Obligationenrecht

Letzte Änderung: 04.05.2026

PDF erstellt am: 16.09.2026

ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Art. 11 OR 5
Art. 12 OR 13
Art. 50 OR 19
Art. 51 OR 31
Art. 84 OR 43
Art. 97 OR 71
Art. 98 OR 85
Art. 99 OR 91
Art. 100 OR 101
Art. 143 OR 117
Art. 144 OR 125
Art. 145 OR 133
Art. 146 OR 141
Art. 147 OR 147
Art. 148 OR 153
Art. 149 OR 161
Art. 150 OR 167
Art. 633 OR 175
Art. 701 OR 195
Art. 713 OR 211
Art. 715 OR 231
Art. 715a OR 243
Art. 734f OR 259
Art. 785 OR 303
Art. 786 OR 311
Art. 787 OR 325
Art. 788 OR 333
Art. 808c OR 345
Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020 439

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 11 OR

Eine Kommentierung von Susanne Brütsch

ZITIERVORSCHLAG

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 11 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Brütsch, N XXX zu Art. 11 OR.

Art. 11 OR

[1] Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.

[2] Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.

GLIEDERUNG

I. Das Prinzip: Die Freiheit der Form 7
II. Arten von Formerfordernissen 7
A. Einfache Schriftform 7
B. Qualifizierte Schriftform 8
C. Öffentliche Beglaubigung 8
III. Umfang der Formerfordernisse 9
IV. Rechtswirkungen 9
A. Allgemeines 9
B. Im Falle der Nichteinhaltung der Formvorschriften 10
V. Internationales Privatrecht 11
Bibliografie 11

I. DAS PRINZIP: DIE FREIHEIT DER FORM

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit, Art. 11 Abs.. 1 OR die Formfreiheit als Regelfall fest. Verträge bedürfen demnach nur (noch) dann einer besonderen Form, wenn eine solche durch (Bundes-)Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist. Entgegen ihrem Wortlaut gilt die Regel von Art. 11 OR entgegen ihrem Wortlaut nicht nur für Verträge, sondern für jeden Rechtsakt. 1

Formvorschriften haben mehrere Zwecke. In erster Linie haben sie eine abschreckende Wirkung, um die Parteien davon abzuhalten, übereilt Verträge abzuschliessen. Formvorschriften dienen auch dazu, Rechtssicherheit zu schaffen und die schriftliche Vereinbarung der Parteien eindeutig zu belegen. Sie erhöhen die Transparenz, indem sie den Rechtsakt in einer physischen Form verkörpern und einen Rechtsakt für Dritte (z. B. auch für Registrierungsbehörden) wahrnehmbar und sichtbar machen. 2

Ist für die Wirksamkeit eines Rechtsakts eine bestimmte Form vorgeschrieben, müssen die Parteien das Formerfordernis unabhängig davon einhalten, ob dessen Zweck (wie oben beschrieben) im konkreten Fall anderweitig gewährleistet ist. Die Einhaltung der Formvorschriften ist gesondert und unabhängig von der materiellen Wirksamkeit des Rechtsakts und seiner Auslegung zu beurteilen und zu prüfen. 3

Gesetzliche Formvorschriften sind nach dem Grundsatz der favor negotii eng auszulegen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Formvorschriften zwingendes Recht sind und als solches nicht der Disposition der Parteien unterliegen. Gleichwohl können die Parteien eine strengere Form vereinbaren, als sie das Gesetz vorsieht (vgl. Art. 16 Abs. 1 OR). 4

II. ARTEN VON FORMERFORDERNISSEN

A. Einfache Schriftform

Die "einfache Schriftlichkeit" ist die mildeste aller Formvorschriften. Erforderlich ist, dass die Willenserklärungen schriftlich auf einem körperlichen Gegenstand jeglicher Art abgegeben werden oder zumindest die 5

Erklärung in einer Weise aufgezeichnet wird, die eine dauerhafte, unveränderte Wiedergabe in Textform ermöglicht.

6 Weitere spezifische Anforderungen sind abschliessend in Art. 12-15 OR. Insbesondere muss die Vertragsurkunde (oder der Vertragsgegenstand) von jeder Partei unterzeichnet werden, der sie Verpflichtungen auferlegt (vgl. im Falle einer Abtretungsvereinbarung Art. 165 OR).

B. Qualifizierte Schriftform

7 Die qualifizierte Schriftlichkeit erfordert die Einhaltung zusätzlicher formeller oder inhaltlicher Erfordernisse wie die handschriftliche Unterzeichnung eines ganzen Textes (z.B. bei einem Testament, Art. 505 Abs. 1 ZGB) oder die Verwendung bestimmter behördlich vorgeschriebener Formulare (z.B. bei der Kündigung von Wohn- oder Gewerbemietverträgen, Art. 266l Abs. 2 und Art. 269d OR).

C. Öffentliche Beglaubigung

8 Die öffentliche Beurkundung ist das strengste Formerfordernis. Die Vereinbarung der Parteien (oder der Rechtsakt) muss von einer vom Staat offiziell mit dieser Aufgabe betrauten Person (z. B. einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde oder einem Notar) gemäß den geltenden Verfahren beurkundet werden.

9 Dieses Formerfordernis gilt in der Regel immer dann, wenn der Rechtsakt die Grundlage für eine (obligatorische) Eintragung in öffentliche Register bildet (z.B. bei Grundstücksgeschäften) oder besonders sensibel ist (z.B. bei Ehe- oder Erbverträgen).

10 Nicht das Bundesrecht, sondern das Recht der Kantone regelt die Art und Weise, wie öffentliche Urkunden in ihrem Gebiet errichtet werden (Art. 55 Abs. 1 des Schlusstitels des ZGB). Im Sinne von Mindeststandards wird der Notar die Vereinbarung der Parteien wahrheitsgetreu und vollständig niederschreiben, den beurkundeten Text in deren Anwesenheit vorlesen und sie um ihre Zustimmung bitten, dass der Text ihre Vereinbarung wiedergibt. Die notarielle Beurkundung wird mit der Versiegelung und Unterzeichnung der Urkunde mit Ort und Datum abgeschlossen.

III. UMFANG DER FORMERFORDERNISSE

Der Umfang der Formvorschriften richtet sich nach Bundesrecht. 11

Während das Gesetz in einigen Fällen die Formerfordernisse auf einen bestimmten Rechtsakt als Ganzes ausdehnt (z.B. bei der Veräusserung von Grundstücken, die der öffentlichen Beurkundung nach Art. 216 Abs. 1 OR), können die Formvorschriften auch nur bestimmte Teile/Klauseln betreffen, die typischerweise in einem umfassenderen Vertragswerk enthalten sind (z.B. Konkurrenzverbote in Arbeitsverträgen, vgl. Art. 340 Abs.. 1 OR oder im Falle von persönlichen Bürgschaften, vgl. Art. 493 OR). 12

Allerdings unterliegen nur die so genannten objektiv oder subjektiv wesentlichen Teile einer Vereinbarung (essentialia negotii) den Formvorschriften. Da das Gesetz diese Unterscheidung nicht näher regelt, ist es vor allem die Rechtsprechung, die die (objektiv und subjektiv) wesentlichen Teile einer Vereinbarung im Hinblick auf ihren Zweck und ihre Rechtsnatur bestimmt. 13

Die Formvorschriften gelten auch für Änderungen des Hauptvertrags (vgl. Art. 12 OR) und können sich sogar auf Nebenabreden erstrecken, wenn diese mit dem Hauptvertrag verbunden sind. 14

IV. RECHTSWIRKUNGEN

A. Allgemeines

Die Einhaltung der Formvorschriften der einfachen oder qualifizierten Schriftform führt nicht zu einer erhöhten Beweiskraft. Allein aus diesem Umstand können keine Rückschlüsse auf die inhaltliche Richtigkeit des Dokuments oder die Echtheit der Unterschriften gezogen werden. 15

Allerdings stellen gemäß Art. 9 ZGB stellen öffentliche Urkunden jedoch einen vollen Beweis für die durch sie bezeugten Tatsachen dar, es sei denn, ihr Inhalt erweist sich als unrichtig. Darüber hinaus können öffentliche Urkunden unter bestimmten Voraussetzungen wie gerichtliche Entscheidungen gemäß Art. 347 CPC und dem DEBA vollstreckt werden. 16

B. Im Falle der Nichteinhaltung der Formvorschriften

17 Rechtshandlungen oder Verträge, die den geltenden Formvorschriften nicht genügen, gelten als nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR).

18 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet Ungültigkeit Nichtigkeit. Eine solche Nichtigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen und kann jederzeit (ohne Verjährung) und auch von Dritten geltend gemacht werden, die an dem nichtigen Rechtsverhältnis nicht unmittelbar beteiligt sind. Diese strenge Auffassung wird hingegen von der Rechtslehre in Frage gestellt, die eine Einzelfallprüfung befürwortet. Dennoch sah das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid keine Notwendigkeit, seine Rechtsprechung zu revidieren und ging nicht auf die Kritik der Rechtslehre ein.

19 Wenn nur bestimmte Teile eines Vertrages den Formvorschriften nicht genügen, kann in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR angenommen werden (es sei denn, die Parteien hätten den Vertrag ohne den unwirksamen Teil überhaupt nicht geschlossen).

20 Ist ein Vertrag wegen Nichterfüllung der Formvorschriften (endgültig) ungültig, so kann keine Partei Erfüllung verlangen oder Schadenersatz fordern (abgesehen von Sonderfällen wie Verschulden bei Vertragsabschluss), und die Parteien müssen einander das, was sie bereits ausgetauscht oder gezahlt haben, nach den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) oder des Sachenrechts (rei vindicatio, Art. 641 Abs. 1 ZGB) zurückgeben. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Vertrag selbst (abgesehen von der Formvorschrift) vollständig gültig war. In diesem Fall kann eine Partei weder die Erfüllung des Vertrages noch eine Entschädigung verlangen. In einigen Fällen bejaht das Bundesgericht jedoch einen Anspruch auf Vertrauensschaden oder Verschuldenshaftung.

21 Haben jedoch beide Parteien ihre Pflichten aus dem Vertrag trotz dessen Ungültigkeit (und in voller Kenntnis davon) erfüllt oder hat eine Partei die formelle Ungültigkeit des Vertrages bewusst herbeigeführt, so kann die nachträgliche Geltendmachung der Ungültigkeit des Vertrages als Rechtsmissbrauch qualifiziert werden (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob dies der Fall ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Verhaltens der Parteien bei und nach Vertragsschluss, beurteilt werden.

Schließlich kann ein formell ungültiger Rechtsakt, wenn er alle Voraussetzungen eines anderen Vertragstyps erfüllt, in einigen Fällen in einen solchen umgedeutet werden (durch "Umwandlung", Art. 18 OR). 22

V. INTERNATIONALES PRIVATRECHT

Nach der allgemeinen Regel des Art. 124 IPRG sind Verträge gültig, wenn sie den Anforderungen des auf sie anwendbaren Rechts oder des Rechts des Ortes, an dem sie geschlossen wurden, genügen. Für bestimmte Arten von Verträgen können jedoch besondere Regeln gelten. So unterliegen beispielsweise Verträge über Grundstücke grundsätzlich der lex rei sitae (vgl. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 PILA). 23

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 11. Edition, 2020.

Gauch Peter/Stöckli Hubert: Präjudizienbuch OR, die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Edition, 2021 (zit. [Author], Präjudizienbuch).

Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014 (zit. KUKO OR-[Author]).

Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Edition, 2016 (zit. CHK-[Author]).

Müller Christoph, in: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 CO (...), 2018 (zit.: BK-Müller).

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6. Edition, 2019.

Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR CO I-[Author]).

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, 2020 (cit. BSK OR I-[Author]).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 12 OR

Eine Kommentierung von Susanne Brütsch

ZITIERVORSCHLAG

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Brütsch, N. XXX zu Art. 12 OR.

II. Schriftlichkeit

1. Gesetzlich vorgeschriebene Form

a. Bedeutung

Art. 12

Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.

GLIEDERUNG

I. Zweck und Anwendungsbereich von Art. 12 CO 15
II. Änderung und Ergänzung eines Vertrags 15
III. "Ergänzende Sicherheitsklauseln" 16
IV. Art. 12 OR vs. 115 OR 16
V. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung von Art. 12 OR 17
Literaturverzeichnis 17

I. ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH VON ART. 12 CO

Art. 12 OR ist im Prinzip eine Ergänzung zu Art. 11 OR. Sofern keine besonderen Bestimmungen gelten, erweitert Art. 12 OR die Formerfordernisse von Verträgen und Rechtshandlungen im Sinne von Art. 11 OR auf deren Abänderungen. Entgegen seinem Wortlaut ist Art. 12 OR nicht nur dann, wenn das Gesetz für eine gerichtliche Handlung die einfache Schriftform vorschreibt, sondern auch im Falle der öffentlichen Beurkundung. Allerdings ist Art. 12 OR findet jedoch keine Anwendung, wenn die Parteien eine bestimmte Form vereinbart haben (vgl. Art. 16 OR). 1

II. ÄNDERUNG UND ERGÄNZUNG EINES VERTRAGS

Einen Vertrag oder eine bestimmte Bestimmung darin zu ändern, bedeutet entweder (i) den Vertrag zu modifizieren oder (ii) den Vertrag durch Hinzufügung zusätzlicher Bestimmungen zu ergänzen, ohne seinen wesentlichen Inhalt zu verändern. 2

- Die Änderung eines Vertrags bedeutet, dass eine Vertragsbestimmung entweder vollständig gestrichen oder durch eine andere ersetzt wird (z. B. durch Änderung einer bestimmten Frist, durch Zulassung von Ratenzahlungen anstelle von Pauschalbeträgen oder durch Änderung des Pfands usw.). Art. 12 OR findet auch Anwendung, wenn ein Vertrag in seiner Gesamtheit auf einen Dritten übertragen wird. Allerdings findet Art. 12 OR findet jedoch keine Anwendung, wenn die Parteien bereits bestehende vertragliche Verpflichtungen weiter beschreiben oder definieren. Dies kann in jeder Form geschehen.
- Mit einer Vertragsergänzung gemäss Art. 12 OR fügen die Parteien ihrem bestehenden (formbedürftigen) Vertrag eine Bestimmung hinzu.

In der Praxis können Verträge entweder durch (i) Vernichtung der alten und Ausstellung neuer Vertragsdokumente/-bescheinigungen, (ii) Ausstellung eines separaten Nachtrags zum bestehenden Vertrag oder (iii) handschriftliche Korrektur der betreffenden Bestimmung(en) geändert/ergänzt werden. Von der letztgenannten Methode ist jedoch abzuraten, da es schwierig ist, den Nachweis für die Zukunft zu erbringen. 3

III. "ERGÄNZENDE SICHERHEITSKLAUSELN"

4 Als Ausnahme von der obigen Regel verweist Art. 12 OR auf "ergänzende Nebenbestimmungen" oder "stipulations complémentaires", die im Englischen als "supplementary collateral clauses" eines Vertrags bezeichnet werden.

5 Solche "Nebenbestimmungen", die einen Vertrag lediglich präzisieren oder ergänzen oder nur unwesentliche Klauseln eines Vertrags betreffen, müssen keine besonderen Formvorschriften erfüllen, es sei denn, die Bestimmung(en) steht/stehen im Widerspruch zum ursprünglichen Dokument. Widerspricht eine "Nebenabrede" jedoch dem Hauptvertrag, muss aber selbst keinen besonderen Formvorschriften genügen (d.h. wenn sie weder subjektiv noch objektiv wesentliche Punkte eines Vertrages enthält), kann sie nach dem Bundesgericht und der überwiegenden Rechtslehre ohne Formvorschriften abgeschlossen werden.

IV. ART. 12 OR VS. 115 OR

6 Art. 115 OR hat Ähnlichkeiten mit Art. 12 OR. Gemäss Art. 115 OR ist für das Erlöschen einer Forderung durch Vereinbarung keine bestimmte Form erforderlich, auch wenn die Verpflichtung selbst nicht übernommen werden könnte, ohne dass bestimmte vom Gesetz vorgeschriebene oder von den Parteien gewählte Formerfordernisse erfüllt sind. Dies bedeutet, dass eine Partei unter bestimmten Voraussetzungen eine Schuld erlöschen lassen kann, ohne eine bestimmte Form einzuhalten.

7 Um zu verhindern, dass die Vertragsparteien Art. 12 OR zu umgehen, haben Rechtslehre und Rechtsprechung bestimmte Theorien entwickelt, um zwischen den beiden Bestimmungen zu unterscheiden. Bei einseitigen Verträgen (bei denen nur eine Partei auf eine Forderung verzichtet), soll Art. 115 OR den Vorrang vor Art. 12 OR. Allerdings ist Art. 115 OR im Falle eines (synallagmatischen) Vertrags nicht anwendbar, es sei denn, alle Verpflichtungen werden vollständig aufgehoben und der Vertrag wird in seiner Gesamtheit widerrufen. Daher fällt der Abschluss eines (außergerichtlichen) Vergleichs nicht in den Anwendungsbereich von Art. 12 OR (da es sich nicht um eine "Änderung" handelt, siehe oben Abschnitt II) und kann daher ohne jegliche Formvorschriften abgeschlossen werden.

Wird eine Verpflichtung lediglich für eine Partei reduziert oder abgeschwächt, wie es der Fall ist, wenn nur die Verpflichtung einer Partei aufgehoben oder geändert wird, bleibt Art. 12 OR anwendbar (da dies höchstwahrscheinlich eine negative Auswirkung auf die Verpflichtung(en) der anderen Partei hat). 8

In der Praxis ist zu beachten, dass insbesondere bei der öffentlichen Beurkundung die widerrufene Urkunde (z.B. ein Grundstücksgeschäft) noch im Grundbuch erscheinen kann (worauf sich Dritte in gutem Glauben berufen können). 9

V. RECHTSFOLGEN BEI NICHTBEACHTUNG VON ART. 12 OR

Ändern die Vertragsparteien ihren Hauptvertrag, ohne die Formvorschriften einzuhalten, so gilt die Änderung als ungültig. Der "alte" Vertrag bleibt in Kraft. 10

LITERATURVERZEICHNIS

Brütsch Susanne, Commentary to Art. 11 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (eds.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://onlinekommentar.ch/en/kommentare/or11, visited on 30.5.2023, (cit. OK-Brütsch).

Gauch Peter/Stöckli Hubert, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), 10. Edition, Zurich 2021.

Jäggi Peter, Commentary to Art. 12 CO, in: Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter (eds.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Edition, Zurich 1973 (cit. ZK-Jäggi).

Müller Christoph, Commentary to Art. 12 CO, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (cit. BK-Müller).

Schmidlin Bruno, Commentary to Art. 12 CO, in: Kramer Ernst/Scmidlin Bruno (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (cit. BK-Schmidlin).

Schwenzer Ingeborg, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, Basel 2019 (cit. BSK-Schwenzer).

Xoudis Julia, Commentary to Art. 12 CO, in: Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR-Xoudis).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 50 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 50 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 50 OR.

VI. Haftung mehrerer

1. Bei unerlaubter Handlung

Art. 50

[1] Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch.

[2] Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.

[3] Der Begünstiger haftet nur dann und nur soweit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat.

GLIEDERUNG

I. Allgemeine Bemerkungen 21
A. Begriff der gesamtschuldnerischen Haftung 21
B. Vollkommene und unvollkommene Gesamtschuldnerschaft 21
II. Die gesamtschuldnerische Haftung nach Abs. 1 22
A. Voraussetzungen 22
1. Gemeinsame Verursachung des Schadens 22
2. Gemeinsames Verschulden 23
3. Arten von Schädigern 24
B. Gesamtschuldnerische Haftung als Rechtsfolge 24
III. Rückgriff zwischen den Gesamtschuldnern nach Abs. 2 25
A. Rückgriff und Forderungsübergang 25
B. Umfang des Rückgriffs 26
C. Verjährung des Rückgriffsanspruchs 26
IV. Haftung des Gehilfen nach Abs. 3 27
Literaturverzeichnis 27

I. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

A. Begriff der gesamtschuldnerischen Haftung

Haben mehrere Schädiger gemeinsam einen Schaden verursacht, so haften sie dem Geschädigten als Gesamtschuldner (Art. 50 Abs. 1 OR). Dies bedeutet, dass jeder Schädiger für die gesamte Schuld haftet (Art. 143 Abs. 1 OR). Folglich kann der Geschädigte den gesamten Schaden bei einem einzigen Schädiger geltend machen. Der Geschädigte kann auch mehrere Schädiger verklagen oder einen oder alle Schädiger nur für einen Teil des Schadens in Anspruch nehmen (Art. 144 Abs. 1 OR). Sein Anspruch kann jedoch nur einmal befriedigt werden. Das Verhältnis zwischen dem Geschädigten einerseits und den solidarisch haftenden Schädigern andererseits wird als Aussenverhältnis bezeichnet. 1

Wird ein Schädiger vom Geschädigten für einen Betrag in Anspruch genommen, der seine Verantwortung übersteigt, so kann er den überzahlten Betrag im Aussenverhältnis von den anderen Schädigern verlangen (Art. 50 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 148 Abs. 2 OR). Das Verhältnis zwischen den Schädigern wird als Innenverhältnis bezeichnet. 2

B. Vollkommene und unvollkommene Gesamtschuldnerschaft

Das Bundesgericht unterscheidet zwischen der sogenannten vollkommenen und der unvollkommenen Solidarhaftung. Eine vollkommene Solidarhaftung liegt vor, wenn das Gesetz ihre Anwendung ausdrücklich vorsieht. Art. 50 Abs. 1 OR sieht ausdrücklich eine Solidarhaftung vor, wenn ein gemeinsames Verschulden der Beteiligten vorliegt. Demgegenüber liegt eine unvollkommene Solidarhaftung vor, wenn das Gesetz die Solidarhaftung nicht ausdrücklich anerkennt, sondern seine Regeln sinngemäss angewendet werden (Solidarhaftung per analogiam). Nach Art. 51 Abs. 1 OR richtet sich das Rückgriffsrecht auf andere Schädiger, die für denselben Schaden aus verschiedenen Rechtsgründen haften, im Gegensatz zum Mitverschulden nach den Bestimmungen von Art. 50 Abs. 2 OR. Die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs im Innenverhältnis setzt die Solidarhaftung im Aussenverhältnis voraus. 3

4 Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung des Bundesgerichts zeigt sich in drei Fällen: (1) in Fällen der unvollkommenen Solidarhaftung, in denen die Handlungen eines Klägers, die die Verjährungsfrist gegenüber einem Schädiger nach Art. 136 Abs. 1 OR die Verjährungsfrist gegenüber einem Schädiger unterbricht, keine Wirkung gegenüber den anderen Schädigern haben; (2) wenn der Übergang der Rechte des Gläubigers nach Art. 149 OR nur bei vollkommener Solidarhaftung gilt; und (3) bei unvollkommener Solidarhaftung, wenn das Bundesgericht davon ausgeht, dass einzelne Kürzungsgründe nicht ausgeschlossen sind. Dennoch ist bei der Geltendmachung einzelner Kürzungsgründe große Zurückhaltung geboten. Mit Ausnahme der drei genannten Fälle stimmen die vollkommene und die unvollkommene Solidarhaftung in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen weitgehend überein, zumal das Bundesgericht die Bestimmungen zur (vollkommenen) Solidarhaftung in Art. 143 ff. OR analog zu seiner Anwendung der unvollkommenen Solidarhaftung anwendet.

5 In der Rechtswissenschaft stösst die Unterscheidung auf Kritik. Die Mehrheit lehnt eine Unterscheidung zwischen vollkommener und unvollkommener Solidarhaftung ab. Begründet wird dies damit, dass die Einführung von Art. 51 OR vom Gesetzgeber eher zufällig eingeführt wurde und die vergleichbare Interessenlage der beiden Arten der gesamtschuldnerischen Haftung eine Unterscheidung nicht rechtfertigen würde. Zudem wird argumentiert, dass die Relevanz der unterschiedlichen Rechtsfolgen gering sei und dass aufgrund eines ungeschriebenen Grundsatzes im Deliktsrecht im Außenverhältnis grundsätzlich eine gesamtschuldnerische Haftung bestehen sollte. Einige Autoren befürworten die Differenzierung.

II. DIE GESAMTSCHULDNERISCHE HAFTUNG NACH ABS. 1

A. Voraussetzungen

1. Gemeinsame Verursachung des Schadens

6 Die gesamtschuldnerische Haftung des Art. 50 Abs.. 1 OR setzt voraus, dass mehrere Schädiger an der Entstehung eines Schadens mitwirken und dass die Mitwirkung jedes Einzelnen als rechtlich kausal für den Schaden festgestellt wird. Ein Ereignis ist rechtlich kausal, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung für sich allein geeignet ist,

ein Ergebnis der eingetretenen Art herbeizuführen. Dabei ist es unerheblich, wer die endgültige Ursache des Schadens herbeigeführt hat.

Der Schaden im Sinne von Art. 50 OR umfasst in erster Linie den deliktischen Schaden, d.h. den Schaden, der aus der Verletzung eines gesetzlich geschützten Rechts oder einer vermögensschützenden Verhaltensnorm entstanden ist. Auch Schadenersatzansprüche für persönliches Leid werden von der Verordnung erfasst. Für vertragliche Schäden ist Art. 50 OR über Art. 99 Abs. 3 OR. 7

Die gemeinsame Verursachung kann einerseits durch eine gemeinsame Handlung der Beteiligten erreicht werden. Andererseits können auch getrennt vorgenommene Handlungen, die aber einen gemeinsamen Zweck verfolgen, zu einer gesamtschuldnerischen Haftung führen. So ist es für eine Gruppe von Schädigern nicht von Vorteil, wenn sie ihre Handlungen (zeitlich oder örtlich) trennen, aber ein gemeinsames Ziel verfolgen oder einen einheitlichen Schaden verursachen. 8

Art. 50 Abs. 1 OR umfasst auch rechtlich "gemeinsame" Handlungen. Das schuldhafte Verhalten eines Organs einer juristischen Person verpflichtet sowohl das Organ (Art. 55 Abs. 3 ZGB) als auch die juristische Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB), was zu einer gesamtschuldnerischen Haftung führt. 9

Es bleibt festzuhalten, dass auch die Unterlassung einer pflichtwidrigen Handlung einen Schaden verursachen und damit zur Mitverursachung beitragen kann. 10

2. Gemeinsames Verschulden

Die gesamtschuldnerische Haftung nach Art. 50 Abs. 1 OR setzt ein gemeinsames Verschulden der Schädiger voraus. Voraussetzung ist, dass die Beteiligten das pflichtwidrige Verhalten des anderen kennen oder kennen konnten. Dies ist der Fall, wenn die Beteiligten den gemeinsamen Schaden beabsichtigen, den gemeinsamen Schaden lediglich als Mittel zum Zweck ansehen, ihn im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nehmen oder den Schaden nicht als Folge ihrer gemeinsamen pflichtwidrigen Sorglosigkeit (Fahrlässigkeit) betrachten. Der individuelle Verschuldensgrad der Beteiligten ist für die gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis unerheblich. Der Geschädigte kann alle Schädiger auf den gesamten Betrag in Anspruch 11

nehmen. Nur im Innenverhältnis wird auf das jeweilige individuelle Verschulden abgestellt.

12 Wenn die Schädiger unabhängig voneinander handeln und sich ihres Zusammenwirkens nicht bewusst sind, liegt kein gemeinsames Verschulden vor. Eine vollkommene gesamtschuldnerische Haftung ist daher nicht gegeben. Vielmehr liegt eine Anspruchskonkurrenz vor, die nach Art. 51 OR BEHANDELT WIRD. Ein Mitverschulden wird auch dann verneint, wenn einen Schädiger kein Verschulden trifft, wie bei einem Kind, das möglicherweise urteilsunfähig ist (vgl. Art. 16 und 18 ZGB). Solange die Haftung nicht feststeht, gibt es im Außenverhältnis keine gesamtschuldnerische Haftung.

3. Arten von Schädigern

13 Art. 50 Abs.. 1 OR nennt als Deliktsarten den Anstifter, den Täter und den Gehilfen und stellt zudem klar, dass diese Kategorien im Aussenverhältnis irrelevant sind. Der Grad der Beteiligung und des Verschuldens wird nur im Innenverhältnis berücksichtigt. Dennoch gilt nicht jede Mitwirkungshandlung als rechtlich kausal für den eingetretenen Schaden, und nicht jede Mitwirkungshandlung, die einen fördernden Einfluss hat, erfüllt diese Voraussetzung. Es ist ein hinreichend enger Zusammenhang mit der Handlung selbst erforderlich.

14 Neben den drei Arten, die in Art. 50 Abs. 1 OR genannten Arten ist auch der Anstifter haftbar. Die Rechtsfolge bestimmt sich nach Abs. 3.

B. Gesamtschuldnerische Haftung als Rechtsfolge

15 Liegen die Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 OR erfüllt sind, haften die Schädigerinnen und Schädiger gegenüber der Geschädigten im Aussenverhältnis solidarisch. Jeder von ihnen kann individuell für den gesamten Schaden haftbar gemacht werden (Art. 144 Abs. 1 OR), ohne einwenden zu können, dass er nur teilweise dazu beigetragen hat.

16 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im Aussenverhältnis keine individuellen Kürzungsgründe, wie etwa ein geringes Verschulden nach Art. 43 Abs. 1 OR, geltend gemacht werden, auch wenn die meisten Rechtsgelehrten die Zulässigkeit einzelner Herabsetzungsgründe befürworten. Anders ist die Rechtslage bei Einwendungen, die sich aus dem persönlichen

Verhältnis zwischen Gesamtschuldner und Gläubiger ergeben, wie Freispruch, Stundung oder Aufrechnung (Art. 145 Abs. 1 Var. 1 OR), die im Aussenverhältnis geltend gemacht werden können. Dasselbe gilt für Einwendungen, die sich auf die Art oder den kollektiven Grund des Gesamtschuldverhältnisses stützen (Art. 145 Abs. 1 Var. 2 OR). Dazu gehören u.a. das eigene Verschulden des Gläubigers oder andere ihm zurechenbare Umstände (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR).

III. RÜCKGRIFF ZWISCHEN DEN GESAMTSCHULDNERN NACH ABS. 2

A. Rückgriff und Forderungsübergang

Wird ein Gesamtschuldner vom Geschädigten in Anspruch genommen, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang er bei den anderen Gesamtschuldnern Rückgriff nehmen kann. Der Bundesgerichtshof definiert den Rückgriff als die Situation, in der jemand, der eine Zahlung an einen Begünstigten anstelle eines Dritten geleistet hat, gegen diesen Dritten vorgehen kann, um Schadenersatz zu erhalten. Auch wenn der vom Geschädigten in Anspruch genommene Gesamtschuldner im Außenverhältnis bis zur vollen Höhe des Schadens haftet, kann er im Innenverhältnis nur anteilig in Anspruch genommen werden. Art. 50 Abs. 2 (in Verbindung mit Art. 148 Abs. 2) OR berechtigt den Gesamtschuldner, gegen andere Schuldner vorzugehen. Das Rückgriffsrecht entsteht im Zeitpunkt der Leistung an den Geschädigten. 17

Neben dem ursprünglichen Rückgriffsrecht nach Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 148 Abs. 2 OR hat der Gesamtschuldner auch das Rückgriffsrecht nach Art. 149 OR. In diesem Fall geht die Forderung des geschädigten Gläubigers mit den akzessorischen Rechten (vgl. Art. 166 und 170 OR) auf den Schuldner über, gegen den eine Forderung als Legalzession geltend gemacht wurde. Der Schuldner nimmt die Stellung des Gläubigers ein und kann den abgetretenen Anspruch, abzüglich des von ihm zu tragenden Anteils, gegenüber den anderen Schädigern geltend machen. 18

B. Umfang des Rückgriffs

19 Ob und in welchem Umfang der gesamtschuldnerisch haftende Schädiger bei seinen Mitschädigern im Innenverhältnis Rückgriff nehmen kann, steht im Ermessen des Gerichts (Art. 50 Abs. 2 OR). Das Gericht berücksichtigt zunächst die Schwere des Verschuldens der einzelnen Parteien, wobei ein Täter oder Anstifter in der Regel einen grösseren Anteil zu tragen hat als ein Mittäter. Zudem müssen die möglicherweise unterschiedlichen Interessen der Beteiligten berücksichtigt werden. Erst an dieser Stelle können die Gesamtschuldner untereinander individuelle Minderungsgründe geltend machen.

20 Die Konstellation mehrerer Gesamtschuldner nach Art. 50 Abs. 1 und 2 OR ist eine gesetzliche Ausnahme von Art. 148 Abs. 1 OR, der eine Abweichung von der Verteilung nach Köpfen verlangt. Im Übrigen besteht im Innenverhältnis zwischen den Schuldnern keine Solidarhaftung. Der Regressgläubiger kann die anderen Schädiger nur in Höhe ihres internen Anteils in Anspruch nehmen. Die Zahlungsunfähigkeit eines Schädigers richtet sich nach Art. 148 Abs. 3 OR.

C. Verjährung des Rückgriffsanspruchs

21 Die relative Verjährung des Rückgriffsanspruchs nach Art. 50 Abs. 2 OR ist in Art. 139 OR geregelt. Demnach verjährt das Rückgriffsrecht des Schuldners drei Jahre nach dem Tag, an dem er den Geschädigten befriedigt hat und ihm seine Mitschuldner bekannt sind. Die meisten Wissenschaftler gehen auch von einer zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist aus, die nach der in diesem Kommentar vertretenen Auffassung mit dem Zeitpunkt der Befriedigung des Geschädigten durch den ersten Gesamtschuldner beginnt.

