

---

# Neueste aktienrechtliche Entwicklungen in der Rechtsprechung

HANS-UELI VOGT\*

## Inhaltsverzeichnis

Neueste aktienrechtliche Entwicklungen in der Rechtsprechung .....	75
<b>1. Generalversammlung, Aktionäre und Aktien.....</b>	<b>77</b>
1.1 Liberierungspflicht .....	77
1.2 Aktienoptionen als Gegenstand von Mitarbeiterbeteiligungsverträgen und als Lohnbestandteile .....	78
1.2.1 Mitarbeiterbeteiligungsverträge .....	78
1.2.2 Aktienoptionen als Lohnbestandteile .....	80
1.3 Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien.....	81
1.4 Auskunfts- und Einsichtsrecht.....	84
1.5 Sonderprüfung .....	87
1.5.1 Subsidiarität gegenüber dem Auskunfts- und Einsichtsrecht .....	87
1.5.2 Glaubhaftmachung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung .....	88
1.6 Durchgriff.....	89
1.7 Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen .....	89
1.8 Angebotspflicht .....	90
1.9 Aktionärbindungsverträge .....	92
1.9.1 Auslegung von Aktionärbindungsverträgen.....	92
1.9.2 Aktionärbindungsvertrag als zentrales Element eines "Private Equity"-Finanzierungsgeschäfts .....	92
1.9.3 Aktionärbindungsvertrag und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft .....	95
<b>2. Verwaltungsrat.....</b>	<b>96</b>
2.1 Treuepflicht eines Mitgliedes der Geschäftsleitung einer Konzerntochtergesellschaft .....	96
2.2 Informationsrecht des Verwaltungsratsmitgliedes.....	98
2.3 Tantieme.....	99

---

\* Dr. iur., Rechtsanwalt (Zürich/New York), LL.M.; Assistenzprofessor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. – Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine stark erweiterte Fassung des vom Verfasser gehaltenen Referats an der Veranstaltung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen vom 10. Mai 2005 über "Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht". – Meinen Assistenten lic. iur. M. PASCAL FISCHER und lic. iur. LUKAS WIGET danke ich für die Sichtung der Bundesgerichtsentscheidungen; Herr FISCHER hat zudem einen ersten Entwurf zu diesem Beitrag ausgearbeitet, wofür ihm ganz besonderer Dank gebührt.

2.4	Vertretung der Gesellschaft.....	100
2.5	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit .....	101
2.5.1	Schaden .....	101
2.5.2	Pflichtverletzung .....	103
2.5.3	Kausalzusammenhang .....	103
2.5.4	Verschulden .....	104
2.5.5	Legitimation zur Geltendmachung des Schadens .....	104
2.5.6	Solidarität .....	109
<b>3.</b>	<b>Revisionsstelle .....</b>	<b>109</b>
3.1	Befähigung und Unabhängigkeit .....	109
3.2	Verantwortlichkeit.....	110
<b>4.</b>	<b>Weitere Bereiche des Aktienrechts .....</b>	<b>111</b>
4.1	Haftung für vor der Gründung eingegangene Verpflichtungen .....	111
4.2	Einsichtsrecht der Gläubiger .....	112
4.3	Patronatserklärung.....	113
4.4	Rangrücktritt und Sanierung .....	113
4.5	Firmenrecht .....	115
4.5.1	Verwechslungsgefahr .....	115
4.5.2	Täuschungsverbot .....	115
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>117</b>

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den neuesten aktienrechtlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Berücksichtigt werden dabei die amtlich wie auch die nicht amtlich und nur im Internet publizierten aktienrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts in der Periode vom 1. Januar 2003 bis zum 30. Mai 2005. Ziel dieses Beitrags ist es insbesondere, die nicht amtlich publizierte aktienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts – und damit einen reichen Fundus höchstrichterlicher Stellungnahmen zu wichtigen, bisweilen gar grundlegenden aktienrechtlichen Fragen – einem breiteren Publikum bekannt zu machen. Auf kritische Stellungnahmen zu den Entscheidungen wird verzichtet. Referiert werden Entscheidungen zu den folgenden Themenkreisen: Generalversammlung, Aktionäre und Aktien (1.), Verwaltungsrat (2.), Revisionsstelle (3.) und weitere Bereiche des Aktienrechts (4.).

## 1. Generalversammlung, Aktionäre und Aktien

### 1.1 Liberierungspflicht

In einer Entscheidung<sup>1</sup> betreffend die Liberierungspflicht des Aktionärs machte ein Inhaberaktionär, der lediglich die Hälfte des von ihm gezeichneten Aktienkapitals einbezahlt hatte, geltend, er habe seine Aktien an einen Dritten verkauft, der auch die Liberierungsschuld übernommen habe; der noch ausstehende Betrag könne deshalb nicht von ihm gefordert werden. Im Übrigen sei der Anspruch auf Nachliberierung bereits verjährt.

Das Bundesgericht widersprach dieser Argumentation. Es verwies in seiner Begründung auf Art. 683 OR, wonach auf den Inhaber lautende Aktien erst nach der Einzahlung des vollen Nennwerts ausgegeben werden dürfen und vor der Volleinzahlung ausgegebene Aktien nichtig sind. Zweck dieser Bestimmung ist es, einen *Übergang der Liberierungspflicht* des Zeichners auf zahlungsunfähige Dritte zu *verhindern*. Dieser Zweck verbietet es der Gesellschaft auch, die Übertragung der Liberierungsschuld des Zeichners auf einen Dritten im Sinne einer Schuldübernahme zu genehmigen<sup>2</sup>. Liberierungsschuldner bleibt somit der Zeichner der Aktien.

Mit Bezug auf die *Verjährung des Nachliberierungsanspruchs* führte das Bundesgericht aus, dass der vom Liberierungsschuldner angerufene Art. 687 Abs. 2 OR betreffend die Haftung des Zeichners teilliberierter, an einen Dritten veräussertes Namenaktien im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Diese Bestimmung beziehe sich ausschliesslich auf nicht voll einbezahlte Namenaktien. Weil teilliberierte Inhaberaktien nicht ausgegeben und damit auch nicht verkauft werden dürfen, fehle es an einer Lücke des Gesetzes, welche durch analoge Anwendung von Art. 687 Abs. 2 OR zu schliessen wäre. Vielmehr komme die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR zur Anwendung<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Urteil 4C.229/2004 vom 9. August 2004.

<sup>2</sup> Urteil 4C.229/2004, E. 2.2. Im Übrigen lag eine solche Genehmigung *in casu* auch gar nicht vor (a.a.O., E. 2.3).

<sup>3</sup> Urteil 4C.229/2004, E. 3.3. Dabei liess das Bundesgericht offen, ob die Verjährungsfrist mit dem durch den Verwaltungsrat bestimmten Fälligkeitstermin oder mit dem Konkurs der Gesellschaft zu laufen beginnt (a.a.O., E. 3.3). Ferner hielt das Bundesgericht fest, dass die Kompetenz des Verwaltungsrates, die nachträgliche Liberierung von Aktien zu verlangen, mit dem Konkurs der Gesellschaft auf die Konkursverwaltung übergeht. Das ergibt sich aus Art. 740 Abs. 5 OR (Liquidation der Gesellschaft durch die Konkursverwaltung im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs)

## 1.2 Aktienoptionen als Gegenstand von Mitarbeiterbeteiligungsverträgen und als Lohnbestandteile

Drei Bundesgerichtsentscheidungen sind zu vermerken, in welchen es um die arbeitsrechtliche Beurteilung von Mitarbeiterbeteiligungsverträgen bzw. Lohnabreden über Aktienoptionen ging<sup>4</sup>.

### 1.2.1 Mitarbeiterbeteiligungsverträge

Nach dem der Entscheidung BGE 130 III 495 ff. zu Grunde liegenden Sachverhalt schloss ein Bankangestellter mit der Muttergesellschaft seiner Arbeitgeberin eine Reihe von Mitarbeiterbeteiligungsverträgen ab. Unter anderem kaufte er 100 Optionen zum Kauf von 100 Inhaberaktien der Bank-Muttergesellschaft zu einem Preis von 1'000 Franken pro Option sowie 700 Optionen zum Kauf von 700 Namenaktien der Bank-Muttergesellschaft zu einem Preis von 150 Franken pro Option. In beiden Fällen waren die Optionen so ausgestaltet, dass sie nicht *bis* zu einem bestimmten Datum, sondern nur *an* einem bestimmten Datum ausgeübt werden konnten (sog. "europäische Optionen", im Gegensatz zu "amerikanischen", die *bis* zu einem bestimmten Datum ausgeübt werden können). Dieses Datum lag bei beiden Optionspaketen *nach* dem Zeitpunkt, auf den die Bank und der Bankangestellte das Arbeitsverhältnis vertraglich aufgehoben hatten. Zudem war für die Ausübung der Optionen vorausgesetzt, dass der Bankangestellte am Verfalltag in einem ungekündigten Rechtsverhältnis mit der Bankengruppe steht; andernfalls entfallen die Optionen entschädigungslos<sup>5</sup>.

Der Bankangestellte verlangte eine angemessene Entschädigung dafür, dass er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine Optionen nicht mehr ausüben konnte<sup>6</sup>. Im Wesentlichen machte er geltend, der Bestand eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses als Bedingung für die

---

in Verbindung mit Art. 240 SchKG (Erhaltung und Verwertung der Konkursmasse durch die Konkursverwaltung) (a.a.O., E. 4.3 und 4.4).

<sup>4</sup> BGE 130 III 495 ff.; Urteile 4C.239/2004 und 4C.237/2004, beide vom 1. Oktober 2004.

<sup>5</sup> BGE 130 III 495 E. A-C, S. 495-498.

<sup>6</sup> Vor Bundesgericht forderte er lediglich noch die Rückerstattung des für den Kauf der Optionen bezahlten Preises (siehe die nicht amtlich publizierte Erwägung 1 des Urteils 4C.329/2003 vom 8. April 2004).

Ausübung der Optionen führe zu ungleichen Kündigungsfristen im Arbeitsverhältnis, denn der Arbeitnehmer sei faktisch auf mehrere Jahre gebunden; solche ungleichen Kündigungsfristen aber seien nach Art. 335a Abs. 1 OR unzulässig<sup>7</sup>. Zudem sei sein Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 337 Abs. 1 OR eingeschränkt worden. Zu beantworten war vom Bundesgericht mithin die Frage, ob die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses abgeschlossenen Mitarbeiterbeteiligungsverträge gleichsam mitsamt dem Arbeitsvertrag dem obligationenrechtlichen Arbeitnehmerschutz unterstehen<sup>8</sup>.

Entscheidend bezüglich der *Anwendung des obligationenrechtlichen Arbeitnehmerschutzes* sei – so das Bundesgericht –, ob der "Arbeitnehmer beim Erwerb der Mitarbeiterbeteiligung vornehmlich als Anleger handelt, der das mit der Anlage verbundene Risiko in der Erwartung eines hohen Kapitalgewinns aus freien Stücken akzeptiert"<sup>9</sup>. Das beurteilt sich aufgrund der konkreten Verhältnisse im Einzelfall. Wesentlich erscheint, ob die Beteiligungen einen Lohnbestandteil bilden, was auch der Fall sein kann, wenn sie einen Bonus darstellen<sup>10</sup>.

Vorliegend war der Bankangestellte mit dem Kauf der Optionen ein unternehmerisches Risiko eingegangen, weil er die erfolgreiche Zukunft der Bank vor Augen hatte. Seine Investition war ein Anlageentscheid, womit die Optionen keinen Lohnbestandteil darstellten. Damit waren die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften nicht anzuwenden<sup>11</sup>.

Im Übrigen verstiesse die vertraglich festgelegten Modalitäten der Optionsausübung auch nicht gegen das *Recht der Persönlichkeit* nach Art. 27 Abs. 2 ZGB, wie der Bankangestellte meinte. Dass die Optionen erst einige – *in casu* fünf – Jahre nach ihrem Erwerb ausübbar waren, entspricht einem der Zwecke der Mitarbeiterbeteiligung und ist für den Mitarbeiter auch mit steuerlichen Vorteilen verbunden; zudem verletzt nach der Art. 334 Abs. 3 OR zu Grunde liegenden Wertung erst ein auf mehr

<sup>7</sup> BGE 130 III 495 E. 3, S. 499.

<sup>8</sup> Nicht gegen die Anwendung des obligationenrechtlichen Arbeitnehmerschutzes sprach der Umstand, dass die Mitarbeiterbeteiligungsverträge mit der Bank-Muttergesellschaft abgeschlossen worden waren, also nicht mit der Arbeitgeberin des Bankangestellten. Auch in einer solchen Konstellation dürfen durch Mitarbeiterbeteiligungsverträge die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts nicht unterlaufen werden (BGE 130 III 495 E. 4.2.1, S. 501).

<sup>9</sup> BGE 130 III 495 E. 4.2.2, S. 501.

<sup>10</sup> BGE 130 III 495 E. 4.2.2, S. 501 f.

<sup>11</sup> BGE 130 III 495 E. 4.2.3, S. 502.

als zehn Jahre abgeschlossener Arbeitsvertrag die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB<sup>12</sup>.

### 1.2.2 Aktienoptionen als Lohnbestandteile

Zur Anwendung gelangten die obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer demgegenüber in zwei Entscheidungen betreffend die Zuteilung von Aktienoptionen im Rahmen des variablen, leistungsabhängigen Lohnbestandteils zweier Kadermitarbeiter (Chef Finanzen und Controlling einer Gruppe bzw. Gruppen-Controller)<sup>13</sup>. Die den Kadermitarbeitern zugeteilten Optionen waren mit einer dreijährigen Sperrfrist versehen und nicht übertragbar, und es bestand auch kein Recht zur Rückgabe an die Arbeitgeberin. Als die Kadermitarbeiter das Arbeitsverhältnis kündigten, konnten sie angesichts der Sperrfrist die ihnen für zwei bzw. drei der vorangehenden Jahre zugeteilten Optionen nicht ausüben. Zwar bezahlte ihnen die Arbeitgeberin einen Betrag für die Rückgabe der Bezugsscheine, doch weigerte sie sich, den Kadermitarbeitern den gesamten Wert der Optionsrechte auszubezahlen. Den Differenzbetrag klagten die Kadermitarbeiter ein<sup>14</sup>.

