

Musterlösung Klausur Handels- und Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Peter Forstmoser

Herbst 2002

Peter Forstmoser / Catrina Erb / Christian Habegger

Vorbemerkung

Vorliegende Lösung ist eine *Musterlösung* der Prüfung. Sie wurde in dieser umfassenden Form weder erwartet noch war sie für die Höchstnote notwendig. Insbesondere wurde die Kenntnis von herrschender Lehre und Praxis nicht vorausgesetzt.

I. FORMELLES ZUSTANDEKOMMEN DER GV-BESCHLÜSSE, INSBESONDERE STATUTARISCHES QUORUM

Zu prüfen ist vorab, ob die Beschlüsse der Generalversammlung der X AG in formeller Hinsicht gültig zustande gekommen sind. Die Voraussetzungen sind die folgenden:

- *Zuständigkeit:* Gemäss OR 698 II Ziff. 1 ist der GV die Kompetenz zur Festsetzung und Änderungen von Statuten unübertragbar zugeordnet. Diese Voraussetzung ist laut Sachverhalt ("SV") erfüllt.
- *Form und Frist für die Einberufung:* Der SV ist bezüglich dieser Voraussetzungen illiquid, es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sie erfüllt sind.
- *Quorum:* Die Statuten der X AG sehen vor, dass für eine Statutenänderung eine Mehrheit von 75% der vertretenen Stimmen erforderlich ist. Eine solche "Lock up"-Klausel ist gemäss OR 704 II gültig, sofern sie mit dem Mehr eingeführt wurden, welches neu für die entsprechende Beschlussfassung gilt, i.c. also mit 75%. Der SV ist diesbezüglich illiquid, es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Vorschrift erfüllt wurde.

Vorliegend wurden alle GV-Beschlüsse mit 80% (der vertretenen Aktienstimmen) gefasst, womit das statutarische Quorum erfüllt ist. Dass OR 704 I für wichtige Beschlüsse zusätzlich die Zustimmung der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte fordert ("Doppelhürde") spielt i.c. keine Rolle, da im Sachverhalt nichts von Stimmrechtsaktien oder Stimmrechtsbeschränkungen gesagt wird.

Ob es sich bei den einzelnen Beschlüssen um "normale" oder "wichtige" Beschlüsse nach OR 703 resp. 704 I handelt muss nicht mehr geprüft werden, da die verschärfte Quorumsvorschriften so oder so erfüllt sind.

Fazit: Die formellen Voraussetzungen für das Zustandekommen der GV-Beschlüsse sind erfüllt¹.

II. ARTIKEL X

Zu untersuchen ist, ob der statutenändernde GV-Beschluss, einen Aktiensplit durchzuführen und die Aktien in zwei Kategorien A und B aufzuteilen, welche ein Recht auf Gewinn- und Liquidationserlös nur aus je einer Geschäftssparte geben, gültig ist:

A. Vorgang des Aktiensplits

Der Aktiensplit ist in OR 623 I geregelt, welcher wie folgt lautet:

Art. 623

*II. Zerlegung
und Zusammen-
legung*

¹ Die Generalversammlung ist befugt, durch Statutenänderungen bei unverändert bleibendem Aktienkapital die Aktien in solche von kleinerem Nennwert zu zerlegen [...].

² [...]

Zu prüfen ist, ob die materiellen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Beschlusses erfüllt sind:

- *Zuständigkeit:* Zuständiges Organ ist nach 623 I die GV, was gemäss SV der Fall ist.
- *Statutenänderung:* Der Split hat mittels (gültiger) Statutenänderung zu erfolgen. Eine solche hat die GV gemäss SV vorgenommen. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Statuten sowohl die neue Anzahl als auch den Nennwert und die Art der Aktien enthalten (OR 626 Ziff. 4).

¹ Für die Bewertung der Prüfung spielte es keine Rolle, ob das formelle Zustandekommen gesamthaft für alle Beschlüsse oder aber für jeden Beschluss einzeln geprüft wurde.

- *Aktienkapital:* Das Aktienkapital muss unverändert bleiben: Der SV spricht bloss vom Split der Aktien in kleinere Nennwerte, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass das Aktienkapital nicht verändert wurde. Es entspricht im übrigen dem gesetzlichen Minimum von Fr. 100'000.-- (OR 621).
- *Nennwert:* Die Aktien sind in solche von kleinerem Nennwert zu zerlegen. Auch dies ist gemäss SV der Fall; wurde doch jede Aktie à Nennwert Fr. 20.-- in zwei Aktien à je Nennwert Fr. 10.-- zerlegt. Der Nennwert liegt über dem gesetzlichen Minimum von 1 Rappen (OR 622 IV).

Es sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern der Beschluss hinsichtlich des Vorgangs gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen oder gegen ungeschriebene Rechtsgrundsätze des Aktienrechts oder der allgemeinen Rechtsordnung verstossen sollte und damit anfechtbar oder gar nichtig wäre. Insbesondere werden keine Aktionärsrechte beschränkt oder entzogen, denn der Aktionär hat kein Recht auf Beibehaltung des Nennwerts in bisheriger Höhe². Auch liegt keine Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre vor, da gemäss SV alle Aktionäre pro alte Aktie zwei neue bekommen. Die Rechtsstellung des Aktionärs bleibt also insgesamt gewahrt.

Fazit: Gegen den Vorgang des Splits spricht nichts.

B. Recht auf Gewinn- und Liquidationserlös nur aus einer Geschäftssparte

1. Schaffung von zwei Aktienkategorien³

Zu prüfen ist, ob die Gesellschaft gültig zwei Aktienkategorien A und B schaffen kann. Zunächst stellt sich die Frage, was für eine Art von Aktien mit dem Split entstanden sind, insbesondere ob es sich dabei um Vorzugsaktien oder um Aktien handelt, welche nicht gesetzlich vorgesehen sind. Weiter fragt sich, ob die Schaffung neuer, nicht im Gesetz vorgesehener Aktien überhaupt zulässig ist.

a) Vorzugsaktien?

Mit dem Split entstehen Aktien A und B, welche ihren Besitzern je besondere Vorteile in Bezug auf Dividenden- und Liquidationsverteilung gewähren, und zwar dahingehend, dass jeweils nur sie und nicht die Aktien der anderen Kategorie am Gewinn ihrer Division beteiligt sind. Diese Konstellation legt die Vermutung nahe, dass es sich bei den vorliegenden Aktien um Vorzugsaktien gemäss OR 654 f. handeln könnte.

² Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 53 N 68.

³ Ob diese Frage systematisch selbständig oder im Zusammenhang mit der Verteilung des Gewinn- und Liquidationserlöses geprüft wurde, spielte für die Bewertung der Prüfung keine Rolle.