22 Beruft sich der Schuldner, von dem der Gläubiger Ersatz erhält, auf den Forderungsübergang gemäß Art. 149 Abs. 1 OR beruft, so geht sowohl die Forderung einschließlich der Nebenrechte als auch die bereits begonnene Verjährungsfrist auf ihn über. Der Beginn und die Dauer der Frist richten sich nach der übergegangenen Hauptforderung.

IV. HAFTUNG DES GEHILFEN NACH ABS. 3

Der in der englischen Übersetzung des Obligationenrechts verwendete Begriff "abettor" bedarf zunächst einer Klarstellung. Damit ist nicht jemand gemeint, der dem Schädiger bei der Verursachung des Schadens hilft oder ihn dazu ermutigt. Vielmehr handelt der abettor im Sinne von Abs. 3 erst nach Eintritt des Schadens tätig, indem er den bereits eingetretenen Erfolg sichert. Er kann z.B. als Hehler gestohlener Waren oder als Geldwäscher auftreten. Wegen des fehlenden rechtlichen Kausalzusammenhangs haftet der Gehilfe nur für den durch sein Verhalten verursachten Folgeschaden (neben einem etwaigen Gewinnanteil) und nicht für den durch die Haupttat verursachten Schaden. 23

Die Haftung des Anstifters setzt ein Verschulden voraus, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird. Im Gegensatz zum Straftatbestand der Hehlerei nach Art. 160 StGB, der Vorsatz voraussetzt, genügt Fahrlässigkeit. 24

Art. 50 Abs. 3 OR unterscheidet zwischen zwei Varianten. Einerseits haftet der Anstifter, soweit er am Gewinn beteiligt ist oder sonst einen Vorteil durch ersparte Aufwendungen hat. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Anstifter als Gegenleistung für das Verstecken des Diebesgutes oder die Mitfahrt in einem gestohlenen Auto einen Anteil am Diebesgut erhält. Andererseits haftet der Anstifter für den Schaden, den er verursacht hat, z. B. den Verkauf einer gestohlenen Sache. 25

Die Rechtsfolge des Art. 50 Abs. 3 OR ist die gesamtschuldnerische Haftung des Anstifters zusammen mit den Schädigern nach Abs. 1. Der Umfang der gesamtschuldnerischen Haftung ist jedoch aus Sicht des Anstifters begrenzt. Sie erstreckt sich nur so weit, wie sie nach Abs. 3 haftet und nicht unbedingt auf den gesamten Schaden. Handelt der Gehilfe auch als Mittäter vor und während der Schadensverursachung, richtet sich seine gesamtschuldnerische Haftung allein nach Abs. 1. 26

LITERATURVERZEICHNIS

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Däppen Robert K., commentary on Art. 139 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, Zurich et al. 2009.

Graber Christoph K., commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Heierli Christian, Geldwäscher als «Begünstiger» (Art. 50 Abs. 3 OR), in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (eds.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich et al. 2018, p. 565–588.

Mazan Stephan, commentary on Art. 50 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Pichonnaz Pascal, commentary on Art. 139 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5th ed., Zurich et al. 2018.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwander Ivo, commentary on Art. 139 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO, on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 51 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 51 OR.

2. Bei verschiedenen Rechtsgründen

Art. 51

[1] Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet.

[2] Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.

GLIEDERUNG

I. Allgemeine Bemerkungen 33
II. Anspruchskonkurrenz im Aussenverhältnis 33
III. Rückgriff im Innenverhältnis 34
A. Rückgriff im Allgemeinen 34
B. Umfang des Rückgriffs 35
C. Rückgriff bei multitypischer Solidarhaftung 35
1. Haftungsgruppen 35
2. Haftungskaskade 37
D. Rückgriff bei einseitiger typischer gesamtschuldnerischer Haftung 38
E. Quotenvorrang des Geschädigten 39
F. Verjährung des Rückgriffsanspruchs 39
IV. Der Rückgriff des Versicherers 40
Literaturverzeichnis 41

I. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Art. 51 OR regelt den Rückgriff zwischen Schädigern, die denselben Schaden aus verschiedenen Rechtsgründen (d.h. deliktsrechtlich, vertragsrechtlich oder gesetzlich) verursacht haben, und verweist dazu auf die Rückgriffsregelung in Art. 50 OR. Allerdings sieht Art. 51 Abs. 2 OR ein eigenständiges Haftungsregime geschaffen. Art. 51 OR betrifft in erster Linie das Innenverhältnis zwischen Schädigern und erwähnt nicht ausdrücklich das Aussenverhältnis. 1

Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist nicht auf Schäden beschränkt, die von mehreren aus verschiedenen Rechtsgründen haftenden Schädigern verursacht werden. Auch Schäden, die von mehreren Schädigern aus demselben Rechtsgrund verursacht werden, werden nach Art. 51 OR. Die Bestimmung gilt ferner für Ansprüche auf Schmerzensgeld und über Art. 99 Abs. 3 OR auch für vertragliche Schadenersatzansprüche. Ausserhalb des Obligationenrechts verweisen die Spezialgesetze teilweise auf Art. 51 OR. Schliesslich geht Art. 51 OR dem kantonalen Recht vor, das eine andere Rückgriffsordnung vorsehen würde. 2

II. ANSPRUCHSKONKURRENZ IM AUSSENVERHÄLTNIS

Aufgrund der in Art. 51 OR vorgesehenen Rückgriffsregelung unter den Schädigern muss im Aussenverhältnis eine Solidarhaftung bestehen. 51 OR muss im Aussenverhältnis eine Solidarhaftung bestehen. Dabei haftet jeder der Schädiger für den gesamten Schaden, zu dem er beigetragen hat. Der Geschädigte kann sich aussuchen, gegen welchen Schädiger er vorgehen will. 3

Da der Geschädigte gegen jeden der Schädiger individuelle Ansprüche hat, bestehen mehrere Ansprüche nebeneinander. Da der Geschädigte nur einmal befriedigt werden kann, konkurrieren die Ansprüche miteinander. Es besteht also eine sogenannte Anspruchskonkurrenz im Außenverhältnis. Da Art. 51 OR nicht ausdrücklich eine Solidarhaftung vorsieht, wird das Verhältnis auch als unvollkommene Solidarhaftung bezeichnet. Die Rechtsfolgen der Anspruchskonkurrenz sind im Allgemeinen die gleichen wie bei der (vollkommenen) Solidarhaftung. 4

5 Da die Schädigerinnen und Schädiger im Rahmen von Art. 51 OR getrennt handeln, stellt sich die Frage, ob ein Schädiger gegenüber dem Geschädigten geltend machen kann, dass ihn im Vergleich zu den anderen Schädigern nur ein geringes Verschulden trifft. Dies könnte zu einer Haftungsreduktion führen (Art. 43 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht lässt die Geltendmachung solcher individueller Minderungsgründe im Aussenverhältnis theoretisch zu. Die Anwendung ist jedoch auf jene Fälle beschränkt, in denen das Verschulden des vom Geschädigten in Anspruch genommenen Schädigers so viel geringer und so unverhältnismässig ist als das Verschulden eines anderen Schädigers, dass es offensichtlich ungerecht und unzumutbar wäre, den Ersteren für den gesamten Schaden im Aussenverhältnis haftbar zu machen. Die Mehrheit der Rechtswissenschaftler wünscht sich einen großzügigeren Spielraum für die Geltendmachung einzelner Minderungsgründe im Außenverhältnis.

6 Einwendungen, die von den Schädigern gemeinsam geltend gemacht werden können, sowie solche, die einem Schädiger persönlich zustehen, sollen im Außenverhältnis uneingeschränkt zugelassen werden.

7 Zu beachten ist, dass nach dem Bundesgericht im Falle der unvollkommenen Solidarhaftung nach Art. 51 OR verjährungsunterbrechende Handlungen des Gläubigers nur den oder die betroffenen Schädiger betreffen, nicht aber die anderen Schädiger (vgl. Art. 136 Abs. 1 OR).

III. RÜCKGRIFF IM INNENVERHÄLTNIS

A. Rückgriff im Allgemeinen

8 Wurde ein Schädiger vom Geschädigten in Anspruch genommen und übersteigt die Forderung den Betrag, den der Schädiger im Innenverhältnis zu tragen gehabt hätte, so entsteht ex iure proprio ein Rückgriffsrecht gegen die anderen Schädiger. Sobald der Schuldner, gegen den die Forderung realisiert worden ist, den Geschädigten befriedigt hat, entsteht der Rückgriffsanspruch und wird einschließlich der Zinsen auf die Forderung fällig.

9 Ein zusätzlicher Anspruch aus Forderungsübergang gemäss Art. 149 OR, besteht bei unvollkommener Solidarhaftung nicht.

B. Umfang des Rückgriffs

Für den Umfang des Rückgriffs ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Art. 51 OR regelt den Fall, in dem mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen haften (sog. mehrtypische Solidarhaftung). Daneben gibt es die Variante, in der mehrere Personen aus demselben Rechtsgrund haften, ihnen aber kein gemeinsames Verschulden vorgeworfen werden kann. Diese so genannte einfachtypische Solidarhaftung ist ebenfalls, zumindest analog, in Art. 51 OR. Die Regressordnung bei der mehrtypischen Solidarhaftung wird durch die Kaskade von Art. 51 Abs. 2 OR. Der Umfang des Rückgriffs bei der eintypischen Solidarhaftung wird durch richterliches Ermessen bestimmt. 10

Im Innenverhältnis besteht keine gesamtschuldnerische Haftung mehr. Der regressberechtigte Schädiger kann die anderen Schädiger nur im Umfang ihres internen Anteils in Anspruch nehmen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der Rückgriff des Sozialversicherers nach Art. 72 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1; nachfolgend: VVG). Die Zahlungsunfähigkeit des Schädigers richtet sich nach Art. 148 Abs. 3 OR. 11

C. Rückgriff bei multitypischer Solidarhaftung

1. Haftungsgruppen

Art. 51 Abs. 2 OR unterscheidet drei Arten von Haftungsgruppen: die deliktsrechtliche, die vertragsrechtliche und die gesetzliche Haftung. 12

Zu den deliktisch haftenden Schädigern im Sinne von Art. 51 Abs. 2 OR sind in erster Linie diejenigen, die nach Art. 41 OR und muss persönlich schuldhaft handeln. Ist eine gesetzlich haftende Person mitschuldig, so ist sie ebenfalls dieser Kategorie zuzuordnen. Dazu gehört auch, wer für denselben Schaden gleichzeitig nach Vertrags- und Deliktsrecht haftet. Schliesslich kann auch eine juristische Person aufgrund eines schuldhaften Verhaltens ihrer Organe deliktisch haften (Art. 55 Abs. 2 ZGB). 13

Die zweite Gruppe umfasst die vertragsrechtliche Haftung. Die vertragsrechtliche Haftung umfasst primäre Leistungspflichten, wie vertragliche Verpflichtungen zur Schadensübernahme oder Schadensbeseitigung (z.B. Garantievertrag oder Ausfallbürgschaft). Darüber 14

hinaus umfasst sie auch sekundäre Leistungspflichten, wie z. B. eine Vertragsverletzung gemäß Art. 97 ff. OR oder die Haftung für Gesellschafter nach Art. 101 OR. Der Rückgriff des Versicherers richtet sich indessen ausschliesslich nach Spezialrecht. Er ist daher von der Regressordnung des Art. 51 Abs. 2 OR ausgeschlossen.

15 Die letzte Gruppe bilden die Schädiger aufgrund gesetzlicher Vorschriften. Die gesetzliche Haftung besteht aus zwei Arten von Gefährdungshaftungen: der einfachen objektiven Haftung und der verschärften objektiven Haftung. Erstere umfasst die gesetzlichen Haftungsnormen, die an eine Verletzung der Sorgfaltspflicht oder einen mangelhaften Zustand anknüpfen. Dazu gehören unter anderem die Haftung von nicht einwilligungsfähigen Personen (Art. 54 OR), Arbeitgebern (Art. 55 OR), Grundstückseigentümern (Art. 58 OR), Familienoberhäuptern (Art. 333 CC) und Grundbesitzern (Art. 679 CC). Im Gegensatz dazu knüpft die verschärfte objektive Haftung an den bloßen Betrieb einer gefährlichen Sache an. Die Grundlage dafür findet sich zum Beispiel in Art. 58 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr (SR 741.01; nachfolgend: StVG) für Motorfahrzeughalter, in Art. 64 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (SR 748.0) für die Halter von Luftfahrzeugen, in Art. 33 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen für den Transport von flüssigen oder gasförmigen Brenn- und Treibstoffen (SR 746.1; nachfolgend: Rohrleitungsgesetz) für die Inhaberinnen und Inhaber einer Rohrleitungsanlage oder in Art. 27 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (SR 734.0) für die Inhaber einer solchen Anlage.

16 Besonders zu erwähnen ist der Rückgriff des Arbeitgebers. Nehmen wir an, ein Arbeitnehmer wird aufgrund eines Autounfalls arbeitsunfähig. In diesem Fall hat der Arbeitgeber eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR. Da er aber seine gesetzliche oder vertragliche Pflicht unabhängig vom schädigenden Ereignis erfüllt hat, gehört der Arbeitgeber nicht zu einer der in Art. 51 Abs. 2 OR. Dennoch hat das Bundesgericht in einem solchen Fall entschieden, dass Art. 51 Abs. 2 OR analog anwendbar ist und dem Arbeitgeber ein Rückgriffsrecht gegen den gesetzlich Haftenden zusteht. Die Lohnfortzahlungspflicht wirkt nicht zu Gunsten der streng haftenden Partei. Der Umfang des Rückgriffs beläuft sich auf den hypothetischen Schaden, den der Arbeitnehmer ohne die Zahlungen des Arbeitgebers erlitten hätte.

2. Haftungskaskade

Die drei oben genannten Arten von Schädigern sind nicht gleichermaßen für die Befriedigung eines Anspruchs verantwortlich. Vielmehr sieht Art. 51 Abs. 2 OR eine Haftungskaskade vor, wonach in erster Linie derjenige, der aus unerlaubter Handlung haftet, dem Kläger Schadenersatz zu leisten hat. In zweiter Instanz haftet derjenige, der aufgrund eines Vertrages haftet. Schließlich muss derjenige, der aus gesetzlichen Gründen haftet, für den Schadenersatz sorgen. Dies hat zur Folge, dass ein gesetzlich Haftender, gegen den der Geschädigte seinen Anspruch realisiert hat, gegen einen deliktisch Haftenden vorgehen muss, um Schadenersatz zu erhalten. Gibt es neben der deliktisch haftenden Partei eine vertraglich haftende Partei, so ist deren interner Anteil gleich Null und kann von der gesetzlich haftenden Partei nicht in Anspruch genommen werden. Die vertraglich haftende Partei trägt nur dann einen internen Anteil, wenn es keine deliktisch haftende Partei gibt. 17

Gehören mehrere Haftpflichtige, gegen die Regress genommen wird, zur gleichen Haftungsgruppe, so steht die Aufteilung der internen Quote im Ermessen des Gerichts, insbesondere das persönliche Verschulden jeder Partei (Art. 50 Abs. 2 OR analog). Die Zahlungsunfähigkeit eines Schädigers ist von den anderen Schädigern der gleichen Gruppe zu tragen, nicht vom Schädiger einer privilegierteren Gruppe. 18

Das Gesetz beschreibt die Kaskade als Regel, obwohl Ausnahmen von ihr denkbar sind. Dennoch sehen sich die Gerichte sehr stark an die Rückgriffsregel des Art. 51 Abs. 2 OR und weichen davon kaum ab. In BGE 144 III 319 hat das Bundesgericht eine bemerkenswerte Ausnahme von der Regel gewährt. Ein Arbeitnehmer erlitt in einem Schacht infolge eines austretenden Gases Verbrennungen, weil er während der Arbeit rauchte. Strittig war die vertragliche Haftung des Arbeitgebers, weil er das Rauchen nicht verboten hatte, sowie die verschuldensunabhängige Haftung des Eigentümers des Rohrleitungssystems, aus dem das Gas austrat (Art. 33 Rohrleitungsgesetz). Laut Bundesgericht manifestierte sich die typische Betriebsgefahr, die von Rohrleitungen ausgeht, unabhängig von der Vertragsverletzung in dem Luft-Gas-Gemisch. Das vertragswidrige Verhalten habe lediglich die Auslösung der Gefahr beeinflusst. Daher war eine Abweichung von der Haftungskaskade erforderlich und der Schaden wurde zu gleichen Teilen zwischen dem Arbeitgeber und dem Pipelinebetreiber aufgeteilt. 19

20 Die Kaskade gilt nur im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis hat der Geschädigte die freie Wahl, ob er sich an den Gefährdungshaftpflichtigen oder direkt an den deliktisch haftenden Schädiger wendet.

D. Rückgriff bei einseitiger typischer gesamtschuldnerischer Haftung

21 Der Rückgriff bei typischer gesamtschuldnerischer Haftung wird nach dem freien Ermessen des Gerichts bemessen. In Ermangelung anderer Rechtsgründe ist die Anwendung der Kaskade des Abs. 2 zu unterlassen. Die Verteilung der Schadensersatzpflicht richtet sich nach den folgenden Faktoren:

22 Bei mehreren Schädigern, die für getrennte Verschulden haften, ist die Verteilung nach der Schwere der einzelnen Verschulden vorzunehmen. Weitere Faktoren können Verwandtschaft, Interesse an der schädigenden Handlung oder zusätzliche Haftungsgründe sein. Bei gleichem Verschulden findet eine Gleichverteilung statt. Wird, wie bereits erwähnt, das Verschulden des Organs der juristischen Person zugerechnet, haftet diese im Außenverhältnis deliktisch. Im Innenverhältnis wird das Verschulden des Organs jedoch von Gesetzes wegen der juristischen Person zugerechnet (Art. 55 Abs. 2 CC). Dies gewährt der juristischen Person ein volles Rückgriffsrecht gegen das schuldhafte Organmitglied.

23 Haftet mehr als eine Partei vertragsrechtlich, liegt die Verteilung ebenfalls im Ermessen des Gerichts. Dabei spielen das Ausmaß des (vertraglichen) Verschuldens und die Besonderheit des Rechtsgeschäfts eine Rolle. Zum Regress des Versicherers siehe unten.

24 Sind mehrere gesetzlich haftende Parteien vorhanden, steht die Verteilung ebenfalls im Ermessen des Gerichts, sofern nicht eine besondere gesetzliche Regelung etwas anderes vorsieht (vgl. Art. 60 Abs. 2 RTV). Viele Rechtsgelehrte postulieren, dass die Ersatzpflichtigen aus verschärfter objektiver Haftung wegen des von ihnen ausgehenden Betriebsrisikos einen Teil des Schadens im Voraus zu tragen haben, sofern sie mit den Ersatzpflichtigen aus einfacher objektiver Haftung konkurrieren.

E. Quotenvorrang des Geschädigten

Es kann vorkommen, dass der Geschädigte nicht den gesamten Schaden von dem haftenden Schädiger verlangen kann. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass der Schädiger einen Minderungsgrund geltend machen kann oder vertraglich nur bis zu einem bestimmten Betrag haftet. In diesem Fall stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Restanspruch des Geschädigten und dem möglichen Regressanspruch des haftbaren Schuldners, wenn beide gegen einen anderen Schädiger vorgehen wollen. Problematisch wird es, wenn auch die Haftungsquote des Rückgriffsschuldners reduziert werden soll und dieser nicht für den gesamten Schaden einstehen muss. In diesem Fall hat der Geschädigte einen Quotenvorrang, so dass er seine Restforderung vor der Regressforderung des anderen Schädigers befriedigen kann. 25

Bislang hat die Rechtsprechung den Quotenvorrang nur angewandt, wenn der Rückgriffsanspruch auf einem Forderungsübergang beruht. Die Rechtswissenschaft wendet sie jedoch auch auf Rückgriffsansprüche nach Art. 51 OR anwenden. In einigen Spezialgesetzen hat der Quotenvorrang bereits Eingang in die Kodifikation gefunden (z.B. Art. 88 RTA oder Art. 73 Abs. 1 GPSL). 26

F. Verjährung des Rückgriffsanspruchs

Der Rückgriffsanspruch verjährt innerhalb von drei Jahren ab dem Tag, an dem der Geschädigte befriedigt worden ist und der rückgriffsberechtigte Schädiger von seinem Rückgriffsanspruch erfährt (Art. 139 OR). Zudem ist eine absolute zehnjährige Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Leistung an den Geschädigten anzunehmen. 27

Zudem leitete das Bundesgericht aus Art. 2 Abs. 2 ZGB ab, dass der Rückgriffsgläubiger dem Rückgriffsschuldner (sobald dies zumutbar ist) mitteilen muss, dass er ihn in Anspruch nehmen will. Andernfalls, so das Bundesgericht, ist der Rückgriffsanspruch verwirkt. Unter Umständen ist die Verjährung des Rückgriffsanspruchs noch nicht eingetreten, während die Haftung des Rückgriffsschuldners im Aussenverhältnis bereits verjährt ist. Ohne eine solche Mitteilung läuft der Rückgriffsschuldner Gefahr, über entlastende Beweismittel zu verfügen. 28

IV. DER RÜCKGRIFF DES VERSICHERERS

29 Nach Art. 95c Abs. 2 Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 (SR 221.229.1; nachfolgend: VVG) tritt der Haftpflichtversicherer in die Rechte des Versicherten für den von ihm gedeckten Schaden ein. Es handelt sich um einen Forderungsübergang gemäss Art. 149 OR. Der Versicherer kann somit bei allen Schädigern Rückgriff nehmen, unabhängig davon, ob diese aufgrund des Deliktsrechts, des Vertragsrechts oder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen haften. Bis zum Inkrafttreten von Art. 95c IPA am 1. Januar 2022 war die Bestimmung über den Rückgriff des Versicherers in Art. 72 IPA. Die alte Bestimmung sah in Abs. 1 vor. 1 vor, dass der Ersatzanspruch gegen Dritte aus unerlaubter Handlung auf den Versicherer übergeht. Das Bundesgericht ging deshalb lange Zeit davon aus, dass der Versicherer nur bei deliktisch haftenden Dritten Regress nehmen kann. Ein Rückgriff gegen vertraglich oder gesetzlich haftende Personen in Anwendung der Haftungskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR. In BGE 144 III 209 änderte es seine Rechtsprechung und gewährte dem Versicherer das Rückgriffsrecht gegen alle, die nicht vertraglich im Sinne von Art. 41 ff. OR sind, also auch gesetzlich haftende Personen. Art. 51 Abs. 2 OR findet keine Anwendung mehr.

30 Die Rechte des Versicherten gehen auch auf den Haftpflichtversicherer gemäss Art. 95c Abs. 2 IPA. Der Versicherer ist jedoch weiterhin an die Haftungskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR gebunden. Andernfalls würde sich die Position der anderen Haftpflichtigen verschlechtern.

31 Art. 96 IPA gilt für den Summenversicherer. Nach dieser Bestimmung geht der Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger nicht auf den Versicherer über. Vielmehr bestehen zwei getrennte, sich nicht gegenseitig ausschließende Ansprüche gegen den Schädiger und gegen den Versicherer.

32 Der Sozialversicherungsträger hat ein umfassendes Rückgriffsrecht gemäß Art. 72 GPSL. Die Kaskade von Art. 51 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar. Die Ansprüche der versicherten Person sind bis zur Höhe der gesetzlichen Leistungen abgetreten (Art. 72 Abs. 1 AVB). Grundsätzlich kann sich der Sozialversicherer bei jedem Schädiger vollumfänglich schadlos halten und die Schädiger haften dem Versicherer solidarisch (Art. 72 Abs. 2 GPSL). Allerdings sieht Art. 75 GPSL sieht jedoch Beschränkungen des Anspruchs der Einrichtung zugunsten von Ehegatten, Verwandten, Arbeitgebern und anderen vor. In der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wurde das

Rückgriffsrecht der Einrichtung weiter eingeschränkt. Die streng haftende Partei, die nicht durch Art. 75 GPSL nicht privilegiert ist, haftet dem Sozialversicherer nur insoweit, als er im Innenverhältnis zum haftenden Arbeitgeber des Geschädigten den Schaden zu tragen hätte, als ob das Arbeitgeberprivileg nicht bestünde. In der Folge kann der Sozialversicherer aufgrund der Haftungskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR, die den Schädiger begünstigt, keinen Anspruch mehr gegen den haftpflichtigen Schädiger haben. 51 Abs. 2 OR, die den Schädiger durch gesetzliche Regelung gegenüber dem vertraglich haftenden Arbeitgeber begünstigt.

LITERATURVERZEICHNIS

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Entlebuch 1982.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Graber Christoph K., commentary on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Graber Christoph K./Casanova Gion Christian, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (eds.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2nd ed., Basel 2023.

Mazan Stephan, commentary on Art. 51 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Perritaz Vincent, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Brulhart Vincent/Frésard-Fellay Ghislaine/Subilia Olivier (eds.), Commentaire romand, Loi sur le contrat d'assurance, Basel 2022.

Schaer Roland, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel et al. 1984.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3-32.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 84 OR

Eine Kommentierung von Sascha Lanz

ZITIERVORSCHLAG

Sascha Lanz, Kommentierung zu Art. 84 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Lanz, Art. 84 OR N. XXX.

D. Zahlung

I. Landeswährung

Art. 84

[1] Geldschulden sind in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen.

[2] Lautet die Schuld auf eine Währung, die am Zahlungsort nicht Landeswährung ist, so kann die geschuldete Summe nach ihrem Wert zur Verfallzeit dennoch in Landeswährung bezahlt werden, sofern nicht durch den Gebrauch des Wortes «effektiv» oder eines ähnlichen Zusatzes die wortgetreue Erfüllung des Vertrags ausbedungen ist.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 46
A. Anwendungsbereich und Regelungsgehalt von Art. 84 OR ... 46
B. Geldbegriff ... 46
C. Erscheinungsformen von Geld und ihre Rechtsnatur ... 47
1. Bargeld ... 47
2. Buchgeld ... 48
3. Weitere Erscheinungsformen ... 49
a. Private Geldordnungen ... 49
b. Kryptowährungen ... 49
c. Digitales Zentralbankengeld ... 50
D. Währungsverfassung ... 51
II. Art. 84 Abs. 1 OR ... 51
A. Begriff der Geldschuld ... 51
B. Höhe der Geldschuld (Nennwertprinzip) ... 52
1. Allgemeines ... 52
2. Grundsatz: Nennwertprinzip ... 53
3. Ausnahmen des Nennwertprinzips ... 53
a. Geldwertschulden ... 53
b. Vertragliche Wertsicherung ... 54
c. Gesetzliche oder gerichtliche Anpassung ... 54
C. Erfüllung der Geldschuld ... 55
1. Pflicht des Schuldners zur Erfüllung in gesetzlichen Zahlungsmitteln ... 55
2. Annahmeobliegenheit des Gläubigers ... 55
3. Art der Erfüllung ... 57
a. Barzahlung ... 57
b. Bargeldlose Zahlung ... 57
4. Zeitpunkt und Ort der Efüllung ... 58
III. Art. 84 Abs. 2 OR ... 59
A. Begriff der Fremdwährungsschuld ... 59
B. Bestimmung der Fremdwährungsschuld ... 59
C. Recht des Schuldners auf Erfüllung in Landeswährung ... 60
D. Umrechnung einer Fremdwährungsschuld ... 61
1. Massgebender Umrechnungskurs ... 61
2. Schaden aus Kursschwankungen ... 62
E. Verrechnung bei Fremdwährungsschulden ... 62
F. Durchsetzung einer Fremdwährungsschuld ... 62
1. Klagebegehren bei einer Fremdwährungsschuld ... 62
2. Streitwertberechnung bei einer Fremdwährungsschuld ... 63
3. Betreibung einer Fremdwährungsschuld ... 63
4. Fremdwährungsschulden im Konkurs, Arrest und Nachlass ... 64

Literaturverzeichnis 65
Materialienverzeichnis 69

I. ALLGEMEINES

A. Anwendungsbereich und Regelungsgehalt von Art. 84 OR

1 Die Art. 84-90 OR befassen sich unter dem Randtitel "Zahlung" mit der Geldzahlung als Erfüllungsmodalität.[1] Der **Anwendungsbereich** von Art. 84 OR ist auf Geldschulden beschränkt. Die Art. 85-90 OR, welche unter demselben Randtitel stehen, finden auch auf andere Erfüllungsformen Anwendung.[2]

2 **Art. 84 Abs. 1 OR** hält fest, dass ein Geldschuldner seine Geldschuld mit den gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu begleichen hat. **Art. 84 Abs. 2 OR** ergänzt diesen Grundsatz dadurch, dass eine Fremdwährungsschuld auch in "Landeswährung" bezahlt werden kann, sofern dies nicht durch eine Effektivklausel ausgeschlossen ist.

B. Geldbegriff

3 Der Begriff "Geld" findet sich in zahlreichen Bestimmungen,[3] wird jedoch gesetzlich nicht definiert.[4] Auch in der Lehre konnte sich trotz einer umfangreichen Literatur[5] bis heute kein einheitlicher Geldbegriff durchsetzen.[6] Zielführend erscheint die Unterscheidung von «Geld im engeren Sinne» und «Geld im weiteren Sinne».[7] **Geld im engeren Sinne** umfasst nur die gesetzlichen Zahlungsmittel, d.h. jenes Geld, mit dem ein Schuldner nach Art. 84 Abs. 1 OR befreiend erfüllen kann.[8] Als gesetzliche Zahlungsmittel gelten in der Schweiz die vom Bund ausgegebenen Münzen

1. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2287; BK OR-Weber, Art. 84 N 4.
2. Insoweit ist der Randtitel «Zahlung» zu eng (vgl. BK OR-Weber, Art. 84 N 4; vgl. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 8, Art. 84 N 5).
3. Art. 312 OR, Art. 466 OR, Art. 481 OR, Art. 941 Ziff. 2 OR, Art. 1152 OR, Art. 401 Abs. 1 ZGE sowie Art. 935 ZGB.
4. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 4.
5. Siehe z.B. Omlor, S. 303 ff. m.w.H.; Simitis, S. 406 ff.; Vischer, S. 4 ff.; Weber, Elektronisches Geld, S. 28 ff.
6. BK OR-Weber, Art. 84 N 9 ff. zum funktionalen ["Geld ist also, was als Geld fungiert", N 15] und weiteren Begriffsbestimmungen; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 4; BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 2.
7. Vgl. BK OR-Weber, Art. 84 N 30; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 6.
8. Vgl. BK OR-Weber, Art. 84 N 30.

(Art. 2 lit. a WZG), die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen Banknoten (Art. 2 lit. b WZG) sowie die auf Franken lautenden Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank (Art. 2 lit. c WZG). **Geld im weiteren Sinne** umfasst jedes usuelle Geld und schliesst damit sämtliche Zahlungsmittel mit ein, die im Zahlungsverkehr als Tausch- und Zahlungsmittel faktisch verwendet werden.[9] Darunter fallen nebst dem Buchgeld (Giralgeld)[10] auch Kryptowährungen und andere privat emittierte virtuelle Währungen.[11] Soweit nicht anders bestimmt, liegt den meisten Bestimmungen des OR und des ZGB der weite Geldbegriff zugrunde.[12]

C. Erscheinungsformen von Geld und ihre Rechtsnatur

1. Bargeld

Zum Bargeld gehören die in- und ausländischen Münzen und Banknoten.[13] 4
Die **Rechtsnatur von Bargeld ist umstritten**. Regelmässig wird es als Verbindlichkeit der Zentralbank bezeichnet.[14] Hierfür spricht, dass der Notenumlauf von Zentralbanken jeweils auf der Passivseite bilanziert wird,[15] womit Banknoten als relative Rechte bzw. Forderungen gegenüber der Zentralbank erscheinen. Andere Stimmen in der Lehre sprechen Banknoten den Forderungscharakter dagegen ab,[16] da Banknoten – im Unterschied zu Buchgeld – keinen Anspruch auf Umtausch in ein anderes Vermögensgut (mehr) beinhalten.[17] Die Zentralbank schuldet den Inhabern von Bargeld

9. BK OR-Weber, Art. 84 N 30 («Verkehrsgeld»); CHK-Mercier, Rz. 3.
10. CHK-Mercier, Rz. 3; vgl. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 2; Siehe dazu auch nachfolgend I.C.2.
11. Vgl. Piller, S. 1428; Enz, S. 93. Dies trifft jedenfalls so lange zu, wie die technische Ausgestaltung der virtuellen Währung eine Verwendung als Tausch- und Zahlungsmittel erlaubt. Diese Einordnung stimmt auch mit Art. 2 lit. c der GwV-FINMA überein.
12. So insbesondere den Art. 312 OR, Art. 466 OR, Art. 481 OR, Art. 941 Ziff. 2 OR, Art. 1152 OR, Art. 401 Abs. 1 ZGB sowie Art. 935 ZGB (BK OR-Weber, Art. 84 N 31).
13. BK OR-Weber, Art. 84 N 32 und 33; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 11.
14. Chaum/Grothoff/Moser, S. 5; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2298; Giovanoli, S. 108; Prasad, S. 197; Thiessen, S. 534; vgl. auch Reiser/Wyss, S. 171.
15. So auch die SNB (siehe dazu die Bilanzpositionen der SNB, abrufbar unter: https://data.snb.ch/de/topics/snb#!/cube/snbbipo, besucht am 11.6.2024).
16. Bossone/Costa, S. 43 f.; Kumhof et al. S. 17; Vischer, S. 28 f.; Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 12 f.; Zellweger-Gutknecht Corinne, wCBDC, S. 216; NBG/WZG Komm-Zwellweger-Gutknecht, Art. 2 WZG N 5.
17. Der Goldstandard wurde im Verlaufe des letzten Jahrhunderts aufgehoben (zum Ganzen siehe SGK BV-Hettich, Art. 99 N 3).

nichts anderes als Bargeld.[18] Von Kumhof et al. wird vorgeschlagen, Zentralbankengeld als ein soziales Beteiligungsrecht (*«social equity»*) zu qualifizieren.[19] Zellweger-Gutknecht schlägt eine Qualifikation als eine Form von Eigenmittel der Zentralbank bzw. als eine Art Beteiligungsrecht vor und reiht es bei den absoluten Rechten ein,[20] was entsprechende Bilanzanpassungen bei der SNB erfordern würde.[21]

2. Buchgeld

5 Buchgeld stellt eine **Forderung des Kontoinhabers** gegenüber seiner kontoführenden Bank auf Herausgabe von Landeswährung dar.[22]

5 Die Verwendung von Geschäftsbankenbuchgeld hat sich nebst Bargeld im alltäglichen Zahlungsverkehr längst durchgesetzt.[23] Dennoch hat sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden, Geschäftsbankenbuchgeld zum gesetzlichen Zahlungsmittel zu erklären.[24]

6 Im Gegensatz zum Buchgeld der Geschäftsbanken stehen die auf Schweizerfranken lautenden **Sichtguthaben bei der SNB** (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a NBG) lediglich einem beschränkten Kreis juristischer Personen (namentlich den Geschäftsbanken) zur Verfügung.[25] Diese Guthaben dienen den Kontoinhabern zur Einhaltung der gesetzlichen Liquiditäts- und Mindestreservevorschriften[26] sowie als Zugang zum Interbankenzahlungsverkehrssystem (SIC).[27] SNB-Sichtguthaben sind nicht (mehr) als Forderungen ausgestaltet.[28] Durch eine Gutschrift von auf

18. Kumhof et al., S. 17.
19. Kumhof et al., S. 41.
20. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 12; Zellweger-Gutknecht, Bilanzsituation, Rz. 25 ff.
21. Zellweger-Gutknecht, Bilanzsituation, Rz. 29.
22. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 16; BK OR-Weber, Art. 84 N 40; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2313.
23. SNB, Zahlungsmittelumfrage 2020, Juni 2021, S. 16 ff., 17, 24; vgl. bereits ZK OR-Schraner, Art. 84 N 12.
24. Zum Ganzen siehe NBG/WZG Komm-Zwellweger-Gutknecht, Art. 2 WZG N 15 ff.
25. NBG/WZG Komm-Zwellweger-Gutknecht, Art. 2 WZG N 6.
26. Vgl. Liquiditätsverordnung (LiqV; SR 952.06); Art. 4 Abs. 1 und 9 Abs. 2 lit. a und b Bankengesetz (BankG; SR 952.0); siehe auch Zellweger-Gutknecht, Negativzins, Rz. 5 f.
27. SNB, Merkblatt, Ziff. 2.1. Zur Teilnahem am SIC-Zahlungssystem ist jedes SNB-Girokonto mit einem Verrechnungskonto verknüpft, wobei die beiden Konten rechtlich eine Einheit bilden (SNB, Merkblatt, Ziff. 2.1).