Vorliegend stand fest – dies nun im Gegensatz zur vorher referierten Entscheidung –, dass die Optionen Lohnbestandteil waren<sup>15</sup> und weder eine Bonuszahlung noch eine vom Arbeitsverhältnis grundsätzlich losgelöste Investition des Arbeitnehmers in die Arbeitgeber-Gesellschaft darstellte. Zu prüfen war, ob die Zuteilung von Optionen unter den geschilderten Umständen gegen das Truckverbot nach Art. 323b Abs. 3 OR<sup>16</sup> verstösst, welches dem Arbeitnehmer die freie Verwendbarkeit des Lohnes sichern soll<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> BGE 130 III 495 E. 5, S. 503 f., mit folgender Konklusion: "Von der in begründeter Erwartung eines hohen Gewinns freiwillig auf fünf Jahre eingegangenen Bindung des Klägers lässt sich [...] nicht sagen, sie überschreite jedes zulässige Mass, zumal der Kläger aus mehrjähriger Erfahrung die Perspektiven eines fünfjährigen Verbleibens bei der X. Bank AG abzuschätzen in der Lage war (...)."

<sup>13</sup> Urteil 4C.239/2004 sowie – parallel dazu – Urteil 4C.237/2004.

<sup>14</sup> Urteile 4C.237 bzw. 239/2004, E. A sowie auch E. 3.2.

<sup>15</sup> Urteile 4C.237 bzw. 239/2004, E. 2.2.

<sup>16</sup> "Abreden über die Verwendung des Lohnes im Interesse des Arbeitgebers sind nichtig."

<sup>17</sup> Siehe die allgemeinen Ausführungen zum Truckverbot in E. 3.1 der Urteile 4C.237 bzw. 239/2004.

Das Bundesgericht scheint sich der Auffassung der Vorinstanzen anzuschliessen, wonach ein *Verstoss gegen das Truckverbot* vorliegt<sup>18</sup>. Die Kadermitarbeiter hätten einen Teil ihres Lohnes in Optionen erhalten, ohne über den Geldwert der Optionen unmittelbar verfügen zu können. Da *in casu* die Kaderoptionspläne so ausgestaltet waren, dass die Arbeitnehmer das volle Kursrisiko und damit das Risiko des Verlustes ihres als Kapital investierten Lohnes trugen, reduziere sich das Interesse des Arbeitnehmers an der Entgegennahme von Optionen anstelle von Lohn erheblich. Angesichts dieser Interessenlage – auf welche bei der Anwendung des Truckverbots zu achten ist – sei ein *Verstoss gegen das Truckverbot* anzunehmen<sup>19</sup>.

Unbehelflich war der Einwand der Arbeitgeberin, das Truckverbot gelte angesichts seiner sozialpolitischen Ausrichtung nicht für *Arbeitnehmer in leitender Position*. Entscheidend ist nach Auffassung des Bundesgerichts, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist; trifft dies zu, so gilt das Truckverbot, denn es gibt im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht keine verschiedenen Arbeitnehmerkategorien<sup>20</sup>.

### 1.3 Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien

Im Urteil 4C.242/2001 vom 5. März 2003 befasste sich das Bundesgericht mit der Vinkulierung nicht börsenkotierter Namenaktien. Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft hatte einer Minderheitsaktionärin die Zustimmung dazu verweigert, die von dieser Aktionärin durch Fusion mit einer Tochtergesellschaft neu erworbenen Namenaktien ins Aktienbuch einzutragen. Der Verwaltungsrat stützte sich dabei auf § 3 Abs. 2 der Statuten, wonach er die Eintragung ins Aktienbuch ohne Angabe von Gründen verweigern kann. Die Gesellschaft bot der Minderheitsaktionärin jedoch an,

---

<sup>18</sup> Da die Beklagte und Berufungsklägerin sich mit dieser Frage in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander setzte, erübrigten sich für das Bundesgericht eigene Ausführungen hierzu (siehe Urteile 4C.237 bzw. 239/2004, E. 3.2).

<sup>19</sup> Urteile 4C.237 bzw. 239/2004, E. 3.1 und 3.2. Vgl. zu den Konsequenzen dieses Bundesgerichtsurteils bzw. zum nach wie vor bestehenden Gestaltungsspielraum STAEBELIN, 181 ff.

<sup>20</sup> Urteile 4C.237 bzw. 239/2004, E. 3.3.

die Namenaktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR<sup>21</sup> zum wirklichen Wert zu übernehmen<sup>22</sup>.

Zunächst erkannte das Bundesgericht, dass § 3 Abs. 2 der Statuten im Widerspruch zur gesetzlichen Vinkulierungsordnung des Aktienrechts von 1991 steht, insofern ein Neuerwerber gemäss Art. 685b Abs. 1 und 2 OR nur aus einem wichtigen, in den Statuten genannten Grund abgelehnt werden darf<sup>23</sup>. Dessen ungeachtet hat die Gesellschaft das Recht, dem Veräusserer die *Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert* anzubieten<sup>24</sup>. Dieses Ankaufsrecht gibt der Gesellschaft die Möglichkeit, Erwerber abzuweisen, "wenn die eigenen Interessen nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes haben"<sup>25</sup>. Voraussetzung für dieses Ankaufsrecht ist einzig, dass die Statuten die Übertragung der Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig machen; das Ankaufsrecht als solches bedarf keiner ausdrücklichen Verankerung in den Statuten<sup>26</sup>. Dem Erfordernis einer statutarischen Vinkulierung genüge vorliegend die am alten Aktienrecht ausgerichtete Statutenbestimmung, wonach die Zustimmung zur Übertragung ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann. Eine solche Statutenbestimmung taugt somit auch unter neuem Recht als vom Gesetz geforderte statutarische Grundlage einer Vinkulierung, wenn (1) die Ablehnung in Verbindung mit einer Übernahme durch die Gesellschaft<sup>27</sup> oder (2) die Ablehnung wegen fiduziarischen Rechtserwerbs<sup>28</sup> in Frage steht<sup>29</sup>.

Das Ankaufsrecht der Gesellschaft nach Art. 685b Abs. 1 OR darf der Verwaltungsrat nicht im einseitigen Interesse oder zum Nachteil einzelner Aktionäre und Aktionärsgruppen einsetzen, ohne dass das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. Andernfalls würde er das *Gleichbehandlungsgebot* nach Art. 717 Abs. 2 OR verletzen<sup>30</sup>. Diesbezüglich schloss sich das Bun-

<sup>21</sup> "Die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt oder wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen."

<sup>22</sup> Urteil 4C.242/2001, E. A.

<sup>23</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 2.1 und 2.3.

<sup>24</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 2.2.

<sup>25</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 5.2.

<sup>26</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 2.2.

<sup>27</sup> Art. 685b Abs. 1 OR.

<sup>28</sup> Art. 685b Abs. 3 OR.

<sup>29</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 2.3.

<sup>30</sup> Siehe die allgemeinen Ausführungen zum Gleichbehandlungsgebot im Urteil 4C.242/2001, E. 3.1.

desgericht der Auffassung der Vorinstanz an, wonach in der Ausübung des Ankaufsrechts *in casu* eine "krasse Parteinahme" zu Gunsten der Mehrheitsgruppe der Aktionäre zu erblicken sei, da die Minderheitsgruppe damit ihrer Drittels-Sperrminorität verlustig geht<sup>31</sup>.

Abschliessend prüfte das Bundesgericht, ob ein Verstoss gegen das *Rechtsmissbrauchsverbot* – welches auch das Sachlichkeitsgebot und das Gebot der schonenden Rechtsausübung einschliesst<sup>32</sup> – vorliege. Es betonte, dass diesem Verbot neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine selbständige Bedeutung zukomme, sodass ein Beschluss der Generalversammlung oder ein Akt des Verwaltungsrates, der das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzt, trotzdem rechtsmissbräuchlich sein könne. Ein offener Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn sich die Ausübung der Mehrheitsmacht nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden<sup>33</sup>. Mittels einer Vinkulierung kann die Gesellschaft nun zwar verhindern, dass sich an den bestehenden Machtverhältnissen etwas verändert<sup>34</sup>. "Eine Minderung des Einflusses bestehender Aktionäre liegt indes- sen [...] ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung"<sup>35</sup>. Vorliegend bedeutete die Aktienübertragung durch Fusion innerhalb der Minderheitsgruppe keine Machtverschiebung in der Gesellschaft. Mit der Ablehnung der Aktienübertragung wurde weder eine unerwünschte Person als Aktionärin ferngehalten noch diente sie der Verhinderung einer Machtverschiebung. Da die Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung ausschliesslich im Interesse der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre und nicht in demjenigen der Gesellschaft lag, versties die Ausübung des Ankaufsrechts gemäss Art. 685b Abs. 1 OR gegen das Rechtsmissbrauchsverbot. Die Gesellschaft nütze mit der Ausübung des Ankaufsrechts in missbräuchlicher Weise zu Gunsten der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre die Situation aus, die sich aus der Fusion von Aktionärinnen innerhalb der Minderheitsgruppe ergebe<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 3.3.

<sup>32</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 4.

<sup>33</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 5.1.

<sup>34</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 5.2.

<sup>35</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 5.2.

<sup>36</sup> Urteil 4C.242/2001, E. 5.4.

#### 1.4 Auskunfts- und Einsichtsrecht

In der gleichen Gesellschaft, von der die vorstehende Entscheidung betreffend vinkulierte Namenaktien handelt, stellte die Minderheitsaktionärin an einer Generalversammlung eine Reihe von Auskunfts- und Einsichtsbegehren<sup>37</sup>. Sie verlangte insbesondere Auskunft über ein von der Tochtergesellschaft an eine Drittgesellschaft ausbezahltes Darlehen sowie über die Bildung und Auflösung stiller Reserven im Zusammenhang mit gewissen Positionen in der Bilanz und Erfolgsrechnung. Zudem verlangte die Minderheitsaktionärin Einsicht in die das genannte Darlehen betreffenden Geschäftsunterlagen<sup>38</sup>.

Gemäss Art. 697 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär berechtigt, *Auskunft über die "Angelegenheiten der Gesellschaft"* zu verlangen, und es ist nach Absatz 2 von Art. 697 OR die Auskunft insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Der Einwendung, der Anspruch auf Auskunft und Einsicht sei *verwirkt*, weil die Klage nicht innert zweier Monate nach der Generalversammlung erhoben worden war, hielt das Bundesgericht entgegen, dass die Informationsklage gestützt auf Art. 697 OR zwar dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs unterstehe; doch begründe der blosser Zeitablauf – insbesondere der Ablauf von zwei Monaten nach der Generalversammlung, im Sinne einer Analogie zur Anfechtungsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR – für sich allein keine Vermutung des Rechtsmissbrauchs<sup>39</sup>.

Mit Bezug auf das *Darlehen an eine Drittgesellschaft* kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Gesellschaft der Minderheitsaktionärin Auskunft zu erteilen habe<sup>40</sup>. Konkret ging es um ein Darlehen in der Höhe von rund zehn Millionen Franken. Informationen über ein solches Darlehen sind im Hinblick auf die Ausübung von Aktionärsrechten von erheblichem Interesse, etwa mit Bezug auf die Dechargeerteilung und die Wiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder, ein Begehren auf Sonderprüfung, die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage oder mit Bezug auf die Be-

---

<sup>37</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001 vom 4. Juni 2003.

<sup>38</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. A und B.

<sup>39</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 3.

<sup>40</sup> Dass das Darlehen durch eine *Tochtergesellschaft* gewährt wurde, tat nichts zur Sache. Denn wegen der vorliegend anwendbaren Konsolidierungspflicht der Muttergesellschaft (Art. 663e OR) wurde das durch eine Tochtergesellschaft gewährte Darlehen Bestandteil ihrer Konzernrechnung und damit ein zulässiger Gegenstand des Auskunftsanspruchs (Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 4.1).

urteilung des wirklichen Werts der Aktien und das Recht des Aktionärs zum Verkauf seiner Aktie<sup>41</sup>.

Auskunft wurde auch über verschiedene *Positionen in den Bilanzen und Erfolgsrechnungen* zweier Geschäftsjahre verlangt; diese Positionen seien hinsichtlich der Bildung von stillen Reserven relevant. Diesbezüglich stellte sich die Frage, ob Art. 663b Ziff. 8 OR<sup>42</sup> mit Bezug auf die Publizität stiller Reserven gegenüber Aktionären eine abschliessende Regelung darstellt oder ob der allgemeine Auskunftsanspruch nach Massgabe seiner Anwendungsvoraussetzungen zu einer weiter gehenden Informationserteilung an die Aktionäre mit Bezug auf stille Reserven führen kann. Da die Jahresrechnung nicht nur gegenüber den Aktionären, sondern allenfalls auch gegenüber den Gläubigern und der Öffentlichkeit offen gelegt wird, ist mit den Vorschriften über den Inhalt des Bilanzanhangs ja noch nicht entschieden, ob der Aktionär gestützt auf Art. 697 OR weitergehende Auskünfte verlangen kann<sup>43</sup>. Das Bundesgericht schloss sich indes mit ausführlicher Begründung der Auffassung an, dass der Aktionär gestützt auf seinen Auskunftsanspruch keine über Art. 663b Ziff. 8 OR hinausgehenden Auskünfte über stille Reserven verlangen kann; der Informationsanspruch des Aktionärs ist mit Bezug auf stille Reserven auf die in Art. 663b Ziff. 8 OR genannten Angaben beschränkt<sup>44</sup>.

Eine Schranke des Auskunftsanspruchs bilden *Geschäftsgeheimnisse* oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft<sup>45</sup>. Darauf berief sich vorliegend die Gesellschaft im Zusammenhang mit der Auskunft über das besagte Darlehen, denn zwischen ihrer Tochtergesellschaft, welche das Darlehen gewährt hatte, und der Darlehensnehmerin bestand eine Geheimhaltungsvereinbarung bezüglich gewisser in Zukunft allenfalls abzuschliessender Geschäfte. Zwar stand für das Bundesgericht fest, dass der Darlehensvertrag selbst von der Geheimhaltungsvereinbarung nicht erfasst war. Dennoch äusserte sich das Bundesgericht zur Frage, ob die Auskunft

---

<sup>41</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 4.2.3, siehe auch E. 4.2.1.

<sup>42</sup> "Der Anhang [der Bilanz] enthält [...] den Gesamtbetrag der aufgelösten Wiederbeschaffungsreserven und der darüber hinausgehenden stillen Reserven, soweit dieser den Gesamtbetrag der neugebildeten derartigen Reserven übersteigt, wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird."

