahen, soweit das ehemalige Verwaltungsratsmitglied Informationen benötigt, um strittige Ansprüche – insbesondere Verantwortlichkeits- oder Honoraransprüche – bezüglich des abgeschlossenen Verwaltungsmandats beurteilen zu können²².

b) Rangrücktritt

In zwei Entscheiden konnte sich das Bundesgericht zur Gültigkeit einer Rangrücktrittsvereinbarung äussern. Im ersten Entscheid²³ sah die entsprechende Vereinbarung vor, dass der Rangrücktritt solange in Kraft bleibt, bis sich aus einer testierten Jahresbilanz der Gesellschaft ergibt, dass die vorhandenen Aktiven zur Deckung aller Verbindlichkeiten ausreichen. Das Bundesgericht hat diese Limitierung der Rangrücktrittsvereinbarung als zulässig erachtet und festgestellt, dass mit der abgeschlossenen Rangrücktrittsvereinbarung ausschliesslich der Zweck verfolgt wurde, eine Benachrichtigung des Richters wegen der Überschuldung der Gesellschaft zu vermeiden. Die Rangrücktrittsvereinbarung war somit nach dem sich klar aus dem Wortlaut ergebenden Willen der vertragsschliessenden Parteien in erster Linie dafür bestimmt, die Benachrichtigung des Richters und die allfällige darauf folgende Konkurseröffnung zu vermeiden. Dagegen war sie nicht dazu bestimmt, direkt zur Sanierung der Gesellschaft beizutragen. Zu verwerfen ist zudem die Meinung der Klägerin, dass ein Rangrücktritt von Gesetzes wegen erst dann aufgehoben werden darf, wenn die Fortführung der Unternehmung sichergestellt ist, und nicht schon dann, wenn die bilanzmässige Überschuldung beseitigt worden ist. Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR ergibt, hat der Rangrücktritt nach der Vorstellung des Gesetzgebers den Zweck, die Benachrichtigung des Richters wegen Überschuldung der Gesellschaft zu vermeiden. In der Lehre wird deshalb zu Recht darauf hingewiesen, dass der Rangrücktritt für sich allein – so wie er im Gesetz vorgesehen ist – keine sanierende Wirkung hat, sondern allenfalls eine für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen

²² Erwägung 3.3.

²³ BGE 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003.

günstige Grundlage schaffen kann. Der Rangrücktritt ist deshalb mit den geeigneten Sanierungsmassnahmen zu kombinieren, wobei sich der rücktrittsbelastete Gläubiger nicht zwangsläufig an diesen Massnahmen beteiligen muss. Es reicht aus, dass er sich verpflichtet, die rücktrittsbelastete Forderung während der Dauer des Rangrücktritts nicht zu verändern²⁴.

In einem weiteren Entscheid²⁵ hält das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisionsstelle fest, dass beim Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR die Revisionsstelle die Gültigkeit des Rangrücktritts, die Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers sowie das mögliche Risiko einer Interessenkollision zu prüfen hat. Stellt die Revisionsstelle fest, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, muss sie die Anzeigen gemäss Art. 729b Abs. 1 OR vornehmen, ansonsten sie ein Haftungsrisiko eingeht²⁶. Zudem führt das Bundesgericht auch aus, dass der im Rang zurückgetretene Gläubiger nicht berechtigt ist, seine Forderung geltend zu machen, solange die Überschuldung andauert. Dadurch wird implizit auch eine Verrechnung seitens des zurückgetretenen Gläubigers ausgeschlossen²⁷.

3. Verantwortlichkeit

a) Haftung nach Art. 52 AHVG

In der Berichtsperiode sind weiter verschiedene Entscheide zu Art. 52 AHVG ergangen. Dabei hält das eidg. Versicherungsgericht in einem Entscheid fest²⁸, dass die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel längstens bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat dauert, selbst wenn die Löschung des Eintrags im Handelsregister unterlassen oder erst später vorgenommen wird. Im konkreten Fall hatte das Bundesgericht die Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes zu beurteilen, das ab 31. März 2000 in Folge eines Herzinfarktes zu 100% arbeitsunfähig war und deshalb faktisch nicht mehr in der Lage gewesen ist, sein Amt als Verwaltungsrat auszuüben. Für das Bundesgericht gilt damit der 31. März 2000 als Datum des faktischen Austritts aus dem Verwaltungsrat, weshalb sich die Haftung des betreffenden Mitgliedes auf die bis

²⁴ Erwägungen 2.1 und 2.2.

