

In:

Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2004/2005, Zürich 2005.

Teil 1 Gesellschaftsrecht

*I. Aktienrecht**

A. Gesetzgebung

Am 1. Juli 2004 ist das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) in Kraft getreten. Zusammen mit dem neuen Fusionsgesetz wurden auch die entsprechenden Bestimmungen in der Handelsregisterverordnung geändert.

Ebenfalls mit der Inkraftsetzung des Fusionsgesetzes wurde Art. 727c Abs. 1 OR betreffend die Unabhängigkeit der Revisoren revidiert. Diese Bestimmung wurde dahingehend ergänzt, dass Revisoren keine besonderen Vorteile annehmen dürfen. In Zukunft ist deshalb die Entgegennahme besonderer Vorteile mit dem Unabhängigkeitserfordernis nicht mehr zu vereinbaren.

B. Rechtsprechung

1. Rechte und Pflichten der Aktionäre

a) Treuepflicht der Aktionäre?

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Durchsetzbarkeit eines Aktionärsbindungsvertrages hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob die Aktionäre eine Treuepflicht haben.¹ Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Z. Holding S.A. ist in Luxemburg domiziliert. Sie hielt die Z. Nahrungsmittel GmbH, (D), zu 100%. Die Aktionäre der Z. Holding S.A., darunter die Y. AG, Zug, und die Beklagte, unterzeichneten am 21. Dezember 1992 einen Aktionärsbindungsvertrag. Darin verpflichteten sie sich, vor Ablauf von fünf Jahren einen Verkauf der Z. Nahrungsmittel GmbH oder

* Bearbeitet von Lukas Glanzmann.

¹ BGer 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003.

eines Teils derselben nicht zuzustimmen. Sollte eine Partei gegen Bestimmungen der Aktionärbindungsvereinbarung verstossen, schuldete sie den anderen Vertragsparteien ungeachtet eines Schadensnachweises eine Konventionalstrafe in der Höhe des Nominalwertes der von diesen gehaltenen Gesellschaftsanteile. Am 4. April 1995 beschlossen die Gesellschafterinnen der Z. Holding S.A., 51% der Anteile an der Z. Nahrungsmittel GmbH für DEM 1.– an G. und H. zu veräussern. Die Y. AG hat diesem Gesellschafterbeschluss nicht zugestimmt.² Die Z. Nahrungsmittel GmbH fiel am 1. Juli 1995, die Y. AG am 28. September 1995 in Konkurs. Die Kläger liessen sich den Anspruch auf Konventionalstrafe gegenüber der Beklagten von der Konkursmasse der Y. AG gemäss Art. 260 SchKG abtreten. Das Kantonsgericht Zug verpflichtete die Beklagte am 25. Januar 2001, den Klägern DEM 40'000.– als Anteil an die geschuldete Konventionalstrafe zu bezahlen. In der Sache gleich entschied das Obergericht des Kantons Zug auf Berufung der Beklagten.

Die Beklagte führt sinngemäss aus, in der konkreten Situation habe für den Verwaltungsrat der Z. Holding S.A. im Interesse der Gesellschaft die Pflicht bestanden, den Verkauf der Anteile zu betreiben, um den Konkurs der Z. Nahrungsmittel GmbH zu vermeiden. Ein Verkaufsverbot der Aktionäre wäre für den Verwaltungsrat daher nicht bindend gewesen. Daraus schliesst die Beklagte, eine in einer solchen Situation erteilte Zustimmung sei trotz formalem Verstoss gegen den Aktionärbindungsvertrag nicht als solcher zu werten. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass es zwar zutrifft, dass ein fiduziarisch tätiges Mitglied des Verwaltungsrates verpflichtet ist, den Interessen der Gesellschaft im Kollisionsfall gegenüber jenen des Treuegebers Vorrang einzuräumen. Im Gegensatz dazu sind aber die Aktionäre bei ihrer Stimmabgabe nicht gehalten, ein übergeordnetes Gesellschaftsinteresse zu wahren. Dass eine analoge Treuepflicht des Aktionärs bestünde, ergibt sich weder aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter altem oder neuem Aktienrecht, noch aus der neueren Lehre, die zumindest für nicht stark personalistisch strukturierte Gesellschaften praktisch einhellig dieselbe Meinung vertritt. Der Rückschluss von einer Pflicht des Verwaltungsrates auf eine solche des (gebundenen) Aktionärs ist somit nicht haltbar. Die in einem Aktionärbindungsvertrag eingegangenen Rechte und Pflichten unterstehen nur dem jeweiligen Vertragsrecht und nicht dem aktienrechtlichen Körperschaftsrecht, weshalb es im vorliegenden Fall nicht darauf ankommt, ob der erfolgte Verkauf der Geschäftsanteile die einzige rea-

listische Möglichkeit zur Überwindung der finanziellen Notlage und zur Abwendung eines Konkurses der Z. Nahrungsmittel GmbH war.³

b) *Anfechtung von GV-Beschlüssen*

Das Bundesgericht hat in einem (noch nicht) in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid⁴ Gelegenheit gehabt, sich zu gewissen Aspekten der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR zu äussern. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hält etwa 47% der Aktien der Beklagten. Die Klägerin ist als Minderheitsgruppe nicht im Verwaltungsrat der Beklagten vertreten. Die ordentliche Generalversammlung der Beklagten beschloss gegen die Stimmen der Klägerin die Ausschüttung einer Tantieme von CHF 610'000.– an den Verwaltungsrat. Die Klägerin beantragte die Aufhebung dieses Beschlusses.