<sup>43</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 5.1.

<sup>44</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 5.1.2 und 5.1.3, wo ausgeführt wird: "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."

<sup>45</sup> Art. 697 Abs. 2 OR.

über das Darlehen mit dem Argument hätte verweigert werden können, die Gesellschaft sei diesbezüglich an eine Geheimhaltungsvereinbarung mit einer Drittperson gebunden. Das verneinte das Bundesgericht mit dem Argument, dass Gegenstand des Geheimnisses nicht, wie etwa beim Bank- oder dem Arztgeheimnis, eine Tatsache sei, bezüglich welcher der Dritte einseitig der Geheimnisherr sei. Auf einen auch aus eigenen Interessen begründeten vertraglichen Geheimnisschutz kann sich die Gesellschaft gegenüber den Aktionären nicht berufen<sup>46</sup>.

Die Minderheitsaktionärin hatte im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 697 Abs. 3 OR<sup>47</sup> auch ein Gesuch um *Einsicht* in alle Geschäftsunterlagen betreffend das fragliche Darlehen gestellt. Die Gewährung oder Verweigerung der Einsicht steht, anders als die Erteilung von Auskunft, im pflichtgemäss gehandhabten Ermessen der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrates. Ein zulässiger Gesichtspunkt der Ermessenshandhabung ist insbesondere der Umfang des Einsichtsbegehrens, da bei einem umfangreichen Einsichtsbegehren die Gefahr einer Verletzung von Geheimhaltungs- oder sonstigen Gesellschaftsinteressen besonders gross ist. Das Einsichtsbegehren war *in casu* sehr umfangreich, da Einsicht in alle Geschäftsunterlagen betreffend das fragliche Darlehen verlangt wurde, nicht etwa nur in ein einzelnes, genau bezeichnetes Dokument. Berücksichtigt werden durfte seitens der Gesellschaft auch der erhebliche Aufwand einer Einsichtsgewährung und von Vorkehrungen der Geheimhaltung. Das Einsichtsbegehren wurde deshalb von der Gesellschaft zu Recht abgewiesen<sup>48</sup>.

Informationsrechte stehen dem Aktionär im Übrigen grundsätzlich nur so lange zu, als er *Aktionär* ist. Denn Zweck insbesondere des Rechts auf Bekanntgabe des Geschäfts- und des Revisionsberichts ist es, dem Aktionär zu ermöglichen, "die finanzielle Lage der Gesellschaft einzuschätzen und seine Kontrollrechte gegenüber der Aktiengesellschaft und ihren Organen wahrzunehmen (...). Dieser Schutzzweck entfällt, wenn ein Aktionär seine Aktien verkauft. Entsprechend hat ein ehemaliger Aktionär als solcher an der Ausübung seiner vormaligen Informationsrechte in der Regel kein schützenswertes Interesse mehr."<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 4.3.3.2.

<sup>47</sup> "Die Geschäftsbücher und Korrespondenzen können nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Beschluss des Verwaltungsrates und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse eingesehen werden."

<sup>48</sup> Urteil 4C.234/2002 bzw. 4C.246/2001, E. 6.3 und 6.4.

<sup>49</sup> Urteil 4C.9/2003 vom 4. April 2003 = BGE 129 III 499 ff., nicht amtlich publizierte E. 2.3; vgl. zu dieser Entscheidung CARBONARA/VON DER CRONE, 88 ff.

## 1.5 Sonderprüfung

### 1.5.1 Subsidiarität gegenüber dem Auskunfts- und Einsichtsrecht

Eine weitere Streitigkeit zwischen einem Minderheitsaktionär und einer Mehrheitsgruppe einer nicht börsenkotierten Gesellschaft drehte sich um die Einsetzung eines Sonderprüfers<sup>50</sup>. Der Minderheitsaktionär hatte anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung um Einsetzung eines Sonderprüfers zur Abklärung einer ganzen Reihe von Sachverhalten ersucht. Bei diesen Sachverhalten ging es hauptsächlich um bestimmte Leistungen der Gesellschaft an die Mehrheitsaktionäre, etwa die Bezahlung von Hausangestellten am privaten Domizil oder die Finanzierung eines Bauprojekts. An der Generalversammlung nahm der Verwaltungsrat mündlich zu den vom Gesuchsteller aufgeworfenen Fragen Stellung. Das Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers wurde von der Generalversammlung abgelehnt<sup>51</sup>.

Dieser Sachverhalt war für das Bundesgericht insbesondere Anlass, um zum Erfordernis der Subsidiarität der Sonderprüfung gegenüber dem Recht auf Auskunft und Einsicht Stellung zu nehmen. Ein Gesuch um Sonderprüfung kann nur gestellt werden, wenn der Aktionär das *Recht auf Auskunft oder auf Einsicht* bereits ausgeübt hat. Denn zunächst soll der Verwaltungsrat die Gelegenheit haben, das Informationsbedürfnis der Aktionäre selber zu befriedigen. Dementsprechend muss der Verwaltungsrat das mit der Sonderprüfung zu befriedigende Informationsbedürfnis nach Treu und Glauben bereits aufgrund des Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens erkennen können<sup>52</sup>.

Vorliegend konnte vom klagenden Minderheitsaktionär insbesondere nicht verlangt werden, dass er auf die von ihm als ungenügend empfundene Antworten des Verwaltungsrates an der ausserordentlichen Generalversammlung Ergänzungsfragen stellte, da er nach Treu und Glauben nicht anzunehmen brauchte, die bereits gegebenen Antworten wären in der Folge ergänzt worden. Der Verwaltungsrat hatte nämlich bereits vor der Generalversammlung angekündigt, er werde einen Antrag auf Ablehnung der traktandierten Anträge stellen. Zudem waren die Antworten auf die rund hundert Fragen im Eilzugstempo verlesen worden, sodass es

---

<sup>50</sup> Urteil 4C.165/2004 vom 30. Juli 2004.

<sup>51</sup> Urteil 4C.165/2004, E. A.

<sup>52</sup> Urteil 4C.165/2004, E. 3.3.

nicht zumutbar war, sofort zu beurteilen, ob die Fragen genügend beantwortet worden waren, und nötigenfalls entsprechende Ergänzungsfragen zu stellen. Auch wurde das Protokoll, welches die Antworten festhielt, dem Minderheitsaktionär erst an der ordentlichen Generalversammlung vorgelegt, sodass ihm verwehrt war, allfällige Ergänzungsfragen an dieser ordentlichen Generalversammlung zu stellen. Unter diesen Umständen hatte der Minderheitsaktionär und Gesuchsteller dem Subsidiaritätserfordernis der Sonderprüfung Genüge getan<sup>53</sup>.

### 1.5.2 Glaubhaftmachung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung

Das Bundesgericht befasste sich noch in einem weiteren Fall mit der Sonderprüfung<sup>54</sup>. In der Hauptsache beschäftigte es sich dabei mit den Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung<sup>55</sup>. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung führte es aus, dass bezüglich dieser Voraussetzungen des Anspruchs auf Einsetzung eines Sonderprüfers sowohl das Rechtliche als auch das Tatsächliche glaubhaft zu machen sind. Dabei darf sich das Gericht *nicht mit blossen Behauptungen begnügen*, umgekehrt aber auch *nicht einen vollen Beweis verlangen*; insbesondere darf nicht der Beweis von Tatsachen verlangt werden, deren Abklärung gerade dem Sonderprüfer aufgetragen werden soll<sup>56</sup>. Bezüglich der Rechtsfragen hat sich das Gericht auf eine *summarische Prüfung* zu beschränken. Es hat nicht darüber zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen Gesetzes- oder Statutenbestimmungen vorliegt oder eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegeben ist; es genügt, dass Erfolgsaussichten bestehen oder der Standpunkt des Gesuchstellers als vertretbar erscheint<sup>57</sup>.

Mit der Glaubhaftmachung hängt der Grad der *Bestimmtheit* zusammen, den die *Behauptungen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung und einer Schädigung* aufweisen müssen. Steht insbesondere der Vorwurf ei-

---

<sup>53</sup> Urteil 4C.165/2004 E. 4.1 und 4.3; siehe zur Rüge des rechtsmissbräuchlichen Sonderprüfungsbegehrens a.a.O., E. 5.

<sup>54</sup> Urteil 4C.64/2003 (= Praxis 2004 135 ff.) vom 18. Juli 2003.

<sup>55</sup> Siehe hierzu Art. 697b Abs. 2 OR: "Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben."

<sup>56</sup> Siehe im Einzelnen Urteil 4C.64/2003, E. 5.3.

<sup>57</sup> Urteil 4C.64/2003, E. 5.3.

ner objektiv schlechten Geschäftsführung im Raum, dann kann die allgemeine Qualität der Geschäftsführung nicht Gegenstand der Sonderprüfung sein. Ein gewisser Grad der Präzision ist bei den Tatsachenbehauptungen erforderlich, wenngleich es schwierig ist, Unregelmässigkeiten der Geschäftsführung glaubhaft zu machen, bevor man die geeigneten Informationen erhalten hat. Hat im Übrigen der Verwaltungsrat Informationen erteilt, sind vom Gesuchsteller die Gründe darzulegen, die ihn an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen zweifeln lassen<sup>58</sup>.

## **1.6 Durchgriff**

In einer Entscheidung<sup>59</sup> im Zusammenhang mit einem Baurechtsvertrag stellte das Bundesgericht fest, es sei vom Stellvertretungsrecht bzw. vom organschaftlichen Handeln her nicht ausgeschlossen, dass eine an einem Vertrag beteiligte Privatperson nicht nur sich selbst, sondern auch eine juristische Person, deren Organ sie ist, verpflichte und berechtere. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Privatperson den entsprechenden Vertrag einerseits für sich selbst und andererseits unter dem Firmenstempel der Gesellschaft als deren Organ unterzeichnet. Im Übrigen hielt das Bundesgericht fest, dass ein Durchgriff von der Aktiengesellschaft auf einen Aktionär bzw. ein Rückdurchgriff vom Aktionär auf die Aktiengesellschaft voraussetzt, dass die Gesellschaft als Instrument benützt worden ist, um in missbräuchlicher Weise bestimmte Vorschriften zu umgehen<sup>60</sup>.

## **1.7 Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen**

Im Urteil 4C.41/2004 vom 3. Mai 2004 befasste sich das Bundesgericht mit der allfälligen Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen fehlender Aktionärseigenschaft desjenigen, der diese Beschlüsse im Rahmen einer Universalversammlung fasste. Die Entscheidung basiert weitestgehend auf Feststellungen zum Sachverhalt; in rechtlicher Hinsicht ist die Entscheidung nicht ergiebig, sodass es mit diesem knappen Hinweis sein Bewenden haben kann.

---

<sup>58</sup> Urteil 4C.64/2003, E. 5.4.

<sup>59</sup> Urteil 5C.275/2002 vom 3. Juli 2003.

<sup>60</sup> Urteil 5C.275/2002, E. 1.4; siehe ferner zum defensiven Charakter des Rechtsmissbrauchsverbots, welcher eine Erfüllungsklage gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ausschliesst, a.a.O., E. 2.

## 1.8 Angebotspflicht

Speziell für den Bereich der Publikumsgesellschaften ist die *Quadrant-Entscheidung*, BGE 130 II 530 ff., anzusprechen<sup>61</sup>. Die Entscheidung betrifft zur Hauptsache die Frage, unter welchen Voraussetzungen mehrere Aktionäre, die Beteiligungspapiere erwerben und dadurch über mehr als 33 1/3 % der Stimmrechte verfügen, "in gemeinsamer Absprache" im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BEHG<sup>62</sup> handeln, sodass sie den übrigen Aktionären ein Übernahmeangebot unterbreiten müssen<sup>63</sup>. Dies ist, allgemein gesprochen, dann der Fall, wenn das Zusammenwirken eine "qualifizierte [ ] Intensität und eine [ ] minimale [ ] Organisation" aufweist; blosses Parallelverhalten bedeutet keine gemeinsame Absprache<sup>64</sup>. Immerhin ist umgekehrt etwa das gemeinsame Erfüllen der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG ein Hinweis dafür, dass sich die betreffenden Aktionäre selber als Gruppe verstehen<sup>65</sup>. Vorliegend hielt eine Aktionärin – selber eine Aktiengesellschaft – rund 18 % der Stimmrechte und die hinter ihr, dieser Aktionärin, stehenden drei natürlichen Personen je rund 8 %. Die natürlichen Personen bzw. die Aktiengesellschaft, in der diese sich zusammenschlossen hatten, waren seit mehreren Jahren an der Gesellschaft beteiligt, führten die Geschäfte der Gesellschaft und waren massgeblich im Verwaltungsrat vertreten. Insbesondere traten sie bei der entscheidenden Transaktion, mit der sie die genannten Aktienbestände erwarben, gegenüber der Verkäuferin gemeinsam auf. Dies war genügende Evidenz für ein Handeln in gemeinsamer Absprache<sup>66</sup>.

Die Angebotspflicht wird jedoch nur ausgelöst, wenn die in gemeinsamer Absprache handelnden Aktionäre die Gesellschaft zu *beherrschen beabsichtigen*. Dieses Tatbestandselement nennt Art. 32 Abs. 1 BEHG nicht

<sup>61</sup> Siehe hierzu TSCHÄNI/GOTSCHEV, 130 ff.; siehe im Übrigen im vorliegenden Zusammenhang auch BGE 129 II 183 ff.

<sup>62</sup> "Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33 1/3 Prozent der Stimmrechte einer Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, überschreitet, muss ein Angebot unterbreiten für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft." (Satz 1).

<sup>63</sup> Siehe daneben insbesondere BGE 130 II 530 E. 5.3, S. 543 f., zum Verhältnis zwischen der Angebotspflicht der "in gemeinsamer Absprache" als Gruppe handelnden Aktionäre und der Angebotspflicht der einzelnen Aktionäre.

<sup>64</sup> BGE 130 II 530 E. 6.4.1, S. 549 f.

<sup>65</sup> BGE 130 II 530 E. 6.4.5, S. 551.