Für diese Auslegung spricht, dass die Aktien der einen Kategorie in Bezug auf die eigene Division als Vorzugsaktien und in Bezug auf die andere Division als Stammaktien qualifiziert werden könnten, und vice versa. Die gesetzliche Regelung über die Vorzugsaktien erwähnt in OR 656 II ausdrücklich, dass sich die Vorrechte von Vorzugsaktien namentlich auf die Dividende oder den Liquidationsanteil beziehen können. Auch der Forderung von OR 627 Ziff. 9, wonach die Vorrechte einzelner Aktienkategorien zu ihrer Verbindlichkeit in den Gesellschaftsstatuten genau umschrieben werden müssen, wird durch das Vorgehen der X AG Genüge getan.

Gegen diese Auslegung kann argumentiert werden, dass es keine Vorzugsaktien geben kann, wenn daneben keine separaten Stammaktien bestehen. I.c. müsste – wie oben ausgeführt – eine Aktie gleichzeitig als Vorzugsaktie (in Bezug auf die eigene Division) und als Stammaktie (in Bezug auf die andere Division) qualifiziert werden. Eine Aktie kann jedoch nicht zugleich Stamm- und Vorzugsaktie sein, weil das Gesetz nur von *bestimmten* Vorzugsaktien und *bestimmten* Stammaktien spricht. Die Praxis verlangt zudem, dass die gewährten Vorzüge angemessen und nicht übermässig sein sollen⁴. Das 100%-ige Anrecht auf Gewinn und Liquidationserlös an einer Sparte könnte als übermässig angesehen werden, wobei die Benachteiligung dadurch gemildert oder gar neutralisiert wird, dass die – benachteiligte – Stammaktie als Vorzugsaktie wiederum Vorteile genießt.

b) Andere, nicht im Gesetz vorgesehene Aktienart?

Zu prüfen ist, ob eine Gesellschaft andere als die im Gesetz vorgesehenen Aktien schaffen kann oder ob das Aktienrecht einen *numerus clausus* in Bezug auf Aktienarten vorsieht, d.h. ob die Bestimmungen über die Aktienarten dispositiv und damit durch die Statuten abänderbar oder aber zwingend sind. Aus dem Gesetz ist dies nicht ersichtlich. Die Zulässigkeit muss deshalb durch Auslegung ermittelt werden⁵.

In den *Botschaften* zum Aktienrecht finden sich diesbezüglich keine klaren Aussagen. Dennoch gibt es einige gute Gründe, welche *für* die dispositive Natur der Bestimmungen sprechen:

- In der Praxis existieren neben den gesetzlich vorgesehenen eine ganze Reihe weiterer von der AG ausgegebenen Urkunden, etwa Rektaaktien, Aktienzertifikate und Interimsscheine⁶.

⁴ Alfred Siegart: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/5a, Allgemeine Bestimmungen (OR 620-659) (Zürich 1945) OR 654-656 N 18.

⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. § 7 N 12 f.

⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. § 43 N 34 ff, 50 ff, 72 ff. Diese Titel stützen sich auf die allgemeinen wertpapierrechtlichen Normen.

- Die zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts dienen v.a. dem Aktionärs- und Gläubigerschutz. Es ist nicht einzusehen, inwiefern die Zulässigkeit weiterer Aktienkategorien im Generellen Aktionärs- und Gläubigerrechte verletzt werden sollte (dass dies im Einzelfall nicht so sein kann wird damit aber nicht gesagt).
- Das Bundesgericht hat in BGE 83 II 304 die Zulässigkeit von Rektaktien und damit von nicht gesetzlich vorgesehenen Aktienarten bejaht.
- Kann eine Norm nicht hinreichend ausgelegt werden, ist im Zweifel gemäss Lehre anzunehmen, dass eine Vorschrift dispositiver Natur ist⁷.

Gegen die dispositive Natur spricht vor allem die grammatikalische Auslegung: Das Gesetz spricht nirgends von "anderen" Aktienarten.

Fazit: Die Schaffung von anderen als den gesetzlich vorgesehenen Aktienkategorien muss zulässig sein, weil das Gesetz in Bezug auf die Aktienarten bloss dispositiver Natur ist. Damit würde auch die Zulässigkeit von "abgewandelten" Vorzugsaktien bejaht. Die gegenteilige Auffassung ist aber vertretbar.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die in casu vorgesehenen Aktien zulässig sind. Diese Aktien sind dadurch definiert, dass sie nur ein Recht auf Gewinn- und Liquidationsanteil ihrer jeweiligen Division geben. Es fragt sich, ob dies mit dem geltenden Recht vereinbar ist:

2. Gewinn- und Liquidationserlös nur aus einer Geschäftsparte

Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob die X AG nur eine Dividende ausschüttet, wenn die gesamte Gesellschaft einen Bilanzgewinn erreicht hat, oder ob sie auf das Ergebnis der einzelnen Divisionen abstellt.

Gemäss OR 675 II dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn ausgerichtet werden. Der Bilanzgewinn muss sich dabei auf die *gesamte* Gesellschaft beziehen, nicht bloss auf einzelne Divisionen. Wäre dem nicht so, könnte die Gesellschaft am Ende des Jahres für einzelne gewinnbringende Sparten Dividenden ausbezahlen, obwohl die Gesellschaft insgesamt (d.h. nach "konsolidierten" Divisionsbilanzen) einen Verlust gemacht hat. Dies wäre eine Verletzung zwingender Gläubiger- und Kapitalschutzbestimmungen und somit nichtig (OR 675 II i.V.m. OR 706b Ziff. 3). Die Verteilung des Gewinns nach Divisionen ist damit überhaupt *nur möglich*, wenn die *Gesellschaft als Ganzes* einen *Bilanzgewinn erreicht* hat.

Die gleichen Überlegungen können für den Liquidationserlös angestellt werden: Die Vermögen der beiden Divisionen haften bei der Liquidation füreinander (OR 745). Eine anteilmässige

⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. § 7 N 13.

ge Verteilung des Vermögens kann damit – wenn überhaupt – erst nach Tilgung sämtlicher Gesellschaftsschulden erfolgen.

Diese Schranken vorausgesetzt ist zu prüfen, ob eine Verteilung des Gewinn- und Liquidationserlöses in der vorgesehenen Form zulässig ist.

Gegen die Zulässigkeit spricht, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche die Divisionen als selbständige Unternehmen resp. juristische Personen betrachtet, unzulässig ist. Die X AG *bildet rechtlich gesehen eine einzige Gesellschaft*. Der Bilanzgewinn, welcher gemäss OR 675 II die Grundlage für die Dividendenausschüttung bildet, stellt auf die ganze AG ab. Dasselbe gilt für die Verteilung des Liquidationserlöses nach OR 745. Auch können einzelne Divisionen nicht selbständig in Konkurs gehen. Hier wäre Anfechtbarkeit nach OR 706 II Ziff. 1 oder sogar Nichtigkeit wegen Verletzung der Grundstrukturen der AG nach OR 706b Ziff 3 gegeben.