Die Statuten einer Aktiengesellschaft können eine Ausschüttung von Gewinnanteilen an die Mitglieder des Verwaltungsrates vorsehen (Art. 627 Ziff. 2 und Art. 677 OR). Dabei handelt es sich um eine Art der Gewinnverwendung, über welche die Generalversammlung zu beschliessen hat (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und welche an die Erfüllung der in Art. 677 OR aufgestellten qualifizierten Voraussetzungen geknüpft ist. Fehlt eine Grundlage in den Statuten, so verletzt eine von der Generalversammlung beschlossene Ausschüttung von Tantiemen den in Art. 660 OR verankerten Anspruch der Aktionäre auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn.

Die Statuten der Beklagten sehen in § 28 vor, dass vom Reingewinn 5% zur Dotierung des gesetzlichen Reservefonds verwendet werden sollen, bis dieser 20% des einbezahlten Grundkapitals erreicht. Danach soll eine Normaldividende von 5% ausgeschüttet werden. Vom Überschuss gehen sodann 20% als Tantieme an den Verwaltungsrat. Damit ist die vom Gesetz verlangte Voraussetzung der statutarischen Grundlage erfüllt.

Die Klägerin machte geltend, diese Bestimmung sei bei der letzten Statutenrevision vom 2. Juni 1987, als die vormalig operative Gesellschaft in eine Holdinggesellschaft umgewandelt worden sei, nur in den Statuten stehen geblieben, weil deren spätere umfassende Überarbeitung im Zusammenhang mit dem neuen Aktienrecht in Aussicht gestanden habe. Bereits damals sei aber der innere Wille vorhanden gewesen, diese Bestimmung auf-

² Vgl. dazu die Ausführungen in B.2.b), welche den gleichen Fall betreffen.

³ Erwägung 6.

⁴ BGer 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 (BGE-Publikation vorgesehen).

zuheben. Demgemäss sei auch bis 1999 nie ein Antrag auf Ausschüttung einer Tantieme an die Generalversammlung gestellt worden. Das Bundesgericht hält dem entgegen, dass ein allenfalls vorliegender innerer Wille, der nicht in einem formellen Beschluss der Generalversammlung seinen Ausdruck gefunden hat, eine bestehende Statutenbestimmung nicht aufzuheben oder ausser Kraft zu setzen vermag; für die Änderung der Statuten verlangt Art. 647 OR einen Beschluss der Generalversammlung, der zudem öffentlich beurkundet werden muss. Auch die Nichtanwendung einer Statutenbestimmung während längerer Zeit vermag diese nicht ausser Kraft zu setzen.⁵

Die Klägerin betrachtet den angefochtenen Beschluss auch als sachlich unhaltbar und rügt damit eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots. Nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR sind Beschlüsse der Generalversammlung u.a. anfechtbar, wenn sie in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken. Unsachlich ist eine Beeinträchtigung, die sich bei vernünftiger wirtschaftlicher Überlegung nicht durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit ihrer Aktionäre rechtfertigen lässt bzw. die dazu dient, einer bestimmten Aktionärsgruppe Vorteile zu verschaffen, die in Wahrheit mit der Verfolgung des Gesellschaftszwecks nichts zu tun haben. Dem Sachlichkeitsgebot kommt nach Ansicht des Bundesgerichts keine selbständige rechtliche Bedeutung zu, sondern es bildet ein Element des generellen Rechtsmissbrauchsverbots, welches jeden missbräuchlichen Eingriff in die Rechte von Aktionären verbietet.

Der Anspruch jedes Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn besteht gemäss Art. 660 Abs. 1 OR nur, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist. Ein Beschluss auf Ausschüttung einer statutarisch vorgesehenen Tantieme bedeutet deshalb keine Beschränkung der Rechte der Aktionäre im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Den Interessen der Aktionäre trägt das Gesetz insofern Rechnung, als es die Ausschüttung von Tantiemen nur zulässt, wenn vorgängig eine Dividende von mindestens 5% des Bilanzgewinnes ausgeschüttet wird (Art. 677 OR). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Ausrichtung von Tantiemen auch nicht einfach unsachlich, weil die ausschüttende Gesellschaft eine Holdinggesellschaft ist. Ist ein Konzern nach der Holdinglösung strukturiert, ist die Konzernleitung vielfach in die Holdinggesellschaft integriert. Schüttet die Holdinggesellschaft und nicht

die einzelne operative Gesellschaft die Tantieme aus, so bemisst sich diese nach dem Ergebnis der gesamten Unternehmensgruppe und nicht nur nach dem Ergebnis der einzelnen Gesellschaft, dem allenfalls schlechte Ergebnisse anderer Gesellschaften gegenüberstehen. Auch die steuerlichen Nachteile, die Tantiemen im Vergleich zu Entschädigungen des Verwaltungsrates zu Lasten der Erfolgsrechnung haben, vermögen die Ausschüttung von Tantiemen nicht einfach als unsachlich erscheinen zu lassen, zumal der Gesetzgeber diese Möglichkeit der Gewinnverwendung im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1991 ungeachtet dieses Umstands im Gesetz belies. Im Unterschied zur Entschädigung zu Lasten der Erfolgsrechnung haben die Aktionäre bei der Ausrichtung von Tantiemen ein eigenes direktes Entscheidungsrecht, da dafür ein Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist. In diesem Rahmen besteht für die Aktionäre auch eine erhöhte Transparenz hinsichtlich der Höhe sowie der Gesetzes- und Statutenkonformität der Mittelverwendung. Selbst wo die Statuten die Ausrichtung von Tantiemen unter bestimmten Voraussetzungen zwingend vorschreiben, bleibt den Aktionären die Möglichkeit, die betreffende Bestimmung auf dem Weg der Statutenänderung aufzuheben oder abzuändern. Davon wurde jedoch vorliegend kein Gebrauch gemacht, namentlich auch nicht als die Beklagte im Jahre 1987 in eine Holdinggesellschaft umgewandelt und die Statuten revidiert wurden. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR bildet deshalb keine Grundlage für eine Anfechtung des Beschlusses auf Ausschüttung einer Tantieme.⁶