<sup>66</sup> BGE 130 II 530 E. 6.4, insbesondere E. 6.4.5, S. 551-553.

ausdrücklich, doch findet es sich in Art. 27 BEHV-EBK<sup>67</sup>. Das dort statuierte Erfordernis des Handelns "im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft" steht im Einklang mit dem Gesetzeszweck des Schutzes der Minderheitsaktionäre vor negativen Auswirkungen eines Kontrollwechsels in der Gesellschaft<sup>68</sup>; (negative) Auswirkungen eines Kontrollwechsels ergeben sich aber erst, wenn mit dem Erwerb der Stimmrechte ein beherrschender Einfluss auf die Zielgesellschaft ausgeübt werden kann<sup>69</sup>. Denn mehrere Personen können beim Erwerb einer Beteiligung von mehr als 33 1/3 % der Stimmrechte auch zusammenwirken, ohne die Gesellschaft zu beherrschen zu beabsichtigen, etwa um den Erwerb abwicklungstechnisch einfacher zu gestalten<sup>70</sup>. Die Beherrschungsabsicht wird allerdings objektiv, aufgrund der Umstände, geprüft: Vorkehren im Hinblick auf eine Beherrschung werden bereits dann angenommen, wenn der gemeinsame Erwerb eine Beherrschung objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf zu schliessen ist, dass eine Beherrschung auch angestrebt wird<sup>71</sup>. Eine solchermassen objektiv beurteilte Absicht der Beherrschung war angesichts der zuvor geschilderten Umstände, die auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache schliessen liessen, anzunehmen<sup>72</sup>.

Das Bundesgericht äusserte sich schliesslich zur Frage, ob die Voraussetzungen für die Gewährung einer *Ausnahme von der Angebotspflicht* erfüllt seien, ob insbesondere der Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 lit. a BEHG<sup>73</sup> erfüllt sei. Zentral erschien dem Bundesgericht dabei der Umstand, dass eine gruppeninterne Veränderung der Besitzverhältnisse – zumal angesichts der Tatsache, dass der in gemeinsamer Absprache gehaltene Besitz von Stimmrechten durch die fragliche Erwerbstransaktion insge-

<sup>67</sup> "Für im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe handelnde Erwerber von angebotspflichtigen Beteiligungen der Zielgesellschaft gilt Artikel 15 Absätze 1 und 2 sinngemäss." Art. 15 BEHV-EBK betrifft das "Handeln in gemeinsamer Absprache und organisierte Gruppen" im Zusammenhang mit der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG.

<sup>68</sup> Siehe zu diesem Zweck BGE 130 II 530 E. 5.3.1, S. 543, sowie E. 6.5.5, S. 557.

<sup>69</sup> BGE 130 II 530 E. 6.5.5, S. 556 f.

<sup>70</sup> BGE 130 II 530 E. 6.5.6, S. 557 f.

<sup>71</sup> BGE 130 II 530 E. 6.5.7, S. 558.

<sup>72</sup> BGE 130 II 530 E. 6.6, S. 559 f.

<sup>73</sup> "Die Aufsichtsbehörde kann in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich [...] bei der Übertragung von Stimmrechten innerhalb einer vertraglich oder auf andere Weise organisierten Gruppe. Die Gruppe untersteht in diesem Fall der Angebotspflicht nur als Gruppe."

samt abnahm – die Stellung der Minderheitsaktionäre nicht ohne weiteres beeinträchtigte, dass allenfalls also gar kein Kontrollwechsel eintrat<sup>74</sup>.

## 1.9 Aktionärbindungsverträge

### 1.9.1 Auslegung von Aktionärbindungsverträgen

Eine Reihe von Entscheidungen fällt das Bundesgericht in der Berichtsperiode im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen. In der zuerst zu behandelnden Entscheidung beschäftigte es sich mit der Auslegung solcher Verträge<sup>75</sup>. Darin verwies das Bundesgericht auf die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung: Zuerst ist zu prüfen, ob tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien vorliegen, ungeachtet ungenauer Bezeichnungen oder Ausdrucksweisen, die von den Parteien aus Irrtum oder Absicht verwendet worden sein mögen<sup>76</sup>. Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht erschliessen oder liegen keine tatsächlich übereinstimmenden Willenserklärungen vor, so sind die Willenserklärungen nach der Vertrauenslehre auszulegen. Das heisst, eine Erklärung oder ein Verhalten ist so auszulegen, wie sie bzw. es unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte bzw. musste. Dabei kann sich aus den Umständen oder dem Ziel des Vertrages ergeben, dass ein zunächst klarer Wortlaut nicht den eigentlichen Sinn einer Vertragsbestimmung wiedergibt. Ohne ernsthafte Gründe sollte im Rahmen einer solchen Auslegung allerdings nicht vom Wortsinn abgewichen werden, zumal wenn die Parteien geschäftserfahren und mit Fachausdrücken vertraut sind<sup>77</sup>.

### 1.9.2 Aktionärbindungsvertrag als zentrales Element eines "Private Equity"-Finanzierungsgeschäfts

Die zweite Entscheidung im Bereich der Aktionärbindungsverträge betrifft ein "Private Equity"-Finanzierungsgeschäft<sup>78</sup>. Unter "Private Equity"-Finanzierung versteht man Formen der Unternehmensfinanzierung, bei

---

<sup>74</sup> Siehe hierzu im Einzelnen BGE 130 II 530 E. 7.4-7.6, S. 562-568.

<sup>75</sup> Urteil 4C.166/2003 vom 19. März 2004.

<sup>76</sup> Siehe Art. 18 Abs. 1 OR.

<sup>77</sup> Urteil 4C.166/2003, E. 3.1.

<sup>78</sup> Urteil 4C.214/2003 vom 21. November 2003; vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen von FORSTMOSER/PEYER, 7, und FRICK/PERROULAZ, 37.

denen "ein Investor die kurz- bis mittelfristige Risikokapitalfinanzierung eines nicht börsenkotierten Unternehmens übernimmt, wobei sein Bestreben zur Beendigung der Investition von vornherein feststeht"<sup>79</sup>. Vorliegend hatte eine "Private Equity"-Gesellschaft 30 % und eine geschäftsführende Gesellschaft 70 % des Aktienkapitals einer Gesellschaft erworben, die Uhrenlaufwerke herstellt. Gleichzeitig schlossen die beiden Aktionärinnen einen Partnerschaftsvertrag ab; zentrales Rechtsverhältnis war dabei ein Aktionärbindungsvertrag. Darin regelten sie die Finanzierung des Erwerbs der Aktien. Zudem hatte die "Private Equity"-Gesellschaft unter anderem ab einem bestimmten Zeitpunkt das Recht, ihre Aktien an die geschäftsführende Aktionärin zu verkaufen, und die geschäftsführende Aktionärin verpflichtete sich gegenüber der "Private Equity"-Gesellschaft, ihre Aktien so lange nicht zu verkaufen, als diese eine Beteiligung hält, und ihr den Verkauf der Aktien zu ermöglichen, falls die geschäftsführende Gesellschaft eine Gelegenheit erhalten sollte, ihre Aktien zu verkaufen. Schliesslich verpflichteten sich die Vertragsparteien, ihre Aktionärsrechte einvernehmlich im Interesse der Gesellschaft wahrzunehmen, und die geschäftsführende Aktionärin sollte die "Private Equity"-Gesellschaft fortlaufend über den Geschäftsgang in der Gesellschaft informieren<sup>80</sup>.

Die "Private Equity"-Gesellschaft machte in der Folge von ihrer Option zum Verkauf ihrer Aktien an die geschäftsführende Aktionärin Gebrauch. Streit entstand über den Preis, den ihr die geschäftsführende Aktionärin für die von dieser zu übernehmenden Aktien zu bezahlen hatte<sup>81</sup>. Ihren Preisanspruch stützte die "Private Equity"-Gesellschaft auf eine Bestimmung im Partnerschaftsvertrag. Danach war der Wert der Aktien nach dem Wert des Unternehmens festzulegen, wobei ein Mindestpreis vereinbart worden war. Der von der "Private Equity"-Gesellschaft geforderte Betrag entsprach diesem Mindestpreis<sup>82</sup>. Gegen diesen Kaufpreis wandte sich die geschäftsführende Aktionärin insbesondere mit dem Argument, die Regelung des Kaufpreises im Partnerschaftsvertrag verstosse gegen die Bestimmung von Art. 533 Abs. 3 OR<sup>83</sup>, die sinngemäss besagt, eine Gewinn- ohne gleichzeitige Verlustbeteiligung könne im Rahmen einer einfachen Gesellschaft vereinbart werden, falls die Beitragsleistung des betreffenden Gesellschafters in Arbeit besteht. Diese Bestimmung

---

<sup>79</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.2.

<sup>80</sup> Urteil 4C.214/2003, E. A und 3.2.

<sup>81</sup> Urteil 4C.214/2003, E. B.

<sup>82</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 2.

<sup>83</sup> "Die Verabredung, dass ein Gesellschafter, der zu dem gemeinsamen Zwecke Arbeit beizutragen hat, Anteil am Gewinne, nicht aber am Verluste haben soll, ist zulässig."

würde – so die geschäftsführende Aktionärin – missachtet, wenn der Partnerschaftsvertrag so ausgelegt werde, dass die "Private Equity"-Gesellschaft nur am Gewinn, nicht aber am Verlust der einfachen Gesellschaft partizipiere. Damit musste das Bundesgericht zur Frage Stellung nehmen, ob man es vorliegend überhaupt mit einer einfachen Gesellschaft zu tun hat<sup>84</sup>.

Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass der Zweck einer *einfachen Gesellschaft* eng begrenzt sein und insbesondere im gemeinschaftlichen Abschluss eines Erwerbs- oder Veräusserungsgeschäfts liegen könne. In jedem Fall aber sei der Wille der Parteien erforderlich, die zur gemeinsamen Zweckverfolgung erforderlichen Mittel aufzubringen<sup>85</sup>. "Fehlt es daran und wird insbesondere die Verlustbeteiligung ausgeschlossen, sind von vornherein Zweifel angebracht, ob ein gemeinsamer Zweck und damit eine einfache Gesellschaft vorliegt"<sup>86</sup>. Für das Rechtsverhältnis mit dem "Private Equity"-Investor betonte das Bundesgericht, dass dessen Interesse typischerweise auf eine möglichst hohe Rendite gerichtet sei, jenes des geschäftsführenden Aktionärs hingegen auf die langfristige Entwicklung des Unternehmens. Charakteristisch für das "Private Equity"-Verhältnis sei die entgeltliche Finanzierung der unternehmerischen Tätigkeit des geschäftsführenden Aktionärs durch einen Investor<sup>87</sup>. "Dies schliesst die Qualifikation des gesamten Vertragsverhältnisses sowie auch des – die ‚Exit‘-Bedingungen umfassenden – Aktionärsbindungsvertrages als einfache Gesellschaft regelmässig aus."<sup>88</sup> Trotz der Informations- und Mitspracherechte des "Private Equity"-Investors überwiege das synallagmatische Austauschverhältnis; der "Private Equity"-Investor sei keine Verpflichtung zur gemeinsamen Führung des Unternehmens während der Dauer seiner Beteiligung an der Gesellschaft eingegangen<sup>89</sup>.

Mangels Vorliegens einer einfachen Gesellschaft konnte das Bundesgericht die in der Lehre unterschiedlich beantwortete Frage offen lassen, ob Art. 533 Abs. 3 OR den Ausschluss der Verlustbeteiligung eines Ge-

---

<sup>84</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.

<sup>85</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.1.

<sup>86</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.1.

<sup>87</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.2 und 3.3.

<sup>88</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.3.

<sup>89</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.3. Eine einfache Gesellschaft könnte mit Bezug auf den gemeinsamen Erwerb der Aktien der Gesellschaft vorgelegen haben; von dieser einfachen Gesellschaft wird die Aufteilung von Gewinn und Verlust aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, an der die Parteien beteiligt sind, allerdings nicht erfasst (a.a.O., E. 3.4).

sellschafters verbietet, wenn dessen Beitrag nicht in Arbeit besteht, oder ob diese Norm einen Ausschluss der Verlustbeteiligung grundsätzlich zulässt<sup>90</sup>.

### **1.9.3 Aktionärbindungsvertrag und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft**

In einem Aktionärbindungsvertrag war vereinbart worden, man werde dem ganzen oder teilweisen Verkauf einer 100 %-igen Beteiligung an einer GmbH innert der nächsten fünf Jahre nicht zustimmen. Diese Verpflichtung wurde mittels einer Konventionalstrafe gesichert. Noch vor Ablauf dieser fünf Jahre beschlossen alle Aktionäre bis auf einen, einen Teil der GmbH-Beteiligung zu verkaufen, was die Gesellschaft dann auch tat<sup>91</sup>. In der Folge forderte der dem Verkauf nicht zustimmende Aktionär von einem der anderen durch den Aktionärbindungsvertrag gebundenen Aktionäre die Konventionalstrafe<sup>92</sup>.

Der belangte Aktionär führte zu seiner Verteidigung unter anderem an, der Verwaltungsrat der Gesellschaft habe mit dem Verkauf der GmbH-Anteile im Interesse der Gesellschaft gehandelt, da dieser Verkauf ein Versuch gewesen sei, den späteren Konkurs der GmbH – und damit eine vollständige Abschreibung der Beteiligung an der GmbH – zu vermeiden. Eine von einem Aktionär erteilte Zustimmung zum Verkauf der GmbH-Anteile könne unter diesen Umständen nicht als Verletzung des Aktionärbindungsvertrages betrachtet werden. Diesem Standpunkt hielt das Bundesgericht entgegen, der Aktionär sei bei seiner Stimmabgabe nicht gehalten, ein übergeordnetes Gesellschaftsinteresse zu wahren, denn ihn treffe – im Gegensatz zu einem Mitglied des Verwaltungsrates – keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. Die in einem Aktionärbindungsvertrag begründeten Rechte und Pflichten unterstehen einzig dem jeweiligen Vertragsrecht und nicht dem aktienrechtlichen Körperschaftsrecht. Folglich kann die Wahrung eines Gesellschaftsinteresses – vorliegend allenfalls der Verkauf einer Beteiligung an einer vor dem Konkurs stehenden Gesellschaft – keine Rechtfertigung für die Verletzung eines Aktionärbindungs-

---

<sup>90</sup> Urteil 4C.214/2003, E. 3.4.

<sup>91</sup> Siehe zur Nichtzustimmung des einen Aktionärs zum Verkaufsbeschluss hinten 2.4.