Das grösste Problem beim vorgesehenen Vorgehen liegt wohl darin, dass dabei die Mitgliedschafts- und die Kapitalrechte der Aktionäre auseinanderfallen können: Für die Ausschüttung einer Dividende bedarf es der Zustimmung durch die Generalversammlung (OR 698 II Ziff. 4). Ein gültiger Beschluss muss gemäss OR 703 durch das absolute Mehr der vertretenen Aktionärsstimmen erfolgen. Ausgehend davon, dass beide Aktionärskategorien zu gleichen Teilen an der GV vertreten sind, müsste folglich, damit diese Mehrheit zustande kommt, immer auch ein Teil der Aktionäre der einen Division der Dividendenausschüttung für die andere Division zustimmen. Die Aktionäre können damit ihre Zustimmung zu einer Dividende verweigern, an welcher sie gar keine Rechte haben, weil sie gegenüber der AG und den Aktionären keine Pflichten mit Ausnahme der Liberierungspflicht (insbesondere keine Treuepflicht) haben^{8, 9}. So kann einerseits den Aktionären ihr Recht auf Dividende faktisch dauernd entzogen werden, was wiederum Anfechtbarkeit zur Folge hätte¹⁰. Andererseits wird durch die Tatsache, dass der Aktionär über vermögensmässige Rechte (und auch über andere Geschäfte, welche bloss die andere Division betreffen) abstimmen kann, woran er gar keine kapitalmässigen Rechte hat, das aktienrechtliche Prinzip, wonach sich die Stimmrechte nach den Vermögensrechten richten, verletzt¹¹. Zwar sieht das Aktienrecht Ausnahmen von diesem Grund-

⁸ Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (8. Auflage Bern 1998) § 16 N 124.

⁹ Eine solche Pflicht zur Zustimmung könnte höchstens in einem Aktionärsbindungsvertrag geregelt werden (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. § 16 N 125).

¹⁰ Beim Recht auf Dividende handelt es sich um ein relativ wohlverworbenes Aktionärsrecht, dessen übermässige Beeinträchtigung nach OR 706 II Ziff. 1 anfechtbar ist (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. § 16 N 223 und 225).

¹¹ Es handelt sich um den aktienrechtlichen Grundsatz "soviel Kapital – soviel Recht" (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O. § 16 N 13).

satz vor (Stimmrechtsaktien resp. Stimmrechtsbeschränkung), diese sind jedoch gesetzlich beschränkt. Deshalb verletzt das Vorgehen die Grundstrukturen der AG, womit die Kategorisierung nichtig ist (OR 706b Ziff. 3). Zu beachten ist allerdings, dass diese Problematik – Durchsetzung der Rechte einer privilegierten Gruppe – auch z.B. beim Vertretungsrecht nach OR 709 vorkommt. Es muss also in der Praxis möglich sein, diese gesetzlich vorgesehenen Rechte durchzusetzen (unter dem Vorbehalt wichtiger Gründe).

Für die Zulässigkeit der Bestimmung spricht, dass die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Gewinn- und Liquidationsanteil (OR 660 f, 745) dispositiver Natur sind, ja sogar ausdrücklich vorsehen, dass die Statuten einen abweichenden Verteilschlüssel vorsehen können¹². Geht man davon aus, dass es sich bei den A- und B-Aktien um *Vorzugsaktien* handelt, können insbesondere OR 660 III und 745 I angeführt werden, wonach die in den Statuten für einzelne Kategorien von Aktien festgesetzten Vorrechte vorbehalten bleiben.

Die Gleichbehandlung der Aktionäre wird durch das Vorgehen nicht verletzt, da alle Aktionäre im Zeitpunkt des Splits Aktien beider Kategorien bekommen. Ein zukünftiger Aktionär aber kann sich *nicht* auf das Gleichbehandlungsprinzip berufen, sondern muss sich die statutarische Ordnung der AG entgegenhalten lassen¹³. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Aktionäre durch die Kategorisierung die Möglichkeit erhalten, ihre Beteiligungen innerhalb der Gesellschaft zu diversifizieren, kann auch die Sachlichkeit der Massnahme bejaht werden.

Auch wird das relativ wohlerworbene Aktionärsrecht auf Dividende, welches zwar beschränkt, jedoch nicht gänzlich entzogen werden kann, nicht verletzt: Besitzt ein Aktionär Aktien nur einer Kategorie, wird ihm zwar das Recht auf Dividende an Bilanzgewinn der *anderen Division* gänzlich entzogen, nicht aber das Recht auf Dividende am Bilanzgewinn der *gesamten Gesellschaft*. Dasselbe gilt für den Liquidationserlös.

Fazit: Trotz dieser befürwortenden Argumente muss wohl insgesamt von der Unzulässigkeit der Bestimmung ausgegangen werden.

Zusätzliche Anmerkungen

Diese Art von Aktien werden "Tracking Stocks" genannt und sind im Ausland, v.a. in den USA, häufig. Sie ermöglichen den Aktionären eine Diversifizierung innerhalb einer Gesellschaft. Zudem kann durch die separate Börsenkotierung der Kategorien deren wirklicher Wert

¹² Es ist aber auch die Argumentation zulässig, wonach der Verteilschlüssel als solcher für die Gesellschaft als Ganzes vorgesehen ist.

¹³ Das Gleichbehandlungsprinzip schützt die Position eines Aktionärs, wie sie im Zeitpunkt der Zeichnung oder des Erwerbs der Aktie war (vgl. Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (Habil. Zürich 1994) 41).

besser bestimmt werden. Allerdings kann nach US-Recht der Verwaltungsrat die Dividende bestimmen, was die Problematik betreffend Zustimmung der anderen Aktionäre entschärft.

III. ARTIKEL Y

A. Erstellen von Quartalsabschlüssen

Gemäss OR 662 I hat der Verwaltungsrat für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht, bestehend aus der Jahresrechnung (zusammengesetzt aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang) und dem Jahresbericht zu erstellen. Gefordert ist also eine *jährliche Berichterstattung*; Zwischenberichte – wie Halbjahres- oder Quartalsberichte – verlangt das Aktienrecht – von der Ausnahme in OR 652a I Ziff. 5 abgesehen – keine. Ein Blick auf die Ratio von OR 662 I zeigt, dass der Gesetzgeber mit der jährlichen Berichterstattung über die finanzielle Lage der Gesellschaft eine *Mindestanforderung* an die Periodizität schaffen wollte, um zu verhindern, dass Gläubiger einer Gesellschaft – aber auch die Aktionäre als wirtschaftliche Eigentümer – über längere Zeit im Ungewissen gelassen werden können. Mithin verlangt OR 662 I also, dass – von möglichen Ausnahmen wie einem verlängertem Geschäftsjahr abgesehen – *mindestens einmal pro Jahr*, nämlich nach Ablauf des Geschäftsjahres, über die Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften der Gesellschaft Rechenschaft abgelegt wird. Einer Berichterstattung in kürzeren Perioden als der jährlichen steht die gesetzliche Ordnung demzufolge nicht im Wege.