Schweizerfranken lautendem Sichtguthaben kann sich die SNB vollständig befreien.[29]

3. Weitere Erscheinungsformen

a. Private Geldordnungen

Private Organisationen können Zahlungsmittel schaffen.[30] Diese stellen kein gesetzliches Zahlungsmittel dar. Als Beispiel zu nennen ist das von der WIR Bank Genossenschaft geschaffene WIR-Geld («CHW»).[31] Solche Guthaben stellen in der Regel – analog dem Geschäftsbankenbuchgeld – eine **Forderung gegenüber der Emittentin** dar. Ein allfälliger Annahmezwang des privaten Zahlungsmittels besteht nur für am privaten Zahlungssystem teilnehmende Personen.[32] 7

b. Kryptowährungen

Seit Anfang 2009[33] haben sich Kryptowährungen bzw. Vermögenswerte, welche auf der Distributed-Ledger-Technologie basieren, weltweit verbreitet. Mit einer Ausnahme[34] stellen Kryptowährungen in keinem Land ein gesetzliches Zahlungsmittel dar, so auch nicht in der Schweiz. Die **Rechtsnatur** von Kryptowährungen ist **umstritten**.[35] Aufgrund ihrer besonderen technischen Eigenschaften lassen sich Kryptowährungen wie 8

28. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 14.
29. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 14; NBG/WZG Komm-Zwellweger-Gutknecht, Art. 2 WZG N 6.
30. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 17.
31. Zum Ganzen ZK OR-Schraner, Art. 84 N 18 ff; BK OR-Weber, Art. 84 N 53 ff.
32. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 17; Betreffend Erfüllung in WIR-Geld siehe BGer 4A_200/2019 vom 17.6.2019 E. 5.
33. Am 9. Januar 2009 wurde der erste Block der Bitcoin Blockchain generiert und damit die historisch erste Kryptowährungstransaktion durchgeführt. Der sog. «Genesis-Block» kann auf dem Blockchain-Explorer eingesehen werden, abrufbar unter: https://www.blockchain.com/de/explorer/blocks/btc/00000000839a8e6886ab5951d76f411475428afc90947ee320161bbf18eb6048, besucht am 11.6.2024.
34. Als erstes Land auf der Welt erklärte El Salvador im Juni 2021 Bitcoin zum gesetzlichen Zahlungsmittel (El Salvador becomes first country to adopt bitcoin as legal tender, Sam Jones/Bryan Avelar, The Guardian, 9.6.2021, abrufbar unter https://www.theguardian.com/world/2021/jun/09/el-salvador-bitcoin-legal-tender-congress, besucht am 11.6.2024).
35. Vgl. Beck, S. 581 ff.; Omlor, S. 306 ff.; Zogg, S. 100 f.; vgl. auch Eggen, Retail CBDC, S. 152.

Bitcoin und Ethereum grundsätzlich weder als relative noch als absolute Rechte qualifizieren.[36] Unabhängig davon verfügen Kryptowährungen über einen messbaren wirtschaftlichen Wert und können Bestandteil eines Rechtsgeschäfts darstellen,[37] weshalb sie mindestens «faktische Vermögenswerte» darstellen.[38]

c. Digitales Zentralbankengeld

9 Zurzeit beschäftigen sich zahlreiche Zentralbanken weltweit mit der Frage der Emittierung von digitalem Zentralbankengeld.[39] Unterschieden wird dabei zwischen einem dem Publikum zugänglichen Zahlungsmittel ("**Retail CBDC**", rCDBC) und einem beschränkt zugänglichen Zahlungsmittel, welches ausschliesslich von einem bestimmten Kreis von Finanzmarktteilnehmenden genutzt werden kann ("**Wholesale CBDC**", wCBDC).[40] Digitales Zentralbankengeld ist insbesondere von Kryptowährungen abzugrenzen:[41] Kryptowährungen werden von privaten Akteuren generiert; digitales Zentralbankengeld wird dagegen durch die Zentralbank emittiert. Die SNB ist derzeit an wCBDC-Projekten beteiligt.[42] Die Einführung einer rCBDC scheint für die SNB vorerst ausgeschlossen.[43] Die Rechtsnatur von digitalem Zentralbankengeld wird von dessen konkreter Ausgestaltung abhängen.[44]

---

36. Zum Ganzen siehe Zogg, S. 100 f.; vgl. auch Piller, S. 1428 f., der sich im Zweifelsfall für die Anwendung der sachenrechtlichen Bestimmungen ausspricht; betreffend die Rechtsnatur von Stablecoins siehe Eggen, Tokenisiertes Buchgeld, S. 297 f.
37. Zogg, S. 110 f.
38. Zogg, S. 110. Diese Ansicht vertritt auch der Bundesrat (BBl 2020 S. 242).
39. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung, Rz. 2; vgl. Eggen, Retail CBDC, S. 147 f.; vgl. dazu auch Lanz, S. 5 f.; eine laufend aktualisierte Übersicht der Projekte findet sich im Central Bank Digital Currency Tracker des Atlantic Council, abrufbar unter: https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/, besucht am 11.6.2024.
40. Siehe Zellweger-Gutknecht Corinne, wCBDC, S. 217; vgl. auch Bech/Garratt, S. 59; Bericht Digitales Zentralbankgeld, S. 10; vgl. auch der Glossareintrag der SNB (abrufbar unter: https://www.snb.ch/de/srv/id/glossary#C, besucht am 11.6.2024).
41. Diesbezüglich kam es in der öffentlichen Diskussion regelmässig zu Vermengungen (vgl. Bericht Digitales Zentralbankengeld, S. 5); für die Abgrenzung siehe auch Lanz, S. 4 f.
42. Zum Projekt "Helvetia" siehe das Whitepaper zur "Phase II" des Projektes, abrufbar unter: https://www.snb.ch/en/mmr/reference/project_helvetia_phase_II_report/source/project_helvetia_phase_II_report.en.pdf, besucht am 11.6.2024; vgl. dazu Zellweger-Gutknecht, kryptobasierte Sichtguthaben.

D. Währungsverfassung

Das Geld- und Währungswesen ist Sache des Bundes (Art. 99 Abs. 1 BV).[45] Konkretisiert wird diese geld- und währungspolitische Aufgabe im WZG und im NBG.[46] Der Bund verfügt über das **Münz- und Notenmonopol** (Art. 99 Abs. 1 BV). Das Münzmonopol übt der Bund selber aus (Art. 4 WZG).[47] Das Notenmonopol wird durch die SNB als unabhängige[48] Zentralbank wahrgenommen (Art. 7 WZG; Art. 99 Abs. 2 BV). 10

II. ART. 84 ABS. 1 OR

A. Begriff der Geldschuld

Eine Geldschuld stellt die Verpflichtung dar, eine bestimmte Summe an Geld zu leisten (**Summenschuld**).[49] Seltener anzutreffen, aber ebenso zulässig, ist die Vereinbarung einer Geldschuld als **Stückschuld**[50] oder als **Gattungsschuld** (Art. 71 OR).[51] Im ersteren Fall werden die geschuldeten Geldzeichen individuell bestimmt.[52] Im letzteren Fall werden die 11

43. Thomas J. Jordan, Währungen, Geld und digitale Token, Jubiläum 30 Jahre WWZ und VBÖ, Universität Basel, vom 5.9.2019, S. 6, abrufbar unter: https://www.snb.ch/de/mmr/speeches/id/ref_20190905_tjn/source/ref_20190905_tjn.de.pdf, besucht am 11.6.2024; vgl. auch Bericht Digitales Zentralbankengeld, S. 39 f. Allgemein zu den Risiken einer rCBDC für Zentralbanken siehe Baeriswyl Romain/Renyard Samuel/ Swoboda Alexandre, Retail CBDC Purposes and Risk Transfers to the Central Bank, SNB Working Papers 19/2021, September 2021 (abrufbar unter: https://www.snb.ch/n/mmr/reference/working_paper_2021_19/source/working_paper_2021_19.n.pdf, besucht am 11.6.2024).
44. Betreffend Wholesale-CBDC (wCBDC), siehe Zellweger-Gutknecht Corinne, wCBDC, S. 228; betreffend Retail-CBDC (rCBDC) siehe Eggen, Retail CBDC, S. 145 ff.; vgl. auch Lanz, S. 16, 21 f.
45. Zur historischen Entwicklung der schweizerischen Währungsverfassung, siehe BK OR-Weber, Art. 84 N 102 ff.
46. Vgl. zum Ganzen SGK BV-Hettich, Art. 99 N 10 f.; vgl. auch BK OR-Weber, Art. 84 N 118 ff.
47. Die offizielle Münzprägestätte des Bundes ist Swissmint (mehr Informationen unter: https://www.swissmint.ch/swissmint/de/home.html, besucht am 11.6.2024).
48. Siehe dazu BBl 1998 4044 ff.
49. BGer 4A_474/2009 vom 25.5.2010 E. 5.2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2289; CHK-Mercier, Rz. 4; OFK-Kren Kostkiewicz, Rz. 2; ZK OR-Schraner Art. 84 N 141.
50. Vgl. etwa BGE 80 II 49.
51. ZK OR-Schraner Art. 84 N 145 f., 147 f.
52. CHK-Mercier, Rz. 4; BK OR-Weber, Art. 84 N 136.

geschuldeten Geldzeichen der Gattung nach bestimmt (z.B. Zahlung in Hunderternoten oder in Goldvreneli; sog. Geldsortenschuld).[53]

12 Nur bei einer Geldsummenschuld müssen **Verzugszinsen** nach Art. 104 Abs. 1 OR bezahlt werden.[54]

13 Die Erfüllung einer Geldsummenschuld kann nicht **unmöglich** werden.[55] Bei einer Stückschuld wird der Schuldner dagegen nach den allgemeinen Regeln von der Leistungspflicht befreit, sofern die individuell bezeichneten Geldzeichen untergegangen sind.[56] Bei Gattungsschulden ist ebenfalls denkbar, dass die vereinbarte Geldsorte im Zeitpunkt der Erfüllung nicht mehr im Umlauf und damit untergegangen ist.[57] Diesfalls hat der Schuldner grundsätzlich in der, die alte Geldsorte ablösenden, neuen Geldsorte zu leisten.[58]

14 Der **geschuldete Betrag** kann entweder **direkt** (z.B. "CHF 150.00") oder **indirekt** (z.B. unter Verweis auf einen bestimmten Tarif eines Berufsverbandes oder einen Sachverhalt [z.B. Kurs einer Aktie an einem bestimmten Stichtag]) **bestimmt** werden.[59]

B. Höhe der Geldschuld (Nennwertprinzip)

1. Allgemeines

15 Geldschulden sind ihrer Natur nach Wertschulden und unterliegen damit **Wertschwankungen**.[60] Oftmals liegt zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft ein gewisser Zeitraum, weshalb sich die Frage nach dem

53. CHK-Mercier, Rz. 4; BK OR-Weber, Art. 84 N 139; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 147.
54. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2289 und 2689.
55. Es gilt der Grundsatz *"Geld muss man haben"* (Medicus Dieter, S. 489 ff.); BGer 4A_474/2009 vom 25.5.2010 E 5.2.
56. BK OR-Weber, Art. 84 N 138 (Art. 119 Abs. 3 OR; Art. 185 Abs. 1 OR); ZK OR-Schraner, Art 84 N 146.
57. BK OR-Weber, Art. 84 N 140.
58. So ausdrücklich bei der Einführung des Euro geregelt (vgl. Art. 2 und 3 der Verordnung der europäischen Gemeinschaft Nr. 1103/97 vom 17.6.1997; zum Ganzen BK OR-Weber, Art. 84 N 141 und 177); vgl. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 148 (wonach der Geldsortenschuldner nur dann nach Art. 119 Abs. 1 OR von seiner Leistungspflicht befreit wird, wenn die Geldsorte in Anbetracht des Vertragszwecks wesentlich war).
59. BK OR-Weber, Art. 84 N 152; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 150.
60. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 14 f.

Bewertungszeitpunkt einer Geldschuld stellt. In der Praxis ist dies insbesondere im Zusammenhang mit Inflation relevant, die gerade bei Dauerschuldverhältnissen zu einer Verschiebung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung führen kann.[61]

2. Grundsatz: Nennwertprinzip

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung findet das (gesetzlich nicht geregelte)[62] **Nennwertprinzip** Anwendung,[63] wonach eine Geldschuld ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung - unabhängig von allfälligen Wertschwankungen - unveränderlich bestehen bleibt. Es ist stets derjenige Geldbetrag geschuldet, auf den die Schuld von Anfang an lautete ("Ein Franken bleibt ein Franken.").[64] Das Risiko der Geldentwertung im Zeitraum zwischen der Entstehung und der Bezahlung der Schuld trägt damit grundsätzlich der Gläubiger.[65] Das Nennwertprinzip findet auch auf Fremdwährungsschulden[66] Anwendung.[67] 16

3. Ausnahmen des Nennwertprinzips

a. Geldwertschulden

Geldwertschulden bzw. wertbeständige Schulden lauten nicht auf einen fixen Betrag.[68] Stattdessen sind sie auf Wertersatz (z.B. Schadenersatz[69]) oder die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses (z.B. familienrechtlicher 17

61. Vgl. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 14.
62. BK OR-Weber, Art. 84 N 183; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 77.
63. BK OR-Weber, Art. 84 N 179 ff.; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 73 ff.; BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 15 ff.; CHK-Mercier, Rz. 10 f.; BGE 51 II 303, 307 f; BGer 4A_251/2021 vom 16.7.2021 E. 2.1. Das Gegenstück zur Nennwerttheorie ist die Kurswerttheorie («Valorismus»), wonach die Geldschuld im Zeitpunkt der Erfüllung an eine seit der Schuldbegründung allenfalls eingetretene Wertschwankung anzupassen wäre (vgl. dazu ZK OR-Schraner, Art. 84 N 79; BK OR-Weber, Art. 84 N 181).
64. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 73; CHK-Mercier, Rz. 10.
65. BK OR-Weber, Art. 84 N 183; CHK-Mercier, Rz. 10.
66. Siehe dazu nachfolgend III.A.
67. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 78; BK OR-Weber, Art. 84 N 184, 320 f.
68. BK OR-Weber, Art. 84 N 197; BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 16.
69. So wird z.B. im Falle einer unerlaubten Handlung die Summe des vom Schädiger zu zahlenden Schadenersatzes erst im Urteilszeitpunkt festgesetzt. Bis zu diesem Zeitpunkt trägt der Schädiger die Geldentwertung (BK OR-Weber, Art. 84 N 200; vgl. auch ZK OR-Schraner, Art. 84 N 82).

Unterhalt) ausgerichtet.[70] Wird die Geldwertschuld im Rahmen eines gerichtlichen Urteils konkret beziffert, so wird auch diese zu einer Wertschwankungen ausgesetzten Geldsummenschuld.[71]

b. Vertragliche Wertsicherung

18 Um den Gläubiger einer Geldsummenschuld gegen eine allfällige Geldentwertung abzusichern, können die Parteien vertraglich eine Werterhaltung der Geldschuld festlegen, was insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen vorkommt.[72] Die Summe der Geldschuld wird dabei erst im Erfüllungszeitpunkt fixiert und entspricht dem inneren Wert der Geldschuld im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[73] Unter den verschiedenen Arten[74] die geläufigste Wertsicherungsklausel ist die **Indexierung**.[75] Dabei wird der Schuldbetrag an allfällige Änderungen eines bestimmten Indexes (z.B. Landesindex für Konsumentenpreise) gebunden[76] und im Erfüllungszeitpunkt entsprechend angepasst. Wertsicherungsklauseln sind grundsätzlich gültig,[77] wobei sich aus Gesetz zahlreiche ausdrückliche (z.B. Art. 269b OR) oder sinngemässe (z.B. Art. 783 Abs. 2 ZGB; Art. 794 Abs. 1 ZGB) Verbote ergeben.[78]

c. Gesetzliche oder gerichtliche Anpassung

19 In Ausnahmefällen besteht die Möglichkeit einer **gesetzlichen Aufwertung** des Schweizer Frankens,[79] was bisher allerdings nur einmal vorkam.[80]

70. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 81; BK OR-Weber, Art. 84 N 197 f.
71. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 81.
72. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 17.
73. BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 17.
74. Dazu eingehend ZK OR-Schraner, Art. 84 N 106 ff.
75. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2379.
76. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2379; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 116; vgl. BGer 4A_439/2007 vom 28.2.2008 E. 3.2.
77. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2379; BK OR-Weber, Art. 84 N 255.
78. BK OR-Weber, Art. 84 N 247 ff.
79. Dazu ZK OR-Schraner, Art. 84 N 135; BK OR-Weber, Art. 84 N 261 f.
80. BK OR-Weber, Art. 84 N 261.

Sodann besteht im Falle eines plötzlichen Währungszerfalls[81] in Anwendung der **clausula rebus sic stantibus** bei gegebenen Voraussetzungen die Möglichkeit einer gerichtlichen Aufwertung der Geldschuld.[82] 20

C. Erfüllung der Geldschuld

1. Pflicht des Schuldners zur Erfüllung in gesetzlichen Zahlungsmitteln

Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden in gesetzlichen Zahlungsmitteln[83] der geschuldeten Währung zu bezahlen. Die Bestimmung gilt sowohl für vertragliche als auch für ausservertragliche Geldschulden.[84] Art. 84 Abs. 1 OR enthält **zwei Teilgehalte** betreffend die Erfüllung von Geldschulden durch Geldzahlung. Einerseits wird festgelegt, dass Geldschulden in der geschuldeten Währung (sog. Schuldwährung) zu begleichen sind und andererseits hierzu ein gesetzliches Zahlungsmittel zu verwenden ist.[85] Beide Teilgehalte sind dispositiver Natur.[86] 21

2. Annahmeobliegenheit des Gläubigers

Aus der Pflicht des Schuldners in Landeswährung zu erfüllen, folgt die Obliegenheit der Gläubigerin diese an Zahlung anzunehmen, andernfalls gerät sie in Gläubigerverzug (Art. 91 OR).[87] Dabei müssen **Banknoten** unbeschränkt an Zahlung genommen werden (Art. 3 Abs. 2 WZG), **Umlaufmünzen** dagegen nur bis zu 100 Stück pro Geldschuld (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 WZG). 22

Als nicht gesetzliches Zahlungsmittel besteht für den Gläubiger keine Obliegenheit, **bargeldlose Zahlungen** zu akzeptieren.[88] Fehlt im Vertrag eine Regelung zur Erfüllungsmodalität, ist durch Auslegung zu bestimmen, ob es tatsächlich dem hypothetischen Parteiwillen entsprach, dass die Geldschuld durch Barzahlung zu begleichen ist.[89] 23

81. Das Nennwertprinzip ist auf Währungsschwankungen und nicht auf einen Währungszerfall ausgerichtet (ZK OR-Schraner, Art. 84 N 135, 139).
82. Dazu ZK OR-Schraner, Art. 84 N 135; BK OR-Weber, Art. 84 N 261 f.
83. Siehe dazu oben I.B.
84. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2295.
85. ZK OR-Schraner, Art. 84 N 155 ff.
86. CHK-Mercier, Rz. 2.
87. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2300; BK OR-Weber, Art. 84 N 142 f.
88. BK OR-Weber, Art. 84 N 157; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2315.
89. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2316.

24 Die **Vereinbarung einer bargeldlosen Zahlung** ist dann anzunehmen, wenn die Gläubigerin dem Schuldner ihre Zahlungsverbindungsdaten bekannt gibt (z.B. auf dem Briefkopf, auf der Rechnung oder im Onlinehandel auf der Webseite).[90] Sodann ist auch bei grösseren Summen sowie bei Distanzkäufen aus Gründen der Praktikabilität sowie aus Sicherheitsgründen davon auszugehen, dass die Geldschuld bargeldlos erfüllt werden soll.[91]

25 Ob in der blossen **Eröffnung eines Bankkontos** bereits ein stillschweigendes Einverständnis zur Entgegennahme einer bargeldlosen Zahlung liegt, ist umstritten.[92] Das Bundesgericht hat dies in einem Urteil vom 7. November 1996 bejaht.[93] Angesichts des Umstandes, dass heutzutage fast jede Person in der Schweiz über ein Bankkonto verfügt, kann dem entgegengehalten werden, dass diesfalls die Barzahlung jeweils ausdrücklich vereinbart werden müsste, was der von Art. 84 Abs. 1 OR vorgesehenen Ordnung widerspricht.[94] Im Anwendungsbereich von Art. 84 Abs. 1 OR kann daher die blosse Eröffnung bzw. Führung eines Bankkontos ohne öffentliche Bekanntmachung der Zahlungsverbindungsdaten gegenüber einem bestimmten Schuldner grundsätzlich nicht als automatische und stillschweigende Zustimmung zur Entgegennahme einer bargeldlosen Zahlung ausgelegt werden.

26 Betreffend die **SNB-Sichtguthaben** besteht für jene Gläubiger Annahmezwang, welche bei der SNB über ein Konto verfügen (Art. 3 Abs. 3 WZG). Die öffentlichen Kassen des Bundes sowie die SNB sind sodann dazu gehalten, **Umlauf-, Gedenk- und Anlagemünzen** zum Nennwert unbeschränkt an Zahlung zu nehmen (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 WZG).

27 **Andere Zahlungsmittel** (z.B. ausländische Banknoten oder Kryptowährungen) muss ein Gläubiger nicht akzeptieren, sofern dies nicht vertraglich vereinbart wurde.[95]

90. BK OR-Weber, Art. 84 N 158.
91. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2316b.
92. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2316c; BK OR-Weber, Art. 84 N 158; CHK-Mercier, Rz. 7; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 168; BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 20.
93. Urteil des Bundesgerichts vom 07.11.1996 in SemJud 1997, p. 245, p. 253.
94. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2316c.
95. BK OR-Weber, Art. 84 N 143.

3. Art der Erfüllung

a. Barzahlung

Die Barzahlung verliert in der Praxis zunehmend an Bedeutung.[96] Dennoch entspricht die Barzahlung nach wie vor dem gesetzlichen Leitbild[97] und angesichts des Umstandes, dass die einzigen dem Publikum zugänglichen gesetzlichen Zahlungsmittel Banknoten und Münzen sind, dürfte die Barzahlung nach wie vor die Grundform der Erfüllung einer Geldschuld darstellen. 28

Als **physische Objekte** unterliegen Banknoten und Münzen den Bestimmungen des **Sachenrechts**. Die Übertragung von Bargeld erfolgt durch physische Übergabe, d.h. durch Besitzverschaffung an einer beweglichen Sache (Art. 714 Abs. 1 ZGB).[98] Durch die Übergabe des Bargeldbetrages mit dem Nennwert der geschuldeten Summe, wird die Geldschuld beglichen.[99] 29

b. Bargeldlose Zahlung

Die meisten Geldschulden werden heutzutage mittels bargeldloser Zahlungsmittel beglichen (z.B. Banküberweisung, Kreditkarte, Twint, etc.).[100] Je grösser die Transaktionssumme, desto kleiner der Barzahlungsanteil.[101] 30

Zur Abwicklung einer bargeldlosen Überweisung benötigen beide Vertragsparteien ein (Bank-)Konto. Die rechtliche Grundlage bildet in der Regel ein **Konto- bzw. Girovertrag** zwischen Bank und Kunde. Der Girovertrag ist ein auf Dauer ausgerichteter Geschäftsbesorgungsvertrag, der den Regelungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) untersteht.[102] Er enthält die Vereinbarung, dass die Bank für die Vertragspartei den Zahlungsverkehr besorgt.[103] Konkret ist die Bank gestützt auf den Girovertrag 31

96. SNB Zahlungsmittelumfrage, S. 18 (nur noch bei Transaktionssummen unter CHF 5.00 stellt Bargeld nach wie vor das meist verwendete Zahlungsmittel dar); vgl. auch BSK OR-Schroeter, Art. 74 N 40.
97. Dazu BSK OR-Schroeter, Vor Art. 84-90 N 20 f.
98. Giovanoli, S. 98.
99. BK OR-Weber, Art. 84 N 154.
10 SNB Zahlungsmittelumfrage, S. 18.
101 SNB Zahlungsmittelumfrage, S. 18.
10 Buis, S. 38; von der Crone, S. 53 ff.
10 Kleiner, S. 280.

verpflichtet, Überweisungsaufträge der Vertragspartei auszuführen («aktive Seite des Girovertrages»)[104] sowie an die Vertragspartei gerichtete Überweisungssummen seinem Konto gutzuschreiben («passive Seite des Girovertrages»).[105]

32 Bei der **Abwicklung einer konkreten Überweisung** tritt zu dieser vertraglichen Ebene eine anweisungsrechtliche Ebene hinzu.[106] Der Bankkunde (Anweisender) weist seine Bank (Angewiesene) an, einem Dritten (Anweisungsempfänger) einen bestimmten Betrag gutzuschreiben.[107] Als «Scharnier»[108] zwischen der vertraglichen und der anweisungsrechtlichen Ebenen fungiert der vom Zahlungsauslöser angeordnete Zahlungsauftrag, welcher einerseits eine den Girovertrag konkretisierende, auftragsrechtliche Weisung (Art. 397 Abs. 1 OR) des Zahlungsauslösers an seine kontoführende Bank und andererseits eine Anweisung i.S.v. Art. 466 OR darstellt.[109] Die Anweisung selbst stellt keinen Vertrag dar.[110]

33 Eine zulässige bargeldlose Zahlung stellt eine **Erfüllung und nicht lediglich eine Leistung an Erfüllungs statt** dar.[111]

4. Zeitpunkt und Ort der Efüllung

34 Geldschulden sind grundsätzlich **Bringschulden** und sind am (Wohn-)Sitz der Gläubigerin zu erfüllen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR).[112]

35 Die Gläubigerin muss **am letzten Tag** der spezifischen Zahlungsfrist die Verfügungsmöglichkeit über die geschuldete Summe haben.[113] Im Übrigen gelten die Art. 75 ff. OR.

---

10 Buis, S. 39, 56 f.; Kramer, S. 31 f.

10 Buis, S. 92 f.; Kramer, S. 33 f.

10 BGE 122 III 237 E. 1b S. 240; Bettschart, S. 184 f.; Buis, S. 20, 46; Schmid et al., Rz. 2106.

107 Sofern sich das Konto des Anweisungsempfängers bei einer Drittbank befindet, finden die Regeln der Kettenüberweisung Anwendung (vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2324 f.).

10 Siehe die Formulierung bei Bettschart, S. 185.

10 BGE 126 III 20 E. 3a/aa S. 22; Bettschart, S. 185; Buis, S. 45. Für Interbankenzahlungen mit SNB-Sichtguthaben siehe Kramer, S. 104 f.

110 BGE 132 III 609 E. 5.2 S. 617; BGer 4A_10/2013 vom 28.5.2013 E. 3.

111. BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 25; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2317.

112 BGE 119 II 232 E. 2 S. 234.

113 Zum Ganzen siehe BK OR-Weber, Art. 84 N 172; BGE 119 II 232 E. 2 S. 234 f.

III. ART. 84 ABS. 2 OR

A. Begriff der Fremdwährungsschuld

Als Fremdwährungsschuld gilt eine Geldschuld, die auf eine **andere gesetzlich anerkannte Währung**[114] **lautet** als jene, die am Zahlungsort als gesetzliches Zahlungsmittel gilt.[115] Der Zahlungsort bestimmt sich nach Art. 74 OR.[116] Geschuldet sind ausländische Münzen, Banknoten oder andere «in ausländischer Währung ausgedrückte Guthaben».[117] Dabei kann es sich auch um eine rein virtuelle Währung handeln.[118] 36

B. Bestimmung der Fremdwährungsschuld

In der Regel wird die Währung, in welcher die Geldschuld zu erfüllen ist, im Vertrag ausdrücklich bezeichnet.[119] Bei **ungenauen Angaben** (z.B. «Dollar» anstatt «US-Dollar» oder «Neuseeland-Dollar») ist der Vertrag nach den Regeln des Schuldstatuts (Art. 147 Abs. 2 IPRG) **auszulegen**.[120] 37

Art. 84 Abs. 2 OR befasst sich nicht mit der Bestimmung der Höhe der Fremdwährungsschuld, sondern nur mit der Frage der Umrechnungsbefugnis, weshalb auch Fremdwährungsschulden dem **Nennwertprinzip** unterstehen.[121] 38

Vertragliche Schadenersatzforderungen lauten in aller Regel auf die Währung des Vertrages.[122] Bei **ausservertraglichen Schadenersatzforderungen** ist die geschuldete Währung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Es dürfte regelmässig die Fremdwährung am Ort des Schadeneintritts massgebend sein.[123] 39

---

114 Zum Begriff der «Währung» siehe Enz, S. 129 und BSK IRPG-Dasser, Art. 147 N 6 ff.
115 BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 29; CHK-Mercier, Rz. 14.
116 BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 29; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 186.
117. BK OR-Weber, Art. 84 N 311.
118 Zum Ganzen siehe Bärtschi/Jacquemart/Meyer, S. 201 f. und BSK IPRG-Dasser, Art. 147 N 9 f.
119 CHK-Mercier, Rz. 14; BK OR-Weber, Art. 84 N 312; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 176.
12 BK OR-Weber, Art. 84 N 312; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 176.
121 BK OR-Weber, Art. 84 N 320. Zum Nennwertprinzip siehe oben II.B.
12 BGer 4C.191/2004 vom 7.9.2004 E. 6; BK OR-Weber, Art. 84 N 314.
123 BK OR-Weber, Art. 84 N 318; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 182.

40 Ist eine **ungerechtfertigt bereicherte Person** zur Rückerstattung verpflichtet, hat sie jedoch den ungerechtfertigt erhaltenen Fremdwährungsbetrag bereits in einheimische Landeswährung umgetauscht, so ist sie nicht zum Rücktausch verpflichtet. Stattdessen kann die Rückerstattung in einheimischer Landeswährung erfolgen.[124] Die Höhe der rückzuerstattenden Summe in einheimischer Landeswährung bemisst sich nach dem Umrechnungskurs der einheimischen Landeswährung und der erhaltenen Fremdwährung am Empfangstag.[125]

C. Recht des Schuldners auf Erfüllung in Landeswährung

41 Art. 84 Abs. 2 OR sieht für den Schuldner einer Fremdwährungsschuld, deren Zahlungsort in der Schweiz liegt, das Recht vor, in schweizerischer Landeswährung (Schweizerfranken, CHF) zu erfüllen. Dieses Recht des Schuldners stellt eine **alternative Ermächtigung** dar.[126] Primär ist die Bezahlung in der Fremdwährung geschuldet. Dem Schuldner steht es allerdings offen, ohne Zustimmung des Gläubigers in Landeswährung zu erfüllen.[127]

42 Der **Gläubiger kann dagegen ausschliesslich Erfüllung in der Fremdwährung verlangen**.[128] Lehnt er die Zahlung des Schuldners in Fremd- oder Landeswährung ab, so gerät er in Gläubigerverzug (Art. 91 OR).[129]

43 Die gesetzliche Alternativermächtigung aus **Art. 84 Abs. 2 OR findet keine Anwendung**, sofern vertraglich eine **Effektivklausel** vereinbart wurde, wonach die Geldschuld «effektiv»[130] in Fremdwährung zu erfüllen ist.[131] Sodann ausgeschlossen ist die alternative Erfüllung in Landeswährung bei

12 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 183 m.w.H.