Die Klägerin rügt weiter eine Ungleichbehandlung der Aktionäre, da nur die Mehrheitsaktionäre im Verwaltungsrat vertreten sind und somit nur diese in den Genuss der Tantieme kämen. Dies ist nach Auffassung des Bundesgerichts indessen nicht eine direkte Folge des angefochtenen Beschlusses der Generalversammlung, sondern der Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Die dem Verwaltungsrat angehörenden Personen erhalten die Tantiemen nicht als Aktionäre, sondern als Mitglieder des Verwaltungsrats; auch die Höhe ihres Anteils richtet sich nicht nach dem Verhältnis ihres Aktienbesitzes. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre ist damit gewahrt. Ebenso wenig liegt eine Benachteiligung der Aktionäre im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR vor.⁷

Schliesslich hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob der angefochtene Beschluss rechtsmissbräuchlich ist. Weil das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) für die ganze Rechtsordnung gilt, ist es auch auf die Aus-

⁵ Erwägung 3.1.

⁶ Erwägung 3.2.

⁷ Erwägung 3.3.

übung der Mehrheitsmacht in der Aktiengesellschaft anwendbar. Wie der Gleichbehandlungsgrundsatz dient es 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 in offensichtlichem Missbrauch des Rechts ergangen sein, wenn er 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. Aufgrund des Mehrheitsprinzips, dem sich ein Aktionär mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft, darf die Mehrheit in der Generalversammlung auch ihre eigenen Interessen denjenigen der Minderheit vorgehen lassen. Der Richter hat indessen einzuschreiten, wenn die Mehrheitsaktionäre die Macht, die ihnen Art. 703 OR einräumt, im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheitsaktionäre offensichtlich missbrauchen. Massgeblich sind immer die Umstände des einzelnen Falles.

Auch Beschlüsse der Generalversammlung über die Ausrichtung von Tantiemen unterliegen dem Rechtsmissbrauchsverbot. Besondere Verhältnisse liegen indessen vor, wenn die Statuten der Generalversammlung die Ausrichtung von Tantiemen nicht nur fakultativ erlauben, sondern diese in einem bestimmten Mass zwingend vorschreiben. In diesem Fall steht den Mitgliedern des Verwaltungsrates, wenn die statutarischen Voraussetzungen erfüllt sind, gegenüber der Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf die Tantieme zu, den sie mit Leistungsklage gegenüber der Gesellschaft geltend machen können, ohne den Generalversammlungsbeschluss, der diesen Anspruch missachtet, nach Art. 706 OR anfechten zu müssen. Dieser Rechtsanspruch bildet Bestandteil des zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates bestehenden synallagmatischen Rechtsverhältnisses, das in einzelnen Punkten auch durch die Statuten geregelt ist. Die Erfüllung eines statutarisch festgelegten Anspruchs des Verwaltungsrates auf eine Beteiligung am Reingewinn kann damit in der Regel keinen Rechtsmissbrauch darstellen. Ob die Statuten die Ausschüttung einer Tantieme nur fakultativ erlauben oder diese in einem bestimmten Mass zwingend vorschreiben, ist durch Auslegung zu ermitteln. Gesellschaftsstatuten sind dabei wie Willenserklärungen, die bei Schuldverträgen abgegeben werden, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, wobei sich bei Gesellschaften mit einem breit gestreuten

Aktionärskreis zudem eine analoge Anwendung der für die Interpretation von Gesetzesrecht entwickelten Grundsätze rechtfertigt.

Das Handelsgericht ist davon ausgegangen, dass § 28 der Statuten der Beklagten einen Rechtsanspruch der Mitglieder des Verwaltungsrats auf Ausschüttung einer Tantieme begründet. Nach den erwähnten Grundsätzen für die Auslegung von Statuten ist dies nicht zu beanstanden und wird von der Klägerin denn auch nicht in Frage gestellt. Auch dass der Verwaltungsrat mit dem von der Generalversammlung genehmigten Antrag auf Ausrichtung einer Tantieme ein Recht in Anspruch nahm, das er zuvor während Jahren nie geltend gemacht hatte, vermag keinen Rechtsmissbrauch zu begründen. Allgemein gilt zwar, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch berechnete Erwartungen enttäuscht werden. Die Vorinstanz hielt indessen verbindlich fest, die Klägerin habe keine besonderen Umstände geschildert, die ihr oder anderen Aktionären im Zeitraum nach 1987 den Eindruck hätten vermitteln dürfen, der Verwaltungsrat habe mit dem Verzicht auf Antragstellung betreffend Tantiemen einen grundsätzlichen Verzicht auf den Rechtsanspruch zum Ausdruck bringen wollen. Wohl kann es im Übrigen Treu und Glauben widersprechen, sich auf einen Vertrag zu berufen, der durch eine über lange Zeit ausgeübte Praxis faktisch ausser Kraft gesetzt worden ist. Wären aber zur Ausserkraftsetzung des Vertrages zwingende Formvorschriften einzuhalten, wie das für eine Aufhebung der statutarischen Grundlage für Tantiemen der Fall ist, kann die Berufung auf den Vertrag trotz seiner langjährigen Nichtanwendung nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, da dies darauf hinauslaufen würde, die zwingenden Formvorschriften auf dem Weg über Art. 2 ZGB auszuschalten. Aus diesen Gründen lässt sich in Bezug auf den angefochtenen Beschluss insgesamt kein offensichtlicher Missbrauch der Mehrheitsmacht ausmachen.⁸