Zu fordern ist aber immerhin, dass der jeweils vierte Abschluss nach drei erfolgten Quartalsabschlüssen den Anforderungen von OR 662 ff. genügen, mithin also nicht nur das letzte Quartal, sondern *das ganze Geschäftsjahr* der Gesellschaft wiedergeben muss.

Aber auch aus einem praktischen Blickwinkel ist nichts gegen einen quartalsweisen Abschluss einzuwenden, insbesondere dürfte der Vorteil des stets *aktualisierten Einblicks in den Geschäftsgang* für Aktionäre, Geschäftsleitung und Gläubiger den administrativen und finanziellen Mehraufwand überwiegen (und die Vorgehensweise liegt offensichtlich *im Interesse der Aktionäre*, die sich auf dieser Basis einen allfällig erwirtschafteten Gewinn als Dividende ausschütten lassen möchten).

Ungeachtet der Frage, ob ein auf einem Zwischenabschluss basierender Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf (zur Zulässigkeit einer solchen Interimsdividende sogleich unter B), ist zu sagen, dass ein Zwischenabschluss – selbst ein gesetzlich verlangter (siehe KR 65 II) – grundsätzlich nicht geprüft zu werden braucht. Dass die X AG ihre Quartalsabschlüsse von der – unabhängigen – Revisionsstelle prüfen lässt, erhöht deren Aussagekraft noch zusätzlich.

B. Ausschütten von Interimsdividenden

Auszugehen ist zunächst von der gesetzlichen Grundordnung bezüglich der Ausschüttung sog. *ordentlicher Dividenden*. Dividenden dürfen nach OR 675 II „nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden“.

Basis für die Ausschüttung der ordentlichen Dividende ist die Jahresbilanz, also die ordentliche, am Ende eines jeden Geschäftsjahres aufzustellende Bilanz¹⁴.

Um als Basis für den Dividendenbeschluss dienen zu können, muss diese Jahresbilanz geprüft¹⁵ und von der Generalversammlung genehmigt worden sein¹⁶.

Hiervon zu unterscheiden sind sog. *ausserordentliche Dividenden*, welche nicht im Rahmen der ordentlichen Generalversammlung, sondern zu einem späteren Zeitpunkt aus freien Gesellschaftsmitteln *vergangener Geschäftsjahre* beschlossen wird. Im Gesetz finden sich keine Bestimmungen über die Zulässigkeit solcher ausserordentlichen Dividenden. Die h.L. lässt solche Ausschüttungen mehrheitlich zu, teils ohne weitere Voraussetzungen¹⁷, mehrheitlich aber erst nach Überprüfung seitens der Revisionsstelle und einer Bestätigung derselben, wonach die Dividendenausschüttung im Einklang mit Gesetz und Statuten steht, wobei hierzu kein Revisionsbericht verlangt wird¹⁸.

Noch einmal anders präsentiert sich die Ausgangslage, wenn – wie dies Art. Y der Statuten der X AG vorsieht – *Gewinne des laufenden Geschäftsjahres vor Abschluss desselben* an die Aktionäre ausgeschüttet werden sollen¹⁹.

Eine solche sog. *Interimsdividende* basiert nicht auf der von OR 675 I i.V.m. OR 622 I geforderten Jahresrechnung, die ja zum Zeitpunkt der Ausschüttung noch gar nicht existieren kann. Auch wird sie nicht aufgrund des in der Jahresrechnung berechneten Bilanzgewinns ausge-

¹⁴ François Ruckstuhl: Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1974), 23.

¹⁵ OR 279c I.

¹⁶ OR 698 II Ziff. 4.

¹⁷ So Christoph von Greyerz: Die Aktiengesellschaft, in: Schweiz. Privatrecht VIII/7 (Basel/ Stuttgart 1982), 1 ff, 250.

¹⁸ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 40 N 54; Peter Kurer in Basler Kommentar zum OR II (2. A. Basel/ Frankfurt 2002) Art. 675 N 35; Ernst Robert Locher: Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1983), 164 ff.

¹⁹ Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996), N 1418; Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 40 N 55.

richtet, sondern aufgrund der laufenden Gewinn- und Verlustrechnung oder einer Zwischenbilanz²⁰.

Die Ausschüttung einer solchen Quartalsdividende ist v.a. in den USA verbreitet, in der Schweiz jedoch höchst umstritten. Die Lehre nimmt eine überwiegend ablehnende Haltung ein²¹ und eine einschlägige Rechtsprechung fehlt – soweit ersichtlich – gänzlich.

Gegen die Zulässigkeit der Ausrichtung einer Interimsdividende spricht zunächst einmal der Wortlaut des Gesetzes: Danach dürfen Dividenden nur aus dem *Bilanzgewinn* und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (OR 675 II). Der Bilanzgewinn setzt sich zusammen aus dem *Jahresgewinn* des vergangenen Jahres sowie aus dem Gewinn- oder Verlustvortrag früherer Jahre. Ein Bilanzgewinn kann mithin auch vorliegen, wenn die Gesellschaft im abgelaufenen Jahr einen Verlust erwirtschaftet hat, der Gewinnvortrag früherer Jahre diesen aber übersteigt²². Umgekehrt liegt aber kein Bilanzgewinn vor, wenn der Verlustvortrag aus früheren Jahren den Reingewinn des vergangenen Geschäftsjahres übersteigt²³. Abgestellt wird also nach dem Wortlaut des Gesetzes (OR 662 I) auf die *Jahresrechnung* (bestehend aus Erfolgsrechnung und Bilanz), welche den Geschäftsgang des *gesamten Geschäftsjahres* der Gesellschaft wiedergeben und mithin auch allfällige saisonale Schwankungen ausgleichen soll.

Die gesetzliche Norm von OR 675 II will sicherstellen, dass dem Aktionär ein Ertrag aus dem eingesetzten Kapital einzig in Form von *Dividenden aus tatsächlich erwirtschaftetem Gewinn* zufließt und damit insbesondere verhindern, dass die Gesellschaft irgendeine Ausschüttung vornimmt, ohne die gesetzlichen Vorschriften über die Bewertung ihres Vermögens und die Form der Beschlussfassung für Ausschüttungen zu beachten²⁴.