125 BK OR-Weber, Art. 84 N 319.

12 BGE 134 III 151 E. 2.2 S. 154 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2304.

127 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 186. Allgemein zur Alternativermächtigung, siehe BK OR-Weber, Art. 72 N 67 f.

12 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2307; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 186; BK OR-Weber, Art. 84 N 325; vgl. BGer 4A_200/2019 vom 17.6.2019 E. 5.

12 BGer 4A_391/2015 vom 01.10.2015 E. 3; CHK-Mercier, Rz. 15; BK OR-Weber, Art. 84 N 325 m.w.H.; ZK OR-Schraner, Art. 84 N 186 m.w.H.

13 Andere mögliche Bezeichnungen sind etwa „nicht anders“ oder „zahlbar in“ (BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 33).

131 Effektivklauseln sind in der Praxis selten (BSK OR-Schroeter, Art. 84 N 33).

Vorliegen einer **Geldsortenschuld**.[132] Eine solche liegt dann vor, wenn ein Kauf bestimmter ausländischer Geldzeichen vereinbart worden ist.[133]

D. Umrechnung einer Fremdwährungsschuld

1. Massgebender Umrechnungskurs

Gemäss Art. 84 Abs. 2 OR können Fremdwährungsschulden *«nach ihrem Wert zur Verfallzeit»* in Landeswährung beglichen werden. Der in Schweizerfranken umgerechnete Betrag, muss damit im Zeitpunkt der Fälligkeit der Fremdwährungsschuld (Art. 75 OR) wertmässig der geschuldeten Fremdwährungssumme entsprechen.[134] Daraus folgt zweierlei: Die Substitutionsbefugnis gemäss **Art. 84 Abs. 2 OR greift erst nach Eintritt der Fälligkeit**, da vorher der massgebende Umrechnungskurs nicht bekannt ist.[135] Der Schuldner kann sich somit vor Eintritt der Fälligkeit nicht in Landeswährung befreien.[136] Zweitens trägt die Gläubigerin zwischen dem Zeitpunkt der Fälligkeit und des Schuldnerverzuges das **Kursrisiko**, da der Schuldner erst ab Verzugseintritt für Kursverluste haftet (Art. 103 OR).[137] Wird der Schuldner von der Gläubigerin bei Fälligkeit nicht sofort gemahnt, eröffnet dies Ersterem grundsätzlich einen gewissen Spekulationsspielraum.[138] 44

Örtlich massgebend ist der **Umrechnungskurs** am gesetzlich oder vertraglich vereinbarten Zahlungsort.[139] Welcher Umrechnungskurs anzuwenden ist (Brief- oder Geldkurs), ergibt sich aus den Umständen und der Art des Rechtsverhältnisses.[140] Grundsätzlich massgebend ist der **Briefkurs**,[141] da die Gläubigerin im Zeitpunkt der Fälligkeit die Möglichkeit haben soll, sich den eigentlich geschuldeten Fremdwährungsbetrag zu verschaffen.[142] 45

132 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2304.
133 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz. 2304; BGE 51 II 199.
134 CHK-Mercier, Rz. 16.
135 Diese Regelung steht in Widerspruch zu Art. 81 Abs. 1 OR (CHK-Mercier, Rz. 16).
13 Weber, Fremdwährungsschulden, S. 114.
137 BGE 76 II 371 E. 4a S. 375; 60 II 337 E. 2 S. 340.
13 Weber, Fremdwährungsschulden, S. 114; Die Alternative bestünde darin, auf den Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Zahlung abzustellen, wie dies etwa im deutschen Recht der Fall ist (vgl. BGB §244).
13 BK OR-Weber, Art. 84 N 329.
14 Siehe dazu ZK OR-Schraner, Art. 84 N 194 ff.
141 Der Briefkurs ist der Kurs, zu dem die ausländische Währung von den Banken verkauft wird.

θ.

2. Schaden aus Kursschwankungen

46 Befindet sich der Schuldner in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR) so haftet er für allfällige Schäden, welche infolge von Kursschwankungen eintreten (Art. 103 ff. OR).[143] Macht die Gläubigerin einen den Verzugszins von 5% (Art. 104 OR) übersteigenden Verspätungsschaden (Art. 106 OR) geltend, gilt die **natürliche Vermutung**, dass die Gläubigerin die erhaltene Fremdwährung bei Fälligkeit in die Landeswährung ihres (Wohn-)Sitzstaates gewechselt hätte.[144] Diese der Gläubigerin im Falle von Kursverlusten als Beweiserleichterung dienende Vermutung, muss sie sich konsequenterweise und zu ihren Ungunsten auch bei Kursgewinnen entgegenhalten lassen, wobei ihr der Gegenbeweis offensteht.[145]

E. Verrechnung bei Fremdwährungsschulden

47 Ist keine Effektivklausel vereinbart,[146] ist die **Verrechnung** von Geldforderungen, welche auf unterschiedliche Währungen lauten, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung **zulässig**.[147] Zwischen den zu verrechnenden Geldforderungen muss allerdings ein Umrechnungskurs existieren.[148]

F. Durchsetzung einer Fremdwährungsschuld

1. Klagebegehren bei einer Fremdwährungsschuld

48 Eine Fremdwährungsforderung ist durch die Gläubigerin in der vereinbarten Währung einzuklagen.[149] **Klagt die Gläubigerin in einer anderen Währung, wird die Klage abgewiesen**, da der Schuldner gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung[150] nicht zu einer anderen als der

14 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 194. Betreffend die weitere Unterscheidung zwischen Noten- und Devisenkurs, siehe BK OR-Weber, Art. 84 N 335 sowie ZK OR-Schraner, Art. 84 N 195.

143 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 203.

14 BGE 123 III 241 E. 3a S. 243; 117 II 256 E. 2b S. 258; 109 II 436 E. 2 S. 440 ff.; CHK-Mercier, Rz. 16.

145 BK OR-Weber, Art. 84 N 339.

14 Dies entspräche einem vorgängigen Verrechnungsverzicht (Art. 126 OR).

147 BGE 130 III 312 E. 6.2 S. 318; 63 II 383 E. 5 S. 391 ff.

14 BGE 130 III 312 E. 6.2 S. 318.

14 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 216.

geschuldeten Leistung verurteilt werden darf (Dispositionsmaxime, Art. 58 Abs. 1 ZPO).[151] Diese Rechtsprechung wird in der Lehre kritisiert.[152] Vorgeschlagen wird stattdessen die Verwendung eines wertbasierten Ansatzes:[153] Bei einer Klage auf Geldleistung wird grundsätzlich ein abstrakter Wert bzw. ein «bestimmtes Mass an Kaufkraf»[154] begehrt. Die Währung, in welcher die Geldleistung im Rechtsbegehren denominiert wird, soll für den Forderungscharakter somit nicht bestimmend sein. Entsprechend würde dem Kläger auch «nichts anderes» (Art. 58 Abs. 1 ZPO) zugesprochen, wenn die Klage in einer anderen als der eingeklagten Währung gutgeheissen wird.[155]

Die Kritik der Lehre wird vom Bundesgericht wahrgenommen.[156] Es hält allerdings an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.[157] Eine Klage in falscher Währung führt damit nach wie vor zur Klageabweisung.[158] 49

2. Streitwertberechnung bei einer Fremdwährungsschuld

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Im Falle einer Fremdwährungsforderung ist eine **Umrechnung in Schweizerfranken** auf das Datum der Rechtshängigkeit (Art. 61 Abs. 1 ZPO) vorzunehmen.[159] Die geltenden Umrechnungskurse sind gerichtsnotorisch.[160] 50

3. Betreibung einer Fremdwährungsschuld

Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG verlangt, dass die Forderungssumme im Betreibungsbegehren in gesetzlicher Schweizerwährung angegeben wird. 51

15 BGE 134 III 151 E. 2.5 S. 156 f.; 52 III 134 f.; BGer 4A_455/2022 vom 26.1.2023 E. 3.2; BGer 4A_251/2021 vom 16.7.2021 E. 2.1; BGer 4A_200/2019 vom 17.6.2019 E. 4; BGer 4A_265/2017 vom 13.2.2018 E. 5.

151 CHK-Mercier, Rz. 19; Die Gläubigerin hat diesfalls die Möglichkeit eine erneute – auf die geschuldete Fremdwährung lautende – Klage einzureichen (BGer 4A_206/2010 vom 15.12.2010, E. 5.2.2.2; vgl. auch Schwander, S. 466 und Carr, S. 166).

152 Carr, S. 161 ff.; Koller, Rz. 9 ff.; Ollivier/Geissbühler, S. 1439 ff.; Schwander, S. 459 ff.

153 Dazu ausführlich Carr, S. 162 ff.

154 Carr, S. 163.

155 Carr, S. 163.

156 BGer 4A_503/2021 vom 25.4.2022 E. 4.1.2.

157 BGer 4A_503/2021 vom 25.4.2022 E. 3-5.

158 Zum Umgang mit dieser Rechtsprechung in der Praxis, siehe Schwander, S. 464 f.

159 Stein-Wigger, ZPO-Komm, Art. 91 N 22; BK OR-Weber, Art. 84 N 347; BGE 63 II 34, 35.

16 BGE 135 III 88 E. 4.1 S. 90 (in diesem Urteil stützte sich das Bundesgericht auf die Daten der Webseite: <http://www.fxtop.com>).

Diese **Umrechnung** ist aus Zweckmässigkeitsgründen vorgesehen und führt nicht zur Novation (Art. 116 OR); die Forderung ist weiterhin in Fremdwährung geschuldet.[161] Der Schuldner kann sich somit bis zur Beendigung der Betreibung durch Zahlung in fremder Währung befreien.

52 Für die Umrechnung ist der **Kurs am Betreibungsort am Tag des Betreibungsbegehrens** massgebend.[162] Kommt es zum Fortsetzungsbegehren, so kann die Forderungssumme auf Begehren des Gläubigers zum Kurs am Tag des Fortsetzungsbegehrens erneut in Landeswährung umgerechnet werden (Art. 88 Abs. 4 SchKG).

53 Sollte sich der Umrechnungskurs im Verlaufe des Betreibungsverfahrens verändern und der Schuldner dadurch mehr bezahlt haben, so steht ihm die **Rückforderungsklage** offen (Art. 86 SchKG).[163] Im spiegelbildlichen Fall kann die Gläubigerin die Differenz auf dem Weg einer **neuen Betreibung** nachfordern.[164]

54 **Effektive Fremdwährungsschulden** und **Geldsortenschulden** werden nicht nach den Bestimmungen des SchKG, sondern auf dem Weg der **Vollstreckung nach Art. 335 ff. ZPO** durchgesetzt.[165]

4. Fremdwährungsschulden im Konkurs, Arrest und Nachlass

55 In der **Konkurseingabe** hat die Gläubigerin die Forderung in Schweizerfranken umzurechnen (vgl. Art. 211 SchKG).[166] Auch das **Arrestbegehren** hat auf Schweizerfranken zu lauten. Wurde die Betreibung bereits eingeleitet, ist die Umrechnung gemäss dem Betreibungsbegehren massgebend (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG), andernfalls ist der Zeitpunkt des Arrestbegehrens massgebend.[167] Beim **ordentlichen Nachlassvertrag** sowie beim **Nachlassvertrag im Konkurs** bedarf es keiner Umrechnung.[168] Dagegen hat beim **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung** eine

161 BGE 134 III 151 E. 2.3 S. 155; Penon/Wohlgemuth, SchKG-Komm, Art. 67 N 23.
16 BGE 137 III 623 E. 3. S. 624; Penon/Wohlgemuth, SchKG-Komm, Art. 67 N 23.
16 BGE 134 III 151 E. 2.3 S. 155.
16 BGE 134 III 151 E. 2.3 S. 155.
165 CHK-Mercier, Rz. 20; Kellerhals, Art. 335 N 30.
16 BGE 110 III 105 E. 3 S. 106 f.; CHK-Mercier, Rz. 20.
167 ZK OR-Schraner, Art. 84 N 239; CHK-Mercier, Rz. 21.
16 BGE 50 II 31 f.; CHK-Mercier, Rz. 21; BK OR-Weber, Art. 84 N 359 f.

Umrechnung zu erfolgen, wobei für den Umrechnungskurs auf den Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung abzustellen ist.[169]

LITERATURVERZEICHNIS

Bärtschi Harald/Jacquemart Nicolas/Meyer Stephan D, Zahlung und Verzug bei virtuellen Währungen, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Zahlungsverkehr, Basel 2018, S. 177-248 (zit. Bärtschi/Jacquemart/Meyer).

Bech Morten/Garratt Rodney, Central bank crytpocurrencies, BIS Quarterly Review, September 2017, S. 55-70 (zit. Bech/Garratt).

Beck Benjamin, Bitcoin als Geld im Rechtssinne, NJW 2015, S. 580-586 (zit. Beck).

Bettschart Sébastien, Virement en chaîne et assignation bancaire, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Etudes suisses de droit bancaire, Vol. 61, Zürich 2000 (zit. Bettschart).

Biagio Bossone/Massimo Costa, Money for the Issuer: Liability or Equity?, Economics, vol. 15, no. 1, 2021, 43-59 (zit. Bossone/Costa).

Buis Eric, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Diss. Zürich 2001 (zit. Buis).

Carr Philip, Klage in falscher Währung – ergo Klageabweisung?, AJP 2021, S. 161-167 (zit. Carr).

Chaum David/Grothoff Christian/Moser Thomas, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers, Vol. 3, 2021 (zit. Chaum/Grothoff/Moser).

Eggen Mirjam, Die rechtliche Ausgestaltung von Retail CBDC, GesKR 2022 S. 147-159. (zit. Eggen, Retail CBDC).

Eggen Mirjam, Tokenisiertes Buchgeld: Programmierbar? Aber sicher!, AJP 2024, S. 293-303 (zit. Eggen, Tokenisiertes Buchgeld).

16 BK OR-Weber, Art. 84 N 361.

Enz Benjamin V., Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, ZStP, 2019, S. 85-107 (zit. Enz).

Dasser Felix, Kommentierung zu Art. 147 IPRG, in: Pascal Grolimund, Leander D. Loacker, Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-Dasser).

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, OR AT, Bd. 1 und 2, 11. Aufl., Zürich 2020 (zit. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger).

Giovanoli Mario, Bargeld – Buchgeld – Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 87-124 (zit. Giovanoli).

Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-Hettich).

Kellerhals Franz, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 335 (zit. Kellerhals).

Kleiner Beat, Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 273-284 (zit. Kleiner).

Koller Alfred, Schadenersatzpflicht als Fremdwährungsschuld?, in: Jusletter 6. Mai 2013 (zit. Koller).

Kramer Stefan, Rechtsprobleme des Interbanken Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC und euroSIC), Diss. Zürich 2005 (zit. Kramer).

Kumhof Michael/Allen Jason G./Bateman Will/Lastra Rosa M./Gleeson Simon/Omarova Saule T., Central Bank Money: Liability, Asset, or Equity of the Nation?, Cornell Legal Studies Research Paper, 14. November 2020 (zit. KUMHOF ET AL.).

Lanz Sascha, Digitales Zentralbankengeld für die Schweiz: Rechtsnatur und Übertragung einer Retail Central Bank Digital Currency (rCBDC), in: Magister, Editions Weblaw, Bern

2022 (zit. Lanz).

Medicus Dieter, „Geld Muß Man Haben“: Unvermögen Und Schuldnerverzug Bei Geldmangel, Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 188, no. 5, 1988, S. 489-510 (zit. Medicus Dieter).

Mercier Gregor, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 84 OR (CHK-Mercier).

Ollivier Nicolas/Geissbühler Grégoire, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, AJP 2017, S. 1439-1452 (zit. Ollivier/Geissbühler).

Omlor Sebastian, Kryptowährungen im Geldrecht, ZHR 183, 2019, S. 294-345 (zit. Omlor).

Piller François, Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?, AJP 2017, S. 1426-1438 (zit. Piller).

Penon Ilija/Wohlgemuth Marc, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 67 (zit. Penon/Wohlgemuth, SchKG-Komm).

Plenio Martin/Senn Myriam (Hrsg.), Nationalbankgesetz – Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, Kommentar, Zürich 2020 (NBG/WZG Komm-Bearbeiter/in).

Prasad Eswar S., The Future of Money: How the Digital Revolution is Transforming

Currencies and Finance, London 2021 (zit. Prasad).

Reiser Nina/Wyss Lukas, Vollgeld-Initiative und Alternativkonzepte, SZW 2018, S. 164-178 (zit. Reiser/Wyss).

Schraner Marius, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/1e, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 3. Auflage, Zürich 2000 (zit. ZK OR-Schraner).

Schmid Jörg/Stöckli Hubert/Krauskopf Frédéric, OR BT, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. Schmid et al.).

Schroeter Ulrich G., Kommentar zu Art. 84 OR, in: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR-Schroeter).

Schwander Ivo, Fremdwährungsschulden vor Schweizer Zivilgerichten, ZZZ 60/2022, S. 457-466 (zit. Schwander).

Simitis Spiros, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 1960/1961, Bd. 159, S. 406-472 (zit. Simitis)

Stein-Wigger Matthias, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 91 (zit. Stein-Wigger, ZPO-Komm).

Thiessen Friedrich, Digitaler Euro: Funktionsweise und kritische Würdigung, Wirtschaftsdienst, Heft 7, 2021, S. 529-535 (zit. Thiessen).

Vischer Frank, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext, Basel 2010 (zit. Vischer).

Von der Crone Hans C., Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer

Überweisung (EFTPOS), Diss. Zürich 1988 (zit. von der Crone).

Weber Rolf H., Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. BK OR-Weber).

Weber Rolf H., Elektronisches Geld – Erscheinungsformen und rechtlicher Problemaufriss, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Bankrecht, Bd. 58, Zürich 1999 (zit. Weber, Elektronisches Geld).

Weber Rolf H., Fremdwährungsschulden in der Praxis (Nach einem Vortrag im zivilrechtlichen Institut Zürich vom 27.9.1982), BJM 1983, S. 105-154 (Weber, Fremdwährungsschulden).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Digitale Landeswährung – Ein Überblick, Jusletter, 31. Oktober 2016 (zit. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung).

Zellweger-Gutknecht Corinne, «Negativzins» und Bilanzsituation der SNB aus monetärrechtlicher Sicht, in: Jusletter 9. Februar 2015 (zit. Zellweger-Gutknecht, Negativzins).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Darf die Nationalbank kryptobasierte Sichtguthaben (wCBDC) ausgeben?, SZW 2023, S. 214 ff. (zit. Zellweger-Gutknecht Corinne, wCBDC).

Zogg Samuel, Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung, recht 2019, S. 95-120 (zit. Zogg).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Darf die Nationalbank kryptobasierte Sichtguthaben (wCBDC) ausgeben?, SZW 2023 S. 214-230 (zit. Zellweger-Gutknecht, kryptobasierte Sichtguthaben).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Wermuth (18.3159) vom 14.3.2018, Digitales Zentralbankgeld, vom 13.12.2019, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59636.pdf, besucht am 11.6.2024 (zit. Bericht Digitales Zentralbankengeld).

Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 27.11.2019, BBl 2020 233 ff. abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59301.pdf, besucht am 11.6.2024 (zit. BBl 2020).

Botschaft über einen neuen Geld- und Währungsartikel in der Bundesverfassung vom 27.5.1998, BBl 1998 4007 ff. abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1998/4_4007__/de, besucht am 11.6.2024 (zit. BBl 1998).

SNB, Merkblatt über den Zugang zum SIC-System und zu Girokonten, Zürich 12. 12.2022 abrufbar unter https://www.snb.ch/dam/jcr:4b5ee0c5-8237-49db-8317-1ba6e49bf814/sicgiro_access_2022_12.de.pdf, besucht am 11.6.2024 (zit. SNB Merkblatt).

SNB, Zahlungsmittelumfrage 2020, Juni 2021, S. 13 und 30 abrufbar unter: https://www.snb.ch/de/iabout/cash/cash_paytrans_surveys/id/paytrans_survey_2020_2, besucht am 11.6.2024 (zit. SNB Zahlungsmittelumfrage).

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 97 OR

Eine Kommentierung von Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

ZITIERVORSCHLAG

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-von Wunschheim/Wullschleger, Art. 97 OR N. XXX.

Zweiter Abschnitt: Die Folgen der Nichterfüllung

A. Ausbleiben der Erfüllung

I. Ersatzpflicht des Schuldners

1. Im Allgemeinen

Art. 97

[1] Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

[2] Für die Vollstreckung gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs sowie der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO).

GLIEDERUNG

I. Kontext und Zweck 74
II. Allgemeiner Standard der vertraglichen Haftung 76
A. Eine Nichterfüllung 76
B. Schaden 78
C. Ein Kausalzusammenhang 81
D. Ein Verschulden 82
Literaturverzeichnis 83

I. KONTEXT UND ZWECK

1 Art. 97 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) eröffnet das Kapitel über die Folgen der Nichterfüllung, das die Art. 97 bis 109 OR umfasst. Dieses Kapitel beginnt mit Art. 97 OR, der den Grundsatz festlegt, dass ein Schuldner verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der durch die Nichterfüllung einer bestimmten Verpflichtung entsteht.

2 Für eine nicht fachkundige oder ausländische Leserschaft mag die Sprache von Art. 97 OR in verschiedener Hinsicht eigentümlich sein:

1. Er bezieht sich allgemein auf „eine Verpflichtung" und nicht speziell auf eine vertragliche Verpflichtung. Dies liegt daran, dass das Schweizer Privatrecht auf einer allgemeinen Theorie des „Schuldrechts" basiert, in der Verträge nur eine von drei Quellen sind, aus denen Verpflichtungen entstehen können (unerlaubte Handlungen [Art. 41 ff. OR] und ungerechtfertigte Bereicherung [Art. 62 OR] sind die beiden anderen Quellen). Obwohl der Leser das Wort „Vertrag" darin nicht findet, gelten sowohl Art. 97 OR und die folgenden Art. 98-109 OR direkt und spezifisch auf jede Situation einer Vertragsverletzung anwendbar sind, es sei denn, (i) die Parteien haben eine andere Haftungsregelung für Vertragsverletzungen vorgesehen (soweit dies gesetzlich zulässig ist) und/oder (ii) das Obligationenrecht (oder ein anwendbares internationales Übereinkommen wie das CISG) sieht bei bestimmten Vertragsarten (z. B. Kaufvertrag, Mietvertrag, Agenturvertrag usw.) (sogenanntes Prinzip „*Lex specialis derogat lex generalis*").

2. Art. 97 OR befasst sich offiziell mit den „Folgen der Nichterfüllung" einer solchen Verpflichtung, scheint sich dann aber nur auf eine dieser möglichen Folgen zu konzentrieren, nämlich die Pflicht, durch die Nichterfüllung entstandene Schäden zu beheben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Pflicht zum Ersatz eines Schadens das einzige Rechtsmittel ist, das im Falle einer Nichterfüllung zur Verfügung steht. Insbesondere das Recht eines Gläubigers, von einem säumigen Schuldner eine bestimmte Leistung zu verlangen, ist in Art. 97 OR implizit enthalten und wird von der Schweizer Rechtsprechung weitgehend anerkannt. Weitere Rechte sind in den Artikeln nach Art. 97 OR festgelegt, wie z. B. das Recht auf Ersatzleistung durch einen Dritten (Art. 98 OR) oder das Recht auf Kündigung des Vertrags (Art. 107 ff. OR).

3. Art. 97 OR legt auch nicht fest, welche Art von „Nichterfüllung" gemeint ist. Es ist allgemein anerkannt, dass Art. 97 OR für alle Arten von nicht ordnungsgemäßer Leistung (sogenannte „*Leistungsstörungen*") gilt, einschließlich verspäteter Leistung (sogenannter „Verzug", *Demeure*, siehe Art. 102 ff. OR), unvollständiger Leistung, mangelhafter Leistung oder jeder anderen Art von tatsächlicher Verletzung oder Nichteinhaltung bestimmter vertraglicher Verpflichtungen („*positive Vertragsverletzung*").

4. Ein juristischer Laie oder ein ausländischer Leser könnte sich außerdem fragen, warum Art. 97(2) OR inmitten von Bestimmungen über Vertragsverletzungen auf das Verfahren des Schuldbetreibungsrechts verweist. Der Grund dafür ist, dass das Schweizer Recht einen ganz besonderen Mechanismus zur Durchsetzung von Geldschulden vorsieht, der es einem Gläubiger, der einen bestimmten Titel zur Begründung einer Geldforderung besitzt, ermöglicht, diese Forderung gegen den Schuldner direkt im Rahmen des Schuldbetreibungsverfahrens durchzusetzen, ohne unbedingt auf einen Gerichtsstreit zurückgreifen zu müssen, um Schadenersatz gemäß Art. 97 OR geltend zu machen. Ob es notwendig sein wird, den Schadenersatzanspruch zunächst durch ein Gerichtsverfahren durchzusetzen, hängt letztlich von der Art des Titels ab, den der Gläubiger besitzt, und davon, ob der Schuldner sich der Zwangsvollstreckung widersetzt.

Bemerkenswert ist ferner, dass Art. 97 ff. OR, abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen, die weiter unten behandelt werden, kein zwingendes Recht darstellen. Die Parteien können daher grundsätzlich von der in diesen Bestimmungen festgelegten Haftungsregelung abweichen. 3

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Art. 97 ff. OR die Standardbestimmungen darstellen, die bei Vertragsverletzungen gelten, wenn weder der Vertrag selbst noch das Schweizerische Obligationenrecht (oder ein anwendbares internationales Übereinkommen) eine andere spezifische Bestimmung für den betreffenden Vertrag vorsieht. 4

Art. 97 ff. OR gelten nicht direkt für die Verletzung potenzieller vorvertraglicher Verpflichtungen, wie z. B. die Pflicht, Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen. Die vorvertragliche Haftung, auch „*culpa in contrahendo*" genannt, unterliegt nach der derzeit vorherrschenden Doktrin und Rechtsprechung hauptsächlich dem Deliktsrecht, wobei bestimmte Bestimmungen des vorliegenden Kapitels analog angewendet werden können. 5

Im Gegensatz dazu gilt Art. 97 ff. OR im Allgemeinen für Verstöße gegen nachvertragliche Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag ergeben und über dessen Beendigung hinaus bestehen.

II. ALLGEMEINER STANDARD DER VERTRAGLICHEN HAFTUNG

6 Nach Schweizer Recht unterliegt die vertragliche Haftung, verstanden als die Pflicht, einen Schaden zu ersetzen, der aus einer nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung resultiert, vier grundlegenden Anforderungen:

1. eine Nichterfüllung einer bestimmten vertraglichen Verpflichtung, d. h. eine Vertragsverletzung;

2. ein Schaden;

3. ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichterfüllung und dem Schaden;

4. ein fehlerhaftes Verhalten der nichterfüllenden Partei.

A. Eine Nichterfüllung

7 Wie oben erwähnt, umfasst der Begriff „Nichterfüllung" in Art. 97 OR alle Arten der Nichteinhaltung vertraglicher Standards. Mit anderen Worten gilt jede Abweichung von einer vertraglichen Pflicht oder, falls keine spezifische vertragliche Pflicht besteht, von einer für den betreffenden Vertrag geltenden gesetzlichen Pflicht als „Nichterfüllung" im Sinne von Art. 97 OR.

8 Art. 97 OR macht auch keine Unterscheidung hinsichtlich der Art der verletzten Pflicht. Insbesondere unterscheidet Art. 97 OR nicht zwischen sogenannten „*Hauptpflichten*" (*obligations principales*), die die charakteristischen Pflichten eines bestimmten Vertrags sind (z. B. Lieferung eines Gegenstands gegen Zahlung seines Preises in einem Kaufvertrag oder Geldtransfer gegen Zinszahlung in einem Darlehensvertrag), und „Nebenpflichten" (*Nebenpflichten* / *obligations secondaires*), die die Hauptpflichten umgeben, wie z. B. eine Exklusivitäts-, Wettbewerbsverbots- oder Vertraulichkeitspflicht usw. Es wird auch nicht zwischen Pflichten unterschieden, die aus einem aktiven Verhalten (etwas tun) oder einem passiven Verhalten (etwas tolerieren oder nicht tun) bestehen.

Art. 97 OR unterscheidet auch nicht zwischen verschiedenen Schweregraden von Verstößen. Obwohl es in der Praxis üblich ist, dass die Parteien je nach Schwere des Verstoßes unterschiedliche Konsequenzen festlegen, z. B. im Falle eines „wesentlichen Verstoßes", kennt Art. 97 OR keine solche Unterscheidung. Alle Arten von Nichterfüllung werden zunächst gleich behandelt. Wird ein Schuldner jedoch auf seine Nichterfüllung hingewiesen und weigert er sich, diese innerhalb der vertraglichen oder gesetzlichen Frist zu beheben (sogenannter „Verzug des Schuldners", *Verzug | Demeure*), so hat der Gläubiger eine größere Auswahl an Rechtsbehelfen, einschließlich des Rechts auf Kündigung und/oder zusätzlichen Schadensersatz (siehe Art. 102 ff.). 9

Darüber hinaus sind bei der Feststellung des Vorliegens einer Nichterfüllung die tatsächlichen Ursachen dieser Nichterfüllung irrelevant. Es gibt nur zwei Ausnahmen von diesem Grundsatz: 10

1. Ursprüngliche und vollständige Unmöglichkeit: Wenn die Erfüllung einer Verpflichtung von Anfang an, d. h. bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, objektiv und vollständig unmöglich war, ist die Verpflichtung selbst ***ab initio*** auf der Grundlage von Art. 20 OR ungültig und es ist keine Leistung fällig. Wird die Leistung erst nach Vertragsabschluss unmöglich, findet Art. 20 OR keine Anwendung. Tritt das Ereignis, das die Unmöglichkeit der Leistung verursacht, nach Vertragsabschluss ein und liegt außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners, sieht Art. 119(1) OR vor, dass die betreffende Verpflichtung erlischt, was bedeutet, dass der Schuldner von der Leistungspflicht befreit ist und bereits erhaltene Leistungen zurückerstatten muss (Art. 119(2) OR). Somit befasst sich Art. 119 OR mit dem, was gemeinhin als *„höhere Gewalt"* bezeichnet wird, auch wenn Art. 119 OR keine spezifische Definition dafür enthält und sich stattdessen auf das Ergebnis konzentriert: die objektive Unmöglichkeit der Leistung aufgrund externer Faktoren. Es ist zu beachten, dass Art. 119 OR kein zwingendes Recht ist und die Parteien daher in ihrem Vertrag von dieser Regel abweichen können, indem sie einer Partei bestimmte Risiken zuweisen, unabhängig von deren Einfluss auf die Verwirklichung dieses Risikos (Art. 119(3) OR). Weitere Einzelheiten zum Mechanismus der nachträglichen Unmöglichkeit nach Schweizer Recht finden Sie im Kommentar zu Art. 119 OR. Wenn weder Art. 20 OR noch Art. 119 OR anwendbar sind, wird eine Unmöglichkeit der Leistung als Fall der Nichterfüllung nach Art. 97 OR behandelt.

2. **Clausula Rebus Sic Stantibus**: Wenn sich die ursprüngliche Situation und das dem Vertrag zugrunde liegende Interessenverhältnis auf unvorhergesehene Weise und in einem solchen Ausmaß geändert haben, dass die Erfüllung einer bestimmten Verpflichtung für den Schuldner untragbar geworden ist und das Beharren des Gläubigers auf einer solchen Erfüllung zu einem missbräuchlichen Ungleichgewicht zwischen den beiden Leistungen führen würde, kann ein Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit werden. Die Anforderungen der *Clausula Rebus* sind strenger als die Doktrin der Härte im englischen Recht und verlangen vom Schuldner, zunächst eine Neuverhandlung des Vertrags zu beantragen und, falls der Gläubiger dies ablehnt, eine Vertragsänderung vor Gericht durchzusetzen. Die *Clausula Rebus* gibt dem Schuldner kein direktes Recht, die Leistung zu verweigern.

11 Wenn Vertragsparteien Ausnahmen von der Pflicht zur Erfüllung bestimmter Verpflichtungen im Falle von Ereignissen *höherer Gewalt* oder Härtefällen schaffen wollen, müssen sie daher entsprechende Bestimmungen in ihren Vertrag aufnehmen und dabei besonders auf die Definition solcher Begriffe und ihre Folgen achten.

12 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass alle Arten von Verstößen gegen jegliche Art von vertraglichen Pflichten, unabhängig davon, ob sie sich aus dem Vertrag oder dem Gesetz ergeben, als „Nichterfüllung" im Sinne von Art. 97 OR, unabhängig vom Grund für die Nichterfüllung. Ausnahmen von einer so weit gefassten Definition der Nichterfüllung sind möglich, müssen jedoch von den Parteien in ihrem Vertrag vorgesehen werden und unterliegen bestimmten gesetzlichen Beschränkungen (siehe unten Art. 100 OR).