²⁵ BGE 129 III 129; Praxis 2003 Nr. 105.

²⁶ Erwägung 7.1.

²⁷ Erwägung 7.4.

²⁸ BGer H 263/02 vom 6. Februar 2003.

zu diesem Datum fällig gewordenen Beiträge beschränkt. Gemäss dem Gericht kann dem Verwaltungsratsmitglied im übrigen im Rahmen der Schadenersatzpflicht gemäss Art. 52 AHVG auch nicht vorgehalten werden, dass die Demission erst im September und nicht bereits früher erklärt wurde, ist doch die verspätete Demissionserklärung allenfalls als Nachlässigkeit, aber jedenfalls nicht als grobfahrlässiges Verhalten zu werten²⁹.

Im gleichen Entscheid hält das Bundesgericht auch fest, dass die Beitragsforderungen der AHV von Gesetztes wegen im Zeitpunkt der Lohnzahlung entstehen und mit dem Ablauf der Zahlungsperiode fällig werden³⁰. Werden die geschuldeten Beiträge im Pauschalverfahren nach Art. 34 Abs. 3 AHVV entrichtet, darf dem Arbeitgeber für die nicht der Beitragshöhe entsprechenden Akontozahlungen nicht von vornherein ein Vorwurf gemacht werden, entspricht es doch gerade diesem Pauschalverfahren, dass der Arbeitgeber je nach den Umständen vorübergehend zu geringe oder zu hohe Zahlungen leistet. Daher berechtigt die Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das Kalenderjahr tatsächlich geschuldeten Beiträgen, so bedeutend sie auch sein mag, nicht zum Vorwurf an den Arbeitgeber, er habe schwerwiegend gegen seine Obliegenheiten verstossen, indem er während des laufenden Jahres die Höhe der Zahlungen nicht an die steigende Lohnsumme angepasst oder nicht für eine bei der Endabrechnung verfügbare Rückstellung gesorgt habe. Der Arbeitgeber kann daher für die Differenz zwischen den geleisteten und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen nicht haftbar gemacht werden, es sei denn, er leiste eindeutig zu niedrige Akontozahlungen mit dem Ziel, die Fälligkeit der Beitragsschuld möglichst hinauszuschieben, und im Wissen, dass er anlässlich der Schlussabrechnung möglicherweise nicht in der Lage sein werde, die Restschuld zu begleichen³¹.

Im weiteren legt das Bundesgericht auch dar, dass im konkreten Fall der kurze Beitragsausstand von Bedeutung sei: Im Rahmen der dem Verwaltungsrat obliegenden Obergrenze über die Geschäftsführung war der Beschwerdeführer als Verwaltungsratsmitglied zwar gehalten, sich periodisch über den Geschäftsgang informieren zu lassen und die geeigneten Massnahmen zu treffen, wenn Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bestanden. Indes verhält es sich bei einem Verwaltungsrat mit mehreren Mitgliedern anders als im Falle eines einzigen Verwaltungsratsmitgliedes, das die alleinige Verantwortung für die Ausgestaltung

²⁹ Erwägungen 3.2. und 3.3.

³⁰ Erwägung 4.2.

³¹ Erwägung 4.3.1.

des Rechnungswesen sowie der Finanzkontrolle inne hat und von dem ein ständiger Überblick über die wesentlichen Belange der Gesellschaft in finanzieller Hinsicht wie auch die Ergreifung energischer Massnahmen bei Zahlungsrückständen erwartet werden kann. Der Beschwerdeführer war im vorliegenden Fall eines von drei Verwaltungsratsmitgliedern. Gerade in Bezug auf die kurze Dauer der bis zu seinem Austritt bestehenden Beitragsausstände kann dem Beschwerdeführer deshalb nicht vorgeworfen werden, dass er bis zu seinem Austritt vom Geschäftsführer oder seinen Verwaltungsratskollegen keine Bestätigungen über die Bezahlung von Beiträgen einverlangte, sondern den Jahresabschluss abwartete, und entsprechend keine Massnahmen zur Bezahlung einleitete. Unter diesen Umständen kann gemäss Bundesgericht nicht von einem schweren Normverstoss gesprochen werden, weshalb ein haftungsbegründendes qualifiziertes Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, ausser Betracht fällt³².