<sup>92</sup> Urteil 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003, E. A-C; siehe zu diesem Urteil NUSSBAUMER/VON DER CRONE, Verpflichtung, 138 ff.

vertrages darstellen. Die Konventionalstrafe wegen Verletzung des Aktienbindungsvertrages war darum geschuldet<sup>93</sup>.

## 2. Verwaltungsrat

### 2.1 Treuepflicht eines Mitgliedes der Geschäftsleitung einer Konzerntochtergesellschaft

Eine stark beachtete Entscheidung des Bundesgerichts betrifft die Treuepflicht eines Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, deren Geschäftsführer er ist, bzw. gegenüber dem Konzern, dem die Gesellschaft als 100 %-ige Tochtergesellschaft angehört. Es geht hier um BGE 130 III 213 ff.<sup>94</sup>. Diese Entscheidung wirft eine der hauptsächlichen Fragen eines *Konzernrechts* auf, nämlich: Gegenüber wem ist ein Geschäftsleitungsmitglied (oder ein Verwaltungsratsmitglied) zur Treue verpflichtet, gegenüber der Tochtergesellschaft, deren Geschäftsleitung es angehört, oder gegenüber dem Konzern, dessen Werkzeug die 100 %-ige Tochtergesellschaft lediglich ist?

*In casu* hatte der Geschäftsführer einer 100 %-igen Tochtergesellschaft eine Gutschrift zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft und zu Lasten der Gesellschaft veranlasst, deren Geschäftsführer er war. Diese Gutschrift hatte er veranlasst, weil jene andere Konzerngesellschaft aufgrund eines Geschäfts, das der Geschäftsführer in die Wege geleitet hatte und durch das indirekt seine Ehefrau begünstigt wurde, einen Verlust erlitten hatte. Dieser Verlust sollte durch die Gutschrift ausgeglichen und damit wohl verdeckt werden. Nachdem dieser Vorgang aufgedeckt wurde, wurde der Geschäftsführer fristlos entlassen. Zudem erhob die Gesellschaft gegen ihn eine Schadenersatzforderung in der Höhe der Gutschrift. Der Geschäftsführer wehrte sich gegen den Vorwurf einer Treuepflichtverletzung und verlangte gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung<sup>95</sup>.

Zu prüfen war, ob der Geschäftsführer mit seiner Gutschrift zu Gunsten der Konzernschwester seine Treuepflicht verletzt hatte. Bei dieser Prüfung ging das Bundesgericht von einem *arbeits- und gesellschaftsvertrag-*

---

<sup>93</sup> Urteil 4C.143/2003, E. 6.

<sup>94</sup> Vgl. zu diesem Urteil BERTSCHINGER, 1426 ff.; EUGSTER/VON DER CRONE, 434 ff.; GRONER, 160 ff.; SOMMER, 1059 ff.

<sup>95</sup> BGE 130 III 213 E. A und B, S. 213-215.

lichen Doppelverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft aus, deren Organ und Arbeitnehmer der Geschäftsführer war. Das arbeitsvertragliche und das organschaftliche Rechtsverhältnis seien trotz ihrer engen Wechselbeziehung hinsichtlich Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten<sup>96</sup>. "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"<sup>97</sup>.

Sowohl mit Bezug auf die arbeitsvertragliche als auch die organschaftliche Treuepflicht war vorliegend die Besonderheit zu würdigen, dass die allfällige Treuepflichtverletzung zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft erfolgte. Mit Bezug auf das *Arbeitsrecht* stellte das Bundesgericht diesbezüglich fest, dass in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten werde, die Treuepflicht umfasse auch die Wahrung der Interessen der mit der Arbeitgeberin verbundenen Konzerngesellschaften; dabei sei im Einzelfall zu bestimmen, wie weit sich die Konzernverbundenheit auf die arbeitsrechtliche Treuepflicht auswirke. Folge man dieser Auffassung, dann könne dem Arbeitnehmer vorliegend nichts vorgeworfen werden, denn die Schädigung seiner Arbeitgeberin habe im übergeordneten Konzerninteresse gelegen. Ob das Bundesgericht sich dieser Auffassung zur arbeitsrechtlichen Treuepflicht im Konzernverhältnis anschliesst, liess es dann allerdings offen<sup>98</sup>. Denn aus aktienrechtlicher Sicht sah es eine Treuepflichtverletzung als gegeben an:

Gemäss der *aktienrechtlichen* Norm von Art. 717 Abs. 1 OR haben Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse auszurichten und eigene Interessen zurückzustellen. Vorliegend hatte der Geschäftsführer nicht im Interesse der Gesellschaft gehandelt, deren Organ er war; er wäre verpflichtet gewesen, allein deren Interessen wahrzunehmen. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihn gestützt auf eine Verletzung der aktienrechtlichen Treuepflicht war darum gutzuheissen<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Siehe im Einzelnen BGE 130 III 213 E. 2.1, S. 216 f.

<sup>97</sup> BGE 130 III 213 E. 2.1, S. 217.

<sup>98</sup> BGE 130 III 213 E. 2.2.1, S. 217 f.

<sup>99</sup> BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219. – Ein Schaden lag im Übrigen durchaus vor, denn die Arbeitgeber-Gesellschaft hatte eine Vermögenseinbusse erlitten; auf den Konzern kommt es insoweit ebenfalls nicht an. "Dass möglicherweise die Klägerin auch eine

Schliesslich verneinte das Bundesgericht das Vorliegen von wichtigen Gründen, welche die *fristlose Entlassung* gerechtfertigt hätten. Dafür hätte eine besonders schwere Verfehlung vorliegen müssen. Im Verhalten des Geschäftsführers liege indes nur eine leichte Treuepflichtverletzung, in der nur dann ein Grund für eine fristlose Entlassung liegen könne, wenn der Arbeitnehmer vorher abgemahnt worden war (was hier nicht der Fall war)<sup>100</sup>.

## 2.2 Informationsrecht des Verwaltungsratsmitgliedes

Zwei Fälle gaben dem Bundesgericht Anlass, einige Klarstellungen zum Informationsrecht des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Art. 715a OR<sup>101</sup> anzubringen<sup>102</sup>. In beiden Fällen machte das Bundesgericht deutlich, dass das Informationsrecht eines Verwaltungsratsmitgliedes bzw. ein Anspruch auf Feststellung der Verletzung dieses Informationsrechts mangels hinreichenden Rechtsschutzinteresses mit dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat entfällt. Das Informationsrecht wird den Verwaltungsratsmitgliedern zum Zweck der Erfüllung ihrer Aufgaben eingeräumt; mit der Beendigung der Aufgabe entfällt dieses Recht daher grundsätzlich. Das gilt auch bezüglich Vorgängen, die sich während der Amtszeit zutragen, es sei denn, es ginge um Informationen, die zur Verteidigung gegen Verantwortlichkeitsklagen oder im Zusammenhang mit Honorarstreitigkeiten von Bedeutung sind. Dass das ausgeschiedene Verwaltungsratsmitglied nach wie vor Aktionär ist, ändert an der beschriebenen Rechtslage nichts<sup>103</sup>.

---

Schadenersatz- oder Bereicherungsforderung gegenüber ihrer Konzernschwester bzw. deren Geschäftsführer hat, muss dabei unbeachtet bleiben. Der Beklagte hätte es in der Hand gehabt, die Ausrichtung des Schadenersatzes von der Abtretung allfälliger Ansprüche der Geschädigten gegenüber weiteren Personen abhängig zu machen." (BGE 130 III 213 E. 2.3, S. 219 f.).

<sup>100</sup> BGE 130 III 213 E. 3, S. 220 f.

<sup>101</sup> "Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen." (Abs. 1). "In den Sitzungen sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet." (Abs. 2). "Ausserhalb der Sitzungen kann jedes Mitglied von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen Auskunft über den Geschäftsgang und, mit Ermächtigung des Präsidenten, auch über einzelne Geschäfte verlangen." (Abs. 3).

<sup>102</sup> BGE 129 III 499 ff. sowie Urteil 4C.7/2003.

<sup>103</sup> BGE 129 III 499 E. 3.3, S. 501 f.; Urteil 4C.7/2003, E. 6.2, siehe mit Bezug auf die Gefahr von Verantwortlichkeitsansprüchen insbesondere E. 6.3.

### 2.3 Tantieme

Zu urteilen hatte das Bundesgericht sodann über eine Anfechtungsklage, mit der eine Minderheitsaktionärin sich gegen die Ausschüttung einer Tantieme an die von der Mehrheitsgruppe gestellten Verwaltungsratsmitglieder wandte<sup>104</sup>.

Vorab hielt das Bundesgericht in allgemeiner Weise fest, dass das *Sachlichkeitsgebot* – dessen Verletzung gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR zur Anfechtbarkeit eines Generalversammlungsbeschlusses führt – ausserhalb der gesetzlich konkretisierten Anwendungsfälle<sup>105</sup> keine selbständige rechtliche Bedeutung besitzt, sondern ein Element des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots darstellt<sup>106</sup>. Da der Anspruch eines jeden Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn nach Art. 660 Abs. 1 OR nur insoweit besteht, als der Bilanzgewinn nach Gesetz und Statuten überhaupt zur Verteilung unter den Aktionären vorgesehen ist, bedeutet ein Beschluss auf Ausschüttung einer statutarisch vorgesehenen Tantieme keine unsachliche Beschränkung von Aktionärsrechten im Sinne von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR<sup>107</sup>.

Auch ein Verstoss gegen das *Gleichbehandlungsgebot* lag nicht vor. Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument der Minderheitsaktionärin, nur die Mehrheitsaktionäre seien im Verwaltungsrat vertreten und somit kämen nur diese in den Genuss der Tantieme, greift nicht. Denn dieser Umstand ist nicht Ausfluss des angefochtenen Beschlusses, sondern der Zusammensetzung des Verwaltungsrates; Tantiemen werden den berechtigten Personen nicht aufgrund ihrer Aktionärsenschaft, sondern aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat ausgerichtet<sup>108</sup>.

Schliesslich verneinte das Bundesgericht auch einen Verstoss gegen das *Rechtsmissbrauchsverbot*<sup>109</sup>, da in den Statuten der Gesellschaft ein Anspruch auf eine Tantieme verankert sei und dieser Anspruch von den

<sup>104</sup> Urteil 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004; vgl. zu dieser Entscheidung NUSSBAUMER/VON DER CRONE, Tantiemen, 92 ff.

<sup>105</sup> Art. 652b Abs. 2 OR: Aufhebung des Bezugsrechts, Art. 653c Abs. 3 OR: Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts.

<sup>106</sup> Urteil 4C.386/2002, E. 3.2.

<sup>107</sup> Siehe im Einzelnen Urteil 4C.386/2002, E. 3.2. "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" (a.a.O., E. 3.2).

<sup>108</sup> Urteil 4C.386/2002, E. 3.3.

<sup>109</sup> Siehe die allgemeinen Ausführungen zum Rechtsmissbrauchsverbot im Aktienrecht in Urteil 4C.386/2002, E. 3.4.1.

Mitgliedern des Verwaltungsrates mittels einer Leistungsklage durchgesetzt werden könne<sup>110</sup>. Die Erfüllung eines statutarisch festgelegten Anspruchs des Verwaltungsrates auf eine Beteiligung am Reingewinn kann folglich in der Regel keinen Rechtsmissbrauch darstellen<sup>111</sup>. Insbesondere kann die Ausschüttung auch nicht darum als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, weil zuvor während Jahrzehnten trotz bestehender Statutenbestimmung lediglich zweimal eine Tantieme ausgerichtet wurde. Denn auch ihre jahrzehntelange Nichtanwendung setzt eine Statutenbestimmung nicht ausser Kraft<sup>112</sup>.

## 2.4 Vertretung der Gesellschaft

BGE 130 III 633 ff. handelt von Vertragsverhandlungen im Zusammenhang mit dem Transfer eines Spielers vom FC Servette zu einem ausländischen Fussballclub. In diesem Urteil stellte das Bundesgericht klar, dass die Verwendung einer bereits beschlossenen, aber noch nicht ins Handelsregister eingetragenen neuen Firma, mithin die im Gange befindliche Änderung der Firma den Erwerb von Rechten und Pflichten durch die betreffende Gesellschaft in keiner Weise berührt<sup>113</sup>. Weiter führte es aus, dass die Eintragung eines neu gewählten Verwaltungsratsmitgliedes im Handelsregister keine Voraussetzung für eine wirksame Vertretung der Gesellschaft ist, weder im Innen- noch im Aussenverhältnis. Die nach Art. 720 OR vorgeschriebene Pflicht zur Eintragung der zur Vertretung befugten Personen ins Handelsregister hat also deklaratorischen Charakter<sup>114</sup>. Und schliesslich stellte das Bundesgericht fest, dass ein Mitglied des Verwaltungsrates, welches kollektivzeichnungsberechtigt ist, die Gesellschaft als allein unterzeichnende Person verpflichten kann, wenn die Handlungen des Vertreters im Nachhinein von der Gesellschaft genehmigt werden<sup>115</sup>. Hat diese allein unterzeichnende Person nicht ausdrücklich im Namen der Gesellschaft gehandelt, so kann sich die Bindung der Gesellschaft daraus ergeben, dass diese in der Folge als Vertragspartei auftritt

---

<sup>110</sup> Ob die Statuten einen Anspruch auf eine Tantieme vermitteln oder aber eine solche lediglich erlauben, ist eine Frage der Auslegung (Urteil 4C.386/2002, E. 3.4.2).

<sup>111</sup> Urteil 4C.386/2002, E. 3.4.2.

<sup>112</sup> Siehe im Einzelnen zur Rüge des Rechtsmissbrauchs Urteil 4C.386/2002, E. 3.4.3, siehe auch E. 3.1.

<sup>113</sup> BGE 130 III 633 E. 2.2.2.2.1, S. 635 f.

<sup>114</sup> Urteil 4C.136/2004 = BGE 130 III 633 ff., nicht amtlich publizierte E. 2.2.2.2.2.

<sup>115</sup> Urteil 4C.136/2004 = BGE 130 III 633 ff., nicht amtlich publizierte E. 2.2.2.2.2.

und der Dritte darauf nicht reagierte oder dass es dem Dritten gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schloss<sup>116</sup>.