B. Schaden

13 Der Schadensbegriff des schweizerischen Rechts ist sehr weit gefasst und umfasst jede unfreiwillige Verminderung des Vermögens einer Partei, die in einer tatsächlichen Verringerung des Nettowerts ihres Vermögens oder einer Erhöhung der Verbindlichkeiten bestehen kann. Diese Verminderung des Vermögens oder Erhöhung der Verbindlichkeiten wird als Differenz zwischen dem Stand der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, der ohne den Vertragsbruch bestanden hätte, und ihrem Stand mit dem Vertragsbruch gemessen (sog. „Differenztheorie"; *Differenztheorie*).

Obwohl die Definition von Schaden recht weit gefasst ist, liegt der Schwerpunkt auf finanziellen Schäden. Andere Arten von Schäden, die sich nicht in einen eindeutigen Geldwert umrechnen lassen, wie moralische Vorurteile, Rufschädigung oder entgangene Chancen, gelten nach Schweizer Recht im Allgemeinen nicht als Schaden und können daher nicht entschädigt werden. 14

Gemäß der allgemeinen Regel zur Beweislast (Art. 8 ZGB und Art. 42 OR) obliegt es der Partei, die einen Schaden geltend macht, (i) das Vorliegen eines solchen Schadens sowie (ii) dessen Umfang (d. h. die Quantifizierung) nachzuweisen.

In dieser Hinsicht weist das Schweizer Recht die folgenden Besonderheiten auf: 15

1. Grundsätzlich sind nach Schweizer Recht alle Arten von Schäden ersatzfähig, solange sie unter die oben genannte Definition von Schaden fallen. Das Schweizer Recht beschränkt den ersatzfähigen Charakter eines Schadens insbesondere nicht auf seine Einstufung als direkter oder indirekter Schaden oder als Folgeschaden. Diese Arten von Schäden fallen ebenfalls unter die allgemeine Definition von Schaden, und ihr ersatzfähiger Charakter hängt davon ab, ob sie einen adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Verstoß aufweisen, um ersatzfähig zu sein (siehe unten Abschnitt 2.3).

2. Der tatsächliche Schaden stellt die Obergrenze des potenziellen Schadenersatzes dar. Mit anderen Worten: Der fällige Schadenersatz darf den tatsächlichen Wert des entstandenen Schadens nicht übersteigen. Insbesondere kennt das Schweizer Recht den Begriff des „Strafschadensersatzes“, wie er in bestimmten Common-Law-Rechtsordnungen bekannt ist, nicht. Das Schweizer Recht erlaubt es den Parteien jedoch, vertragliche „Strafklauseln“ (*Vertragsstrafe | Clause pénale*) vorzusehen, die darauf abzielen, den Druck auf eine Partei zur Vertragserfüllung zu erhöhen, indem sie für den Fall eines Vertragsbruchs eine pauschale Vertragsstrafe vorsehen, wodurch der Gläubiger von der Beweislast für einen Schaden befreit wird. Diese Klauseln müssen jedoch vor dem Eintritt eines Schadens vorgesehen werden und können unter bestimmten Umständen vom Richter reduziert werden, sodass sie sich in ihrer Art und ihrem Zweck deutlich vom Konzept des „Strafschadensersatzes“ im Common Law unterscheiden (siehe Art. 163 OR).

Art. 97 OR hindert die Parteien auch nicht daran, die Art des Schadens vertraglich einzuschränken oder einen Schadenersatzbetrag festzulegen, der niedriger ist als der tatsächlich entstandene Schaden oder sich von diesem unterscheidet (sogenannte „vereinbarte Beträge" oder „pauschalierter Schadenersatz"). Dies stellt jedoch eine Einschränkung des in Art. 97 OR festgelegten Standard-Haftungsregimes dar und unterliegt daher den in Art. 100 OR vorgesehenen Beschränkungen, auf die weiter unten eingegangen wird.

3. Die Tatsache, dass die Definition des Schadens weit gefasst ist, bedeutet nicht, dass eine Partei alle Arten von Schadenersatz gleichzeitig verlangen kann. Gemäß Art. 97 OR wird allgemein zwischen dem sogenannten „positiven Schaden" oder „Erfüllungsinteresse" (*positives Vertragsinteresse*, *Erfüllungsinteresse* | *dommage positif*) und dem „negativen Schaden" oder „Nichterfüllungsinteresse" (*negatives Vertragsinteresse*, *Nichterfüllungsinteresse* | *dommage négatif*) unterschieden.

- Das **Erfüllungsinteresse** stellt den vollen Wert des ordnungsgemäß erfüllten Vertrags dar. Hier zielt die Entschädigung darauf ab, den Gläubiger in die Situation zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn der Vertrag vollständig und ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Der Schaden ist somit die Differenz zwischen dem Status der Vermögenswerte und der Haftung des Gläubigers im Verletzungsszenario und dem Status, den dieser Status bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung gehabt hätte. Dazu gehören vor allem entgangene Gewinne (*lucrum cessans*), aber auch alle Kosten, die dem Gläubiger aufgrund der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung entstehen (*damnum emergens*), wie z. B. zusätzliche Lagerkosten für Waren, Inspektionskosten, Reparaturkosten, Vernichtungskosten, Kosten für einen Produktrückruf, Strafen oder Schadensersatz, den der Gläubiger seinen eigenen Kunden im Zusammenhang mit verspäteten Lieferungen schuldet, usw.
- Der **Vertrauenszins** stellt die tatsächlichen Kosten und Verluste dar, die sich aus dem nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrag ergeben. Hier zielt die Entschädigung darauf ab, den Gläubiger in die Situation zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre. Der Schaden ist somit die Differenz zwischen dem Status des Gläubigers im Verletzungsszenario und seinem Status vor Vertragsabschluss.

Nach Schweizer Recht ist es nicht möglich, sowohl die Erfüllung als auch das Vertrauensinteresse geltend zu machen; der Gläubiger kann nur eine dieser beiden Schadensarten geltend machen. Solange der Vertrag in Kraft bleibt, kann der Gläubiger nur das Erfüllungsinteresse geltend machen. Entscheidet sich der Gläubiger für eine Vertragsauflösung, kann er nur das Vertrauensinteresse geltend machen (Art. 107-109 OR). Daher ist es für einen Gläubiger von entscheidender Bedeutung, die *Vor-* und *Nachteile* eines Anspruchs auf Erfüllungsinteresse gegenüber einem Anspruch auf Vertrauensinteresse sorgfältig abzuwägen, bevor er die spezifischen Rechtsbehelfe nach Art. 107 ff. OR in Anspruch nimmt.

C. Ein Kausalzusammenhang

Während bestimmte Rechtssysteme verlangen, dass ein Schaden „vorhersehbar" ist, oder zwischen direkten und indirekten Schäden oder Folgeschäden unterscheiden, bezieht sich das Schweizer Recht auf das Konzept des „Kausalzusammenhangs" (*Kausalzusammenhang | lien de causalité*). Damit ein Schaden zu einer Schadensersatzpflicht führt, müssen die Pflichtverletzung und der Schadenersatzanspruch in einem „Ursache-Wirkung"-Verhältnis stehen, das aus zwei verschiedenen Blickwinkeln beurteilt wird: 16

1. Es muss ein **natürlicher** Kausalzusammenhang (*natürlicher Kausalzusammenhang | lien de causalité naturelle*) bestehen: Das betreffende Verhalten, das den Vertragsbruch darstellt, muss die *conditio sine qua non* des Schadens sein. Mit anderen Worten: Ohne den Vertragsbruch wäre kein Schaden entstanden.

Beispiel: Ein Pharmaunternehmen verwendete bei der Herstellung eines Medikaments einen falschen Inhaltsstoff. Infolgedessen wurden Patienten krank und der Verkäufer musste das Medikament zurückrufen sowie seine Vertriebshändler und die Patienten entschädigen. Hätte der Hersteller den richtigen Inhaltsstoff verwendet, wären die Patienten nicht krank geworden und es wäre kein Rückruf oder eine Entschädigung erforderlich gewesen.

2. Dieser natürliche Kausalzusammenhang muss auch **angemessen sein** (*adäquater Kausalzusammenhang | lien de causalité adequate*): Dies bedeutet, dass das *„pflichtwidrige Verhalten nicht nur die natürliche Ursache des Schadens sein muss, sondern auch nach dem gewöhnlichen Lauf der*

Dinge und der Lebenserfahrung geeignet gewesen sein muss, eine Wirkung der eingetretenen Art hervorzurufen, so dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Ergebnisses durch das pflichtwidrige Verhalten allgemein erhöht worden zu sein scheint". Obwohl anders konzipiert, unterscheidet sich der Test der adäquaten Kausalität nach Schweizer Recht in der Praxis nicht so sehr vom Test der „Vorhersehbarkeit", der nach dem CISG oder anderen Gesetzen angewendet wird.

Beispiel: Nach allgemeiner Kenntnis und Erfahrung war zu erwarten, dass die Verwendung des falschen Inhaltsstoffs in dem Medikament dazu führen würde, dass Patienten krank werden und somit ein Produktrückruf erforderlich ist.

Wenn das verletzende Verhalten in einer Unterlassung besteht, muss der Kausalitätstest angepasst werden. Die relevante Frage ist dann, ob das schädigende Ergebnis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung hätte vermieden werden können, wenn die betroffene Partei das erforderliche Verhalten an den Tag gelegt hätte (sogenannter **„hypothetischer** Kausalzusammenhang").

D. Ein Verschulden

17 Um eine Schadensersatzpflicht nach Art. 97 OR auszulösen, reicht eine Vertragsverletzung allein nicht aus. Die Vertragsverletzung muss das Ergebnis eines fehlerhaften Verhaltens des Schuldners sein. Art. 97 OR begründet jedoch eine Verschuldensvermutung. Mit anderen Worten muss der Gläubiger nur nachweisen, dass eine Vertragsverletzung vorliegt. Diese Vertragsverletzung wird dann als Folge eines fehlerhaften Verhaltens vermutet, und es ist Sache des Schuldners, nachzuweisen, dass ihm bei der Begehung der Vertragsverletzung kein Verschulden zur Last gelegt werden kann (sogenannter „*Exkulpationsbeweis*"/„*Preuve exculpatoire*").

18 Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Haftungsstandard für internationale Kaufverträge nach dem CISG, bei dem ein Verschulden keine Voraussetzung für die Haftung bei Vertragsverletzung ist.

19 Das Konzept des Verschuldens wird dann in Art. 99 OR weiter behandelt.

LITERATURVERZEICHNIS

Acocella Domenico, Kommentierung zu Art. 38 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (eds.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3rd Ed., Basel 2021.

Brunner Christoph, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Mohs Florian, Kommentierung zu Art. 61 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Müller-Chen Markus, Kommentierung zu Art. 45 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Schmid Jörg, Vertragsrecht und Realerfüllung, in: Pierre Tercier/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (eds.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, pp. 589-604.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Weber Rolf/Emmenegger Susan, Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 18 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne//Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung Einleitung zu Art. 97–109 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 98 OR

Eine Kommentierung von Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

ZITIERVORSCHLAG

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Kommentierung zu Art. 98 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-von Wunschheim/Wullschleger, Art. 98 OR N. XXX.

2. Bei Verbindlichkeit zu einem Tun oder Nichttun

Art. 98

[1] Ist der Schuldner zu einem Tun verpflichtet, so kann sich der Gläubiger, unter Vorbehalt seiner Ansprüche auf Schadenersatz, ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen.

[2] Ist der Schuldner verpflichtet, etwas nicht zu tun, so hat er schon bei blossem Zuwiderhandeln den Schaden zu ersetzen.

[3] Überdies kann der Gläubiger die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen, diesen auf Kosten des Schuldners zu beseitigen.

GLIEDERUNG

I. Zusammenhang und Zweck 87
II. Voraussetzungen von Art. 98 Abs. 1 OR – Verpflichtung zu aktivem Verhalten 88
III. Voraussetzungen von Art. 98 Abs. 2 OR – Verpflichtung zum passiven Verhalten . 89
IV. Voraussetzungen für die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands (Art. 98 Abs. 2 OR) 89
Literaturverzeichnis 90

I. ZUSAMMENHANG UND ZWECK

Während Art. 97 OR bei Nichterfüllung einen ersten Rechtsbehelf vorsieht, nämlich die Pflicht zum Schadenersatz, sieht Art. 98 OR je nach Art der betreffenden Verpflichtung eine andere Art von Rechtsbehelf vor, d. h. ob es sich um eine Pflicht handelt, etwas zu tun (aktives Verhalten) oder etwas zu unterlassen (passives Verhalten). 1

Bei einer Verletzung der Pflicht, etwas zu tun, hat der Gläubiger nach Art. 98 Abs. 1 OR das Recht, einen Dritten mit der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung im Namen des säumigen Schuldners zu beauftragen (Art. 98 Abs. 1 OR, sog. „*Ersatzleistung*"|„*Execution par substitution*" (*Execution par substitution*)). 2

Somit hat Art. 98 Abs. 1 OR gegenüber Art. 97 OR die folgenden zwei Vorteile: (1) Art. 98 Abs. 1 OR setzt kein Verschulden des säumigen Schuldners voraus, und (2) der Schuldner kann darüber hinaus verpflichtet werden, die Kosten der Ersatzleistung vorzuschießen (Art. 98 Abs. 1 OR). Auf den ersten Blick mag Art. 98 Abs. 1 OR interessant erscheinen, da sein Hauptzweck darin besteht, die ordnungsgemäße Erfüllung der betreffenden Verpflichtung sicherzustellen und dadurch das Auftreten von Schäden von vornherein zu verhindern. 3

Die Ausübung des Rechts auf Ersatzleistung unterliegt jedoch sehr strengen Bedingungen, insbesondere einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung (siehe unten). Infolgedessen wird Art. 98 OR in der Praxis selten angewendet. 4

Bei einer Verletzung einer Unterlassungspflicht hat der Gläubiger nach Art. 98 Abs. 2 OR einen direkten Anspruch auf Schadenersatz allein aufgrund der Verletzung und nach Art. 98 Abs. 3 auf Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands. 5

Art. 98 OR ist eine dispositive Gesetzesbestimmung. Die Vertragsparteien können ein Recht auf Ersatzvornahme vorsehen, indem sie auf die Notwendigkeit einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung verzichten. Was die Verpflichtung betrifft, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen, können die Parteien für den Fall eines Verstoßes eine Vertragsstrafe vorsehen (siehe Art. 100 OR). 6

II. VORAUSSETZUNGEN VON ART. 98 ABS. 1 OR – VERPFLICHTUNG ZU AKTIVEM VERHALTEN

7 Eine Verpflichtung, etwas zu tun, umfasst Handlungen wie die Ausführung einer bestimmten Arbeit oder die Lagerung eines Gegenstands.

8 Damit ein Gläubiger von dem Recht auf Ersatzleistung nach Art. 98 Abs. 1 OR Gebrauch machen kann, muss er folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Die Verpflichtung, etwas zu tun, muss trotz der Fähigkeit des Schuldners zur Leistung unerfüllt bleiben. Im Gegensatz zu Art. 97 OR muss diese Nichterfüllung nicht mit einem Verschulden des Schuldners verbunden sein.

2. Die Erfüllung dieser Verpflichtung muss fällig sein. Eine zusätzliche Mahnung ist nicht erforderlich, und es genügt, dass die vertragliche Frist für die Erfüllung verstrichen ist. Wurde keine Frist gesetzt, ist jedoch eine Aufforderung zur Erfüllung erforderlich.

3. Die Erfüllung dieser Verpflichtung muss substituierbar sein, d. h. Art. 98 Abs. 1 OR gilt nicht für hochgradig persönliche Dienstleistungen wie künstlerische oder wissenschaftliche Dienstleistungen, bei denen die Person des Schuldners für die Erfüllung der betreffenden Verpflichtung von entscheidender Bedeutung ist.

4. Der Gläubiger muss „eine Genehmigung erhalten haben", d. h., der Gläubiger muss zunächst ein rechtskräftiges Leistungsurteil erwirken, bevor er auf die Ersatzleistung zurückgreifen kann. Die Ersatzleistung als Vollstreckungsinstrument kann direkt vom Gericht erster Instanz (Art. 236(3) und 337(1) ZPO) oder später vom Vollstreckungsgericht (Art. 338 Abs. 1 ZPO) angeordnet werden. Die Anordnung einer Ersatzleistung liegt im Ermessen des Gerichts. Die Interessen der Parteien werden gegeneinander abgewogen, wobei die Ersatzleistung nicht unverhältnismäßig sein oder einen Rechtsmissbrauch darstellen darf (Art. 2 CC, BGE 130 III 302, E. 3.3).

9 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Art. 98 Abs. 1 OR dem Gläubiger kein eigenständiges Recht auf Ersatzleistung einräumt. Stattdessen muss der Gläubiger zunächst eine rechtskräftige Anordnung eines Gerichts erwirken. Somit ist das Rechtsmittel der Ersatzleistung nach Art. 98 OR kein echtes vertragliches Rechtsmittel, sondern ein Mittel der Zwangsvollstreckung. Infolgedessen wird Art. 98 Abs. 1 OR in der Praxis selten angewendet.

Stattdessen ist es üblich, dass Parteien, die auf eine Ersatzleistung zurückgreifen möchten, auf die gerichtliche Genehmigung verzichten und die Modalitäten eines Rechts auf Ersatzleistung praxisnaher gestalten.

III. VORAUSSETZUNGEN VON ART. 98 ABS. 2 OR – VERPFLICHTUNG ZUM PASSIVEN VERHALTEN

Bei einer Unterlassungspflicht geht es darum, bestimmte Handlungen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder einer vertraglichen Verpflichtung zu unterlassen. Es gibt verschiedene Arten von passivem Verhalten, z. B. die Verpflichtung, bestimmte Informationen nicht offenzulegen, die Verpflichtung, bestimmte Rechte oder Pflichten nicht abzutreten, die Verpflichtung, nicht in Wettbewerb zu treten, die Verpflichtung, bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen der anderen Partei oder Dritter zu tolerieren, wie die Nutzung eines Objekts durch einen Mieter usw. 10

Gemäß Art. 98 Abs. 2 OR reicht die Verletzung der Pflicht, etwas zu unterlassen, *per se* aus, damit der Gläubiger Schadensersatz verlangen kann, ohne dass der Gläubiger zunächst eine Unterlassungsklage oder einen Antrag auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands stellen muss. Der Schadensersatzanspruch nach Art. 98 Abs. 2 OR setzt jedoch ein Verschulden des Nichterfüllungsschuldners voraus, wobei ein solches Verschulden jedoch vermutet wird (wie bei Art. 97 OR). 11

IV. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE WIEDERHERSTELLUNG DES RECHTMÄSSIGEN ZUSTANDS (ART. 98 ABS. 2 OR)

Zusätzlich zum Schadensersatzanspruch nach Art. 98 Abs. 2 OR 98(3) OR dem Gläubiger auch einen Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands, d. h. einen Anspruch auf Wiederherstellung des vertraglichen oder rechtlichen Zustands. Dieser Anspruch kann unter den gleichen Voraussetzungen wie nach Art. 98 Abs. 1OR geltend gemacht werden und setzt kein schuldhaftes Verhalten des Schuldners voraus. Ist eine Wiederherstellung nicht möglich, z. B. bei Verletzung einer Geheimhaltungspflicht, muss der Gläubiger Schadensersatz statt der Wiederherstellung verlangen. 12

13 Art. 98 Abs. 3 sieht vor, dass der Schuldner die Kosten für die Wiederherstellung des vertraglichen oder gesetzlichen Zustands zu tragen hat. Diese Kosten können auch als Teil des Leistungsschadens gemäß Art. 107 Abs. 2 OR geltend gemacht werden (anwendbar im Falle eines qualifizierten Verzugs des Schuldners). In einem solchen Fall muss die Nichterfüllung jedoch fehlerhaft gewesen sein.

LITERATURVERZEICHNIS

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 98 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 98 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 99 OR

Eine Kommentierung von Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

ZITIERVORSCHLAG

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Kommentierung zu Art. 99 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-von Wunschheim/Wullschleger, Art. 99 OR N. XXX.

II. Mass der Haftung und Umfang des Schadenersatzes

1. Im Allgemeinen

Art. 99

[1] Der Schuldner haftet im Allgemeinen für jedes Verschulden.

[2] Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

[3] Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung.

GLIEDERUNG

I. Kontext und Zweck 94
II. Verschuldenshaftung (Art. 99 Abs. 1 OR) 94
III. Der Umfang der Haftung (Art. 99 Abs. 2 und 3 OR) 96
Literaturverzeichnis 98

I. KONTEXT UND ZWECK

1 Während Art. 97 OR den Haftungsstandard selbst festlegt, betreffen Art. 99-101 OR den Umfang der Haftung und des Schadenersatzes.

2 Art. 99 OR befasst sich mit dem Grundkonzept des Verschuldens und dessen Auswirkungen auf den Umfang der Haftung. Was andere Aspekte betrifft, wie die Bestimmung des Schadens oder die Minderung seiner Entschädigung, so enthält Art. 99(3) OR einen allgemeinen Verweis auf Art. 42-54 OR, die im Falle einer deliktischen Haftung gelten. Mit anderen Worten: Die Grundsätze, die für die Bestimmung des Schadens und des Umfangs der Entschädigung bei deliktischer Haftung gelten (Art. 42-54 OR), gelten analog für Schadenersatzansprüche bei Vertragsverletzung.

3 Art. 100 OR befasst sich dann mit der vertraglichen Haftungs- und Schadensbegrenzung und Art. 101 OR mit der Haftung für Hilfspersonen/ Beauftragte.

II. VERSCHULDENSHAFTUNG (ART. 99 ABS. 1 OR)

4 Art. 99(1) OR besagt, dass „**jedes beliebige** Verschulden" ausreicht, um eine Haftung für Vertragsverletzungen auszulösen, ohne jedoch den Begriff des Verschuldens zu definieren. Tatsächlich gibt es im Obligationenrecht keine Definition von „Verschulden", doch wurde es durch die Rechtsprechung wie folgt definiert: Die Abweichung vom durchschnittlichen menschlichen Verhalten („objektive Seite") durch eine Person, die urteils- und verantwortungsfähig ist ("subjektive Seite). Der Begriff des Verschuldens umfasst sowohl vorsätzliches Verhalten als auch Fahrlässigkeit (leichte oder grobe Fahrlässigkeit).

5 Somit legt Art. 99(1) OR den Grundsatz fest, dass ein Schuldner, der eine Vertragsverletzung begeht, unabhängig vom Grad seines Verschuldens, ob schwer oder leicht, haftbar gemacht wird. Obwohl der Grad des Verschuldens bei der Feststellung der Haftung als solcher irrelevant ist, spielt er dennoch eine Rolle bei der Bestimmung des Umfangs des Schadenersatzes. Darüber hinaus sieht das Obligationenrecht bestimmte Ausnahmen von der allgemeinen Verschuldenshaftung vor, bei denen auch der Grad des Verschuldens relevant ist (siehe z. B. Art. 248, 420(2), 454 OR). Daher ist es

nach wie vor sinnvoll, zwischen den drei typischen Arten von Fehlern zu unterscheiden, die im schweizerischen Vertrags- und Deliktsrecht bekannt sind:

1. **Vorsätzliches Verhalten** (*Vorsatz | Intention*): Vorsätzliches Verhalten liegt vor, wenn eine Partei den Verstoß absichtlich begeht oder wenn sie bewusst die Möglichkeit eines solchen Verstoßes in Kauf nimmt und sich nicht darum kümmert (*dolus eventualis*).

2. **Grobe Fahrlässigkeit** (*grobe Fahrlässigkeit | négligence grave*): Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Partei, die gegen die Vorschriften verstößt, die elementarsten Sorgfaltsstandards missachtet, ohne den Verstoß zu wollen oder dessen Wahrscheinlichkeit in Kauf zu nehmen.

3. **Leichte Fahrlässigkeit** (*leichte Fahrlässigkeit | négligence légère*): In der Rechtslehre und Rechtsprechung wird leichte Fahrlässigkeit in der Regel als geringfügige Abweichung von den Sorgfaltsstandards beschrieben, die von einer durchschnittlichen Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann.

Bei der Feststellung eines Verschuldens wenden Gerichte eine objektive Bewertung an und stützen sich darauf, wie sich ein durchschnittlicher Dritter unter ähnlichen Umständen im Allgemeinen verhalten hätte. Daher sind in diesem Stadium individuelle Merkmale, der Hintergrund oder die Fähigkeiten des jeweiligen Schuldners irrelevant, obwohl die Geschäftsfähigkeit eine Voraussetzung ist. Bei der Bestimmung des anwendbaren Sorgfaltsmaßstabs müssen jedoch die spezifischen Fähigkeiten und Standards der jeweiligen Berufe und Tätigkeiten des Schuldners berücksichtigt werden. 6

Beispiel: Ein HNO-Arzt hat einen Patienten operiert. Bei dieser Operation kam es zu einer Verletzung des Gesichtsnervs und zur Eröffnung des seitlichen Bogengangs, was auch nach einer Revisionsoperation zu bleibendem Hörverlust und Schwindel führte. In diesem Fall musste das Bundesgericht prüfen, ob davon ausgegangen werden konnte, dass der Arzt im Verhältnis zu seinen Fähigkeiten als HNO-Arzt die erforderliche Sorgfalt walten ließ, verglichen mit dem, was ein dritter Arzt mit ähnlichen Fachkenntnissen und Fähigkeiten getan hätte. 7

III. DER UMFANG DER HAFTUNG (ART. 99 ABS. 2 UND 3 OR)

8 Der Zweck von Art. 99(2) OR ist bei der Lektüre seines Wortlauts nicht ganz klar. Er bezieht sich auf die „Art des konkreten Geschäfts" und auf das Ausmaß, in dem der Schuldner von einem solchen Geschäft „profitieren" sollte. Es ist allgemein anerkannt, dass diese Bestimmung darauf abzielt, einen Grund für die Einschränkung des Haftungsumfangs einzuführen, wenn der Schuldner nicht wirklich von dem Geschäft profitiert hat. Je geringer der Gewinn für den Schuldner ist, desto nachsichtiger kann der Richter bei der Festlegung des Haftungsumfangs sein. Beispiel: Ein Spender bietet eine Ware kostenlos an, verpackt diese jedoch nicht ordnungsgemäß, sodass sie während des Transports zum Begünstigten beschädigt wird.

9 Ansonsten verweist Art. 99(3) OR einfach auf die Bestimmungen, die im Falle einer deliktischen Haftung anwendbar sind, ohne diese Bestimmungen jedoch direkt zu spezifizieren. Es handelt sich um Art. 42-54 OR mit Ausnahme von Art. 52 OR, von denen einige jedoch im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftung relevanter sind als andere.

10 Wir geben einen kurzen Überblick über den Zweck und den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen und verweisen ansonsten auf den Kommentar zu diesen Bestimmungen selbst:

1. **Art. 42 OR** befasst sich mit der Beweislast in Bezug auf den Schaden. Art. 42(1) OR besagt, dass es dem Geschädigten obliegt, seinen Schaden nachzuweisen. Dies ist eine bloße Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Beweislast, der in Art. 8 CC festgelegt ist. Der Nachweis des Schadens bezieht sich sowohl auf dessen Vorhandensein als auch auf dessen Umfang (Quantifizierung). Art. 42(2) OR führt dann eine Ausnahme in Bezug auf den Umfang des Schadens ein, die besagt, dass „*wenn der genaue Wert des Schadens nicht beziffert werden kann, das Gericht den Wert nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung des normalen Verlaufs der Ereignisse und der von der geschädigten Person ergriffenen Maßnahmen* schätzt". Mit anderen Worten scheint Art. 42(2) OR zu besagen, dass das Gericht einen Schaden, der vom Schuldner nicht beziffert werden kann, direkt bewerten und bestimmen kann. Leider wird diese Bestimmung in der Praxis nur sehr selten angewendet, was hauptsächlich darauf zurückzuführen ist, dass die Anforderungen an die Feststellung der Unbestimmbarkeit des Schadens sehr hoch sind.

2. **Art. 43 OR** legt den allgemeinen Grundsatz fest, dass der Umfang des zu leistenden Schadenersatzes auf der Grundlage der konkreten Umstände und des Grads des Verschuldens, d. h. des Verschuldens, zu beurteilen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein durch leichte Fahrlässigkeit verursachter Schaden automatisch zu einer Verringerung des Schadenersatzumfangs führt (siehe jedoch Art. 44(2) OR). Stattdessen liegt der Grundgedanke dieser Bestimmung darin, dass der Richter die Entschädigung kürzen kann, wenn der Schaden in keinem Verhältnis zum Grad des Verschuldens steht. Ebenso darf der Richter die Entschädigung nicht über den tatsächlichen Schaden hinaus erhöhen, selbst bei sehr schwerem vorsätzlichen Verhalten (siehe oben Art. 97 OR). Laut Gesetz ist die maximale Entschädigung immer der tatsächliche Schaden, es sei denn, die Parteien haben vertraglich eine Strafklausel (siehe Art. 163 OR) oder einen festen pauschalierten Schadenersatz (siehe unten Art. 100 OR) vorgesehen.

3. **Art. 44 OR** sieht dann zwei spezifische Gründe für eine Herabsetzung des Schadenersatzes vor: (i) bei Mitverschulden oder Einwilligung, d. h. wenn die geschädigte Partei entweder durch Verschulden oder durch Einwilligung zur Verursachung des Schadens beigetragen hat, und (ii) bei leichter Fahrlässigkeit, vorausgesetzt, ein vollständiger Schadenersatz würde den Schuldner in eine finanzielle Notlage bringen.

4. **Art. 45 bis Art. 49 OR** befassen sich dann mit Schadensersatz bei Tötung, Körperverletzung und Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Diese Bestimmungen haben im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftung nur eine begrenzte praktische Relevanz, weshalb wir für weitere Einzelheiten auf den Kommentar zu Art. 45-49 OR verweisen.

5. **Art. 50 und Art. 51 OR** befassen sich mit der Situation, in der mehrere Schuldner gemeinsam den Schaden verursacht haben, entweder durch unerlaubte Handlung und/oder durch Vertragsverletzung. Grundsätzlich gilt, dass diese Schuldner gegenüber dem Gläubiger gesamtschuldnerisch haften (siehe Art. 143(2) OR) und dass der Schuldner, der durch unerlaubte Handlung oder vorsätzliche Rechtsverletzung haftet, zuerst untereinander Schadensersatz leisten muss, gefolgt von den Schuldnern, die durch eine Vertragsverletzung oder eine unverschuldete Rechtsverletzung zum Schaden beigetragen haben. Es gibt einige begrenzte Ausnahmen von diesem Grundsatz, die vom Bundesgericht sehr vorsichtig gehandhabt werden.

6. **Art. 53** und **Art. 54 OR** befassen sich mit dem Thema der fehlenden Urteilsfähigkeit (*Urteilsfähigkeit | Zurechnungsfähigkeit*). Zunächst legt Art. 53 OR fest, dass der Begriff der Urteilsfähigkeit im Zivilrecht unabhängig von demselben Begriff im Strafrecht ist. Dann legt Art. 54 OR eine Ausnahme vom Grundsatz der Verschuldenshaftung fest. Wie oben erwähnt, setzt die Haftung ein Verschulden voraus und das Verschulden setzt die Zurechnungsfähigkeit voraus. Die Urteilsfähigkeit ist ein Aspekt der Geschäftsfähigkeit. Daher unterliegt jemand, der nicht urteilsfähig ist, grundsätzlich nicht der zivilrechtlichen Haftung. Art. 54 OR stellt eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar, indem er dem Richter erlaubt, eine teilweise oder vollständige Entschädigung anzuordnen, wenn es die Billigkeit gebietet. Diese Bestimmungen haben im Zusammenhang mit der vertraglichen Haftung nur sehr wenig praktische Relevanz, weshalb wir für weitere Einzelheiten auf die Kommentierung dieser Bestimmungen verweisen.

LITERATURVERZEICHNIS

Brunner Hans-Ulrich, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg 1991.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 99 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Graber Christoph K., Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 42 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 43 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 99 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 100 OR

Eine Kommentierung von Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

ZITIERVORSCHLAG

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Kommentierung zu Art. 100 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-von Wunschheim/Wullschleger, Art. 100 OR N. XXX.

2. Wegbedingung der Haftung

Art. 100

[1] Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

[2] Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

[3] Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften über den Versicherungsvertrag.

GLIEDERUNG

I. Kontext und Umfang 104
II. Arten von Haftungsbeschränkungen in der Praxis 105
A. Haftungsbeschränkungen stricto sensu 105
B. Beschränkungen des Schadenersatzes 106
1. Ausschluss bestimmter Schadenskategorien 106
2. Vertragsstrafen, vereinbarte Beträge, pauschale Entschädigungen und dergleichen 107
3. Unterschied zur Strafklausel 109
C. Andere Beschränkungen 110
III. Erweiterte Anwendung auf das Deliktsrecht 111
IV. Folgen übermäßiger Haftungsbeschränkungen 111
V. Ausnahmen/Sonderfälle 111
A. Sonderfälle (Art. 100 Abs. 2 und 100 Abs. 3 OR) 111
B. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen 112
C. Haftungsbeschränkungen in Kaufverträgen (Art. 199 OR) 113
D. Andere gesetzliche Ausnahmen 114
Literaturverzeichnis 114

I. KONTEXT UND UMFANG

1 Wie oben erwähnt, legt Art. 97 OR den allgemeinen Haftungsstandard selbst fest, während Art. 99-101 OR den Umfang der Haftung und des Schadenersatzes regeln. In diesem Zusammenhang befasst sich Art. 100 OR mit dem Recht der Parteien, von dem in Art. 97 und 99 OR festgelegten allgemeinen Haftungsstandard abzuweichen, indem sie ihre vertragliche Haftung beschränken.