Weiter basiert eine vierteljährliche Ausschüttung des jeweils für das vergangene Quartal errechneten Gewinns nicht nur auf einem – wie gesehen an sich zulässigen – *Zwischenabschluss* an Stelle des gesetzlich verlangten Jahresabschlusses, sie könnte – trotz Erstellung eines Abschlusses und Prüfung durch die Revisionsstelle – dazu führen, dass über das ganze Geschäftsjahr betrachtet ein höherer Betrag ausgeschüttet wird, als dies auf Grund des Jahresabschlusses möglich wäre, nämlich dann, wenn zunächst Gewinne erzielt und ausgeschüttet werden, welche durch spätere Verluste aufgezehrt worden wären. Dies aber käme faktisch einer *Kapitalrückzahlung* gleich, indem den Aktionären mehr als das in der gesetzlich vorge-

²⁰ Ruckstuhl, a.a.O. 5; vgl. auch Werner von Steiger: Schweiz. Privatrecht VIII/2 (Basel/ Frankfurt 1982), 249.

²¹ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 40 N 55; Böckli, a.a.O. N 1418.

²² Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 675 N 14.

²³ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 40 N 32.

²⁴ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 675 N 1.

sehenen Periode selbst erwirtschaftete Vermögen ausgeschüttet würde, und die Aktionäre könnten im Umfange des Mehrbetrages rückerstattungspflichtig werden (OR 678 I)²⁵.

Geht man im Übrigen davon aus, dass auf das Erstellen eines Revisionsberichts zu Handen der GV in der Statutenbestimmung bewusst verzichtet wurde (ungeachtet der Frage, ob eine Ausschüttung ohne GV-Beschluss zulässig ist oder nicht), so wäre eine entsprechende Ausschüttung ohnehin nichtig (OR 729c II).

Für die Zulässigkeit der Ausschüttung von Interimsdividenden spricht, dass sie auf einer von der Revisionsstelle geprüften Bilanz und Erfolgsrechnung beruht, die nicht mehr als sechs Monate zurückliegt, den Grundsätzen der “true and fair view“ entspricht – mithin also über die vom OR geforderten Rechnungslegungsvorschriften hinausgeht – und dass die Reserven der X-AG die gesetzlich verlangten Reserven um ein Mehrfaches übersteigen. Der Vergleich mit den Vorschriften über die ordentliche Dividende zeigt, dass i.c. *sämtliche Schutzvorkehrungen eingehalten* werden, die gesetzlich vorgesehen sind, um eine ungerechtfertigte Dividendenausschüttung zu verhindern. Dass hierzu auch die Genehmigung der entsprechenden Abschlüsse und ein Gewinnverwendungsbeschluss durch die GV zählen, steht einer Ausschüttung zunächst einmal nicht im Wege, denn diese Frage ist unter C) separat zu behandeln. Aufgrund der Ratio des Gesetzes – Schutz vor ungerechtfertigter Ausschüttung – sollte also unter den gegebenen Umständen die quartalsmässige Ausschüttung von Interimsdividenden zulässig sein²⁶.

Selbst wenn man ihre Zulässigkeit i.c. verneinen sollte, könnte man die Statutenbestimmung dennoch als zulässig erachten, nämlich durch Konversion der vierteljährlichen Zahlungen an die Aktionäre in ein *Darlehen* resp. eine *Bevorschussung* auf die nach Ablauf des Geschäftsjahres auszuschüttende ordentliche Dividende. Solche sog. *Akontodividenden* (wobei der Terminus Dividende streng genommen nicht korrekt ist, da es sich rechtlich um ein Darlehen und nicht um eine Dividendenzahlung handelt²⁷) sind nach h. L. durchaus zulässig, erfordern allerdings eine entsprechende Verrechnung aller bezahlten Vorschüsse mit der tatsächlich auszubezahlenden ordentlichen Dividende, was zur Folge hat, dass allfällig zuviel bezahlte Beträge von der Gesellschaft zurückgefordert werden können (und müssen)²⁸.

Obgleich ein Geschäftsjahr üblicherweise ein Kalenderjahr dauert, sind bei der Gründung oder Verlegung des Abschlusstermins unter- oder überjährige Fristen möglich²⁹. Die X-AG könnte also ihr Geschäftsjahr verkürzen und so eine Dividende ausschütten. Dazu gilt es al-

²⁵ Vgl. Locher, a.a.O. 163.

²⁶ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 40 N 56.

²⁷ Vgl. Böckli, a.a.O. N 1419; Kurer, a.a.O. Ar. 675 N 37.

²⁸ Vgl. Böckli und Kurer, a.a.O.

²⁹ Vgl. Ruckstuhl, a.a.O. 41.

lerdings folgende Überlegungen zu beachten: Zunächst dürfte eine Ausschüttung wohl nur dann möglich sein, wenn das verkürzte Geschäftsjahr nicht viel weniger als 12 Monate dauert, da nur dann noch von einem Jahresabschluss i.S.d. Gesetzes gesprochen werden kann³⁰. Ein Geschäftsjahr von nur einem Quartal dürfte eine Dividendenausschüttung kaum rechtfertigen und es würde wohl eher dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, in diesem Falle das Geschäftsjahr auf 15 Monate zu verlängern, wonach eine Dividendenausschüttung ohne weiteres möglich wäre. Selbst wenn man aber eine Ausschüttung nach einem dermassen verkürzten Geschäftsjahr zulassen würde, wäre dies wohl nur im Einzelfall möglich; eine sich permanent wiederholende Verkürzung des Geschäftsjahres auf drei Monate nur zur Legitimation der Quartalsdividenden wäre wohl rechtsmissbräuchlich.

Dass eine mittelgrosse AG wie die X-AG ihre Bilanz und Erfolgsrechnung nach den Grundsätzen der “true and fair view“ erstellt ist zwar vom Gesetz nicht verlangt, doch stehen die Rechnungslegungsvorschriften des OR dem auch nicht per se entgegen, denn obwohl der Gesetzgeber bei der Aktienrechtsrevision von 1992 bewusst nicht zum Grundsatz der “true and fair view“ übergegangen ist, sondern am Prinzip des möglichst sicheren Einblicks festgehalten hat, ist der Unterscheidung kaum eine praktische Wirkung beizumessen³¹. Insbesondere verlangen beide Prinzipien vom Bilanzierenden, dass dieser alles unternimmt, um die Jahresrechnung möglichst aussagekräftig zu machen. Dem kann allerdings entgegengehalten werden, der Grundsatz der “true and fair view“ stehe im Widerspruch zum Aufwertungsverbot für Grundstücke und Beteiligungen über den Anschaffungspreis hinaus (OR 665) und bilde daher keine zulässige Ausgangslage für die Rechnungslegung der X-AG.