2. Verwaltungsrat

a) Treuepflicht

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, sich zur Treuepflicht von Organen im Konzern zu äussern.⁹ Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrun-

⁸ Erwägung 3.4.

⁹ BGE 130 III 213.

de: Die Klägerin bezweckt unter anderem den Handel mit Holz. Sie gehört zur sogenannten C.-Gruppe und ist eine hundertprozentige Tochter der D. AG, Schweiz, welche die Konzernleitung inne hat. Die D. AG, Schweiz, hält über eine weitere Gesellschaft unter anderem auch die C. Ltd., Grossbritannien. Der Beklagte war Geschäftsführer der Klägerin. Im Herbst 1994 gelangte die E. GmbH, Deutschland, an den Beklagten und offerierte Schnittholz. Der Beklagte vermittelte die C. Ltd. als Käuferin und die F. AG als Verkäuferin, da die E. GmbH gegen aussen nicht als Verkäuferin auftreten wollte. Die F. AG gehörte G., der Ehefrau des Beklagten. Die F. AG erzielte durch dieses Geschäft einen Gewinn von DM 10'730.85. Die C. Ltd. erlitt hingegen infolge schlechter Marktentwicklung beim Weiterverkauf einen Verlust von FF 226'198.69. Am 7. Dezember 1995 veranlasste der Beklagte die Ausstellung einer Gutschrift zu Gunsten der C. Ltd. und zu Lasten der Klägerin. Die Klägerin hat dadurch eine Vermögensverminderung erlitten, ohne dass dafür ein Rechtsgrund bestanden hat.

Der Beklagte stand zur Klägerin in einem Arbeitsverhältnis und er war gleichzeitig ihr Organ. Das schuld- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnis hat zur Folge, dass das in einem Anstellungsverhältnis stehende Organ sich sowohl an die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) wie auch an die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds nach Art. 717 OR halten muss. Steht eine Verletzung der Treuepflicht zur Diskussion, ist somit getrennt zu prüfen, ob die eine oder die andere verletzt ist. Dabei erweist sich in der Regel, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weiter geht als die arbeitsvertragsrechtliche.¹⁰

Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats, sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden. Im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten hat das Bundesgericht festgehalten, dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt.

¹⁰ Erwägung 2.1.

Vorliegend ist die Klägerin durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt worden. Ob sie einen Rückvergütungsanspruch gegenüber der Begünstigten hat, ist zweifelhaft. Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar nicht im Interesse jener Gesellschaft gehandelt, deren Organ er ist. Er hat insoweit seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt. Die Voraussetzungen seiner Haftung nach Art. 754 OR sind damit erfüllt. Nach dem Ausgeführten wäre der Beklagte als Organ der Klägerin von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren, und die vom Beklagten vorgenommene Handlung ist unter grundsätzlicher Verletzung dieser Pflicht erfolgt.¹¹

Im Quantitativen ist der Schaden nicht bestritten. Soweit der Beklagte geltend macht, die Konzernverbundenheit habe zur Folge, dass gar kein Schaden entstanden sei, übersieht er, dass – wie dargelegt – für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden darf und nicht auf jene des ganzen Konzerns. Entsprechend fragt sich auch nur, ob der einzelnen Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder nicht.¹²

b) Vertretung

In dem oben schon unter dem Aspekt der Treuepflicht von Aktionären erläuterten Entscheid¹³ musste das Bundesgericht auch noch die Frage prüfen, inwieweit ein ehemaliges Verwaltungsratsmitglied eine Gesellschaft noch bindend verpflichten kann. Im vorliegenden Fall hatten die Aktionäre der Z. Holding S.A., darunter die Y. AG, Zug, und die Beklagte am 21. Dezember 1992 einen Aktionärsbindungsvertrag unterzeichnet. Darin verpflichteten sie sich, vor Ablauf von fünf Jahren einem Verkauf der Z. Nahrungsmittel GmbH oder eines Teils derselben nicht zuzustimmen. Sollte eine Partei gegen Bestimmungen der Aktionärsbindungsvereinbarung verstossen, schuldete sie den andern Vertragsparteien ungeachtet eines Schadensnachweises eine Konventionalstrafe in der Höhe des Nominalwertes der von diesen gehaltenen Gesellschaftsanteile. Am 4. April 1995 beschlossen die Gesellschafterinnen der Z. Holding S.A., 51% der Anteile an der Z. Nahrungsmittel GmbH für DEM 1.– an G. und H. zu veräussern. Namens der Y. AG unterzeichnete I. diesen Gesellschafterbeschluss, obwohl er seit Ende 1993

¹¹ Erwägung 2.2.2.

¹² Erwägung 2.3.