2 Das Recht, die vertragliche Haftung anzupassen, leitet sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit ab. Dieses Recht ist jedoch nicht unbegrenzt und kann gesetzlich eingeschränkt werden (siehe Art. 19 und 20 OR). Art. 100 OR stellt eine solche gesetzliche Einschränkung dar und schränkt die Freiheit der Parteien ein, ihre Haftung vertraglich zu beschränken, wenn der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verursacht wurde.

3 Mit anderen Worten: Art. 100 OR unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Arten von Haftungsbeschränkungen, sondern stützt sich ausschließlich auf den Grad des Verschuldens. Eine Haftungsbeschränkung (welcher Art auch immer) ist daher nach Art. 100 OR nur möglich, solange der Schaden nur durch leichte Fahrlässigkeit verursacht wurde (siehe OK-von Wunschheim/Wullschleger, Art. 99 OR). Bei grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden kann die Haftung (in keiner Weise) beschränkt werden.

4 Es ist jedoch zu beachten, dass Art. 100 OR nur für vertragliche Beschränkungen gilt, die von den Parteien vor Eintritt des Schadens vereinbart wurden. Sobald ein Schaden eingetreten ist, gelten die Beschränkungen von Art. 100 OR nicht mehr und die Parteien können sich frei auf den Ersatz eines solchen Schadens einigen, der dann als Forderungsverzicht im Sinne von Art. 115 OR gilt.

5 Es ist ferner bemerkenswert, dass nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch die Formfreiheit umfasst, vertragliche Haftungsbeschränkungen – von Gesetzes wegen – keiner besonderen Form bedürfen.

II. ARTEN VON HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN IN DER PRAXIS

In der Praxis gibt es viele Möglichkeiten, die vertragliche Haftung zu beschränken. Die gängigsten Arten sind die folgenden: 6

1. Beschränkungen des Haftungsumfangs selbst oder dessen vollständiger Ausschluss
(sogenannte „Haftungsbegrenzungen" oder „Freistellungsklauseln"; *Haftungsbegrenzung | limitation de responsabilité*); oder

2. Beschränkungen des Umfangs des Schadenersatzes (sogenannte „Schadensbegrenzungen"; *Begrenzung der Schadenersatzpflicht | limitation du dommage reparable*); oder

3. Beschränkungen durch Änderung der gesetzlichen Modalitäten eines Haftungsanspruchs, beispielsweise durch Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen oder Verlagerung der Beweislast.

A. Haftungsbeschränkungen stricto sensu

Aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ist es den Parteien möglich, bestimmte Verhaltensweisen oder Ereignisse von jeglicher Haftung auszunehmen. In solchen Fällen ist die Haftung von vornherein ausgeschlossen, auch wenn ein Schaden entstehen kann. 7

Hier muss zwischen einer vertraglichen Risikoverteilung, die ein Risiko auf eine bestimmte Partei überträgt und nicht den Beschränkungen von Art. 100 OR unterliegt, und einer Haftungsbeschränkung für ein Risiko, das einer bestimmten Partei gehört, unterschieden werden, die Art. 100 OR unterliegt. 8

Zum Beispiel:

- Parteien eines internationalen Kaufvertrags (der nicht dem CISG unterliegt) vereinbaren, dass der Verkäufer keine Haftung übernimmt, falls die örtlichen Behörden die Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung verweigern. In diesem Fall wird das Risiko, die erforderliche Ausfuhrgenehmigung nicht zu erhalten, ausdrücklich dem Käufer zugewiesen. Die Parteien können dies nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit tun, und eine solche Risikozuweisung gilt nicht als Haftungsbeschränkung.

- Die Parteien eines Autoverkaufs vereinbaren, dass das Auto „wie gesehen" verkauft wird, d. h. dass der Verkäufer nicht für Mängel oder Probleme haftet, die das Auto möglicherweise aufweist. In diesem Fall trägt der Verkäufer weiterhin das Risiko, ein funktionstüchtiges Auto zu liefern, aber seine Haftung ist begrenzt, falls das Risiko eintritt.
- Parteien eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags können festlegen, dass eine Partei nur im Falle einer „wesentlichen Vertragsverletzung" haftet, und dann im Vertrag definieren, was eine solche wesentliche Vertragsverletzung darstellt (wobei zu berücksichtigen ist, dass das Schweizer Recht nicht zwischen immateriellen und wesentlichen Vertragsverletzungen unterscheidet (siehe OK-von Wunschheim/ Wullschleger, Art. 97 OR)). Es findet keine Umverteilung von Vertragsrisiken statt. Das Risiko einer Vertragsverletzung verbleibt bei der vertragsverletzenden Partei, aber der Umfang ihrer Haftung ist auf wesentliche Vertragsverletzungen beschränkt.
- Die Parteien einer M&A-Transaktion vereinbaren, dass eine Gewährleistung nur dann ausgelöst wird, wenn der entstandene Schaden einen bestimmten Schwellenwert überschreitet (sogenannte „de minimis"-Klauseln). Auch hier verbleibt das Risiko einer Gewährleistungsverletzung bei der Partei, die gegen die Gewährleistung verstößt, aber die Haftung wird nur durch Verstöße mit minimalen Auswirkungen ausgelöst.

9 Soweit die letzten drei Beispiele oben die allgemeine Haftung einer Partei für ein ihr zugewiesenes Risiko einschränken, unterliegen solche einschränkenden Klauseln den in Art. 100(1) OR festgelegten Grenzen (siehe unten).

B. Beschränkungen des Schadenersatzes

10 In der Praxis beschränken Parteien den Umfang ihrer Haftung oft, indem sie entweder bestimmte Arten von Schäden ausschließen oder einen bestimmten Betrag für den zu ersetzenden Schaden festlegen.

1. Ausschluss bestimmter Schadenskategorien

11 Wie bereits erwähnt, beschränkt das Schweizer Recht den ersatzfähigen Charakter eines Schadens nicht aufgrund seiner Kategorisierung. Stattdessen

ist die relevante Frage, ob ein solcher Schaden einen angemessenen Kausalzusammenhang mit dem Verstoß aufweist.

Die Parteien können jedoch bestimmte Schadenskategorien vertraglich von ihrem Haftungsumfang ausschließen, wie z. B. indirekte Schäden, Folgeschäden oder insbesondere entgangene Gewinne oder Rechtskosten usw. Solche Ausschlüsse unterliegen jedoch den in Art. 100(1) OR (siehe unten) festgelegten Grenzen. Darüber hinaus ist es allgemein zulässig, dass die Parteien Schäden, die aus Personenschäden resultieren, auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht ausschließen dürfen. 12

Im Gegensatz dazu wird in der Praxis oft vernachlässigt, dass es den Parteien aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit freisteht, die gesetzliche Definition des Schadens auf Schadenskategorien auszudehnen, die nach schweizerischem Recht nicht anerkannt sind. Art. 100(1) OR schränkt die Freiheit der Parteien, die Haftung zu erweitern, nicht ein. Er schränkt nur die Freiheit der Parteien ein, sie einzuschränken. So erkennt das Schweizer Recht beispielsweise den Verlust von Chancen oder Reputationsschäden nicht als ersatzfähigen Schaden an (siehe oben Art. 97 OR), aber die Parteien können in ihrem Vertrag durchaus eine Entschädigung für Reputationsschäden oder den Verlust von Chancen vorsehen. Dabei ist es sehr wichtig, diesen Schaden sorgfältig zu definieren und ihn einer Vertragsstrafenklausel zu unterwerfen, um praktische Probleme beim Versuch zu vermeiden, einen Schaden zu beweisen und zu quantifizieren, der nach Schweizer Recht in der Regel nicht anerkannt wird. 13

2. Vertragsstrafen, vereinbarte Beträge, pauschale Entschädigungen und dergleichen

Obwohl das Obligationenrecht nicht ausdrücklich auf das Konzept des „pauschalierten Schadenersatzes“ eingeht, ist es in der Praxis üblich, dass die Parteien im Voraus einen bestimmten Schadenersatzbetrag festlegen, der im Falle einer Vertragsverletzung zu zahlen ist, und das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer solchen Praxis anerkannt (vorbehaltlich der Grenzen von Art. 100(1) OR). Diese Art von Vereinbarungen, die als „pauschalierter Schadenersatz“ oder „vereinbarte Zahlungssummen“ (*pauschalierter Schadenersatz | indemnité forfaitaire*) bezeichnet werden, unterscheiden sich jedoch etwas von den im Common Law bekannten „pauschalierten Schadenersatzzahlungen“. 14

15 Nach Schweizer Recht gibt es verschiedene Möglichkeiten, Klauseln über „vereinbarte Zahlungssummen“ zu gestalten, je nachdem, ob es sich bei der Pauschale um einen Festbetrag, einen Höchstbetrag oder einen Mindestbetrag handelt und wie sich eine solche Vereinbarung auf die Beweislast auswirkt:

1. **Festgelegte vereinbarte Summe/Pauschalbetrag**: Die Parteien können im Voraus einen festen Betrag festlegen, der als repräsentativ für den durch den betreffenden Verstoß verursachten Schaden angesehen wird. Sie können dies tun, indem sie die Möglichkeit der Parteien ausschließen, diesen Betrag zu erhöhen oder zu reduzieren. Mit anderen Worten: Unabhängig vom tatsächlichen Schaden entspricht die Höhe der fälligen Entschädigung dem festen Pauschalbetrag (sogenannter „absoluter fester Pauschalbetrag“). Alternativ können die Parteien vorsehen, dass der vereinbarte Betrag je nach den konkreten Umständen, wie z. B. dem Umfang des tatsächlichen Schadens oder anderen mildernden Faktoren, erhöht oder verringert werden kann, wobei das Vorliegen solcher Umstände und ihre Auswirkungen auf den vereinbarten Betrag von der Partei, die eine Erhöhung oder Verringerung beantragt, nachgewiesen werden müssen (sogenannte „relative feste Pauschale“) (siehe Art. 42 fol. CO). Während die feste Pauschale also eine Begrenzung des erstattungsfähigen Betrags darstellt, handelt es sich bei der relativen festen Pauschale lediglich um eine Regelung zur Verteilung der Beweislast für den Schaden und nicht um eine echte Begrenzung des tatsächlich erstattungsfähigen Schadensbetrags.

2. **Maximal vereinbarte Summe/Pauschale**: Die Parteien können ferner eine maximale Entschädigungssumme vereinbaren, die nur dann reduziert werden kann, wenn die Partei, die eine Reduzierung beantragt, nachweist, dass der tatsächliche Schaden tatsächlich geringer war als die vereinbarte Summe.

Der Unterschied zwischen einer solchen maximalen Pauschale und einer relativen festen Pauschale besteht darin, dass nur eine Reduzierung der Pauschale möglich ist, nicht aber eine Erhöhung. Selbst wenn der tatsächliche Schaden höher sein sollte als die Pauschale, hat der Gläubiger also keine Möglichkeit, eine Erhöhung zu verlangen.

3. **Mindestbetrag/Mindestpauschale**: Die Parteien können auch einen Mindestbetrag für die Entschädigung vereinbaren, der nur dann erhöht

werden kann, wenn die Partei, die die Entschädigung fordert, nachweist, dass der tatsächliche Schaden höher war als der vereinbarte Betrag.

Der Unterschied zwischen einer solchen Mindestpauschale und einer relativen festen Pauschale besteht darin, dass nur eine Erhöhung der Pauschale möglich ist, nicht aber eine Reduzierung. Selbst wenn der tatsächliche Schaden geringer ist als die Pauschale, hat der Schuldner also keine Möglichkeit, eine Reduzierung zu verlangen.

3. Unterschied zur Strafklausel

Nach Schweizer Recht muss zwischen „vereinbarten Zahlungspflichten" und 16
„Vertragsstrafenklauseln" (Art. 160-163 OR) unterschieden werden, da sie unterschiedliche Zwecke haben und in der Praxis unterschiedlich funktionieren:

1. **Unterschiedlicher Zweck**: Der Zweck von Vereinbarungen über „vereinbarte Zahlungspflichten" besteht darin, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu erleichtern, indem der Gläubiger von seiner allgemeinen Pflicht befreit wird, das tatsächliche Vorliegen und den Umfang seines Schadens nachzuweisen. Tatsächlich stellt der Nachweis des Umfangs eines Schadens in der Praxis oft eine große Hürde dar. Daher sind „vereinbarte Zahlungssummen" nicht in erster Linie dazu gedacht, einen Vertragsbruch zu bestrafen, obwohl es offensichtlich ist, dass das Vorhandensein einer „vereinbarten Zahlungssummen"-Klausel einen positiven Einfluss auf den Anreiz des Schuldners hat, den Vertrag nicht zu brechen. Stattdessen dienen „vereinbarte Summen"-Klauseln sowohl dem Interesse des Gläubigers, dessen Beweislast für den Schaden gemindert wird, als auch dem Interesse des Schuldners, der seine potenzielle Schadensersatzpflicht im Voraus beziffern kann.

Im Gegensatz dazu hat die Strafklausel eine primär repressive Funktion und dient somit in erster Linie dem Interesse des Gläubigers.

2. **Modalitäten**: Bei einer „vereinbarten Summe"-Klausel ist die Partei, die die vereinbarte Pauschale beansprucht, vom Nachweis des Umfangs des tatsächlichen Schadens befreit (solange sie keine Reduzierung oder Erhöhung der Pauschale verlangt) und muss daher nur einen schuldhaften Verstoß des Schuldners und einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Schaden nachweisen. Im Gegensatz dazu wird die Vertragsstrafe durch die

bloße Vertragsverletzung ausgelöst, unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens, eines tatsächlichen Schadens oder eines Kausalzusammenhangs.

3. Herabsetzung durch den Richter: Im Falle einer Vertragsstrafe behält sich der Gläubiger das Recht vor, mehr als nur die Strafe zu verlangen, wenn er nachweisen kann, dass sein tatsächlicher Schaden die Strafe übersteigt (Art. 161(2) OR). Im Gegensatz dazu besteht bei einer „Vereinbarten-Summen-Klausel" grundsätzlich keine Möglichkeit für einen Richter, einzugreifen, indem er die Vereinbarung der Parteien reduziert oder ändert, außer unter sehr begrenzten Umständen, wie z. B. im Falle einer *Clausula Rebus Sic Stantibus*. In der Praxis kann jedoch eine vereinbarte Summenklausel, bei der die vereinbarte Summe den tatsächlichen Schaden bei weitem übersteigt, so dass sie eine Strafwirkung entfaltet, im Wesentlichen als Strafklausel angesehen werden und somit der Kürzungsmöglichkeit nach Art. 161(2) OR unterliegen. Dies hängt jedoch von der Auslegung der vereinbarten Summenklausel nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung (Art. 18 OR) ab.

C. Andere Beschränkungen

17 Haftungsbeschränkungen und Schadenersatz sind nicht die einzigen Möglichkeiten, den Haftungsumfang einer Partei zu begrenzen.

18 Zum Beispiel:

- Die Parteien können vereinbaren, die gesetzlichen Kündigungsfristen oder Verjährungsfristen zu verkürzen.
- Die Parteien können zusätzliche oder strengere Anforderungen für die Auslösung der Haftung festlegen, z. B. die Anforderung, dass bestimmte Mitteilungen in einer bestimmten Form erfolgen müssen, die nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.
- Die Parteien können von der in Art. 97(1) OR festgelegten Verschuldensvermutung abweichen und verlangen, dass die Partei, die den Verstoß geltend macht, auch die Beweislast für das Vorliegen eines Verschuldens des Schuldners trägt.

All diese Beschränkungen unterliegen Art. 100(1) OR und sind daher nur gültig, wenn der Schaden nicht durch grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten verursacht wurde. 19

III. ERWEITERTE ANWENDUNG AUF DAS DELIKTSRECHT

Obwohl teilweise umstritten, wird allgemein anerkannt, dass vertragliche Haftungsbeschränkungen nicht nur für Schäden gelten, die aus Vertragsverletzungen entstehen, sondern sich auch auf Schäden erstrecken, die durch unerlaubte Handlungen verursacht werden, solange das unerlaubte Verhalten im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung steht. 20

IV. FOLGEN ÜBERMÄSSIGER HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN

Grundsätzlich ist jede Beschränkung, die über die in Art. 100 OR festgelegte Grenze hinausgeht, nichtig. Die Frage ist dann, ob die Nichtigkeit nur für den übermäßigen Teil der Beschränkung gilt („Teilnichtigkeit“) oder ob sie die Beschränkung insgesamt ungültig macht („Gesamtnichtigkeit“). 21

Im Allgemeinen folgen die Gerichte in der Schweiz bei Handelsgeschäften dem ersten Ansatz, d. h. der Teilnichtigkeit, und reduzieren den Umfang einer übermäßigen Beschränkung einfach auf das zulässige Maß. Bei Verbrauchergeschäften ist die Situation weniger klar, und einige Gerichte haben sich für eine vollständige Nichtigkeitserklärung entschieden. 22

V. AUSNAHMEN/SONDERFÄLLE

A. Sonderfälle (Art. 100 Abs. 2 und 100 Abs. 3 OR)

Art. 100(2) OR stellt eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 100(1) OR dar und sieht vor, dass eine Haftungsbeschränkung auch bei leichter Fahrlässigkeit für ungültig erklärt werden kann. Diese Ausnahme gilt für bestimmte Beziehungen, bei denen eine Partei im Dienste der anderen steht, oder bei Tätigkeiten, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen. 23

Die häufigsten Beispiele für solche Beziehungen sind Arbeitsverhältnisse, Bankbeziehungen, Transportunternehmen wie Eisenbahnen oder Seilbahnen, 24

Wasser-, Strom- oder Kernkraftwerke, Salz- oder Alkoholhandel, Versicherungsagenturen, Lotterie- und Glücksspielunternehmen.

25 In Bezug auf Versicherungsverträge sieht Art. 100(3) OR vor, dass die Bestimmungen für Versicherungspolicen unberührt bleiben. Dies ist ein impliziter Verweis auf Art. 14 und 98 des Schweizerischen Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Diese Bestimmungen legen fest, dass eine Versicherung zwar den Umfang der Deckung eines versicherten Schadens verringern kann, wenn dieser Schaden teilweise durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der versicherten Person verursacht wurde, die Versicherung jedoch die Versicherungsleistung im Falle leichter Fahrlässigkeit der versicherten Person nicht ausschließen oder verringern darf.

26 Technisch gesehen stellt Art. 14 VVG keine Haftungsbeschränkung dar. Stattdessen definiert er den Umfang einer vertraglichen Verpflichtung, d. h. den Umfang des Versicherungsschutzes. Es gelten jedoch die gleichen Grundsätze wie in Art. 100(2) dargelegt.

B. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

27 In der Praxis ist es sehr üblich, Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“) aufzunehmen.

28 Im Vergleich zum EU-Recht nimmt das Schweizer Recht eine eher liberale Haltung gegenüber AGB ein, und die Aufnahme von Haftungsbeschränkungsklauseln in diese unterliegt nur den folgenden Einschränkungen:

1. Art. 100 OR;

2. Die Doktrin der „ungewöhnlichen Klauseln“ (*Ungewöhnlichkeitsregel* / *clauses insolites*). Nach ständiger Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts gilt die allgemeine Akzeptanz von AGB nicht für sogenannte „ungewöhnliche Klauseln“, die in der betreffenden Branche und/oder im Rahmen der üblichen Geschäftspraktiken untypisch sind und mit deren Aufnahme in die AGB der Vertragspartner daher nicht rechnen konnte. Solche Klauseln müssen dem Vertragspartner ausdrücklich zur Kenntnis gebracht werden, andernfalls sind sie nicht durchsetzbar. Obwohl Haftungsbeschränkungsklauseln heutzutage gängige Praxis sind und daher im

Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs zwischen gleichgestellten Parteien grundsätzlich selten als „ungewöhnlich" gelten würden, muss die Frage von Fall zu Fall beurteilt werden. Eine Klausel, die in einem bestimmten Wirtschaftszweig üblich ist, kann für jemanden, der nicht in diesem Wirtschaftszweig tätig ist, ungewöhnlich sein. Darüber hinaus ist auch der Grad, in dem die Klausel die Rechtsposition einer Partei im Vergleich zur anderen beeinflusst, von Bedeutung. Je stärker eine Klausel die Rechtsposition des Vertragspartners beeinträchtigt, desto wahrscheinlicher ist es, dass sie als ungewöhnlich angesehen wird.

3. Art. 8 des Schweizerischen Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb („SLUC") in Bezug auf Verbraucherverträge. Art. 8 SLUC verbietet unlautere Geschäftspraktiken, die ein erhebliches und ungerechtfertigtes Ungleichgewicht zwischen vertraglichen Rechten und vertraglichen Pflichten zum Nachteil der Verbraucher schaffen. Je nach Umfang der Haftungsbeschränkung, der Art des Geschäfts und dem Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten von Verbrauchern und Unternehmen können bestimmte Haftungsbeschränkungen als „unfair" im Sinne von Art. 8 UWG angesehen werden und somit für ungültig erklärt werden.

C. Haftungsbeschränkungen in Kaufverträgen (Art. 199 OR)

Art. 199 OR, der auf Kaufverträge anwendbar ist, sieht vor, dass *„jede Vereinbarung zum Ausschluss oder zur Beschränkung der Gewährleistungspflicht nichtig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer die Nichteinhaltung der Gewährleistung arglistig verschwiegen hat*". Diese Bestimmung betrifft den Fall, dass ein Verkäufer, der bestimmte Mängel an der zu verkaufenden Ware kennt, diese Mängel dem Käufer absichtlich verschweigt, um diesen zum Abschluss des Kaufvertrags zu bewegen. In einem solchen Fall ist jeder Ausschluss oder jede Einschränkung der Gewährleistungspflicht durch den Verkäufer nichtig. 29

Die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 199 OR und Art. 100 OR ist umstritten. Einige Autoren betrachten Art. 199 OR als *lex specialis* zu Art. 100 OR und damit als vorrangig. Andere sind der Ansicht, dass die beiden Bestimmungen einander ergänzen, wobei Art. 199 OR lediglich darauf abzielt, die Auswirkungen einer Verschleierung von Mängeln durch den Verkäufer auf die Gewährleistungsregelung zu regeln, und Art. 100 OR den Verkäufer 30

generell daran hindert, seine Haftung einzuschränken. Das Schweizerische Bundesgericht hat über diese Kontroverse noch nicht entschieden.

D. Andere gesetzliche Ausnahmen

31 Es gibt weitere zwingende Bestimmungen, die eine Vertragsstrafenklausel in bestimmten Verträgen ausschließen (z. B. Art. 267(2) und 299(4) im Falle eines Mietvertrags, Art. 842(2) OR im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Genossenschaft, Art. 404 OR im Falle der vorzeitigen Beendigung des Mandats). Für weitere Einzelheiten verweisen wir auf die Kommentare zu diesen Bestimmungen.

LITERATURVERZEICHNIS

Couchepin Gaspard, La Forfaitisation du Dommage, SJ 2009 II, p. 1 (cit. "SJ 2009").

Couchepin Gaspard, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Diss. Université de Fribourg 2007.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Emmenegger Susan/Jegher Nicola/Graf Seraina, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?, Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stéphanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (eds.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, pp. 177-194.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 100 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Probst Thoman Kommentierung zu Art. 8 UWG, in Jung Peter, Bundes-gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3rd Ed. Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le Droit des Obligations, 7th Ed., Geneva/Zurich 2024.

Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise, Les contrats spéciaux, 5th Ed., Zurich/Geneva/Basel 2016.

Thouvenin Florent, Kommentierung zu Art. 8 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (cit. BK/UWG-author).

Tolou Alborz, La forfaitisation du dommage, Diss. Université de Fribourg, 2017 = AISUF 372.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 100 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Widmer Markus/Costantini Renato/Ehrat Felix R., Kommentierung zu Art. 160 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 143 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 143 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N XXX zu Art. 143 OR.

Art. 143 OR

[1] Solidarität unter mehreren Schuldnern entsteht, wenn sie erklären, dass dem Gläubiger gegenüber jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle.

[2] Ohne solche Willenserklärung entsteht Solidarität nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen.

GLIEDERUNG

I. Definition des Gesamtschuldverhältnisses 119
II. Unterscheidung 120
III. Ursprung 121
A. Durch Willenserklärung 121
B. Gesetzlich 121
IV. Rechtsfolgen 122
Bibliografie 123

I. DEFINITION DES GESAMTSCHULDVERHÄLTNISSES

Ein Gesamtschuldverhältnis umfasst auf der Seite der Schuldner mindestens zwei Gesamtschuldner. Der Gläubiger kann nicht nur die teilweise Erfüllung eines Schuldverhältnisses, sondern auch die vollständige Erfüllung der gesamten Schuld jedes einzelnen Gesamtschuldners verlangen (Art. 144 Abs. 1 OR). Alle Schuldnerinnen und Schuldner bleiben in der Pflicht, bis die gesamte Forderung getilgt ist (Art. 144 Abs. 2 OR). Es liegt im Ermessen des Gläubigers, gegen welchen Schuldner und in welchem Umfang er die Forderung geltend macht. Der interne Ausgleich unter den Gesamtschuldnern hat keinen Einfluss auf die Forderung des Gläubigers. Der Gläubiger darf jedoch nicht mehr als die volle Leistung insgesamt erhalten. Die vollständige oder teilweise Befriedigung der Gläubigerin oder des Gläubigers durch eine Gesamtschuldnerin oder einen Gesamtschuldner befreit die anderen in gleichem Masse (Art. 147 OR). 1

Die Gläubigerin oder der Gläubiger kann von jeder Gesamtschuldnerin oder jedem Gesamtschuldner gleichzeitig die volle Leistung verlangen. Es bestehen also mehrere Einzelforderungen gegen jeden Schuldner. Aufgrund des oben erwähnten Grundsatzes, dass der Gläubiger nur bis zur vollen Leistung befriedigt werden darf, konkurrieren die Ansprüche miteinander ("Anspruchskonkurrenz"). Trotz der Vielzahl der Forderungen werden sie im Vermögen des Gläubigers effektiv nur als ein einziger Posten ausgewiesen. Diese Forderungskonkurrenz hindert den Gläubiger nicht daran, über jede Forderung gegen jeden Gesamtschuldner einzeln zu verfügen. Der Gläubiger kann nach seinem Ermessen eine Forderung abtreten, die Schuld eines einzelnen Gesamtschuldners erlassen oder ihm eine Stundung gewähren. Eine Mahnung und ein Verzug betreffen nur den angesprochenen Gesamtschuldner. Jede Forderung hat ihr eigenes rechtliches Schicksal. 2

Zur Unterscheidung zwischen vollkommener und unvollkommener Gesamtschuldnerschaft durch das Bundesgericht, Art. 143 ff. OR nur die vollkommene Solidarhaftung, bei der zwei oder mehrere Personen gemeinsam einen Schaden verursacht haben und folglich solidarisch haften (Art. 50 OR). In Analogie dazu sind die meisten Bestimmungen der Art. 143 ff. OR sind sinngemäss auch auf Fälle anwendbar, in denen mehrere Schuldner für denselben Schaden, aber aus verschiedenen Rechtsgründen haften (unvollkommene Solidarhaftung, Art. 51 OR). 3

II. UNTERSCHEIDUNG

4 Die Gesamtschuldnerschaft ist von anderen Rechtsverhältnissen mit mehreren Schuldnern zu unterscheiden.

5 Bei einer Gruppe von Teilschuldnern kann von jedem Schuldner nur eine Teilleistung verlangt werden. Anders als beim Gesamtschuldverhältnis kann der Gläubiger nicht die volle Leistung eines einzelnen Teilschuldners verlangen, sondern nur die individuell geschuldete Teilleistung dieses Schuldners.

6 Beim Bürgschaftsvertrag (Art. 492 ff. OR) stehen dem Gläubiger ein Hauptschuldner und ein Bürge gegenüber. Während der Hauptschuldner sich verpflichtet, seine Verpflichtung zu erfüllen, haftet der Bürge nur, wenn über den Hauptschuldner entweder der Konkurs eröffnet wird, er eine Nachlassstundung erhält oder der Gläubiger ein Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet hat, das zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins geführt hat (einfache Bürgschaft, Art. 495 OR). Mit der Formulierung "gesamtschuldnerisch" oder einer gleichwertigen Formulierung kann eine Person eine selbstschuldnerische Bürgschaft eingehen. Der Gläubiger kann den Bürgen bereits in Anspruch nehmen, bevor über den Hauptschuldner der Konkurs eröffnet wird. Der Bürge haftet für die volle Leistung, wenn der Hauptschuldner mit seiner Schuld in Verzug geraten ist und gemahnt wurde (Art. 496 OR). Im Gegensatz zum Gesamtschuldverhältnis ist die Bürgschaft also nur subsidiär zur Hauptschuld. Ein weiterer Unterschied liegt in der Akzessorietät der Bürgschaft. Mit dem Wegfall der Hauptschuld, etwa durch einen Freispruch, entfällt auch die Bürgschaft.

7 Wer sich für eine Leistung eines Dritten verbürgt, haftet auf Schadenersatz für die Nichterfüllung durch diesen Dritten (Art. 111 OR). Im Gegensatz zum Bürgschaftsvertrag ist die Bürgschaft nicht akzessorisch zur Hauptschuld. Anders als beim Gesamtschuldverhältnis führt die Nichterfüllung des Hauptschuldners nur zu einem Schadenersatzanspruch des Gläubigers gegen die Bürgschaft und nicht zu einem Anspruch auf vollständige Erfüllung der ursprünglichen Verpflichtung.

III. URSPRUNG

A. Durch Willenserklärung

Ein Gesamtschuldverhältnis kann durch Willenserklärung entstehen. Dabei verspricht jeder Schuldner dem Gläubiger, die gesamte Schuld einzeln zu erfüllen (Art. 143 Abs. 1 OR). Die Willenserklärung kann ausdrücklich abgegeben werden, indem jeder Schuldner für die gesamte Leistung haftet (z.B. "débiteurs solidaires", "débiteurs pour le tout" oder "einer für alle, alle für einen"). Sie ist nicht an eine bestimmte Form gebunden (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). 8

Unter bestimmten Umständen kann ein Verhalten, das eine solche Willenserklärung impliziert, ebenfalls eine gesamtschuldnerische Verpflichtung nach dem Vertrauensgrundsatz begründen. Allein die Tatsache, dass eine Gruppe von Schuldnern gemeinsam einen Vertrag geschlossen hat, begründet für sich genommen noch kein Gesamtschuldverhältnis. In der Praxis ist die gemeinsame Unterzeichnung eines Vertrages jedoch ein erhebliches Indiz. Im Zweifelsfall wird stattdessen ein Teilschuldverhältnis angenommen. Die Beweislast liegt also beim Gläubiger, wenn er die volle Leistung eines vermeintlichen Gesamtschuldners verlangt (vgl. Art. 8 CC). Beispiele aus der Rechtsprechung, bei denen das Gericht eine gesamtschuldnerische Haftung angenommen hat, sind der gleichzeitige und gemeinsame Verkauf eines nicht näher bezeichneten Aktienpakets durch mehrere Aktionäre, der gemeinsame Erwerb von Immobilien als Miteigentum bei einer Versteigerung oder die vorbehaltlose Unterzeichnung eines Mietvertrags durch drei Personen als Mieter. 9

Schließlich kann eine gesamtschuldnerische Verpflichtung auch rückwirkend durch eine kumulative Schuldübernahme begründet werden. Ein zweiter Schuldner verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger, indem er eine zusätzliche, selbständige Verpflichtung eingeht, die neben der ursprünglichen Verpflichtung des ersten Hauptschuldners entsteht. 10

B. Gesetzlich

Die Fälle, in denen das Gesetz eine gesamtschuldnerische Haftung vorsieht, sind vielfältig. Die Gründe für solche gesetzlichen Bestimmungen liegen insbesondere im Vertragsrecht, im Deliktsrecht, im Gesellschaftsrecht, im Wertpapierrecht, im Zivilgesetzbuch oder in der Zivilprozessordnung. 11

12 Das Obligationenrecht nennt verschiedene Tatbestände, unter denen die Solidarhaftung durch Willenserklärung entweder gesetzlich vermutet (z.B. Art. 70 Abs. 2, Art. 544 Abs. 3 OR) oder sogar vorgeschrieben wird (z.B. Art. 308 Art. 403, Art. 478 OR). In solchen Fällen, in denen eine gesetzliche Bestimmung die gesamtschuldnerische Verpflichtung der Vertragsparteien vorschreibt, handelt es sich im Wesentlichen dennoch um einen vertraglichen Anspruch des Gläubigers. Dies ist für die Bemessung der Entschädigung nach der Rückgriffskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR.

13 Haftpflichtrechtliche Gesamtschuldverhältnisse können vor allem durch Art. 50 ff. OR. Verschiedene Spezialgesetze wie Art. 60 Abs. 1, Art. 61 Abs. 3 und Art. 75 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes oder Art. 7 des Produkthaftungsgesetzes sehen ausdrücklich eine gesamtschuldnerische Haftung vor.

14 Das Zivilgesetzbuch schreibt insbesondere vor, dass die Erben solidarisch für die Schulden des Verstorbenen haften (Art. 603 Abs. 1 ZGB). Weitere Beispiele finden sich in Art. 121 Abs. 2, Art. 342 Abs. 2 oder Art. 639 ZGB. Sind mehrere Personen am Verfahren eines Zivilprozesses beteiligt, kann das Gericht die Parteien gesamtschuldnerisch für die Verfahrenskosten haftbar machen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

15 Schliesslich finden sich gesamtschuldnerische Verpflichtungen auch im öffentlichen Recht. So schreibt das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer in Art. 13 die gesamtschuldnerische Haftung von Ehepaaren für ihre Steuerschuld vor. Art. 143 ff. OR werden analog angewandt, wenn das öffentliche Recht des Bundes die Ausgestaltung des internen Regresses unter den Gesamtschuldnern nicht selbst regelt.