Um ein Problem der Vertretung ging es auch in der bereits früher angesprochenen Entscheidung 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 betreffend einen Aktionärbindungsvertrag über einen Nichtverkauf einer Beteiligung und den in der Folge vertragswidrig beschlossenen Verkauf<sup>117</sup>. Jener Verkaufsbeschluss war nämlich seitens einer Aktionärin – einer Aktiengesellschaft – von einer seit über einem Jahr nicht mehr dem Verwaltungsrat angehörenden Person unterzeichnet worden. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang fest, dass das einmalige Handeln des früheren Verwaltungsratsmitgliedes nicht zur Annahme einer Duldungsvollmacht reicht; hierfür bedürfe es einer unbeanstandeten wiederholten Aktivität in fremdem Namen. Der wegen Verletzung des Aktionärbindungsvertrages klagenden Aktionärin konnte eine Berufung auf diesen Vertrag bzw. die dort statuierte Konventionalstrafe mithin nicht mit dem Argument verwehrt werden, sie habe ihrerseits dem vertragswidrigen Verkaufsbeschluss ebenfalls zugestimmt<sup>118</sup>.

## 2.5 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Allein für die Berichtsperiode finden sich unter den amtlich sowie den nicht amtlich, allein im Internet publizierten Entscheidungen des Bundesgerichts rund zehn zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Die hauptsächlichsten rechtlichen Erkenntnisse aus diesen Entscheidungen werden im Folgenden resümiert.

### 2.5.1 Schaden

Der Schaden – insbesondere der Schaden der Gesellschaft – wird auch im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach der *Differenztheorie* bestimmt. Er ergibt sich demnach aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Verhalten des Verwaltungsratsmitglieds festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen

---

<sup>116</sup> Siehe Art. 32 Abs. 2 OR; Urteil 4C.136/2004 = BGE 130 III 633 ff., nicht amtlich publizierte E. 2.2.2.2.3.

<sup>117</sup> Siehe vorn 1.9.3.

<sup>118</sup> Urteil 4C.143/2003, E. 4.

jetzt hätte, hätte sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied rechtmässig verhalten<sup>119</sup>.

Auch der von Abtretungsgläubigern geltend gemachte Schaden der Gesellschaft ist zu *beweisen*. "Dazu genügt nicht nachzuweisen, dass Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft einen Verlust erlitten haben, weil diese Vermögensverminderung bei den Gläubigern und nicht bei der Gesellschaft eingetreten ist und daher keinen Schaden der Gesellschaft darstellt. Will ein Gläubiger seinen im Konkurs einer Gesellschaft erlittenen Schaden einfordern, so hat er diesen unabhängig von einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG einzuklagen und dabei die besonderen Haftungsvoraussetzungen nachzuweisen"<sup>120</sup>. Dementsprechend kann die Anerkennung eines Verlustes des klagenden Gläubigers aufgrund des Konkurses der Gesellschaft nicht als Anerkennung des eingeklagten Schadens der Gesellschaft interpretiert werden<sup>121</sup>. Und es ist darum auch widersprüchlich, als Abtretungsgläubiger den der Gesellschaft entstandenen Schaden einzuklagen, sich zur Begründung dieses Schadens jedoch auf den Verlust der Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft zu berufen<sup>122</sup>. Dem Schadensbegriff läuft es allerdings – gemäss einer anderen Entscheidung – nicht zuwider, wenn im Falle einer Verletzung der Benachrichtigungspflicht nach Art. 725 Abs. 2 OR der Schaden aufgrund der hypothetischen Konkursdividende im Falle einer rechtzeitigen Benachrichtigung des Richters bestimmt wird<sup>123</sup>. Damit ist impliziert, dass insbesondere auch ein sog. Fortsetzungsschaden zu beweisen ist, also der Schaden bestehend aus der Differenz zwischen dem Vermögen der Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen, und ihrem Vermögen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung<sup>124</sup>.

Im Zusammenhang mit der *Schadensberechnung* kommt im Übrigen Art. 42 Abs. 2 OR, die Schadensschätzung durch den Richter, zum Zuge<sup>125</sup>. Das gilt insbesondere für einen Fortsetzungsschaden. Doch hat der Geschädigte "auch bei der Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR alle

<sup>119</sup> Urteil 4C.19/2004 vom 19. Mai 2004, E. 1.5; Urteil 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004, E. 3.3; Urteil 4C.105/2004 vom 31. August 2004, E. 4.1; siehe betreffend die Bemessung des Schadenersatzes das Urteil 4C.19/2004, E. 3.4 – 3.6.

<sup>120</sup> Urteil 4C.292/2003, E. 3.3; im gleichen Sinn das Urteil 4C.316/2003 vom 3. März 2003, E. 7.3.1.

<sup>121</sup> Urteil 4C.292/2003, E. 3.4.

<sup>122</sup> Urteil 4C.292/2003, E. 4.3; siehe im Übrigen zur Substanziierung eines Gesellschafterschadens a.a.O., E. 4.2 und 4.3.

<sup>123</sup> Urteil 4C.192/2003 vom 13. Oktober 2003, E. 3.3.

<sup>124</sup> Urteil 4C.292/2003, E. 4.4.3.

<sup>125</sup> Urteil 4C.192/2003, E. 3.3.

Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen"<sup>126</sup>.

Mit Bezug auf die Verjährungsregelung in Art. 760 OR<sup>127</sup> kann der Zeitpunkt des Schadenseintritts bzw. die Kenntnis des Schadens von Bedeutung sein<sup>128</sup>. Erklärt beispielsweise eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, dass sie einer Rückforderung der von ihr verwalteten Vermögenswerte keine Folge leisten werde (etwa, weil sie einen Verrechnungsanspruch erhebt), dann tritt zu diesem Zeitpunkt ein Schaden ein (woraus sich ein vertragsrechtlicher Restitutions- bzw. Schadenersatzanspruch sowie ein verantwortlichkeitsrechtlicher Schadenersatzanspruch wegen unmittelbarer Gläubigerschädigung ergibt)<sup>129</sup>.

### 2.5.2 Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung liegt etwa dann vor, wenn die mit der Geschäftsführung betrauten Personen für keine genügende Buchführung und Bilanz in ihrem Unternehmen sorgen und der Revisionsstelle die nötigen Unterlagen nicht zukommen lassen. Fehlende Zeit oder Fachkenntnisse (etwa Kenntnisse der Buchhaltung und des Aktienrechts) ändern daran nichts; vielmehr sind nötigenfalls qualifizierte Personen zur Unterstützung heranzuziehen. Eine Pflichtverletzung ist auch darin zu sehen, dass erforderliche Sanierungsmassnahmen nicht getroffen werden<sup>130</sup>.

### 2.5.3 Kausalzusammenhang

In einer Reihe von Entscheidungen war insbesondere fraglich, ob ein natürlicher bzw. adäquater Kausalzusammenhang gegeben war. Für die Fälle

---

<sup>126</sup> Urteil 4C.292/2003, E. 4.4.3.

<sup>127</sup> "Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet." (Abs. 1).

<sup>128</sup> Siehe auch hinten 2.5.5.

<sup>129</sup> Siehe zum Zeitpunkt des Schadenseintritts Urteil 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 5.1, zur Qualifikation des Schadens als unmittelbarer Schaden a.a.O., E. 4.1, und zur Parallelität von vertraglichem Rückforderungs- bzw. Schadenersatzanspruch und verantwortlichkeitsrechtlichem Schadenersatzanspruch a.a.O., E. 5.1.

<sup>130</sup> Urteil 4C.192/2003, E. 3.3 (zum Aktienrecht von 1936).

verspäteter Konkursöffnung hielt das Bundesgericht ganz allgemein fest, dass grundsätzlich jegliche Verzögerung der Konkursöffnung für eine überschuldete Gesellschaft schädlich sei. Im konkreten Fall hatte die verspätete und mangelhafte Buchführung und Bilanzierung zur Folge, dass die Überschuldung der Gesellschaft nicht rechtzeitig festgestellt und der Richter somit nicht rechtzeitig benachrichtigt wurde, sodass die bereits überschuldete Gesellschaft weitere Schulden anhäufte; unter diesen Umständen ist ein *adäquater* Kausalzusammenhang zwischen den Sorgfaltpflichtverletzungen und dem Schaden der Gesellschaft zu bejahen<sup>131</sup>.

Mit Bezug auf den *natürlichen* Kausalzusammenhang merkte das Bundesgericht in einem anderen Urteil an, die Vorinstanz habe den Schadensbegriff nicht verkannt, indem sie nach dem Vermögensstand fragte, den die Gesellschaft hätte, wäre die Anzeige an den Richter rechtzeitig erfolgt<sup>132</sup>. Am natürlichen Kausalzusammenhang fehlt es selbstverständlich, wenn die schadensverursachenden Sorgfaltpflichtverletzungen nach dem Rücktritt der ins Recht gefassten Verwaltungsratsmitglieder begangen wurden<sup>133</sup>.

#### 2.5.4 Verschulden

Was das Verschulden angeht, so liegt *Fahrlässigkeit* gemäss Bundesgericht dann vor, "wenn der Verwaltungsrat nach der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung hätte erkennen sollen, dass er durch ein bestimmtes Verhalten eine konkrete Gefahr der Schädigung schafft"<sup>134</sup>.

#### 2.5.5 Legitimation zur Geltendmachung des Schadens

Etlche Entscheidungen äussern sich zur Legitimation zur Geltendmachung des Schadens und damit insbesondere zur Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden. *Grundsätzlich* kann im Konkurs der Gesellschaft nur die Konkursmasse Verantwortlichkeitsansprüche aufgrund eines der Gesellschaft zugefügten Schadens geltend machen, denn die Gläubiger sind insofern nur mittelbar geschädigt, als wegen des Konkurses der Gesellschaft ihre Forderungen nicht voll gedeckt werden können. Ein Gesellschaftsgläubiger kann die Verantwortlichkeitsansprüche

---

<sup>131</sup> Urteil 4C.192/2003, E. 3.3.

<sup>132</sup> Urteil 4C.316/2003, E. 7.3.2; siehe auch die Vorinstanz im Urteil 4C.188/2003, E. 4.2.

<sup>133</sup> Urteil 4C.281/2004, E. 2.4 und 2.5.

<sup>134</sup> Urteil 4C.19/2004, E. 1.7.

der Konkursmasse jedoch als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG gerichtlich durchsetzen. Solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist und sie ihre Forderungen erfüllen kann, erleidet der Gläubiger keinen Schaden. Einen unmittelbaren Schaden kann ein Gläubiger oder Aktionär demgegenüber jederzeit geltend machen<sup>135</sup>.

Eine Klarstellung strebt in diesem Zusammenhang insbesondere die *Entscheidung in Sachen Biber Holding AG* vom 9. November 2004 an<sup>136</sup>. Zu entscheiden war über die Verantwortlichkeitsklage eines Aktionärs gegen drei Verwaltungsratsmitglieder der *Biber Holding AG* (über welche im Januar 1997 der Konkurs eröffnet worden war). Der Aktionär hatte in einer Zeit, als die *Biber Holding AG* saniert werden sollte, für rund 90'000 Franken Biber-Aktien gekauft. Diese seien, wie der Kläger behauptete, schon zum Zeitpunkt des Kaufs bedeutend weniger wert gewesen als ihr damaliger Börsenwert. Der Verwaltungsrat der *Biber Holding AG* habe jedoch bezüglich des Werts der Aktien bzw. der Sanierungsaussichten des Unternehmens unrichtige Informationen verbreitet<sup>137</sup>.

Zu prüfen war zunächst die Legitimation zur Geltendmachung eines Anspruchs gestützt auf die *Prospekthaftung* nach Art. 752 OR. In seinen Ausführungen hielt das Bundesgericht fest, dass nicht nur der Ersterwerber, sondern auch ein späterer Käufer zur Prospekthaftungsklage legitimiert ist, wenn die Angaben im Prospekt für seinen Kaufentschluss kausal waren<sup>138</sup>. Im vorliegenden Fall hatte der Prospekt gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz keinen massgeblichen Einfluss auf den Kaufentschluss des Klägers gehabt. Einerseits hatte er die Aktien grösstenteils nach Ablauf der im Prospekt genannten Zeichnungsfrist erworben. Andererseits hatte er seinen Kaufentschluss auf andere Informationsquellen als den Prospekt, unter anderem auf den Aktienführer der Zeitschrift "*Finanz und Wirtschaft*", gestützt sowie darauf, dass die drei Grossbanken Hauptaktionäre waren. Eine Prospekthaftung war darum mangels Legitimation des Aktionärs zu verneinen<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Siehe für diese allgemeinen Grundsätze etwa Urteil 4C.192/2003, E. 3.2; Urteil 4C.316/2003, E. 6.1; Urteil 4C.188/2003 vom 22. Oktober 2003, E. 3.1; Urteil 4C.142/2004, E. 4; Urteil 4C.281/2004, E. 2.2.

<sup>136</sup> Urteil 4C.111/2004 vom 9. November 2004 (siehe zu dieser Streitsache auch die Urteile 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 und 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000); vgl. zum Urteil 4C.111/2004 GLASL. Das Bundesgericht hat die Verantwortlichkeitsklage wegen fehlender Aktivlegitimation des Aktionärs "nach längerem Disput", wie FELBER, Rz.1, schrieb, mit 3:2 Stimmen abgewiesen.

<sup>137</sup> Urteil 4C.111/2004, E. A.

<sup>138</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 2.1.

<sup>139</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 2.2 und 2.3.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle – im Sinne eines *Exkurses* – auf die Entscheidung 4C.70/2005 vom 18. Mai 2005 betreffend *SAirGroup*. In dieser Entscheidung ging es um Schadenersatzansprüche von Erwerbern von Obligationen wegen des Wertverlusts der Obligationen. Geltend gemacht wurde eine falsche oder unvollständige Information der Öffentlichkeit und insbesondere der Erwerber der Obligationen durch Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der *SAirGroup*, namentlich eine Täuschung über die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft dadurch, dass ein "Milliardenkreditvertrag" mit drei Grossbanken an der Generalversammlung öffentlich bekannt gegeben wurde. Diese falschen oder unvollständigen Informationen hätten zum Kauf von *SAirGroup*-Obligationen verleitet<sup>140</sup>. Die Vorinstanz hatte indes bereits den natürlichen Kausalzusammenhang insofern verneint, als die fraglichen Anlageentscheide nicht anders gefällt worden wären, wenn der Milliardenkredit nicht angekündigt worden wäre, da eine Reihe anderer Gründe die Käufer zur Investition bewogen hatte; die Bekanntgabe des Milliardenkredites bildete keine *conditio sine qua non* für den Anlageentscheid<sup>141</sup>.