C. Dividendenausschüttung ohne GV-Beschluss

Ungeachtet der Frage bezüglich Zulässigkeit der Ausschüttung einer vierteljährlichen Interimsdividende ist zu prüfen, ob der in den Statuten der X-AG in Art. Y Abs. I a.E. vorgesehene Passus zulässig ist, wonach ein festgestellter Reingewinn ohne entsprechenden GV-Beschluss stets voll an die Aktionäre auszuschütten ist. Im Zentrum steht also die Frage, ob die GV ihr unentziehbares und unverzichtbares Recht, über den Reingewinn zu beschliessen, jeweils im Einzelfall und gestützt auf konkrete Ergebnisse ausüben muss oder ob eine generelle Regelung auf unbestimmte Zeit (bis zur Abänderung der entsprechenden Statutenbestimmung) möglich ist.

Das Gesetz sieht in OR 698 II Ziff. 4 die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende, als unübertragbare Befugnisse der GV vor. Diese kann eine Ausschüttung nur beschliessen, wenn in der Bilanz ein ausreichender Bilanzgewinn oder entsprechende Reserven ausgewiesen sind (OR 675 II) und wenn die Revisionsstelle überdies ausdrücklich bestä-

³⁰ Vgl. Ruckstuhl, a.a.O. 41.

³¹ Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (SR 83.015), 142.

tigt, dass die vorgesehene Ausschüttung Gesetz und Statuten entspricht (OR 728 I und 729 I). Obwohl über die Dividendenausschüttung normalerweise anlässlich der ordentlichen GV, welche die Jahresrechnung abnimmt, beschlossen wird, ist auch ein Beschluss über die Ausschüttung einer ausserordentlichen Dividende anlässlich einer ausserordentlichen GV möglich³². Daraus folgt, dass die Beschlussfassung über Dividendenausschüttungen weder zwingend anlässlich der ordentlichen GV zu erfolgen hat noch auf einen einzigen Ausschüttungsbeschluss pro Geschäftsjahr beschränkt ist. Somit könnten – unter Unterstellung ihrer Zulässigkeit – Interimsdividenden grundsätzlich vierteljährlich anlässlich dreier ausserordentlicher sowie der ordentlichen GV beschlossen werden. Einzuhalten wären dabei grundsätzlich an jeder GV alle gesetzlichen Vorschriften zur Beschlussfassung über eine Dividendenausschüttung: Vorliegen eines (Zwischen-) Abschlusses, welcher durch die Revisionsstelle geprüft wurde, Genehmigung dieses Abschlusses analog der Genehmigung der Jahresrechnung (OR 698 II Ziff. 4) aufgrund des schriftlichen Berichts der Revisionsstelle (analog OR 729 und 729c I) und unter Anwesenheit eines Revisors (OR 729c I) – worauf die GV allerdings im Einzelfall durch einstimmigen Beschluss verzichten könnte – sowie formelle Beschlussfassung über die Art und Höhe der Verwendung des Bilanzgewinnes³³.

I.c. soll mittels statutarischer Bestimmung jeder künftig festgestellte Quartalsgewinn vollumfänglich an die Aktionäre ausgeschüttet werden, ohne dass es dazu eines GV-Beschlusses bedarf. Obwohl die Statutenbestimmung nur auf den Gewinnverwendungsbeschluss explizit verzichtet, darf davon ausgegangen werden, dass – vorbehaltlich anderer wichtiger Traktanden – zumindest auf die drei ausserordentlichen GV's gänzlich verzichtet werden soll. Dies bedeutet aber, dass die X-AG mindestens drei der vier potentiellen Dividendenzahlungen (unterstellt wird hierbei die Durchführung der ordentlichen GV innerhalb sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres nach OR 699 II) vornimmt, ohne dass die GV den entsprechenden Zwischenabschluss genehmigt hat, ohne dass ihr der in OR 729c I zwingend vorgeschriebene Revisionsbericht vorgelegen hat und ohne dass ein förmlicher Beschluss über die Verwendung des Zwischenbilanzgewinns vorliegt.

Ohne die Durchführung einer GV ist es aber den Aktionären nicht nur verunmöglicht, den Zwischenabschluss, auf dem die Ausschüttung ja basiert, zu genehmigen, es ist ihnen auch nicht möglich, die ihnen vom Gesetz zugestandenen Mitwirkungs- und Schutzrechte wahrzunehmen, beispielsweise also von ihrem Recht auf Auskunft über das Zustandekommen einzelner Bilanzposten etc. Gebrauch zu machen. Den Entzug dieser zwingenden Rechte (OR 697 ff.) brauchen die dem fraglichen GV-Beschluss zu Art. Y der Statuten nicht zustimmenden Aktionäre (immerhin $\frac{1}{5}$ aller Stimmen) nicht hinzunehmen (OR 706 II Ziff. 2, 706b Ziff. 2).

³² Vgl. vorne unter B.

³³ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 675 N 25.

Selbst wenn man eine statutarisch festgelegte Ausschüttung ohne jeweiligen förmlichen GV-Beschluss zulassen wollte, müsste – um den gesetzlichen Bestimmungen von OR 729c nachzukommen – zumindest ein *Revisionsbericht* erstellt werden, den die Aktionäre einsehen können, und die fragliche Statutenbestimmung müsste wohl einstimmig gefasst werden, da mit ihr zugleich auch auf die Anwesenheit eines Revisors an den (zukünftig ja überhaupt nicht mehr stattfindenden) GV's verzichtet wird, was nach OR 729c III *nur durch einstimmigen Beschluss* möglich ist³⁴.

OR 729c II knüpft an Beschlüsse nach Abs. I, welche *ohne Vorliegen eines Revisionsberichts* gefasst wurden, die Rechtsfolge der *Nichtigkeit*³⁵. Dies muss umso mehr gelten, wenn über das Fehlen eines Revisionsberichts hinaus die in OR 729c I vorgesehenen Beschlüsse gar nicht gefasst werden.