IV. RECHTSFOLGEN

16 Die Rechtsfolgen einer durch Willenserklärung oder Rechtsgeschäft entstandenen Gesamtschuld sind in Art. 144 ff. OR. Das Aussenverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Gesamtschuldner ist in den Art. 144 - 147 OR. Das Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern ist in Art. 148 - 149 OR. Die Bestimmungen der Art. 144 - 149 OR sind nicht rechtsverbindlich. Durch vertragliche Vereinbarung können abweichende Regelungen getroffen werden.

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pestalozzi Christoph M., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

Zahnd Bernard, Pluralité de responsables et solidarité, diss., Lausanne 1980.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 144 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 144 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 144 OR.

Art. 144 OR

[1] Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern.

[2] Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist.

GLIEDERUNG

I. Verpflichtung eines jeden Gesamtschuldners 127
A. Allgemeine Bemerkungen 127
B. Teilweise gesamtschuldnerische Haftung 127
II. Zivilverfahren und Zwangsvollstreckung 128
A. Zivilprozessrecht 128
B. Forderungsvollstreckung und Konkurs 129
III. Dauer des Schuldverhältnisses 130
Bibliografie 130

I. VERPFLICHTUNG EINES JEDEN GESAMTSCHULDNERS

A. Allgemeine Bemerkungen

Der Gläubiger ist in der komfortablen Lage, von den einzelnen Gesamtschuldnern entweder Teil- oder Vollleistung zu verlangen (Art. 144 Abs. 1 OR). Es liegt im Ermessen des Gläubigers, gegen welchen Schuldner er vorgehen will. Die Tatsache, dass eine Gruppe von Schuldnern gesamtschuldnerisch haftet, beeinträchtigt nicht die Pflicht des einzelnen Schuldners, seine Verpflichtung zu erfüllen. In der Regel geht der Gläubiger gegen den zahlungsfähigsten Schuldner vor oder gegen den Schuldner, gegen den die Verfolgung am wenigsten Aufwand bedeutet. Weder der interne Ausgleich unter den Gesamtschuldnern noch die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Schuldner beeinträchtigen den Anspruch des Gläubigers in irgendeiner Weise. 1

Das Recht des Gläubigers, zu wählen, gegen wen er vorgehen will, unterliegt jedoch gewissen Beschränkungen. Abgesehen von vertraglichen Vereinbarungen, die das Wahlrecht des Gläubigers einschränken können, schreiben einige gesetzliche Bestimmungen vor, wen der Gläubiger zuerst in Anspruch nehmen muss. Wenn eine Schuld eines Gesamtschuldners noch nicht fällig ist, muss sich der Gläubiger an einen Schuldner wenden, dessen Schuld fällig ist. Die solidarisch haftenden Gesellschafter haften nur subsidiär gegenüber der Kollektivgesellschaft selbst (Art. 568 Abs. 3 OR). Der Gläubiger einer unteilbaren Leistung kann von einem Gesamtschuldner natürlich keine Teilleistung verlangen (vgl. Art. 70 Abs. 2 OR). 2

B. Teilweise gesamtschuldnerische Haftung

In der Regel haftet jeder Gesamtschuldner für den gleichen Betrag. Aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder individueller Herabsetzungsgründe kann der individuell zuerkannte Betrag jedes Gesamtschuldners abweichen. 3

Der Vollstreckungsanspruch gegen einen Schuldner ist auf seine individuelle Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger beschränkt. Die gesamtschuldnerische Verpflichtung besteht dann nur noch bis zur Höhe des individuell zugestandenen Betrages des in Anspruch genommenen Schuldners. Dies wird als teilweise gesamtschuldnerische Haftung bezeichnet. 4

Die Schuldner haften nur gesamtschuldnerisch für die gemeinsame Schuld. In solchen Fällen kann der Gesamtschuldner eines geringeren Betrages nur bis zu dem von ihm geschuldeten Betrag in Anspruch genommen werden. Für eine höhere Verbindlichkeit eines anderen Gesamtschuldners haften sie nicht. Die beanspruchte Schuldnerin oder der beanspruchte Schuldner wird jedoch nicht von ihrer oder seiner Verpflichtung befreit, wenn eine andere Schuldnerin oder ein anderer Schuldner ihre oder seine geschuldete Verpflichtung noch nicht vollständig erfüllt hat (vgl. Art. 85 Abs. 2 OR analog). Solange der Gläubiger von einem Gesamtschuldner nicht die individuelle volle Leistung erhalten hat, kann der Gläubiger gegen jeden Gesamtschuldner bis zur Höhe des ausstehenden Betrages vorgehen. Letztlich zielt die Solidarhaftung darauf ab, die Position des Gläubigers in jeder Form zu stärken.

5 Beispiel: Die Gesamtleistung beläuft sich auf 200. Die Gesamtschuldner sind A, B und C. A schuldet den vollen Betrag von 200, während B und C nur 150 bzw. 100 schulden. Der Gläubiger darf nicht mit mehr als 200 befriedigt werden, und die teilweise gesamtschuldnerische Haftung der Schuldner ist auf 100 begrenzt. Wenn A eine Leistung von 180 erbringt, zahlt er in erster Linie den individuell übersteigenden Betrag von 50, der durch die Schuld von B von 150 gegenüber der Schuld von A von 200 nicht gedeckt ist. Die verbleibenden 130 werden auf die gesamtschuldnerische Verpflichtung von B und C angerechnet. Die Verpflichtung von B von 150 wird um 130 verringert. Folglich schuldet B noch 20. C wird vollständig entlastet, da die gesamtschuldnerische Teilschuld nur 100 beträgt.

6 Es ist wichtig, zwischen der teilweisen gesamtschuldnerischen Haftung und dem internen Ausgleich unter den Gesamtschuldnern zu unterscheiden. Ersterer betrifft den Betrag, den der Gläubiger von allen Schuldnern unabhängig von deren internem Ausgleich fordern kann. Letztere regelt die Höhe des Rückgriffsanspruchs desjenigen Schuldners, der mehr als seinen angemessenen Anteil gezahlt hat.

II. ZIVILVERFAHREN UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG

A. Zivilprozessrecht

7 Der Gläubiger kann zwar von einem Gesamtschuldner die volle Leistung verlangen, er kann aber auch die Leistung auf die Schuldner aufteilen und

gleichzeitig oder nacheinander gegen alle Schuldner vorgehen. In beiden Fällen kann der Beklagte eine Drittwiderspruchsklage erheben, um die internen Regressansprüche unter den Gesamtschuldnern in demselben Verfahren zu beurteilen, wenn die Voraussetzungen von Art. 81 CPC erfüllt sind. Es ist zu beachten, dass die gerichtliche Entscheidung nur die am Verfahren beteiligten Schuldner bindet. Die Entscheidung erstreckt sich nicht auf die Gesamtschuldner, gegen die der Gläubiger keine Klage eingereicht hat. Schließlich kann der Gläubiger alle Gesamtschuldner gemeinsam in einem Verfahren verklagen (freiwillige Verbindung, Art. 71 CPC).

B. Forderungsvollstreckung und Konkurs

Der Gläubiger kann die Forderung auch mit Hilfe des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (VEB) durchsetzen. Wie im Zivilprozess kann der Gläubiger alle Gesamtschuldner gleichzeitig oder nacheinander auf den vollen Betrag verklagen. Wird der Gläubiger bereits ganz oder teilweise befriedigt, kann der Schuldner im Verfahren zur Freigabe der Zwangsvollstreckung die entsprechende Einrede erheben (Art. 81 Abs. 1 und Art. 82 Abs. 2 DEBA). Unter der gleichen Prämisse kann der Schuldner einen Antrag auf Aufhebung oder Aussetzung der Betreibung nach den Art. 85 ff. ZGB STELLEN. 8

Wird über mehrere Gemeinschuldnerinnen und Gemeinschuldner der Konkurs eröffnet, so kann die Gläubigerin oder der Gläubiger in jedem Konkursverfahren den vollen Betrag beanspruchen (Art. 216 Abs. 1 SchKG). Übersteigen die Zuweisungen aus den verschiedenen Konkursmassen den Betrag der gesamten Forderung des Gläubigers, so fällt der Überschuss nach Massgabe der unter den Gesamtschuldnern bestehenden Rückgriffsrechte an die Miteigentümer zurück (Art. 216 Abs. 2 DEBA). Befindet sich nur ein Gesamtschuldner im Konkurs, so kann der Gläubiger den vollen Betrag einfordern, auch wenn bereits eine Teilzahlung erfolgt ist (Art. 217 Abs. 1 DEBA). Der Gläubiger ist jedoch verpflichtet, die bereits erhaltene Teilleistung zu deklarieren mit der Folge, dass der Gläubiger nicht mehr als die volle Leistung nach Art. 147 Abs. 1 OR. Ein allfälliger Überschuss fällt als Regress an die übrigen Gesamtschuldner zurück (Art. 217 Abs. 3 DEBA). 9

III. DAUER DES SCHULDVERHÄLTNISSES

10 Art. 144 Abs. 2 OR bestimmt, dass alle Schuldner verpflichtet bleiben, bis die gesamte Forderung getilgt ist. Die Teilleistung eines Schuldners vermindert die Gesamtschuld im gleichen Umfang (Art. 147 Abs. 1 OR). Die Teilbefriedigung des Gläubigers durch einen Schuldner hindert den Gläubiger jedoch nicht, gegen denselben Schuldner erneut vorzugehen. Dies gilt auch dann, wenn die Leistung des Schuldners den Betrag des internen Ausgleichs unter den Gesamtschuldnern erreicht oder übersteigt.

11 Nur wirksame Zahlungen oder Ersatzleistungen führen zur Befreiung nach Art. 147 Abs. 1 OR. Ein gerichtlicher Entscheid, der nur einen Gesamtschuldner zur Zahlung verpflichtet, oder die Freigabe der Zwangsvollstreckung durch ein Gericht (Art. 80 ff. VEB) entlasten die anderen Gesamtschuldner nicht.

12 Wird die Leistung durch Umstände verunmöglicht, die keiner der Gesamtschuldner zu vertreten hat, so erlischt das Schuldverhältnis (Art. 119 Abs. 1 OR).

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Dispatch of the Swiss Civil Procedure Code (CPC) of 28 June 2006, Federal Gazette 2006, p. 7221 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Müller Thomas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 3rd ed., Zurich 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 145 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 145 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 145 OR.

Art. 145 OR

[1] Ein Solidarschuldner kann dem Gläubiger nur solche Einreden entgegensetzen, die entweder aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Gläubiger oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrunde oder Inhalte der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen.

[2] Jeder Solidarschuldner wird den andern gegenüber verantwortlich, wenn er diejenigen Einreden nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen.

GLIEDERUNG

I. Der Begriff der Einrede in Art. 145 OR 135
II. Persönliche Einwendungen 135
A. Allgemeine Bemerkungen 135
B. Einzelne Herabsetzungsgründe 135
C. Gesellschaftsrechtliche Haftung 136
III. Kollektive Einwendungen 136
A. Grundsätzliches 136
B. Haftung für die Unterlassung der Einrede 137
Bibliografie 137

I. DER BEGRIFF DER EINREDE IN ART. 145 OR

Der Begriff "Einwendung" in Art. 145 OR umfasst Einwendungen im technischen Sinn, die die Durchsetzung eines Rechts dauernd oder vorübergehend verhindern (z.B. Verjährung, Stundung). Darüber hinaus umfasst er auch Einreden, d.h. behauptete Tatsachen, die dem Bestehen des vom Gläubiger geltend gemachten Rechts entgegenstehen (z.B. Aufrechnung, Nichtigkeit des Vertrags, Irrtum). 1

II. PERSÖNLICHE EINWENDUNGEN

A. Allgemeine Bemerkungen

Ein Gesamtschuldner kann dem Gläubiger nur - aber immerhin - diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die sich aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger ergeben (Art. 145 Abs. 1 OR). Da das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den verschiedenen Gesamtschuldnern unterschiedlich sein kann, können einem Gesamtschuldner auch persönliche Einwendungen zustehen, die den anderen vorenthalten sind. So kann ein Gläubiger beispielsweise seine Forderung nur gegenüber einem Gesamtschuldner stunden oder sogar darauf verzichten. Die entsprechende Einrede der Stundung oder des Verzichts steht dann nur dem betreffenden Schuldner zu und nicht den anderen. Weitere mögliche persönliche Einwendungen sind die fehlende Handlungsfähigkeit des Schuldners oder das Vorliegen eines Zustimmungsmangels. 2

Die Geltendmachung von Einwendungen, die ein Gesamtschuldner gegen einen seiner Mitschuldner hat, ist im Außenverhältnis nicht möglich. 3

B. Einzelne Herabsetzungsgründe

Handelt es sich bei der gesamtschuldnerischen Verpflichtung um einen Schadensersatzanspruch, stellt sich die Frage, ob sich ein Gesamtschuldner auf die individuellen Minderungsgründe nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 2 OR berufen kann. Das Gericht kann die Ersatzpflicht bei geringem Verschulden oder finanzieller Not des Schädigers herabsetzen. Diesen Herabsetzungsgründen steht jedoch die Prämisse von Art. 144 Abs. 1 OR entgegen, dass der Gläubiger grundsätzlich die Möglichkeit hat, die 4

Entschädigung zu reduzieren. 1 OR, wonach der Gläubiger grundsätzlich von jedem Gesamtschuldner das Ganze verlangen kann.

5 Das Bundesgericht ist bei der Anwendung einzelner Herabsetzungsgründe bei Gesamtschuldnern äusserst zurückhaltend. In Fällen vollkommener Solidarhaftung verbietet es der alleinige Charakter der Gesamtschuld, die Position des Gläubigers durch eine Beschränkung seiner Forderung zu schwächen. Die Anwendung von Art. 43 ff. OR ist - mit grosser Zurückhaltung - nur in Fällen der unvollkommenen Solidarhaftung möglich, in denen die Kausalkette zwischen dem Handeln des in Anspruch genommenen Schädigers durch das Handeln eines anderen Schädigers unterbrochen wird. Der Bundesgerichtshof beschreibt dies jedoch lediglich als theoretische Möglichkeit.

6 Die Mehrheit der Rechtslehre ist der Meinung, dass einzelne Kürzungsgründe als Einwendungen im Aussenverhältnis zuzulassen sind.

C. Gesellschaftsrechtliche Haftung

7 Art. 752 ff. OR regeln die Haftung von Personen gegenüber der Gesellschaft. Gemäss Art. 759 Abs. 1 OR ist bei mehreren solidarisch haftenden Personen jede einzelne nur insoweit ersatzpflichtig, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zuzurechnen ist (sog. "differenzierte Solidarhaftung"). Im Außenverhältnis soll der Einzelne nicht für mehr haften, als er als Alleinverantwortlicher zu tragen hätte, nur weil mehrere Personen haften. Das Gesetz lässt daher ausdrücklich einzelne Kürzungsgründe im Außenverhältnis nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 2 OR.

III. KOLLEKTIVE EINWENDUNGEN

A. Grundsätzliches

8 Ein Gesamtschuldner kann alle Einwendungen erheben, die sich aus der Natur oder dem kollektiven Grund der gesamtschuldnerischen Verpflichtung ergeben (Art. 145 Abs. 1 OR). Es handelt sich also um Einwendungen, die allen Gesamtschuldnern zustehen. Dazu gehören formelle oder materielle Mängel des Vertrages (Art. 12 ff. oder Art. 19 ff. OR), fehlende Anspruchsvoraussetzungen (z.B. fehlender Schaden), dem Gläubiger

zuzurechnende Umstände (Art. 44 Abs. 1 OR) oder die bereits erfolgte Leistung eines Gesamtschuldners (Art. 508 Abs. 2 analog; vgl. Art. 147 Abs. 1 OR).

Hat ein Gesamtschuldner bereits früher in einem Prozess erfolglos eine Kollektiveinrede gegen den Gläubiger erhoben, so bleibt dieselbe Einrede für die übrigen Gesamtschuldner offen. Die Entscheidung und damit auch die gerichtliche Würdigung des erhobenen Widerspruchs bindet nur die Verfahrensbeteiligten, nicht aber einen am Verfahren nicht beteiligten Gesamtschuldner. Das Risiko, dass es zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen kann, wird ausdrücklich in Kauf genommen. Darüber hinaus kann ein Gesamtschuldner die gleichen kollektiven Einwendungen auch gegen den in Regress genommenen Gesamtschuldner im Regressverfahren erheben. 9

B. Haftung für die Unterlassung der Einrede

Erhebt ein vom Gläubiger in Anspruch genommener Gesamtschuldner eine Einrede nicht, obwohl sie allen Schuldnern gemeinsam zur Verfügung gestanden hätte, so haftet er den anderen Gesamtschuldnern (Art. 145 Abs. 2 OR). Die Folge ist ein vollständiger oder teilweiser Verlust des Rückgriffsrechts. Der Umfang des Verlustes bestimmt sich nach dem Teil der Forderung, den der Gesamtschuldner dem Gläubiger hätte verweigern können, wenn die Einrede erhoben worden wäre. 10

In Analogie zu Art. 502 Abs. 3 OR ist erforderlich, dass der betreffende Schuldner es zumindest fahrlässig unterlassen hat, die Sammeleinrede zu erheben. Die unverschuldete Unkenntnis einer Kollektiveinrede ist im Rahmen des Ausgleichsanspruchs unschädlich. 11

Letztlich kann ein Gesamtschuldner haftbar gemacht werden, wenn er den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt und anschließend seine Mitschuldner nicht informiert. Bezahlt er den Gläubiger erneut und erhält dieser schliesslich mehr, als ihm zusteht, erlischt das Rückgriffsrecht des erstleistenden Gesamtschuldners (Art. 508 Abs. 2 OR analog). 12

BIBLIOGRAFIE

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4th ed., Zurich / Basel / Geneva 2009.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, diss., Zurich 2010.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Hablützel Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Körner Alexandra, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, diss., Zurich / Basel / Geneva 2011.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 146 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 146 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 146 OR.

Art. 146 OR

Ein Solidarschuldner kann, soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren.

GLIEDERUNG

I. Grundsatz der individuellen Wirkung 143
II. Ausnahmen 144
Bibliografie 144

I. GRUNDSATZ DER INDIVIDUELLEN WIRKUNG

Gemäss Art. 146 OR können einzelne Handlungen eines Gesamtschuldners die Stellung der anderen Gesamtschuldner nicht beeinträchtigen. Dies bedeutet, dass die Handlungen eines Gesamtschuldners grundsätzlich nur ihn selbst betreffen. Nur er muss sich gegenüber dem Gläubiger verantworten. 1

Als Einzelhandlung, die nur den betroffenen Gesamtschuldner betrifft, kommt zunächst der Verzug des Schuldners (Art. 102 OR) in Betracht. Leistet ein Gesamtschuldner trotz Fälligkeit nicht und wird er vom Gläubiger förmlich gemahnt, so ist nur er in Verzug. Dementsprechend gelten die Verzugsfolgen wie Haftung für Unfallschäden, Verzugszinsen und übermässiger Schadenersatz ausschliesslich für ihn (vgl. Art. 103 ff. OR). Umgekehrt muss der Gläubiger auch alle Gesamtschuldner einzeln förmlich mahnen, wenn er alle Schuldner in Verzug setzen will. Schliesslich hat der Gläubiger nur das Rücktrittsrecht nach Art. 107 ff. OR nur, wenn alle Gesamtschuldner in Verzug sind. 2

Der Grundsatz der Einzelwirkung gilt auch bei einer positiven Vertragsverletzung in Form einer Schlechtleistung, einer Verletzung einer Nebenpflicht oder einer Verletzung einer Unterlassungspflicht. Lediglich der Gesamtschuldner, der die Schlechtleistung zu vertreten hat, haftet für den entstandenen Schaden. Die anderen bleiben zur Leistung verpflichtet, sofern die Leistung noch geschuldet ist. Wird die Leistung durch das Verschulden eines Gesamtschuldners unmöglich, so haftet dieser nach Art. 97 OR allein. Die anderen Gesamtschuldner, die die Unmöglichkeit nicht zu vertreten haben, werden nach Art. 119 OR befreit. 3

Handelt es sich bei dem Gesamtschuldverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis, das durch Kündigung aufgelöst werden kann, so wirkt eine Kündigung durch den Gläubiger nur gegenüber dem adressierten Gesamtschuldner. Ebenso betrifft eine Kündigung durch einen einzelnen Gesamtschuldner nur sein eigenes Verhältnis zum Gläubiger. 4

Ein Gesamtschuldner kann die Verjährung unterbrechen, indem er die Forderung des Gläubigers nur für sich selbst anerkennt (Art. 136 Abs. 1 OR e contrario), und der Verzicht auf die Einrede der Verjährung betrifft ebenfalls nur ihn (Art. 141 Abs. 2 OR). 5

6 Gemäss Art. 146 OR binden einzelvertragliche Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner die unbeteiligten Gesamtschuldner nicht. Dazu gehören beispielsweise eine Haftungserweiterung oder die Vereinbarung einer Konventionalstrafe.

II. AUSNAHMEN

7 Wie Art. 146 OR ausdrücklich erwähnt, gibt es auch Ausnahmen vom Grundsatz der Einzelwirkung. Erstens hat Art. 146 OR einen dispositiven Charakter. Das heisst, es kann vertraglich vereinbart werden, dass jeder Gesamtschuldner für das Verschulden der anderen haftet.

8 Zweitens kann ein Gesamtschuldner neben einer vereinbarten Haftungsverschärfung auch als Erfüllungsgehilfe des anderen aufgrund von Art. 101 OR als Erfüllungsgehilfe des anderen angesehen werden, sofern die Gesamtschuldner aufgrund eines gemeinsamen Schuldverhältnisses gemeinsam verpflichtet sind. Ein Verschulden eines als Erfüllungsgehilfen handelnden Gesamtschuldners wird somit demjenigen Gesamtschuldner zugerechnet, der ihn eingeschaltet hat. Diese konkludente Einschaltung eines Gesamtschuldners als Erfüllungsgehilfen ist insbesondere in den Fällen anzunehmen, in denen einfache Gesellschafter gemeinsam einen Vertrag gemäß Art. 544 Abs. 3 OR geschlossen haben.

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 147 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 147 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 147 OR.

Art. 147 OR

[1] Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, sind auch die übrigen befreit.

[2] Wird ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit, so wirkt die Befreiung zugunsten der andern nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen.

GLIEDERUNG

I. Wirkung der Befriedigung durch den Gläubiger 149
II. Erledigung ohne Befriedigung des Gläubigers 149
A. Entlastung durch Rechtshandlungen 150
B. Befreiung ohne Rechtshandlungen 151
Bibliografie 151

I. WIRKUNG DER BEFRIEDIGUNG DURCH DEN GLÄUBIGER

Befriedigt ein Gesamtschuldner den Gläubiger ganz oder teilweise, so werden die anderen Gesamtschuldner im gleichen Umfang nach Art. 147 Abs. 1 OR (Gesamtwirkung der Schuldnerbefreiung). Das Gesetz nennt ausdrücklich die (Geld-)Zahlung und die Verrechnung als befreiende Handlungen. Nicht explizit aufgeführt - aber gleichwohl mit gleicher Wirkung - ist die Erbringung von Leistungen durch einen Gesamtschuldner. Letztlich kommt es darauf an, welche vertragliche Leistung geschuldet wird. 1

Weitere Tilgungsmöglichkeiten, die zur Befriedigung des Gläubigers führen, stellen Ersatzleistungen dar. In diesem Fall erbringt ein Gesamtschuldner nicht die geschuldete Leistung, sondern eine gleichwertige Ersatzleistung. Wie bereits erwähnt, sieht das Gesetz insbesondere die Verrechnung vor (Art. 120 ff. OR). Dabei ist es unerheblich, ob ein Gesamtschuldner oder der Gläubiger die Verrechnung erklärt. Auch streitige Forderungen können zur Verrechnung gebracht werden. Es ist jedoch nicht möglich, dass ein Gesamtschuldner die Verrechnung gegenüber einer Forderung erklärt, die einem anderen Gesamtschuldner zusteht. Darüber hinaus sind die Leistung an Erfüllungs Statt oder die Hinterlegung mögliche Ersatzleistungen. 2

Bei einer nur teilweisen Befriedigung durch einen Gesamtschuldner wird die Forderung des Gläubigers im entsprechenden Umfang gekürzt. 3

Art. 147 Abs. 1 OR regelt sodann nur das Aussenverhältnis zwischen dem Gläubiger und den Gesamtschuldnern. Allfällige Rückgriffsrechte unter den Gesamtschuldnern bleiben davon unberührt. Die Forderung des Gläubigers erlischt nicht wirklich, sondern geht im Rahmen des Forderungsübergangs nach Art. 149 OR auf den erfüllenden Schuldner über. 149 OR. 4

II. ERLEDIGUNG OHNE BEFRIEDIGUNG DES GLÄUBIGERS

Gemäss Art. 147 Abs. 2 OR wirkt die Entlastung eines Gesamtschuldners ohne Befriedigung des Gläubigers nur dann auf die anderen Gesamtschuldner, wenn dies durch die Umstände oder die Art der Verpflichtung gerechtfertigt ist. Im Gegensatz zu Abs.. 1 regelt Abs. 2 den Grundsatz der Einzelentlastung. Die Beweislast dafür, ob die Entlastung eines einzelnen Gesamtschuldners 5

eine Gesamtwirkung hat, liegt bei dem Gesamtschuldner, der sich darauf beruft.

A. Entlastung durch Rechtshandlungen

6 Rechtshandlungen wirken in der Regel nur gegenüber dem Gläubiger und dem beteiligten Gesamtschuldner. Dazu gehören der Freispruch (Art. 115 OR), der Vergleich und die Novation (Art. 116 OR).

7 Der Freispruch oder der Vergleich befreit nur den beteiligten Gesamtschuldner und nur im Aussenverhältnis gegenüber dem Gläubiger. Im Innenverhältnis können die anderen Gesamtschuldner weiterhin auf den befreiten Schuldner Rückgriff nehmen. Will der Gläubiger, dass der Gesamtschuldner im Innenverhältnis in gleichem Maße von dem Freispruch oder dem Vergleich profitiert, muss er den Freispruch erteilen oder den Vergleich mit befreiender Wirkung für alle Gesamtschuldner zusammen abschließen.

8 Aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung kann die Wirkung auf die anderen Gesamtschuldner erstreckt werden. Ob dies im Einzelfall anzunehmen ist, hängt vom Willen der Parteien und der Auslegung des Vertrages ab. Eine Gesamtwirkung ist dann gegeben, wenn der Gläubiger einen Vorteil aus dem Vergleich erhält, wenn der Gläubiger eine Quittung ausstellt oder wenn er den Schuldschein zurückgibt. Ein weiterer Aspekt, der berücksichtigt wird, ist, ob der Gläubiger weiß, dass die anderen Gesamtschuldner bei dem am Vergleich beteiligten Schuldner Rückgriff nehmen können. Der zugunsten des vertragsschließenden Gesamtschuldners geschlossene Vergleich würde illusorisch, wenn der Schuldner im Innenverhältnis dem vollen Ausgleich unterliegen würde.

9 Es wird argumentiert, dass eine Teil- oder Vollbefreiung des Schuldners durch den Gläubiger so auszulegen sei, dass der Gläubiger verpflichtet sei, die Gesamtschuld lediglich als eine Teilschuld daraus zu behandeln. Der Gläubiger könne die anderen Gesamtschuldner nur im Umfang ihrer internen Quoten in Anspruch nehmen. Damit entfällt jeder Rückgriff unter den Schuldnern.

10 Erlischt schließlich die alte Schuld durch die Begründung einer neuen Schuld (Novation; Art. 116 OR), so wird nur der Gesamtschuldner befreit, der der

Novation zustimmt. Ein anderer Wille des beteiligten Gesamtschuldners und des Gläubigers bleibt vorbehalten.

B. Befreiung ohne Rechtshandlungen

Tritt die Gläubigerin oder der Gläubiger eine Forderung gegen eine der Gesamtschuldnerinnen oder einen der Gesamtschuldner an dieselbe Schuldnerin oder denselben Schuldner ab, so gilt das Schuldverhältnis als durch Vereinigung erloschen, da die Schuldnerin oder der Schuldner eine Forderung gegen sich selbst erworben hat (Art. 118 OR). 11

Die Unmöglichkeit einer Leistung durch Umstände, die die Schuldner nicht zu vertreten haben, entbindet alle Gesamtschuldner im Aussenverhältnis, da sie nicht mehr leisten können (vgl. Art. 119 OR). Sind jedoch andere Gesamtschuldner in ihrer Eigenschaft noch leistungsfähig, werden sie nicht befreit, sondern müssen ihre Leistungspflicht weiterhin erfüllen. Dementsprechend besteht im Innenverhältnis weiterhin ein Anspruch auf Schadenersatz. 12

Weigert sich der Gläubiger ohne triftigen Grund, die Leistung eines Gesamtschuldners anzunehmen, befindet er sich im Gläubigerverzug (Art. 91 OR). Die Wirkungen des Gläubigerverzugs nach Art. 92 ff. OR kommen allen Gesamtschuldnern zugute. Insbesondere befreit der hinterlegende Gesamtschuldner die anderen Schuldner gleichermassen. 13

Sowohl die Verjährung als auch die Verwirkung einer Forderung wirken sich nur gegenüber dem betreffenden Schuldner aus, da diese Fristen für jeden Gesamtschuldner getrennt laufen. Die Ansprüche des Gläubigers gegenüber den anderen Gesamtschuldnern sind davon nicht betroffen. Dagegen wirkt die Unterbrechung der Verjährungsfrist - wenn sie auf eine Handlung des Gläubigers zurückzuführen ist - gegen alle Gesamtschuldner (Art. 136 Abs. 1 OR). 14

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Stuber Jonas, Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität, diss., Bern 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 148 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 148 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 148 OR.

Art. 148 OR

[1] Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen.

[2] Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner.

[3] Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen.

GLIEDERUNG

I. Allgemeine Bemerkungen 155
II. Haftungsquote der Gesamtschuldner im Innenverhältnis 155
A. Grundsatz der Gleichverteilung 155
B. Ausnahmen 155
III. Rückgriff 156
A. Voraussetzungen und Umfang 156
B. Zinsen und Gerichtskosten 157
C. Verjährung 157
IV. Uneinbringliche Rückgriffsforderung 158
Bibliografie 158

I. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Art. 148 und Art. 149 OR regeln das Innenverhältnis der Gesamtschuldnerschaft. Die Rechtsfolge im Innenverhältnis - das Rückgriffsrecht - tritt ein, wenn der vom Gläubiger in Anspruch genommene Gesamtschuldner im Aussenverhältnis mehr getragen hat als seine Haftungsquote im Innenverhältnis (Art. 148 Abs. 2 OR). Die Rechte des Gläubigers gehen auch im Rahmen des Forderungsübergangs gemäss Art. 149 OR. 1

II. HAFTUNGSQUOTE DER GESAMTSCHULDNER IM INNENVERHÄLTNIS

A. Grundsatz der Gleichverteilung

Art. 148 Abs. 1 OR geht davon aus, dass alle Gesamtschuldnerinnen und Gesamtschuldner die Schuld in gleichen Quoten zu tragen haben. Es besteht daher ein gegenseitiges Rückgriffsrecht für denjenigen Gesamtschuldner, der mehr als den Betrag der Gesamtschuld geteilt durch die Zahl der Mitschuldner bezahlt hat. 2

Wer vom Rechtsgrundsatz der Gleichverteilung abweichen und daraus Rechte ableiten will, muss dies entsprechend der allgemeinen Beweislastverteilung in Art. 8 ZGB. 3

B. Ausnahmen

Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass es Rechtsverhältnisse geben kann, die eine Abweichung vom Grundsatz der gleichen Quote erzwingen. In der Realität sind ungleiche Haftungsquoten häufiger anzutreffen als eine Gleichverteilung. Durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Gesamtschuldnern können z.B. abweichende interne Haftungsquoten vereinbart werden (z.B. bei einer einfachen Gesellschaft nach Art. 533 OR). 4

Abgesehen von vertraglichen Klauseln sieht das Gesetz an zahlreichen Stellen eine Ausnahme von der paritätischen Quote vor. In erster Linie sind dies die Art. 50 ff. OR zu erwähnen. Ob überhaupt und - wenn ja - in welchem Umfang ein haftender Schädiger bei den anderen Beteiligten Rückgriff nehmen kann, 5

wird durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 1 OR). Haften mehrere Schädiger aus verschiedenen Rechtsgründen, so bestimmt sich die Haftung nach der Haftungskaskade gemäss Art. 51 Abs. 2 OR.

6 Weitere gesetzliche Abweichungen finden sich in Art. 759 Abs.. 3 OR über die aktienrechtliche Haftung, in Art. 640 Abs. 3 ZGB über den Rückgriff auf Miterben für Schulden des Verstorbenen und in Art. 649 ZGB über die Kostentragung unter Miteigentümern.

7 Schliesslich sind Konstellationen denkbar, in denen aufgrund der konkreten Umstände ebenfalls eine Abweichung vom Rechtsgrundsatz geltend zu machen ist. Nehmen zwei Ehegatten gemeinsam einen Kredit auf, um das Hobby des Ehemannes zu finanzieren, soll der Ehefrau ein volles Rückgriffsrecht auf ihren Ehemann eingeräumt werden.