¹³ BGer 4C. 143/2003 vom 14. Oktober 2003; vgl. oben B.1.a).

nicht mehr dem Verwaltungsrat der Y. AG angehörte. Die Z. Nahrungsmittel GmbH fiel am 1. Juli 1995, die Y. AG am 28. September 1995 in Konkurs. Die Kläger liessen sich den Anspruch auf Konventionalstrafe gegenüber der Beklagten von der Konkursmasse der Y. AG gemäss Art. 260 SchKG abtreten. Das Kantonsgericht Zug verpflichtete die Beklagte am 25. Januar 2001, den Klägern DEM 40'000.– als Anteil an die geschuldete Konventionalstrafe zu bezahlen. In der Sache gleich entschied das Obergericht des Kantons Zug auf Berufung der Beklagten.

Die Vorinstanz stellte für das Bundesgericht verbindlich fest, die Beklagte habe vom Ausscheiden von I. aus dem Verwaltungsrat gewusst. Sie hielt sodann für unbewiesen, dass I. auch nach seinem Ausscheiden als Verwaltungsrat weiterhin für die Y. AG gehandelt und als deren Vertreter aufgetreten sei, weshalb I. nach seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Y. AG auch nicht die Stellung eines faktischen Organs im Sinne der Rechtsprechung zuzuerkennen ist. Das einmalige Handeln von I. für die Y. AG – die Unterzeichnung des Gesellschaftsbeschlusses vom 4. April 1995 – reicht aber auch nicht zur Annahme einer Duldungsvollmacht aus. Erforderlich wäre eine unbeanstandete wiederholte Aktivität in fremdem Namen. Kann das Handeln von I. aber nicht der Y. AG zugerechnet werden, ist der Versuch der Beklagten, I. Rechtsmissbrauch dadurch vorzuwerfen, dass er ihr das Fehlen einer Vollmacht verschwiegen habe, und diesen Rechtsmissbrauch der Beklagten zuzurechnen, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Da sich die Beklagte ausschliesslich bei I., nicht aber bei der Y. AG um die Zustimmung zum Verkauf der Z. GmbH-Anteile bemüht hat, kann es entgegen der Auffassung der Beklagten auch keine – behauptetermassen rechtsmissbräuchliche – Verweigerung der Zustimmung zum Verkauf gegeben haben.¹⁴

In einem anderen Entscheid¹⁵ hat das Bundesgericht zu drei weiteren Aspekten der Vertretung Stellung genommen. Im zu prüfenden Fall ging es um den Transfer eines Fussballspielers von der Schweiz ins Ausland. Zu diesem Zweck gelangte die Beklagte, ein Fussballklub, an die Klägerin, eine Gesellschaft die Sportlertransfers abwickelt. B. gehörte dem Verwaltungsrat der Klägerin an, war aber als solcher nicht im Handelsregister eingetragen. Er schloss im Oktober 2000 mit der Beklagten einen Mäklervertrag ab, worin die Beklagte für den Fall eines Zustandekommens des Transfers zu

der von ihr gewünschten Bedingungen der Klägerin einen Mäklerlohn von CHF 250'000.– zusicherte. Im Frühling 2001 kam der Transfer dann zu noch besseren Bedingungen zustande, allerdings weigerte sich die Beklagte, der Klägerin den Mäklerlohn zu zahlen, da sie für die Vertragsverhandlungen auch noch die Dienste zweier anderer Personen in Anspruch genommen hatte, durch deren Vermittlung der Vertrag mit einem deutschen Klub schliesslich abgeschlossen wurde. Daraufhin verklagte die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der CHF 250'000.–. Das Bundesgericht hatte sich vorab mit der Frage der Aktivlegitimation der Klägerin zu befassen, da zwischen den Parteien streitig war, ob die Klägerin überhaupt Partei des Mäklervertrages geworden war.

Zuerst wiesen die Richter in Anlehnung an Rechtsprechung und Lehre darauf hin, dass die Eintragung einer zur Vertretung der Gesellschaft befugten Person ins Handelsregister gemäss Art. 720 OR keine Bedingung für das Vorliegen einer rechtsgültigen Vertretungsbefugnis dieser Person darstellt, dies weder im gesellschaftsinternen Verhältnis noch im Geschäftsverkehr mit Dritten.¹⁶

Danach ging es um die Frage, ob ein Verwaltungsratsmitglied, welches nur über Kollektivunterschrift verfügt, die Gesellschaft auch als alleinig unterzeichnende Person verpflichten kann. Im konkreten Fall wurde trotzdem die Klägerin, d. h. die Gesellschaft, als Partei des Mäklervertrages betrachtet, da sie im Nachhinein die Handlungen von B., der seine Vertretungsbefugnis überschritten hatte, auf überzeugende Weise genehmigt hatte. Die Tatsache, dass sie in eigenem Namen Klage eingereicht hatte, wurde als ein Beispiel einer solch wirksamen Genehmigung angesehen.¹⁷

Dem konkreten Fall lag ein mündlich geschlossener Mäklervertrag zugrunde, dessen Inhalt später per Fax bestätigt wurde. Das Fax bezeichnete jedoch nicht die Klägerin, sondern B. als Vertragspartei; letzterer hatte es nämlich unterlassen, der Beklagten gegenüber zu erwähnen, dass er im Namen der Gesellschaft handelte. Das Bundesgericht kam dennoch zum Schluss, dass die Klägerin als Vertragspartei zu gelten hatte, da im weiteren Briefverkehr mit der Beklagten ihr Geschäftsbriefpapier benutzt worden war und B. seine Unterschrift jeweils unter die Firma gesetzt hatte. Falls die Beklagte dagegen protestieren wollte, hätte sie dies nach dem Gutgläubensprinzip sofort tun müssen. Im Übrigen durfte man sich in diesem Fall

¹⁴ Erwägung 4.