Der klagende Aktionär in der Sache *Biber Holding AG* berief sich sodann auf die *Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung* nach Art. 754 OR. Nach den Grundsätzen des Haftpflichtrechts, führte das Bundesgericht aus, besitze derjenige, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden erleidet, keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher. Einen "Reflexschaden bzw. mittelbaren Schaden"<sup>142</sup> erleidet etwa der Gläubiger, dessen Konkursdividende dadurch vermindert wurde, dass ein Organ der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat, oder der Aktionär, der aufgrund eines Wertverlustes seiner Aktien einen Schaden erleidet, weil der Gesellschaft durch Pflichtverletzungen der Organe ein Schaden zugefügt wurde. In diesen Fällen ist in erster Linie die Gesellschaft als direkt Geschädigte aktivlegitimiert. Ausserhalb des Konkurses steht dem Aktionär die Klage auf Leistung an die Gesellschaft offen, nach Konkurseröffnung können Aktionäre und Gläubiger die verantwortlichen Organe nur einklagen, wenn der Konkursverwalter auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verzichtet<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Urteil 4C.70/2005, E. A und 2.1.

<sup>141</sup> Urteil 4C.70/2005, E. 3.2.2 und 3.2.3, siehe auch E. 3.2.5.

<sup>142</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.1.1.

<sup>143</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.1.1.

Diesen Ausführungen fügte das Bundesgericht eine "Präzisierung" des Anwendungsbereichs der Rechtsprechung betreffend die Legitimation von Aktionären und Gläubigern zur Individualklage nach Konkurseröffnung an<sup>144</sup>: Tritt der Schaden direkt im Vermögen der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger ein, können diese direkt gegen die verantwortlichen Organe vorgehen. Das gilt vor einer Konkurseröffnung, und es gilt auch nach einer Konkurseröffnung, "wenn ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden sind"<sup>145</sup>. "Wenn hingegen nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt"<sup>146</sup>. In einer solchen Konstellation gibt für die Klagelegitimation einzelner Aktionäre oder Gläubiger den Ausschlag, ob gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstossen wurde, "die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet"<sup>147</sup>. Nicht ausschliesslich dem Schutz von Aktionären und Gläubigern dienen etwa die Pflicht zur Führung einer Buchhaltung, zur Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 OR sowie die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung nach Art. 725 OR<sup>148</sup>.

Vorliegend begründete der klagende Aktionär seinen Schaden damit, dass der Kurs der Biber-Aktien in der Zeit nach dem Kauf eingebrochen sei. Insofern berief sich der Kläger auf einen *Reflexschaden*, da der Rückgang des Aktienkurses auf eine Wertverminderung der Gesellschaft zurückzuführen war. Zur Geltendmachung eines solchen Schadens war der Kläger nach dem Gesagten nicht aktivlegitimiert<sup>149</sup>. Zudem war der Scha-

---

<sup>144</sup> Siehe zu dieser Rechtsprechung etwa die Urteile 4C.188/2003, E. 3.1, und 4C.316/2003, E. 6.1.

<sup>145</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.1.2.

<sup>146</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.1.2.

<sup>147</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.1.2.

<sup>148</sup> Urteil 4C.316/2003, E. 6.2.

<sup>149</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.2.1. Vgl. hierzu auch die Ausführungen der Vorinstanz, des Solothurner Obergerichts (Urteil ZKAPP.2001.16). Es hielt insbesondere dafür, dass die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gläubigerschaden auch für

den der Gesellschaft bereits im Rahmen eines Vergleichs zwischen der Konkursverwaltung und den Verwaltungsratsmitgliedern der *Biber Holding AG* ersetzt worden. Deshalb war auch die Gesellschaftsklage, mit welcher der Aktionär den Gesellschaftsschaden hätte geltend machen können, ausgeschlossen<sup>150</sup>. Sodann suchte der Kläger eine *direkte Vermögensschädigung* mit den unwahren und unvollständigen Angaben in den Prospekten und sonstigen Mitteilungen der *Biber Holding AG* zu begründen. Das Bundesgericht verneinte jedoch auch im Rahmen der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR eine Haftung, wiederum – gleich wie bei der Prospekthaftung – infolge fehlender Kausalität der Prospekte und sonstigen Informationen für den Kaufentschluss des Käufers<sup>151</sup>.

Exemplarisch für eine *unmittelbare Gläubigerschädigung* ist der Sachverhalt im Urteil 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004. Wer einer Vermögensverwaltungsgesellschaft Vermögen anvertraut, dieses aber in der Folge aufgrund von Entscheidungen der verantwortlichen Gesellschaftsorgane zu Unrecht nicht mehr zurückerstattet erhält, besitzt – neben dem vertraglichen Restitutions- bzw. Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft – einen verantwortlichkeitsrechtlichen Anspruch gegen die verantwortlichen Gesellschaftsorgane aufgrund einer unmittelbaren Gläubigerschädigung. Eine Schädigung der Gesellschaft liegt nicht vor; diese hat im Gegenteil davon profitiert, dass ihre verantwortlichen Organe die verwalteten Vermögenswerte nicht zurückerstatteten<sup>152</sup>. (Dementsprechend war mit Bezug auf den Beginn der Verjährungsfrist nach Art. 760 OR auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der betreffende Gläubiger Kenntnis von dem bei ihm eingetretenen Schaden erlangt hatte<sup>153</sup>.)

---

den Aktionärsschaden gelte. Rüge ein Aktionär – wie im vorliegenden Fall – eine Verletzung von Kapitalschutz-, Publizitäts- und Bilanzierungsvorschriften, so liege ein mittelbarer Aktionärsschaden vor, denn diese Bestimmungen schützten nicht nur die Aktionäre und Gläubiger, sondern auch die Gesellschaft und zum Teil auch das Publikum. Einen direkten Anspruch besitze der klagende Aktionär darum nicht.

<sup>150</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.2.1.

<sup>151</sup> Urteil 4C.111/2004, E. 3.2.2.

<sup>152</sup> Urteil 4C.142/2004, insbesondere E. 4.1 und 5.

<sup>153</sup> Urteil 4C.142/2004, E. 5.

### 2.5.6 Solidarität

Bestätigt hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach in Fällen, in denen das Aktienrecht von 1936 Anwendung findet, die Frage der solidarischen Haftung im Lichte des *Rechts von 1991* zu beurteilen ist<sup>154</sup>.

Die in Art. 759 Abs. 1 OR festgeschriebene *differenzierte Solidarität* bedeutet, dass die Solidarität nur so weit geht, als die zur Rechenschaft gezogenen Personen aufgrund ihres Verschuldens und der gesamten Umstände für den Schaden verantwortlich sind. Kann mithin angesichts schwerer Sorgfaltspflichtverletzungen, welche in einem Kausalzusammenhang zum gesamten Schaden der Gesellschaft stehen, die Schädigung einem einzelnen Verwaltungsratsmitglied zugeschrieben werden, geht die Berufung auf die differenzierte Solidarität fehl; in einem solchen Fall spielt es keine Rolle, dass die anderen Verwaltungsratsmitglieder oder die Revisionsstelle ebenfalls zur Verantwortung gezogen werden könnten<sup>155</sup>.

## 3. Revisionsstelle

### 3.1 Befähigung und Unabhängigkeit

Mit der gleichen Anfechtungsklage, mit der die Minderheitsaktionärin einer Gesellschaft die Ausschüttung einer Tantieme an die von der Mehrheitsgruppe gestellten Verwaltungsratsmitglieder anfocht<sup>156</sup>, focht sie auch die Wahl der Revisionsstelle an<sup>157</sup>. Sie rügte die fehlende fachliche Befähigung und die fehlende Unabhängigkeit der von den Mehrheitsaktionären gewählten Revisionsgesellschaft. Mit Bezug auf die *in casu* erforderliche *besondere Befähigung* im Sinne von Art. 727b OR hielt das Bundesgericht fest, diese bestimme sich gemäss der vorliegend einschlägigen Verordnung<sup>158</sup> aufgrund bestimmter Fähigkeitsausweise und allenfalls der Dauer der praktischen Erfahrung. Eine weiter gehende, auf die jeweilige Gesellschaft bezogene spezifische Eignung, etwa aufgrund von Kenntnis-

---

<sup>154</sup> Urteil 4C.192/2003, E. 3.1 und 3.4.

<sup>155</sup> Urteil 4C.192/2003, E. 3.4.

<sup>156</sup> Siehe vorn 2.3.

<sup>157</sup> BGE 131 III 38 ff.

<sup>158</sup> Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302).

sen der fraglichen Branche oder internationaler Erfahrung, sei vom Gesetz nicht verlangt<sup>159</sup>.

Die Minderheitsaktionärin machte sodann geltend, es fehle der gewählten Revisionsstelle an der von Art. 727c OR<sup>160</sup> geforderten *Unabhängigkeit*. Insbesondere verschaffe dieses Revisionsmandat der Revisionsstelle mehr als 10 % ihrer jährlichen Honorareinnahmen. Der Vorwurf ging also dahin, die wirtschaftliche Abhängigkeit der Revisionsgesellschaft von diesem Kunden beeinträchtige ihre Unabhängigkeit bei der Erfüllung ihres Auftrags. In der Tat bestimmen die von der Treuhand-Kammer erlassenen "Richtlinien zur Unabhängigkeit", dass der Honoraranteil eines Prüfungskunden 10 % der durchschnittlichen gesamten Honorareinnahmen der letzten fünf Jahre nicht übersteigen darf<sup>161</sup>. Das Bundesgericht war allerdings dagegen, in dieser Richtlinie einer Berufsvereinigung eine starre Rechtsregel zu sehen, und entschied zu Gunsten einer Prüfung der Unabhängigkeit von Fall zu Fall. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit lasse sich nicht derart ziffernmässig festlegen<sup>162</sup>.

### 3.2 Verantwortlichkeit

Was die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle betrifft, so ist das Urteil betreffend die Kontrollstelle der vormaligen Spar- und Leihkasse Thun ("SLT") zu erwähnen<sup>163</sup>. Die Kontrollstelle der SLT setzte sich aus drei Laien zusammen, die über keine besonderen buchhalterischen oder bankfachlichen Kenntnisse verfügten. Ein interner Inspektoratsbericht, den auch die Kontrollstelle erhielt, enthielt Beanstandungen an der Geschäftsführung der Bank. Auch wurde die Kontrollstelle von einem Vizedirektor

<sup>159</sup> BGE 131 III 38 E. 4.1, S. 40 f.

<sup>160</sup> "Die Revisoren müssen 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." (Abs. 1).

<sup>161</sup> Ziff. 4.2 (Ausgabe 2001) (siehe [http://www.treuhand-kammer.ch/pix/Files/druck\\_rlu\\_d\\_aug01.pdf](http://www.treuhand-kammer.ch/pix/Files/druck_rlu_d_aug01.pdf)).

<sup>162</sup> BGE 131 III 38 E. 4.2.4, S. 43 f. – Mit dem zurzeit in Vorbereitung befindlichen Revisionsaufsichtsgesetz würde die 10 %-Regel für Revisionsgesellschaften, die der künftigen staatlichen Aufsicht im Revisionswesen unterstehen, Gesetz (siehe Art. 11 lit. a des Entwurfs zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren [Revisionsaufsichtsgesetz, RAG], abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4139.pdf>).

<sup>163</sup> Urteil 4C.53/2003 vom 25. Juni 2003 (zum Aktienrecht von 1936).

der Bank auf Mängel in der Geschäftsführung aufmerksam gemacht. Verschiedene Inspektoratsberichte hielten in der Folge jedoch fest, dass Massnahmen zur Behebung der Mängel getroffen worden seien, und in einem auch vom genannten Vizedirektor unterzeichneten Schreiben der Bank wurde festgestellt, dass keine Unregelmässigkeiten vorgekommen seien. Auch plante einer der drei Revisoren aufgrund eines negativen Revisionsberichts der bankengesetzlichen Revisionsstelle, an der Generalversammlung über gewisse Risiken zu orientieren, doch liess er sich davon schliesslich aufgrund einer Intervention des Verwaltungsratspräsidenten abhalten<sup>164</sup>.

Nach dem Zusammenbruch der SLT wurde gegen die drei Revisoren Verantwortlichkeitsklage erhoben. Das Bundesgericht konnte dabei die Frage offen lassen, ob eine *Sorgfaltspflichtverletzung* der Kontrollstelle vorliege<sup>165</sup>. Denn die Vorinstanz hatte – für das Bundesgericht verbindlich – festgestellt, dass zwischen einer allfälligen Pflichtverletzung und dem Schaden *kein natürlicher Kausalzusammenhang* bestehe. So wäre nach Ansicht des Berner Appellationshofs der Schaden der SLT auch im Falle eines Vorbehalts oder Hinweises im Kontrollstellenbericht und einer Information der Generalversammlung eingetreten; der Verwaltungsratspräsident hätte die Generalversammlung mit grosser Wahrscheinlichkeit mit einem Hinweis auf den positiv lautenden Inspektoratsbericht beruhigen können<sup>166</sup>.

## 4. Weitere Bereiche des Aktienrechts

### 4.1 Haftung für vor der Gründung eingegangene Verpflichtungen

Das Bundesgericht hielt fest, dass für Verpflichtungen, die vor der Entstehung der Gesellschaft eingegangen wurden, eine persönliche und solidarische Haftung der beteiligten Personen sowohl aufgrund von Art. 645 Abs. 1 OR<sup>167</sup> als auch aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR<sup>168</sup> besteht. Folglich ist

---

<sup>164</sup> Siehe zum Sachverhalt im Einzelnen Urteil 4C.53/2003, E. A.

<sup>165</sup> Urteil 4C.53/2003, E. 5.

<sup>166</sup> Urteil 4C.53/2003, E. 6.

<sup>167</sup> "Ist vor der Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch."

es ohne Belang, ob die Gesellschaft in der Folge auch tatsächlich gegründet wird<sup>169</sup>.

## 4.2 Einsichtsrecht der Gläubiger

Nachdem eine Vermieterin den Mietvertrag gekündigt hatte, wollte sie abklären, ob die Mieterin die Kosten für die Entfernung von Stahlbehältern auf der Mietliegenschaft tatsächlich zu übernehmen in der Lage sei; aufgrund einer Vereinbarung war die Mieterin nämlich verpflichtet, die Kosten für die Entfernung der besagten Behälter bei Kündigung des Mietvertrages selber zu tragen. Die Vermieterin verlangte darum Einsicht in die Jahresrechnung und die Revisionsberichte der Mieterin<sup>170</sup>.