In einem weiteren Entscheid zu Art. 52 AHVG äusserte sich das Bundesgericht zur Frage der Behandlung von AHV-Beiträgen in Sanierungssituationen³³. Das Gericht hatte den Fall zu beurteilen, in welchem eine Gesellschaft mit Beitragsforderungen im Zeitpunkt des Ausscheidens des fraglichen Verwaltungsratsmitglieds rund vier Monate säumig war. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Verwaltungsrat im Rahmen der Bestrebungen zur Sanierung und Erhaltung der Unternehmung nicht qualifiziert schuldhaft gehandelt hat, wenn er die Sozialversicherungsbeiträge von zwei Beitragsperioden zwar vorschriftgemäss abgerechnet hat, aber deren Bezahlung hinter diejenige der für das Überleben des Unternehmens wesentlichen Mitarbeiterlöhne und Lieferantenrechnungen zurückgestellt hat. Der Umstand, dass die Sanierung des Unternehmens anfangs realisiert werden konnte und in der Folge Teilzahlungen an die ausstehenden Beitragsschulden geleistet wurden, zeigt, dass der Beschwerdeführer mit guten Gründen davon ausgehen durfte, die Gesellschaft könne durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen gerettet und in die Lage versetzt werden, die ausstehenden Beiträge nachträglich noch zu bezahlen. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, die Gesellschaft sei auf Kosten der Sozialversicherung weitergeführt worden. Bei dieser Sachlage lässt sich nicht von einer absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung der Beitragszahlungspflicht sprechen³⁴.

³² Erwägungen 4.3.2. und 4.4.

³³ BGer H 217/02 und H 218/02 vom 23. Juni 2003.

³⁴ Erwägung 4.1.4.

b) Haftung der Revisionsstelle

Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 129³⁵ die Verantwortlichkeit einer Revisionsstelle, die zugleich mit der Beratung der Gesellschaft sowie mit dem Führen der Buchhaltung betraut war, beurteilt. Das Bundesgericht hält dabei fest, dass es nicht Sache der Revisionsstelle sei, die Geschäftsführung der Gesellschaft zu kontrollieren und systematisch nach irgendwelchen Unregelmässigkeiten zu forschen. Stellt die Revisionsstelle aber bei ihrer Prüfung Verstösse gegen Gesetz oder Statuten fest, so hat sie dies dem Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung schriftlich zu melden (Art. 729b Abs. 1 OR). Diese Anzeigepflichten sind nicht auf den eigentlichen Gegenstand der Abschlussprüfung beschränkt, sondern gelten in Bezug auf alle festgestellten Unregelmässigkeiten³⁶. Wird eine Revisionsstelle von der Gesellschaft, die sie zu prüfen hat, mit zusätzlichen Aufgaben betraut, so geht sie ein erhöhtes Haftungsrisiko ein, denn bei der Beurteilung der Frage, ob die Revisionsstelle ihren gesetzlichen Auftrag korrekt erfüllt hat, sind auch alle Umstände zu berücksichtigen, von denen die Revisionsstelle auf Grund ihrer Spezialaufgaben Kenntnis haben konnte³⁷.

Bezüglich der Haftung der Revisionsstelle führt das Gericht aus, dass diese gegenüber der Gesellschaft sowohl für Pflichtverletzungen, die sie als Revisionsstelle begangen hat, als auch für solche, die von Zusatzaufgaben herrühren, mit denen sie betraut worden ist, haftet. Entsprechendes gilt allerdings nicht auch gegenüber den Gläubigern, die Ersatz für ihren eigenen Schaden verlangen, den sie in ihrer Eigenschaft als Gläubiger erlitten haben. Sie können ihre Klage nicht auf eine Pflichtverletzung stützen, welche die Revisionsstelle im Rahmen ihres Zusatzauftrages begangen hat, sondern sie können sich nur auf die aktienrechtlichen Bestimmungen betreffend Revisionshaftung berufen³⁸.

³⁵ BGer 4C.200/2002 vom 13. November 2002 und Praxis 2003 Nr. 105.

³⁶ Erwägung 7.1.

³⁷ Erwägung 7.2.

³⁸ Erwägung 5 (nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).