¹⁵ BGer 4C.136/2004 vom 13. Juli 2004.

¹⁶ Erwägung 2.2.2.2.2.

¹⁷ Erwägung 2.2.2.2.2.

fragen, ob es ihr nicht gleichgültig sein konnte, mit wem der Mäklervertrag schliesslich zustande gekommen war.¹⁸

3. Revisionsstelle

Das Bundesgericht musste sich auch zur Befähigung und Unabhängigkeit einer Revisionsstelle äussern. Es handelt sich dabei um den gleichen Entscheid, der oben bereits im Zusammenhang mit der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen besprochen wurde.¹⁹ Die Klägerin ficht darin auch die von der Generalversammlung getroffene Wahl der Revisionsstelle als ungesetzlich an und bemängelt vor allem eine fehlende Unabhängigkeit der gewählten Revisionsstelle.

Für die Revision grösserer Gesellschaften im Sinne der Umschreibung von Art. 727b Abs. 2 OR müssen die Revisoren besonders befähigt sein. Die dafür erforderlichen fachlichen Anforderungen werden in der Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302) festgelegt. Diese stellt auf das Vorliegen bestimmter Diplome und Fähigkeitsausweise, allenfalls verbunden mit einer bestimmten Dauer der praktischen Erfahrung ab. Eine spezifische, auf die jeweilige Gesellschaft bezogene Eignung, welche über die in Art. 727b OR geforderten fachlichen Qualifikationen hinausgehende Elemente umfasst, ist nicht Wählbarkeitsvoraussetzung. Für die Rechtmässigkeit der Wahl sind daher die von der Klägerin behauptete fehlende Kenntnis der Werkzeugmaschinenbau-Branche und fehlende internationale Erfahrung der Revisoren E. und F. unerheblich. Auch hatte die Vorinstanz nicht zu prüfen, ob allenfalls eine andere, insbesondere die von der Klägerin vorgeschlagene Revisionsgesellschaft für das Mandat geeigneter wäre, da die von der Generalversammlung getroffene Wahl nur angefochten werden kann, wenn sie gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst (Art. 706 Abs. 1 OR).²⁰

Nach Art. 727c Abs. 1 OR müssen die Revisoren vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein. Insbesondere dürfen sie weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein, noch Arbeiten für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind. Wird eine Handelsgesellschaft als Revisionsstelle bestellt, so

gilt das Erfordernis der Unabhängigkeit sowohl für diese als auch für alle Personen, welche die Prüfung durchführen (Art. 727d Abs. 3 OR). Diese Bestimmungen wurden anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 mit dem Ziel eingeführt, die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Revisionsstelle zu verschärfen. Unabhängigkeit bedeutet Weisungsungebundenheit, Freiheit des Urteils und Selbständigkeit im Entscheid; (sog. innere Unabhängigkeit). Die Unabhängigkeit fehlt indessen nicht erst bei tatsächlicher Voreingenommenheit. Vielmehr richtet sich Art. 727c Abs. 1 OR bereits gegen äussere Beziehungen, die bei unbeteiligten verständigen Dritten den Anschein der Voreingenommenheit entstehen lassen können (sog. äussere Unabhängigkeit). Die Unabhängigkeit fehlt damit auch bei weniger leicht erkennbaren beteiligungsmässigen, hierarchischen oder wegen anderer Zusammenhänge gegebenen Abhängigkeiten. Mit der geforderten Unabhängigkeit unvereinbar sind damit nach der Rechtsprechung nähere familiäre Beziehungen oder eine wirtschaftliche Verflechtung, bei der die Revisionsstelle eine Gesellschaft revidiert, deren Verwaltung mit jener ihrer eigenen Revisionsstelle identisch ist.

Anlässlich der Generalversammlung vom 7. Juli 1999 stellte die Klägerin bei der Behandlung des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung 1998 auch verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem sogenannten «X.» Geschäft. In seiner Antwort erwähnte der Verwaltungsratspräsident gegenüber der Beklagten, dass der Verwaltungsrat eine der international tätigen Revisionsgesellschaften mit der Prüfung dieser Darlehensvergabe beauftragt und deren Bericht den Revisoren für die Abschlussrevision zur Verfügung gestellt habe. Auf die Frage, ob die Revisoren der Gesellschaft die Angelegenheit selbst geprüft hätten, antworteten diese dann, sie hätten den Vorgang nicht nochmals geprüft, sondern sich auf den Bericht der dazu beauftragten Revisionsgesellschaft abgestützt. Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich daraus kein Vorwurf fehlender Unabhängigkeit ableiten. Mit dem Vorwurf, die Revisoren hätten in diesem Punkt einfach den Befund einer anderen Revisionsgesellschaft unbesehen übernommen, wird die gemachte Aussage verfälscht. Im Übrigen erscheint es als widersprüchlich, wenn die Klägerin einerseits verlangt, für die Beklagte müsse eine international tätige Treuhandgesellschaft als Revisionsstelle und Konzernprüferin eingesetzt werden, andererseits aber von den eingesetzten Revisoren erwartet, dass sie die Angelegenheit des «X.»-Darlehens trotz Vorliegens eines Berichts einer solchen Revisionsgesellschaft noch selbst hätten überprüfen müssen.