Nach Art. 697h Abs. 2 OR müssen die Gesellschaften den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Jahres- bzw. Konzernrechnung und in die Revisionsberichte gewähren. Dabei muss die um Einsicht ersuchende Person zunächst ihre *Stellung als Gläubigerin* mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit dartun. Im vorliegenden Fall war die Gläubigerstellung der Vermieterin unbestritten<sup>171</sup>.

Ein *schutzwürdiges Interesse* an der Einsicht ist zu bejahen, wenn die Forderung, auf die der Gläubiger sein Einsichtsgesuch stützt, in ihrer (zeitgerechten) Einbringlichkeit als gefährdet erscheint. Entscheidend sind dabei sämtliche Anzeichen, die auf finanzielle Schwierigkeiten des Schuldners und damit auf eine Gefahr der Nichterfüllung der Forderung hindeuten, ungeachtet der (allenfalls noch nicht eingetretenen) Fälligkeit der Forderung, ihres Rechtsgrundes und ihres Betrages. Nicht schutzwürdig sind hingegen Einsichtsbegehren, die einzig zum Ziel haben, die Neugierde zu befriedigen, Geschäftsgeheimnisse zu erfahren oder Konkurrenzverhältnisse auszukundschaften<sup>172</sup>. Das Bundesgericht bejahte *in casu* ein schutzwürdiges Interesse angesichts der Gründe, die die Vermieterin für ihr Einsichtsgesuch angeführt hatte (schwierige wirtschaftliche Situation der Mieterin; Weigerung der Mieterin, die Behälter zu entfernen)<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> "Haben die [einfachen] Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so haften sie ihm solidarisch, unter Vorbehalt anderer Vereinbarung."

<sup>169</sup> Urteil 4C.273/2003 vom 7. Januar 2004, E. 3.2.2.

<sup>170</sup> Urteil 4C.129/2004 vom 6. Juli 2004, E. B.

<sup>171</sup> Urteil 4C.129/2004, E. 4.2.1 und 4.2.2.

<sup>172</sup> Urteil 4C.129/2004, E. 4.2.1.

<sup>173</sup> Urteil 4C.129/2004, E. 4.2.2.

### 4.3 Patronatserklärung

Im Urteil 4C.4/2003 vom 28. März 2003 war eine Patronatserklärung Gegenstand der bundesgerichtlichen Erwägungen. Umstritten war die Frage, welche Bedeutung dieser Patronatserklärung zukommt. Einleitend umschrieb das Bundesgericht die Patronatserklärung als ein Instrument zur Sicherung fremder Verbindlichkeiten: "Die erklärende Person (häufig eine Muttergesellschaft) gibt dem Empfänger (in der Regel einem Gläubiger) die – im Einzelfall rechtlich zu qualifizierende – Erklärung ab, dafür einzustehen, dass eine Drittperson (häufig die Tochtergesellschaft) eine bestimmte Leistung erbringen wird"<sup>174</sup>. Die Tragweite einer Patronatserklärung kann dabei stark variieren. Sie reicht von einer rein moralischen Verpflichtung im Sinne eines *Gentlemen's Agreement* bis zu einer rechtlich bindenden Verpflichtungswirkung. Entsprechend sind Patronatserklärungen in hohem Mass auslegungsbedürftig<sup>175</sup>.

Im vorliegenden Fall lag in der Patronatserklärung eine rechtlich verbindliche Zusicherung. Es war darum lediglich noch zu prüfen, welche vertragliche Verpflichtung mit der Zusicherung eingegangen wurde. Das Bundesgericht qualifizierte die Vereinbarung als Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) und nicht etwa als unechten Vertrag zu Gunsten eines Dritten, weshalb es ein Forderungsrecht des Dritten und damit eine Leistungspflicht aufgrund der Patronatserklärung bejahte<sup>176</sup>.

### 4.4 Rangrücktritt und Sanierung

Zu urteilen hatte das Bundesgericht sodann in einer Streitigkeit betreffend eine *Rangrücktrittsvereinbarung*<sup>177</sup>. Streitig war insbesondere, ob die Gläubiger, die sich zu einem Rangrücktritt verpflichtet hatten, diese Vereinbarung kündigen konnten, unter Hinweis auf die nicht mehr bestehende Überschuldung der Gesellschaft. Die Kündbarkeit der Rangrücktrittsvereinbarung ist eine Frage ihrer Auslegung. Im vorliegenden Fall war der Rangrücktritt vereinbart worden, um die Benachrichtigung des Richters und die allenfalls darauf folgende Konkursöffnung zu vermeiden. In Übereinstimmung mit dieser Zielsetzung sollte die Vereinbarung gemäss

---

<sup>174</sup> Urteil 4C.4/2003, E. 3.1.

<sup>175</sup> Urteil 4C.4/2003, E. 3.1.

<sup>176</sup> Urteil 4C.4/2003, E. 3.2 – 3.4.

<sup>177</sup> Urteil 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003.

expliziter Anordnung so lange in Kraft bleiben, bis die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt war<sup>178</sup>. Zudem darf ein Rangrücktritt auch von Gesetzes wegen bereits dann aufgehoben werden, wenn die bilanzmässige Überschuldung beseitigt worden ist. Die Fortführung des Unternehmens braucht nicht sichergestellt zu sein. Der Rangrücktritt bezweckt lediglich – wie sich aus Art. 725 Abs. 2 OR ohne weiteres ergibt –, die Benachrichtigung des Richters wegen Überschuldung der Gesellschaft vermeiden zu können<sup>179</sup>. Die konkrete Vereinbarung und die gesetzliche Ordnung liessen mithin eine Kündigung der Rangrücktrittsvereinbarung nach Beseitigung der Überschuldung der Gesellschaft zu.

Hinzuweisen ist sodann auf den Fall der *Accorda* Krankenversicherung<sup>180</sup>. Hier wurde einem Krankenversicherer die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung wegen Überschuldung entzogen. Das Bundesgericht befasste sich unter anderem mit der Frage, was genügende *Sanierungsmassnahmen* sind, die einen Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 1 OR rechtfertigen. Vorausgesetzt ist ein Sanierungsplan, der sich über die verschiedenen Sanierungsmassnahmen ausspricht, wie etwa einen Rangrücktritt von Gläubigern, die Umwandlung von Fremdkapital in Aktienkapital, Bankgarantien oder Verpflichtungen von Aktionären, neu geschaffenes Aktienkapital zu zeichnen<sup>181</sup>. Ein Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung ist für sich allein indes keine eigentliche Sanierungsmassnahme, da die Zeichnung der neuen Aktien in einer Überschuldungssituation nicht feststeht. Verlangt der Sanierungsplan Konzessionen seitens der Aktionäre oder von Gläubigern, so muss der Richter überzeugt davon sein, dass diese Konzessionen tatsächlich gemacht werden. Wünschbar seien eigentliche Verpflichtungen zu diesen Konzessionen. Von den Aktionären wird sich der Richter verbindliche Zeichnungsverpflichtungen vorlegen lassen<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Urteil 4C.47/2003, E. 2.1.

<sup>179</sup> Urteil 4C.47/2003, E. 2.2.

<sup>180</sup> BGE 130 V 196 ff.

<sup>181</sup> BGE 130 V 196 E. 5.4, S. 207.

<sup>182</sup> BGE 130 V 196 E. 6.2, S. 210 f.

## 4.5 Firmenrecht

### 4.5.1 Verwechslungsgefahr

Aus dem Firmenrecht ist zunächst ein klassischer Fall einer Verwechslungsgefahr zu vermelden<sup>183</sup>. Die Inhaberin der Firma "Euregio Immobilien-Treuhand AG" in Neuhausen am Rheinfluss bezweckt die Vermittlung von Immobilien und Kapitalanlagen, die rund zwei Jahre später ins Handelsregister eingetragene Inhaberin der Firma "Euregio Bodensee Immobilien AG" in Romanshorn bezweckt unter anderem die Erbringung von Immobiliendienstleistungen.

Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach jener, der die gleiche Sachbezeichnung wählt wie der Inhaber einer älteren Firma – hier das Wort "Euregio" –, selber mittels eines individualisierenden Elementes für eine deutliche Abhebung von der älteren Firma sorgen muss, wobei hierfür bereits ein verhältnismässig kennzeichnungsschwacher Zusatz genügt<sup>184</sup>. Diese Voraussetzung war *in casu* allerdings nicht erfüllt, denn das zusätzliche Element "Bodensee" in der jüngeren Firma besitze nicht einmal jene geringe Kennzeichnungskraft, die im Falle einer Übereinstimmung in einer Sachbezeichnung erforderlich ist, da in der "Euregio Bodensee" das Wort "Bodensee" als selbstverständliche Präzisierung verstanden werde, mithin keine Kennzeichnungskraft besitze. Die Verwechslungsgefahr werde zudem dadurch erhöht, dass die Parteien sich zumindest teilweise konkurrenzieren<sup>185</sup>. Die Klage der "Euregio Immobilien-Treuhand AG" auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma "Euregio Bodensee Immobilien AG" war darum gutzuheissen.

### 4.5.2 Täuschungsverbot

Eine andere Bundesgerichtsentscheidung zum Firmenrecht betrifft das Täuschungsverbot<sup>186</sup>. Die niederländische Gesellschaft "Johnson Diversey Europe" hat eine Zweigniederlassung im Kanton Thurgau und wollte als Geschäftsbezeichnung und als Enseigne "Johnson Diversey Schweiz" ins Handelsregister eintragen lassen. Das hat ihr letztinstanzlich das Bundes-

---

<sup>183</sup> Urteil 4C.199/2003 vom 20. Oktober 2003.

<sup>184</sup> Urteil 4C.199/2003, E. 2.3.

<sup>185</sup> Urteil 4C.199/2003, E. 2.4.

<sup>186</sup> BGE 130 III 58 ff. (vgl. dazu auch Urteil 4A.6/2002 vom 25. Juni 2003); vgl. zu BGE 130 III 58 ff. RAPP, 38 ff.

gericht verwehrt, und zwar vor allem aus folgenden Überlegungen: Die Verwendung nationaler und territorialer Firmenbestandteile ist nach Massgabe des Wahrheitsgebots und des Täuschungsverbots gestattet. Nach der Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister betreffend die Prüfung von Firmen und Namen<sup>187</sup> dürfen geographische Bezeichnungen insbesondere dann verwendet werden, wenn sie dazu dienen, Konzerngesellschaften zu individualisieren. Das gilt allerdings nicht für Zweigniederlassungen, Geschäftsbezeichnungen und Enseignes. Die Bezeichnung "Schweiz", wie etwa in "IBM (Schweiz) AG", werde denn auch zur Kennzeichnung von Tochtergesellschaften, nicht von Zweigniederlassungen verwendet. Die Bezeichnung "Schweiz" könnte das Publikum darum vorliegend zur Annahme verleiten, es habe es mit der Schweizer Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns zu tun, während es in Wahrheit um die Geschäftsbezeichnung oder Enseigne einer Zweigniederlassung geht. Darin läge ein Verstoss gegen das Wahrheitsgebot und das Täuschungsverbot<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Ziffer 54 (siehe <http://www.ofj.admin.ch/themen/frecherche/weisung-d.pdf>).

<sup>188</sup> BGE 130 III 58 E. 6.1 – 6.3, S. 63-65.

## Literaturverzeichnis

- BERTSCHINGER, URS: Geschäftsführung im Konzern – Gleichlauf oder Divergenz zwischen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht?, *AJP* 2004, 1426.
- CARBONARA, ANTONIO/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Aushändigung von Jahresabschlüssen, *Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.9/2003 (BGE 129 III 499)* vom 4. April 2003 i.S. X. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A (Kläger und Berufungsbeklagter), *SZW* 2004, 88.
- EUGSTER, KARIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, *Entscheid der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.258/2003 (BGE 130 III 213)* vom 9. Januar 2004 i.S. B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) gegen A. (Beklagte und Berufungsklägerin), *SZW* 2004, 434.
- FELBER, MARKUS: Erfolgreiche Biber-Klage, in: *Jusletter* vom 15. November 2004.
- FORSTMOSER, PETER/PEYER, PATRIK R.: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften), (= Langversion des in *SJZ* 2004, 517 ff. publizierten Beitrags) (abrufbar unter [http://www.rwi.unizh.ch/forstmoser/publikation/pdfdok/Entwicklungen03\\_04%20Internetversion%2008.11.04.pdf](http://www.rwi.unizh.ch/forstmoser/publikation/pdfdok/Entwicklungen03_04%20Internetversion%2008.11.04.pdf)).
- FRICK, JOACHIM/PERROULAZ, KILIAN: Übriges Gesellschaftsrecht, in: *Baker&McKenzie (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2004/2005*, Zürich 2005, 37.
- GLASL, DANIEL: Praxisänderung zu Schaden und Aktivlegitimation in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: *Jusletter* vom 27. Juni 2005.
- GRONER, ROGER: Treuepflicht im Konzern, *recht* 2004, 160.
- NUSSBAUMER, ANNEMARIE/VON DER CRONE, HANS CASPAR (Verpflichtung): Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung, *Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003* vom 14. Oktober 2003 i.S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs (Klägerin und Berufungsbeklagte), *SZW* 2004, 138.
- NUSSBAUMER, ANNEMARIE/VON DER CRONE, HANS CASPAR (Tantiemen): Ausschüttung von Tantiemen, *Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.368/2002* vom 12. Oktober 2004 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte), *SZW* 2005, 92.
- RAPP, ADRIAN: *Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes* vom 28. November 2003, Eintragung von Geschäftsbezeichnungen und Enseignes in das Handelsregister, *REPRAX* 2004, 38.
- SOMMER, UEL: Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen, *AJP* 2004, 1059.
- STAEHELIN, MATTHIAS: Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig?, *SJZ* 2005, 181.
- TSCHÄNI, RUDOLF/GOTSCHEV, GEORG: Gruppenbildung und Ausnahmegewährung bei der Angebotspflicht – Der Fall Quadrant, *Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 2A.343/2003 (BGE 130 II 530 ff.)* vom 25. August 2004 i.S. René-Pierre Müller, Adrian Niggli und Arno Schenk gegen die Übernahmekommission und die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommision, *SZW* 2005, 130.