Dem Argument, für die Ausschüttung einer ausserordentlichen Dividende werde nach h. L. zwar das Vorliegen einer Zwischenbilanz und die Prüfung derselben durch die Revisionsstelle, nicht aber ein Revisionsbericht verlangt, kann entgegengehalten werden, dass bei der ausserordentlichen Dividende ein *bereits tatsächlich erwirtschafteter Gewinn* (einfach zu einem späteren Zeitpunkt als an der ordentlichen GV) ausgeschüttet wird, die Prüfung mithin nur noch bestätigen muss, dass die Ausschüttung gesetzes- und statutenkonform ist, dass also der auszuschüttende Bilanzgewinn nicht zwischenzeitlich durch einen Verlust aufgezehrt worden ist³⁶, während im Gegensatz dazu bei der Interimsdividende Gewinne aus dem *laufenden Geschäftsjahr* ausgeschüttet werden

Zwar könnte man die Ansicht vertreten, es sei ja i.c. gerade die GV – und somit das nach OR 698 II Ziff. 4 zuständige Organ – welche über die Gewinnverwendung beschliesst, indem sie nämlich mittels einer generell-abstrakten Statutenbestimmung den Inhalt zukünftiger Gewinnverwendungsbeschlüsse festlegt, doch fordert die Ratio der gesetzlichen Bestimmungen über die Gewinnverwendung wohl einen *formellen Beschluss* der GV über die Ausschüttung der jeweiligen Dividenden³⁷, denn nur so kann gewährleistet werden, dass einerseits tatsächlich die jeweils wirtschaftlichen Eigentümer als Kapitalgeber über die Gewinnverwendung entscheiden können und dass andererseits die nötige Flexibilität in Bezug auf Reservebildung und Rückstellungen für allenfalls notwendige Investitionen etc. gewahrt bleibt.

Das bisher Gesagte spricht klar gegen die Zulässigkeit der fraglichen Statutenbestimmung.

Doch ist zu prüfen, ob sich nicht auch Argumente für deren Zulässigkeit finden lassen.

³⁴ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 22 N 37.

³⁵ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 22 N 36; Kurer, a.a.O. Art. 698 N 19.

³⁶ Vgl. vorne bei Anm. 18.

³⁷ Zu den formellen Voraussetzungen vgl. Kurer, a.a.O. Art. 698 N 21.

Unabhängig davon, ob die Ausschüttung ohne förmlichen GV-Beschluss zulässig ist oder nicht, kann gesagt werden, dass die Statuten grundsätzlich Bestimmungen über die Verwendung des Bilanzgewinns aufstellen können. Dies geht aus OR 660 I hervor. In der Praxis kommt es denn auch nicht selten vor, dass Gesellschaftsstatuten zum Schutze von Aktionärs-minderheiten die Ausschüttung einer Mindestdividende (z.B. von 5%) vorsehen – natürlich immer unter der Voraussetzung von OR 675 II. Wenn es aber zulässig ist, die Ausschüttung einer Mindestdividende statutarisch vorzuschreiben, so sollte dies grundsätzlich auch für eine höhere Prozentzahl möglich sein, im Maximalfall also auch für 100%, wie dies Art. Y der Statuten der X-AG vorsieht.

Weiter könnte etwa argumentiert werden, dass OR 698 II Ziff. 4 die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung und damit über die Ausrichtung von Dividenden in die Kompetenz der GV legt und überdies für *undelegierbar* erklärt³⁸, i.c. aber eben diese GV als dafür zuständiges Organ über die Einführung der fraglichen Statutenbestimmung beschliesst, die Beschlussfassung über die Dividendenausschüttung mithin nicht delegiert, wodurch das *Paritätsprinzip gewahrt* bleibt.

Dem Argument, der VR sei als Ausfluss dieser Statutenbestimmung faktisch in der Lage, über die tatsächliche Höhe (aber nicht über den prozentualen Anteil, der ja auf 100% festgelegt wird) der jeweils auszuschüttenden Dividende zu beschliessen, kann entgegengehalten werden, dass eine Rechnungslegung nach dem Grundsatz der “true and fair view“ dem VR in dieser Hinsicht wenig Handlungsspielraum lässt und dass die Quartalsabschlüsse darüber hinaus von einer unabhängigen (OR 727c) Revisionsstelle geprüft werden.

Aus Sicht der Gläubiger der X-AG ist ohnehin einzig von Interesse, dass der Gesellschaft kein Haftungssubstrat entzogen wird, was neben den einschlägigen Gesetzesvorschriften (OR 671, 674 I und 675 II) auch durch den zweiten Absatz von Art. Y der Statuten gewährleistet wird.

IV. ARTIKEL Z

A. Recht auf Vertretung im VR bei 20% Aktienkapital

Sofern in einer AG mehrere Aktienkategorien in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche bestehen, haben die Aktionäre jeder dieser Kategorien nach OR 709 I Anrecht auf Vertretung im VR. Zwar bestehen in der X-AG – deren Zulässigkeit einmal unterstellt – zwei verschiedene Aktienkategorien in Bezug auf vermögensrechtliche Ansprüche, nämlich die je am Gewinn einer Geschäftsdivision berechtigten Kategorien A und B, doch stellt der fragliche Art. Z der Statuten nicht etwa auf diese Aktienkategorien ab, sondern

³⁸ Das Gesetz spricht im Gegensatz zu den Kernkompetenzen des VR's in OR 716a bewusst nicht von unentziehbar, da die GV das oberste Organ einer AG ist (OR 698 I) und ihr daher von keinem übergeordneten Organ Kompetenzen entzogen werden können.

auf das (alleinige oder gemeinsame) Halten eines bestimmten Prozentsatzes des Aktienkapitals. Somit kann das vorgesehene Vertretungsrecht nicht unter OR 709 I subsumiert werden, allenfalls aber unter OR 709 II, was im Folgenden zu prüfen ist. OR 709 II sieht die Möglichkeit vor, zum Schutze von Minderheiten oder einzelner Aktionärsgruppen besondere statistarische Bestimmungen vorzusehen. Aus der systematischen Stellung der Marginalie zu OR 709 folgert die Lehre, dass es dabei (nur) um die *Vertretung im VR* geht, nicht aber um einen darüber hinausgehenden Minderheitenschutz³⁹. Solche statistarischen Bestimmungen können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein: Z.B. kann vorgesehen werden, dass die Mehrheit der Stimmen an der GV irgendeinen Aktionär der betreffenden Gruppe zu wählen hat, es kann aber auch ein unverbindliches – oder analog zu OR 709 I – ein verbindliches Vorschlagsrecht eingeräumt werden⁴⁰.