Die Klägerin verneint die Unabhängigkeit der gewählten Revisionsstelle auch mit der Behauptung, dieses Mandat der Beklagten beschlage mehr als

¹⁸ Erwägung 2.2.2.2.3.

¹⁹ BGer 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004; vgl. oben B.1.b).

²⁰ Erwägung 4.1.

10% der Honorareinnahmen der Revisionsstelle. Art. 727c Abs. 1 OR untersagt dem Revisor, für die zu prüfende Gesellschaft Arbeiten auszuführen, die mit seinem Mandat unvereinbar sind. Unvereinbar ist namentlich die Führung der Buchhaltung der zu prüfenden Gesellschaft, da die Revisoren damit am Zustandekommen des Prüfungsgegenstandes mitwirken würden. Zu vermeiden ist indessen auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die den Revisor in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich einschränkt. Die von der Treuhand-Kammer erlassenen «Richtlinien zur Unabhängigkeit» bestimmen in diesem Sinne, dass der Honoraranteil eines einzelnen Kunden nicht mehr als 10% der gesamten Honorareinnahmen des Abschlussprüfers ausmachen darf. Diese Richtlinien einer Berufsvereinigung sind für die Konkretisierung des Erfordernisses der Unabhängigkeit zwar heranzuziehen, haben aber selbst keine Gesetzeskraft. Eine unzulässige wirtschaftliche Abhängigkeit lässt sich nicht derart mit einem ziffernmässig festgelegten Anteil der Honorareinnahmen verknüpfen, dass bei einem Wert, der geringfügig unterhalb der Limite liegt, die Unabhängigkeit per se gegeben und bei einem Wert geringfügig darüber per se eine Abhängigkeit anzunehmen wäre. Auch die Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, welche die obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Revisionsstelle für Banken in verschiedener Hinsicht verschärft, sieht in Art. 36 Abs. 4 eine Limite von 10% mit dem Vorbehalt der Bewilligung von Ausnahmen durch die Bankenkommision vor. Eine tiefe und absolut gehandhabte Limite würde sodann kleinere oder neu gegründete Revisionsgesellschaften sowie selbständig tätige Revisoren unbesehen der weiteren Umstände generell von der Übernahme einzelner bedeutender Revisionsmandate ausschliessen, was zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Deshalb besteht rechtlich keine dementsprechende starre Regel. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Höhe des Anteils der aus einem Revisionsmandat fliessenden Honorareinnahmen die Unabhängigkeit der Revisionsstelle beeinträchtigt.²¹

Die Klägerin bezeichnet es schliesslich als fragwürdig, wenn in einer Aktiengesellschaft eine Revisionsstelle gegen den klaren Willen einer Minderheit mit einem Aktienanteil von 47% eingesetzt werde. Zu Recht macht sie dabei aber selbst nicht geltend, damit würde irgendeine Gesetzes- oder Statutenbestimmung verletzt. Die Pflicht, ihre Rechnungslegung und Berichtserstattung durch eine Revisionsstelle prüfen zu lassen, bietet zwar den Minderheitsaktionären und den Gläubigern einen gewissen Schutz, der durch das Erfordernis der Unabhängigkeit verstärkt wird. Dies ändert aber nichts

daran, dass die Revisionsstelle von der Generalversammlung – unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen in den Statuten – jeweils mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR) gewählt wird und eine solche Wahl somit auch gegen den Willen einer starken Minderheit erfolgen kann. Die Anfechtung der von der Generalversammlung beschlossenen Wahl der Revisionsstelle erweist sich damit in allen Punkten als unbegründet.²²

4. Verantwortlichkeit

In einem teilweise noch unter dem alten Aktienrecht ergangenen Entscheid hat sich das Bundesgericht mit der Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes einer Aktiengesellschaft befasst.²³ Im konkreten Fall ging es um eine Aktiengesellschaft, die von drei Personen verwaltet wurde, von denen allerdings nur deren zwei, nämlich der Beklagte und C., je mit Einzelunterschrift dazu bevollmächtigt waren, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten. Der Beklagte hat sich nie um die Geschäftsführung gekümmert, sodass diese Aufgabe tatsächlich alleine C. überlassen war. Obwohl weder der Beklagte noch C. über irgendwelche Kenntnisse im Recht der Aktiengesellschaft oder in Buchhaltung verfügten, beschäftigte die Gesellschaft zu keiner Zeit einen qualifizierten Buchhalter. Im Übrigen befand sie sich seit 1990 in finanziellen Schwierigkeiten und der Verwaltungsrat wurde von der Revisionsstelle wiederholt auf die Anwendbarkeit von Art. 725 OR aufmerksam gemacht. Im Juli 1991 gewährte der Kläger der Gesellschaft ein Darlehen über CHF 100'000.–. Der Vertrag wurde von C. unterzeichnet, welcher weder den Beklagten noch die Revisionsstelle darüber informiert hat. Einen Teil des Geldes verwendete C. im Namen der Gesellschaft zur Rückzahlung eines vorgängig von ihm persönlich an die Gesellschaft geleisteten Vorschusses. Am 31.12.1991 war das Aktienkapital der Gesellschaft vollständig aufgesaugt und die Schulden durch den geschätzten Veräusserungswert des Vermögens nicht mehr gedeckt. Erst im Dezember 1993 hat der Verwaltungsrat der Gesellschaft schliesslich den Konkurs beantragt. Dieser mündete in einen ungedeckten Betrag von über CHF 200'000.–. Der Kläger liess sich von der Konkursmasse die Ansprüche gegenüber dem Beklagten abtreten.

Das Bundesgericht hält vorerst fest, dass das Kantonsgericht die Sachlage zu Recht nach dem alten Recht der Aktiengesellschaft beurteilt hat, da sich

²¹ Erwägung 4.2.

²² Erwägung 4.3.

²³ BGer 4C.192/2003 vom 13. Oktober 2003.

die Vorwürfe gegen den Beklagten auf die Zeit vor dem 1. Juli 1992 beziehen. Hingegen kommt auf eine eventuelle solidarische Haftung der verschiedenen Gesellschaftsorgane im Aussenverhältnis, welche vom Beklagten geltend gemacht wird, gemäss Rechtsprechung das neue Recht, also Art. 759 OR, zur Anwendung.²⁴

Gemäss Art. 754 Abs. 1 aOR haften alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Revision befassten Personen gegenüber der Gesellschaft sowie gegenüber jedem Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger für den Schaden, den sie ihnen durch absichtliche oder fahrlässige Pflichtverletzung zufügen. Die Haftung der Verwalter setzt voraus, dass diese ihre Pflichten schuldhaft verletzt haben, dass die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat und dass ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem ihnen zur Last gelegten Verschulden und dem Schaden vorliegt. Der Verwaltungsrat hat in der Geschäftsführung alle nötige Sorgfalt anzuwenden (Art. 717 Abs. 1 OR; Art. 722 Abs. 1 aOR). Weiter geht aus Art. 722 Abs. 3 aOR hervor, dass er im Besonderen für die ordnungsgemässe Führung der nötigen Bücher verantwortlich ist und für die Erstellung der Buchhaltungs-urkunden gemäss gesetzlicher Anforderungen sowie die Übergabe dieser Schriftstücke an die Revisionsstelle zur Prüfung haftet. Art. 725 Abs. 3 aOR bestimmt, dass der Verwaltungsrat den Richter benachrichtigen muss, sobald die Schulden nicht mehr durch das Vermögen gedeckt sind. Der Verwaltungsrat kann sich aus diesen Pflichten nicht befreien, indem er anführt, nicht über genügend Zeit für seine Aufgaben zu verfügen oder nicht im Besitze der nötigen fachlichen Kenntnisse zu sein. Wenn dem so ist, muss er sich mit qualifizierten Personen umgeben. Im konkreten Fall wusste der Beklagte, dass sich die Gesellschaft schon 1990 in finanziellen Schwierigkeiten befand, tat aber nichts, um sie zu sanieren. Obwohl die Verwaltungsratsmitglieder über keine buchhaltungs- oder gesellschaftsrechtlichen Kenntnisse verfügten, zogen sie keine qualifizierten Personen, namentlich keinen richtigen Buchhalter bei. Die Bilanz sowie die verschiedenen Abschlussrechnungen der Gesellschaft wurden schliesslich mit grosser Verspätung und aufgrund lückenhafter Dokumente mit erheblicher Mühe durch die Revisionsstelle erstellt. Diesen Versäumnissen zufolge wurde die Bilanz des Geschäftsjahres 1991 nicht wie vorgeschrieben bereits anfangs 1992 erstellt. Eine rechtzeitige Bilanz hätte es dem Beklagten erlaubt, bereits zu dem Zeitpunkt den Richter einzuschalten, da das Vermögen die Schulden nicht mehr gedeckt hat. Während des Geschäftsjahres 1992 haben die Verwalter

²⁴ Erwägung 3.1.

trotz Umsatzrückganges keinerlei Sanierungsmassnahmen unternommen, dafür die Gemeinkosten sogar noch erhöht. Unter diesen Umständen liegen laut Bundesgericht seitens des Beklagten grobe Versäumnisse in der Geschäftsführung vor.²⁵

Das Ausmass der Haftung des Beklagten muss im Lichte von Art. 759 Abs. 1 OR beurteilt werden, wonach jeder Verantwortliche nur für den ihm persönlich zurechenbaren Schaden haftbar gemacht werden kann. Die Solidarität erstreckt sich also nur auf den kleinsten gemeinsamen Nenner derjenigen Haftung, welche der beklagten Person aufgrund ihres Verschuldens und der gesamten Umstände zur Last gelegt werden kann. Im zu beurteilenden Fall hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 759 OR dem Beklagten nicht weiterhilft, da grobe Versäumnisse sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen letzteren und dem Schaden der Gesellschaft, welche trotz Überschuldung ihre Geschäftstätigkeit fortgesetzt und neue Verluste eingefahren hatte, vorlagen. Unter diesen Umständen spielt im Aussenverhältnis demzufolge keine Rolle, ob die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates oder die Revisionsstelle für den Schaden mitverantwortlich sind und der Beklagte konnte sich nicht auf eine differenzierte solidarische Haftung berufen.²⁶

II. Übriges Gesellschaftsrecht*

A. Gesetzgebung

1. Neues Fusionsgesetz

Per 1. Juli 2004 ist das neue Fusionsgesetz (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003) in Kraft getreten. Das Gesetz regelt die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Kapitalgesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelfirmen im Zusammenhang mit Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertra-

²⁵ Erwägung 3.3.

²⁶ Erwägung 3.4.

* Bearbeitet von Joachim Frick und Kilian Perroulaz.