Ein Vertretungsrecht auf der Basis von OR 709 II wäre demnach grundsätzlich möglich, doch stellt sich die Frage, ob das statistarisch vorgesehene Kriterium (20% des Aktienkapitals) eine zulässige Konkretisierung des im Gesetz angeführten Minderheiten- oder Gruppenbegriffs darstellt. Während der Minderheitsbegriff ein relatives Kriterium darstellt, welches abhängig ist vom Verhältnis der Anzahl Aktionäre, Stimm- oder Vermögensrecht der einzelnen Gruppen zueinander, knüpft die Aktionärsgruppe als Oberbegriff an ein nach *aussen erkennbares* allgemeines Unterscheidungskriterium an und kann sowohl Aktionäre einer bestimmten Kategorie als auch Minderheiten umfassen⁴¹. Um von OR 709 II erfasst zu werden, muss einer solchen Aktionärsgruppe eine gewisse *Dauerhaftigkeit* zukommen; namentlich nicht erfasst werden etwa Interessenverbindungen bezüglich einzelner Traktanden oder blosse Zufallskoalitionen. Als Beispiele für Minderheiten oder Aktionärsgruppen werden in der Lehre etwa erwähnt: Im Unternehmen tätige Aktionäre, Familienstämme, Privataktionäre und Munizipalgemeinde, Gross- und Kleinaktionäre, Lieferanten und Abnehmer der Gesellschaft, Angehörige der Gründerfamilie, Partei-, Religions-, Sprach- oder Berufszugehörigkeit⁴². Der Gesellschaft steht es – im Gegensatz zur zwingenden Vorschrift von OR 709 I – frei, ob sie Schutzbestimmungen gemäss OR 709 II erlassen will, und sie kann den Begriff der Aktionärsgruppe selber statistarisch definieren⁴³. Zu entscheiden, ob eine irgendwie geartete Verbindung als “Gruppe“ i.S.v. OR 709 II anerkannt werden soll, ist Sache der GV der betreffenden Gesellschaft⁴⁴. In jedem Fall muss die Einräumung von Vertretungsrechten im VR aber an *sachlich gerechtfertigte Kriterien* anknüpfen und die allgemeinen Schranken des *Gleichbehandlungs-*

³⁹ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 709 N 20.

⁴⁰ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 27 N 89.

⁴¹ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 709 N 23.

⁴² Vgl. Eric Homburger in Zürcher Kommentar zum OR V 5b (Zürich 1997), N 197.

⁴³ Vgl. Homburger, a.a.O. N 197a.

⁴⁴ Vgl. Homburger, a.a.O.

gebots sowie den Grundsatz der *Wahl des VR durch die GV* (vgl. sogleich unter B) beachten⁴⁵. Ausgeschlossen ist auch die Einräumung eines VR-Mandates an Nicht-Aktionäre (OR 707 I).

Wie erwähnt sind etwa Gross- oder Kleinaktionäre von der Lehre durchaus anerkannte Gruppen i.S.v. OR 709 II. Wenn nun in der X-AG ein Aktionär allein 20% des Aktienkapitals auf sich vereint, ist er zwar noch weit davon entfernt, Mehrheitsaktionär zu sein, doch könnte er durchaus bereits als Grossaktionär der X-AG angesehen werden. Doch auch der Zusammenschluss mehrerer Kleinaktionäre mit dem Ziel, den Interessen der Kleinaktionäre im VR besser zum Durchbruch zu verhelfen (und zwar unabhängig von den beiden Divisionen), stellt wohl ein sachlich gerechtfertigtes Kriterium und ein durchaus probates Mittel des Minderheitenschutzes dar, hat ein derartiger Minderheitenvertreter als VR doch – im Gegensatz zu den Aktionären – ein umfassendes Einsichtsrecht in die Gesellschaftsangelegenheiten.

Das *Gleichbehandlungsgebot* ist durch das in Art. Z vorgesehene Vertretungsrecht nicht verletzt, zumal jeder Aktionär potentiell die Möglichkeit hat, sich mit anderen zu einer Gruppe der geforderten Grösse zusammen zu tun resp. selbst 20% des Aktienkapitals auf sich zu vereinigen. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn im Zeitpunkt der Einführung bereits ein Aktionär über 20% des Aktienkapitals verfügen würde. Sodann kann es – obgleich dies nicht von entscheidender Bedeutung ist – durchaus *im Interesse der Gesellschaft* liegen, sowohl Minderheiten wie auch Grossaktionäre in die Geschäftsführung einzubinden, denn während ein Grossaktionär keiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft untersteht, trifft ihn als Mitglied des VR sehr wohl eine solche (OR 717 I).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorgesehene Beteiligung von 20% für Aktionäre oder Aktionärsgruppen als Ausgestaltungsmöglichkeit von OR 709 II unproblematisch und klarerweise zulässig ist⁴⁶.

B. Entsendung ohne GV-Beschluss

OR 698 II Ziff. 2 legt die Wahl des Verwaltungsrates undelegierbar in die Hände der GV. Art. Z der Statuten sieht nun aber vor, dass einzelne Aktionäre oder Aktionärsgruppen, welche über 20% des Aktienkapitals verfügen, ihren Vertreter *ohne formelle Wahl* durch die GV in den VR entsenden können. Zwar delegiert die GV damit ihre Wahlkompetenz nicht an ein anderes Organ, sondern übt diese einmalig mit unbestimmt dauernder Gültigkeit aus, das Paritätsprinzip bleibt also gewahrt, doch werden damit dem Aktionär vom Gesetz zwingend gewährte Rechte entzogen (OR 706b Ziff. 1). Führt man sich die Regelung von OR 709 I vor Augen, wonach den Aktionären verschiedener Aktienkategorien die *Wahl* eines Vertreters in den VR zu sichern ist, so erkennt man, dass es sich hierbei nicht etwa um ein *Entsendungsrecht* handelt, welches das Gesetz einzig für Vertreter der öffentlichen Hand in sog. ge-

⁴⁵ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 709 N 25.

⁴⁶ Vgl. Alain Hirsch/ Peter Nobel: Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 ff, 134.

mischwirtschaftlichen Unternehmungen vorsieht (OR 762 I), sondern um ein *verbindliches Vorschlagsrecht* zu Handen der GV⁴⁷. Einem so vorgeschlagenen Vertreter kann die Wahl von der GV nur – aber immerhin – verweigert werden beim Vorliegen wichtiger Gründe wie etwa offensichtliche Unfähigkeit, das Amt eines VR auszuüben⁴⁸. Immer hat aber eine förmliche Wahl durch die GV zu erfolgen. OR 709 II liefert die gesetzliche Grundlage zur statutari-schen Erweiterung des Kreises der Vertretungsberechtigten von OR 709 I. Damit ist aber auch klar, dass ein Vertretungsrecht nach OR 709 II denselben formalen Wahlanforderungen genü- gen muss, wie sie in OR 709 I vorgesehen sind⁴⁹. Die Gewährung eines absolut bindenden Entsendungsrechts ohne Wahl durch die GV verstösst also gegen das Gesetz und entzieht den nicht zustimmenden Aktionären zwingend gewährte Mitwirkungsrechte. Möglich ist dagegen die Gewährung eines verbindlichen Vorschlagsrechts unter Vorbehalt wichtiger Gründe ana- log Abs. 1⁵⁰.

⁴⁷ Vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O. § 27 N 81; Homburger, a.a.O. N. 205; Kurer, a.a.O. Art. 709 N 11.

⁴⁸ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 709 N 14.

⁴⁹ Vgl. Kurer, a.a.O. Art. 709 N 27.

⁵⁰ Vgl. Kurer, a.a.O.