III. RÜCKGRIFF

A. Voraussetzungen und Umfang

8 Das Rückgriffsrecht des Gesamtschuldners setzt voraus, dass der Schuldner gegenüber dem Gläubiger tatsächlich geleistet hat. Ein bloßes Gerichtsurteil, das zur Leistung verpflichtet, reicht nicht aus. Darüber hinaus muss der Schuldner mehr als seine interne Quote geleistet haben. Beide Voraussetzungen muss der in Regress genommene Gesamtschuldner beweisen.

9 Folglich führt Art. 148 Abs. 2 OR ein eigenständiges Rückgriffsrecht, das unabhängig vom Rechtsverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern besteht. Der Gesamtschuldner, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wurde, kann bei den anderen Gesamtschuldnern Rückgriff auf den Betrag nehmen, der ihren angemessenen Anteil übersteigt. Dieses Rückgriffsrecht ist immer eine Geldschuld. Das bedeutet, dass eine Sach- oder Dienstleistung gegebenenfalls in einen Geldbetrag umgewandelt werden muss.

10 Schließlich umfasst die gesamtschuldnerische Haftung unter den Schuldnern nur das Außenverhältnis zum Gläubiger. Die Schuldner haften nicht gesamtschuldnerisch füreinander, wenn sie einer Rückgriffsforderung eines ihrer Mitschuldner gegenüberstehen. Jeder Schuldner haftet nur für seinen internen Anteil. Ein Freispruch, den der Gläubiger nur einem der Schuldner gewährt, berührt das Rückgriffsrecht im Innenverhältnis nicht.

B. Zinsen und Gerichtskosten

Der Rückgriffsanspruch wird fällig, sobald der belangte Gesamtschuldner dem Gläubiger mehr als seinen angemessenen Anteil bezahlt hat (vgl. Art. 75 OR). Die Rückgriffsforderung ist zu verzinsen; der Zinssatz beträgt, soweit nichts anderes bestimmt ist, 5 Prozent pro Jahr (Art. 73 Abs. 1 OR). 11

Wehrt sich ein Gesamtschuldner in einem Prozess gegen die Forderung des Gläubigers, so kann er für die entstandenen Prozesskosten bei den anderen Gesamtschuldnern Rückgriff nehmen. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Obsiegen im Zivilprozess zur Befreiung aller Gesamtschuldner geführt hätte und dass die Anfechtung der Forderung nicht als aussichtslos angesehen wurde. 12

C. Verjährung

Die relative Verjährungsfrist des Rückgriffsanspruchs beträgt drei Jahre. Sie beginnt, sobald der Gesamtschuldner, gegen den Rückgriff genommen wird, gegenüber dem Gläubiger geleistet und von den anderen Gesamtschuldnern Kenntnis erlangt hat (Art. 139 OR). Dies setzt kumulativ voraus, dass der rückgriffsberechtigte Gesamtschuldner konkrete Kenntnis von den Mitschuldnern hat und auch alle Tatsachen kennt, die die Haftung des anderen begründen und damit ein rechtliches Vorgehen gegen ihn ermöglichen. 13

Auch wenn Art. 139 OR keine ausdrückliche absolute Verjährungsfrist vorsieht, ist in Analogie zu Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 und Art. 127 Abs. 1 OR. Ein Teil der Lehre lehnt jedoch eine absolute Verjährungsfrist ab. Hauptkritikpunkt ist, dass bei Bejahung einer absoluten Frist ab dem Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses der Rückgriffsanspruch bereits verjähren könnte, bevor er überhaupt entstanden ist. Soll der Beginn der Verjährungsfrist jedoch - wie hier befürwortet - auf den Zeitpunkt der Leistung des Schuldners an den Gläubiger festgelegt werden, sind die genannten Bedenken unbegründet und die Anwendung einer absoluten Verjährungsfrist kann gebilligt werden. 14

Art. 139 OR ist sowohl auf die Fälle der vollkommenen als auch der unvollkommenen Gesamtschuldnerschaft anwendbar. Danach sieht das Gesetz für zahlreiche spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen eigene 15

Verjährungsregeln vor, die zu beachten sind. Diese Bestimmungen gehen der allgemeinen Regel von Art. 139 OR.

IV. UNEINBRINGLICHE RÜCKGRIFFSFORDERUNG

16 Kann die interne Quote eines Gesamtschuldners nicht mehr vollumfänglich erreicht werden, so ist der Fehlbetrag von allen Gesamtschuldnern gleichermassen zu tragen (Art. 148 Abs. 3 OR). Dies ist der Fall, wenn der betreffende Schuldner zahlungsunfähig ist, die Kosten eines Regressverfahrens in keinem Verhältnis zur internen Quote stehen würden oder wenn der Mitschuldner einen unbekannten Wohnsitz hat.

17 Sollte ein Verteilungsschlüssel vorliegen, der vom Grundsatz des Art. 148 Abs. 1 OR abweicht, so ist der Fehlbetrag eines Gesamtschuldners auch nach dieser ungleichen Verteilung zu tragen. Ansonsten erfolgt die Verteilung nach Köpfen.

18 Das Gesetz sieht in Art. 51 OR eine Kaskade vor, welche die Haftung unter unvollkommenen Gesamtschuldnern bestimmt. In diesem Fall bestimmt sich auch die Tragung des Fehlbetrags nach dieser Kaskade. Es findet also keine Aufteilung statt, wenn sich die Gesamtschuldner auf verschiedenen Stufen der Kaskade befinden.

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Däppen Robert K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Fellmann Walter, Das neue Verjährungsrecht, ZBJV 156/2020, p. 201 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pichonnaz Pascal, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rothenberger Adrian, Die Verjährung des Regressanspruchs, in: Fellmann Walter (ed.), Das neue Verjährungsrecht, Symposium of 29 October 2019 in Lucerne, Bern 2019, p. 73 et seq.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3 et seq.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 149 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 149 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 149 OR.

Art. 149 OR

[1] Auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über.

[2] Der Gläubiger ist dafür verantwortlich, dass er die rechtliche Lage des einen Solidarschuldners nicht zum Schaden der übrigen besser stelle.

GLIEDERUNG

I. Der Forderungsübergang 163
A. Automatischer Übergang der Rechte des Gläubigers 163
B. Wirkung des Forderungsübergangs 163
II. Die Haftung des Gläubigers 164
Bibliografie 164

I. DER FORDERUNGSÜBERGANG

A. Automatischer Übergang der Rechte des Gläubigers

Gemäss Art. 149 Abs. 1 OR gehen die Rechte des Gläubigers von Gesetzes wegen automatisch vom Gläubiger auf den Schuldner über, soweit dieser den Gläubiger befriedigt hat. Es handelt sich um eine Abtretung von Gesetzes wegen gemäss Art. 166 OR. Der Forderungsübergang setzt voraus, dass der Schuldner ein selbständiges Rückgriffsrecht nach Art. 148 Abs. 2 OR. In der Folge verfügt der Rückgriffsberechtigte über zwei parallele, miteinander konkurrierende Rechtsbehelfe: den Rückgriffsanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR und die Rechte des übergegangenen Gläubigers gemäss Art. 149 OR. Der Forderungsübergang dient der Erleichterung und Sicherung des Rückgriffs. Der Anspruch des Gesamtschuldners gegen seinen Mitschuldner aus dem Forderungsübergang besteht nur im Umfang des Rückgriffsrechts nach Art. 148 OR, d.h. in der Höhe, die ihre interne Haftungsquote übersteigt. 1

Gegebenenfalls ist die übergegangene Forderung in eine Geldforderung umzuwandeln, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sach- oder Dienstleistung erbracht hat. 2

Der Forderungsübergang nach Art. 149 OR gilt nur bei vollkommener Solidarhaftung, nicht bei unvollkommener Solidarhaftung. 3

B. Wirkung des Forderungsübergangs

Der Unterschied zum selbständigen Rückgriffsrecht nach Art. 148 Abs. 2 OR besteht darin, dass zum einen mit dem Forderungsübergang neben der Hauptforderung auch alle Nebenrechte auf den Schuldner übergehen (vgl. Art. 170 OR). Der Gesamtschuldner kann nun von allfälligen Sicherheiten wie Pfandrechten oder Bürgschaften profitieren, da diese ebenfalls auf ihn übergehen. 4

Andererseits geht die Forderung zusammen mit allen Einwendungen gegen den Gläubiger über. Mit anderen Worten: Die übrigen Gesamtschuldner können dann im Innenverhältnis alle Einwendungen erheben, die ihnen auch gegenüber dem Gläubiger offen gestanden hätten, nämlich einzelne Duldungen des Gläubigers (Art. 507 Abs. 3 OR analog). Die laufende Verjährungsfrist wird ebenfalls ununterbrochen fortgesetzt. Dies kann dazu 5

führen, dass die Regressforderung vor der Rückgriffsforderung verjährt oder - wenn der Schuldner eine bereits verjährte Forderung an den Gläubiger bezahlt - dass die Regressforderung weiterhin verjährt und damit nicht durchsetzbar ist.

6 Die anderen Mitschuldner haften dem berechtigten Schuldner nicht gesamtschuldnerisch. Sie haften nur mit ihrem individuellen Anteil im Innenverhältnis.

II. DIE HAFTUNG DES GLÄUBIGERS

7 Obwohl der Gläubiger grundsätzlich frei wählen kann, wie viel er von welchem Gesamtschuldner fordert, ist er dennoch verpflichtet, die Rechtsstellung eines Gesamtschuldners nicht zum Nachteil der anderen zu verbessern (Art. 149 Abs. 2 OR). Wird diese Pflicht nicht erfüllt, so haftet er für den dadurch verursachten Schaden.

8 Anwendungsfälle ergeben sich, wenn der Gläubiger Sicherheiten wie ein Pfandrecht freigibt und der Gesamtschuldner, auf den der Forderungsübergang erfolgt, zu kurz kommt, weil er im Innenverhältnis (mangels eines verwertbaren Pfandrechts) nicht ausreichend befriedigt wurde. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger das Schuldversprechen oder andere Beweismittel über die Schuld nicht aushändigt (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR).

9 Ein einseitiger Freispruch des Gläubigers zugunsten eines Gesamtschuldners ist kein Fall der Anwendung dieser Begünstigung im Sinne von Art. 149 Abs. 2 OR. Dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner steht weiterhin der ungeschmälerte Rückgriff nach Art. 148 Abs. 2 OR gegen ihre Mitschuldner zu, da der Freispruch im Innenverhältnis grundsätzlich keine Wirkung entfaltet.

10 Die Rechtsfolge dieser Pflichtverletzung ist ein Schadenersatzanspruch nach Art. 149 Abs. 2 OR durch den Schuldner gegen den Gläubiger. Dieser kann gegenüber dem Gläubiger entweder im Wege des Widerspruchs oder im Wege der Klage geltend gemacht werden.

BIBLIOGRAFIE

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ACHTUNG: Diese Version des Kommentars ist eine automatische maschinelle Übersetzung des Originals. Die Originalversion ist englisch. Die Übersetzung wurde mit www.deepl.com durchgeführt. Nur die Originalversion ist autoritativ. Die übersetzte Form des Kommentars kann nicht zitiert werden.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 150 OR

Eine Kommentierung von Jean-Pascal Stoll

ZITIERVORSCHLAG

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 150 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 150 OR.

Art. 150 OR

[1] Solidarität unter mehreren Gläubigern entsteht, wenn der Schuldner erklärt, jeden einzelnen auf die ganze Forderung berechtigen zu wollen sowie in den vom Gesetze bestimmten Fällen.

[2] Die Leistung an einen der Solidargläubiger befreit den Schuldner gegenüber allen.

[3] Der Schuldner hat die Wahl, an welchen Solidargläubiger er bezahlen will, solange er nicht von einem rechtlich belangt worden ist.

GLIEDERUNG

I. Definition und Abgrenzung 169
II. Entstehung 169
A. Durch Willenserklärung 169
B. Gesetzlich 170
III. Außenverhältnis 170
IV. Innenverhältnis 171
Bibliografie 172

I. DEFINITION UND ABGRENZUNG

Bei der Gesamtgläubigerschaft stehen mehrere Gläubiger einem Schuldner gegenüber. Jeder Gläubiger hat einen eigenen, selbständigen Anspruch auf Erfüllung der gesamten Leistung. Es gibt also mehrere Ansprüche auf eine einzige geschuldete Leistung. Dies ist die Umkehrung der Gesamtschuldnerschaft. Der Schuldner wiederum wird gegenüber den anderen Gläubigern durch die vollständige Leistung an nur einen Gesamtgläubiger vollumfänglich entlastet (Art. 150 Abs. 2 OR). 1

Die Gesamtschuldnerschaft ist von anderen Konstellationen zu unterscheiden, in denen ein Schuldner mehreren Gläubigern gegenübersteht. Bei der Gesamtgläubigerschaft steht den Gläubigern die gesamte Forderung zur ungeteilten Hand zu. Sie können die Forderung nur gemeinschaftlich geltend machen. Gleichzeitig kann sich der Schuldner nur dadurch befreien, dass er gegenüber allen Gläubigern gemeinschaftlich leistet. Bei der Teilgläubigerschaft kann jeder Gläubiger allein handeln, aber nur den Teil der Forderung geltend machen, der ihm zusteht. Die Teilforderungen bilden schließlich das geschuldete Ganze. Bei der Gläubigerkumulierung schuldet der Schuldner mehreren Gläubigern die gleiche Leistung. Die Gläubiger können voneinander völlig unabhängig sein. Ob der Gläubiger alle Gläubiger durch eine einzige Leistung befriedigen kann, hängt von der Art des Vertrages ab. Welche Art der Gläubigerschaft im Einzelfall vorliegt, hängt von der vertraglichen Vereinbarung mit dem Schuldner ab. 2

II. ENTSTEHUNG

A. Durch Willenserklärung

Wie Art. 150 Abs.. 1 OR bestimmt, kann eine Gesamtgläubigerschaft entstehen, wenn der Schuldner erklärt, dass er jedem Gläubiger die gesamte Forderung zugestehen will. Ohne eine solche Erklärung gilt unter den Gläubigern nur eine Teilgläubigerschaft, sofern die Leistung teilbar ist. Allein der Umstand, dass mehrere Personen gemeinsam einen Vertrag abschließen, begründet jedoch noch keine Gesamtgläubigerschaft. Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder konkludent abgegeben werden. Sie ist nicht an eine bestimmte Form gebunden (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). 3

4 Praktische Beispiele für die Gesamtschuldnerschaft sind das Gemeinschaftskonto ("compte-joint") mit mehreren Einzelunterzeichnern, das gemeinsame Depot ("dépôt conjoint") oder der gemeinsame Mietvertrag von Ehegatten.

B. Gesetzlich

5 Auch wenn das schweizerische Zivilrecht die Gesamtgläubigerschaft nicht explizit vorsieht, gibt es einzelne gesetzliche Bestimmungen, die dies implizit tun. So kann bei einer Schenkermehrheit jeder Schenker allein vom Beschenkten die Erfüllung eines Vorbehalts verlangen (Art. 246 Abs. 1 OR), der Vermieter und der Mieter können beide allein vom Untermieter verlangen, dass dieser die Sache nicht anders nutzt, als es dem Mieter selbst erlaubt ist (Art. 262 Abs. 3 OR); analog bei einer Schenkermehrheit kann der Vermieter vom Untermieter verlangen, dass dieser die Sache nicht anders nutzt, als es ihm erlaubt ist (Art. 262 Abs. 2 OR). 3 OR; sinngemäss bei der Nutzniessung, Art. 291 Abs. 3 OR). Ferner kann der Geschäftsherr die Ansprüche, die dem Vertreter gegen einen Stellvertreter zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen (Art. 399 Abs. 3 OR). Art. 70 Abs.. 1 OR sieht bei unteilbaren Leistungen, die mehreren Gläubigern geschuldet werden, eine Gesamtschuldnerschaft vor. Die Leistung kann von jedem Gläubiger allein beansprucht werden. Gemäss Art. 482 Abs.. 1 ZGB kann jeder Beteiligte die Erfüllung von Lasten und Auflagen einer letztwilligen Verfügung verlangen.

III. AUSSENVERHÄLTNIS

6 Leistet der Schuldner an einen Gesamtgläubiger, so ist er auch gegenüber den anderen Gläubigern befreit (Art. 150 Abs. 2 OR). Ersatzleistungen - einschliesslich Hinterlegung oder Verrechnung - sind der tatsächlichen Leistung gleichgestellt. Wie bereits erwähnt, kann jeder einzelne Gläubiger auch die Leistung als Ganzes verlangen oder nach eigenem Ermessen über sie verfügen. Verfügungen wirken sich nur auf den Anspruch des einzelnen Gläubigers gegen den Schuldner aus. Freispruch, Stundung, Abtretung, Zwangsvollstreckung oder Klage eines Gläubigers haben keinen Einfluss auf die Forderungen der anderen Gläubiger. Der Schuldner kann daher auch nur solche Einwendungen gegen einen Gläubiger erheben, die das Verhältnis zwischen ihnen beiden betreffen. Schließlich kann auch jede Forderung eine eigene Fälligkeit haben, und ein Mahnbescheid wirkt sich ebenfalls nur auf

das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem handelnden gesamtschuldnerischen Gläubiger aus.

Ein Gläubiger darf die Stellung der anderen Gesamtgläubiger nicht durch sein persönliches Handeln verschlechtern (Art. 146 OR analog). Eine Annahme an Erfüllung statt, eine Novation oder die Annahme eines Schuldnerwechsels befreit den Schuldner gegenüber den anderen Gesamtgläubigern nicht. Befindet sich jedoch ein Gesamtgläubiger im Annahmeverzug, sind auch die Mitgläubiger davon betroffen. Der Schuldner ist durch den Verzug eines Gläubigers nicht in seinem Recht eingeschränkt, zu wählen, an welchen Gläubiger er leisten will. Notfalls kann er auf eine Hinterlegung nach Art. 92 OR in Anspruch nehmen (vgl. Art. 150 Abs. 3 OR). 7

Grundsätzlich hat der Schuldner die freie Wahl, an welchen Gläubiger er leisten will. Dieses Wahlrecht ist jedoch suspendiert, wenn der Schuldner bereits von einem Gesamtgläubiger verklagt wurde (Art. 150 Abs. 3 OR). In diesem Fall kann der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an den Gläubiger zahlen, der eine Betreibung oder Klage erhoben hat. Eine blosse schriftliche Zahlungsaufforderung oder ein Überweisungsauftrag bei einem Gemeinschaftskonto reicht nicht aus, um die Wirkung von Art. 150 Abs.. 3 OR. Das Wahlrecht des Schuldners lebt wieder auf, wenn die Klage des einen klagenden Gläubigers abgewiesen wird. Unterliegt der Schuldner der Zwangsvollstreckung durch einen Gesamtgläubiger, so lebt das Wahlrecht des Schuldners ab dem Zeitpunkt wieder auf, in dem der Schuldner Einspruch nach Art. 74 SCHKG. Veranlasst der Gläubiger später die Freigabe des Verfahrens, wird das Wahlrecht des Schuldners wieder eingeschränkt. 8

IV. INNENVERHÄLTNIS

Das Gesetz sagt nicht, wie das Innenverhältnis zwischen den Gesamtgläubigern geregelt ist, wenn ein Gesamtgläubiger mehr erhalten hat, als ihm zusteht. Die Rückgriffsrechte unter den Gesamtgläubigern richten sich daher nach dem zugrundeliegenden Verhältnis, nach dem die Gesamtgläubigerschaft begründet wurde. Die Art des Rechtsverhältnisses zwischen den Gesamtgläubigern oder die interne Aufteilung der Forderung lässt sich nicht aus der Gesamtgläubigerschaft ableiten. Insbesondere im Falle einer unteilbaren Leistung ist der befriedigte Gläubiger verpflichtet, die anderen Gesamtgläubiger zu entschädigen. Können mangels Vereinbarung 9

keine bestimmten Quoten bestimmt werden oder rechtfertigen es die Umstände, so erfolgt eine gleichmäßige Aufteilung (Art. 148 Abs. 1 OR analog).

10 Entsteht durch einen von einem Gesamtgläubiger zu vertretenden Annahmeverzug ein Schaden, so ist dieser im Innenverhältnis auszugleichen.

BIBLIOGRAFIE

Baumgartner Hannes, Depot- und Compte-joint unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, diss., Zürich 1977.

Bron René, Le compte-joint en droit suisse, diss., Lausanne 1958.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 633 OR

Eine Kommentierung von Tamara Teves / David Meirich

ZITIERVORSCHLAG

Tamara Teves/David Meirich, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Teves/Meirich, Art. 633 OR N. XXX.

2. Leistung der Einlagen

a. Einzahlungen

Art. 633

[1] Einlagen in Geld müssen bei einer Bank nach Artikel 1 Absatz 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt werden.

[2] Die Bank gibt den Betrag erst frei, wenn die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist.

[3] Als Einlagen in Geld gelten Einzahlungen in der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, sowie Einzahlungen in anderen zum Aktienkapital frei konvertierbaren Währungen.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 177
A. Allgemeines 177
B. Aktienrechtsrevision 177
II. Leistung der (Geld-) Einlage 178
A. Einzahlung 178
1. Umfang des zu hinterlegenden Kapitals 178
2. Nicht als Geldeinlagen qualifizierende Einlagen 179
3. Hinterlegung 181
a. Banken und Fintech-Institute 181
b. FINMA-bewilligte Banken oder Fintech-Institute 183
c. Gebührenmodelle 185
B. Freigabe der Einzahlung 185
1. (Mindest-) Inhalt der Einzahlungsbestätigung 185
2. Praxis 186
3. Rückzahlung des hinterlegten Kapitals bei Nichtzustandekommen der Gründung oder Kapitalerhöhung 186
C. Einzahlung in Fremdwährungen 187
1. Kodifizierung der Praxis 187
2. Einhaltung des Mindestgegenwertes von CHF 100 000 188
3. Kryptowährungen sind keine Fremdwährungen 189
D. Anmeldung beim Handelsregisteramt 189
Literaturverzeichnis 190
Materialienverzeichnis 192

I. EINLEITUNG

A. Allgemeines

Der vorliegende Art. 633 OR befasst sich mit der Leistung der Einlage, sofern diese **in Geld** erfolgt,[170] und insbesondere dessen Einzahlung. Praktische Relevanz geniesst Art. 633 OR bei der «**teilweisen oder vollständigen Barliberierung** des Aktienkapitals anlässlich **der Gründung** und gemäss dem Verweis in Art. 652*c* OR auch anlässlich der **ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung**»[171]. 1

«Bezweckt wird die Sicherstellung, dass die Gründer ihre Zahlungsversprechen tatsächlich erfüllen.»[172] Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der **Kapitalschutz**, «der sich namentlich bei der Gründung und der Kapitalerhöhung in dem Sinne auswirkt, dass das den Wirtschaftsteilnehmern in den Statuten und im Handelsregister kundgegebene Eigenkapital der Gesellschaft auch tatsächlich vollständig zur Verfügung gestellt wird».[173] 2

B. Aktienrechtsrevision

Die Bestimmung von Art. 633 Abs. 1 und 2 OR wurde mit der **Aktienrechtsrevision per 1. Januar 2023** insofern geändert, als dass die Terminologie an die Begrifflichkeit des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) angepasst worden ist.[174] Dort soll als allgemeiner Begriff nicht «Institut», sondern «Bank» verwendet werden. Die Änderung sollte jedoch keine materiellen Auswirkungen haben.[175] 3

Art. 633 Abs. 3 OR enthält seit der Aktienrechtsrevision vom 1. Januar 2023 verschiedene Aspekte zur Bargründung bzw. -liberierung: Gemäss dem ersten Halbsatz gelten als Einlagen in Geld Einzahlungen in der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, z.B. die Liberierung eines Aktienkapitals in Euro mit 4

170 BSK-Schenker/Meyer, Art. 633 OR N. 1.
171 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 1.
172 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 1.
173 BGE 132 III 668, E. 3.2.
174 BBl 2017 399, S. 489 f.
175 Vgl. dazu hinten Ziff. II.A.3.a.

dieser Währung. Gemäss zweitem Halbsatz gelten auch Einzahlungen in anderen zum Aktienkapital **frei konvertierbaren Währungen als Einlagen in Geld**. Eine solche Situation liegt z.B. vor, wenn ein Aktienkapital in Franken mittels US-Dollar und Euro liberiert wird. Dies entspricht bezüglich des Verhältnisses ausländische Währung und Aktienkapital in Franken seit 1999 der Praxis der Handelsregisterbehörden.[176]

5 Der Vorentwurf enthielt einen weiteren Satz, der festhielt, dass die Einlagen in Geld im Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses den Ausgabebetrag decken müssen. Die Wiederholung dieses Hinweises erübrigt sich. Im Rahmen des **Errichtungsakts** müssen die Gründerinnen und Gründer gemäss Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 OR festhalten, dass die statutarischen und gesetzlichen Anforderungen an die geleisteten Einlagen im Zeitpunkt des Errichtungsakts erfüllt sind. Sie müssen also bei Einlagen in einer anderen Währung als derjenigen, auf die das Aktienkapital lautet, feststellen, dass diese unter Berücksichtigung des aktuellen Umrechnungskurses mindestens den Betrag der zu leistenden Einlagen decken. Die Liberierung mittels ausländischer Währung ist zu unterscheiden von der neuen Möglichkeit des Aktienkapitals in ausländischer Währung.[177]

II. LEISTUNG DER (GELD-) EINLAGE

A. Einzahlung

1. Umfang des zu hinterlegenden Kapitals

6 In der Lehre ist seit Längerem umstritten, ob die Hinterlegungspflicht nur für den Nennwert der gezeichneten Aktien oder für den gesamten Ausgabebetrag (Nennkapital zuzüglich Agio) gilt:

7 Gemäss der strengeren Lehre und auch dem Bundesgericht bezieht sich der Wortlaut von Art. 633 Abs. 1 OR auf alle Einlagen in Geld und **nicht etwa nur auf die Einlagen auf den Nennwert**.[178] Gegenstand der Einzahlung sei daher sowohl der Nennwert als auch das Agio, und die

176 BBl 2017 399, S. 490 mit weiteren Verweisen.

177 BBl 2017 399, S. 490 mit weiteren Verweisen.

178 BGE 132 III 668, E. 3.2.1; Böckli, § 1 N. 357 f.; BSK-Baudenbacher, Art. 624 OR N. 7; CHK-Zürcher, Art. 633 N. 2 f.; Widmer, S. 99, 221 f.; von der Crone, § 2 N. 129.

Kapitaleinzahlungsbestätigung habe sich entsprechend auf den gesamten Ausgabebetrag zu beziehen.

Die herrschende Lehre und die Handelsregisterpraxis lassen hingegen eine Hinterlegung des Nennwerts genügen.[179] Dies erscheint sachgerechter, da im Handelsregister lediglich der Nominalbetrag publiziert wird und es auch der Handelsregisterpraxis entspricht, dass bei der Eintragung nur die Hinterlegung des Nennwerts geprüft wird.[180] Letztlich dient die Hinterlegung dem Schutz Dritter, die nicht mit über dem im Handelsregister eingetragenen Nennkapital liegenden Einzahlungen rechnen.[181] Dass es für die Gesellschaft vorteilhafter ist, direkt über Geld, statt nur über eine möglicherweise nicht voll einbringliche Forderung zu verfügen, ändert daran nichts, da dies ein Problem der aufschiebbaren Fälligkeit des Agios[182] ist und nicht der Einzahlung auf ein gesperrtes Konto.[183] 8

Es besteht die Möglichkeit, im öffentlich beurkundeten Errichtungsakt das Agio auf einen späteren Zeitpunkt hin als fällig zu erklären. Diesfalls muss es erst bei Fälligkeit geleistet werden. Gemäss einem Teil der Lehre ist allerdings auch das nachträglich geleistete Agio auf ein Sperrkonto einer Bank einzuzahlen, wobei die Bank für den Betrag des nachträglich geleisteten Agios eine Kapitaleinzahlungsbestätigung auszustellen hat. Solange das Agio nicht voll einbezahlt ist, sind die Bestimmungen über teilliberierte Aktien zu beachten.[184] 9

2. Nicht als Geldeinlagen qualifizierende Einlagen

Kryptowährungen bzw. Zahlungs-Token[185] wie Bitcoin (BTC), Ether (ETH) oder Stablecoins wie der USD Coin (USDC) gelten in der Schweiz nicht als gesetzliches Zahlungsmittel bzw. gesetzliche Währungen. In der Folge scheidet eine Liberierung in Zahlungs-Token im Wege der Bareinlage aus.[186] 10

179 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 5.
18 OFK-Zürcher/Berweger, Art. 633 OR N. 1.
181 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 5.
18 Vgl. dazu Art. 650 OR.
18 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 5.
18 OFK-Zürcher/Berweger, Art. 633 OR N. 2.
185 Vgl. FINMA, Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018, Ziff. 3.1. ff.
18 Ausführlicher hierzu bereits früher Müller/Stoltz/Kallenbach, S. 1322.

Dementsprechend kann auch unter aktuellem Recht eine Aktiengesellschaft kein Aktienkapital bilden, das auf (Zahlungs-Token) lautet.[187]

11 Möglich hingegen ist das Aktienkapital mittels **Zahlungs-Token als Sacheinlage** zu liberieren, sofern die im Einzelfall einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind.[188]

12 Die FINMA hat sich im Jahr 2018 aufgrund der damaligen starken Zunahme von Unterstellungsanfragen in Zusammenhang mit Initial Coin Offerings («ICOs») dahingehend geäussert, dass sie **bei der Kategorisierung von Token** einen auf die wirtschaftliche Funktion bezogenen Ansatz verfolgt.[189] Gemäss der FINMA werden der «Kategorie **"Zahlungs-Token"** (gleichbedeutend mit **reinen "Kryptowährungen"**)»[190], «Token zugeordnet, die tatsächlich oder der Absicht des Organisators nach als Zahlungsmittel für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen akzeptiert werden oder der Geld- und Wertübertragung dienen sollen»[191]. Die häufigsten **gemeinbekannten Beispiele** für Zahlungs-Token bzw. Kryptowährungen sind **Bitcoin** (BTC) und **Ether** (ETH).[192]

13 Auch zur rechtlichen Einordnung, und insb. zu Risiken und Anforderungen in Zusammenhang mit **Stablecoins** hat sich die FINMA bereits mehrfach geäussert. Stablecoins unterscheiden sich von anderen Token dahingehend, dass ein «**Stabilisierungsmechanismus im Sinne einer Anbindung an einen oder mehrere unterliegende Vermögenswerte wie zum Beispiel staatliche Währungen**» eingesetzt wird.[193] Bei Aufweisen eines in der Praxis üblichen Zahlungsmittelzwecks qualifizieren Stablecoins als Zahlungs-Token.

---

187 Semi/Müller, S. 339 f.; Schärli/Schütte, S. 200 mit weiteren Hinweisen zum Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der Handelsregisterverordnung vom 10.12.2021.

18 Vgl. Forstmoser/Küchler, Art. 621 OR N. 23.

18 Zum Ganzen, vgl. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16. Februar 2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Ziff. 1 ff.

19 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Ziff. 3.1.

191 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Ziff. 3.1.

19 Vgl. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), Ziff. 3.2.1.

19 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), FINMA-Aufsichtsmitteilung 6/2024 vom 26.7.2024, Stablecoins: Risiken und Anforderungen für Stablecoin-Herausgebende und garantiestellende Banken, Ziff. 2.

[194] Als bekannteste **Beispiele** solcher US-Dollar denominierter Stablecoins gelten **Tether** (USDT) und der **USD Coin** (USDC).

3. Hinterlegung

a. Banken und Fintech-Institute

Unberechtigterweise relativ unbestritten war bereits vor der Aktienrechtsrevision vom 1. Januar 2023 die Mehrheitsauffassung, dass die Einlage bei einem Institut hinterlegt werden muss, das über eine Bankbewilligung gemäss Bankengesetz verfügt.[195] Der seit dem 1. Januar 2019[196] bis zur Aktienrechtsrevision von 2023 geltende Wortlaut umfasste nämlich nebst Banken auch die **Personen nach Art. 1*b* des Bankengesetzes** (sog. **Fintech-Institute**). Bis zum 31. Dezember 2022 galt der Wortlaut von Art. 633 aOR, der von «einem dem Bankengesetz vom 8. November 1934 unterstellten **Institut**» sprach, der damit auch Kapitaleinzahlungsbestätigungen von Fintech-Instituten nach Art. 1*b* BankG zugelassen hätte. Die Lehre ging mehrheitlich (weiterhin) davon aus, dass die Einzahlung der Einlagen nur auf ein Konto bei einer Bank erfolgen könne;[197] die diesbezügliche Handelsregisterpraxis war uneinheitlich. 14

Die Aktienrechtsrevision vom 1. Januar 2023 hatte diese (Mehrheits-)Auffassung durch die Änderung von Art. 633 Abs. 1 OR noch verstärkt, wonach der neue Wortlaut wie folgt formuliert wurde: «bei einer Bank nach Artikel 1 Absatz 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934». Gemäss Botschaft sollte diese Änderung des bisherigen Wortlauts, der von «dem Bankengesetz vom 8. November 1934 unterstellten Instituten» sprach, **keine materiellen Auswirkungen haben**. Nach einer grammatikalischen Auslegung sind Fintech-Institute nach Art. 1*b* BankG keine Banken und liessen sich daher nicht unter Art. 633 Abs. 1 OR subsumieren. 15

---

19 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Ergänzung der Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 11.9.2019, Ziff. 2.1.

195 Anderer Meinung ist etwa auch das Eidgenössische Handelsregisteramt, dass in ihrer Praxismitteilung 3/23 erwähnt, dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers war, die Praxis in Bezug auf die Kapitaleinzahlungskonti bei Fintech-Unternehmen im Rahmen der Aktienrechtsrevision zu ändern (vgl. EHRA, Praxismitteilung 3/23 vom 30.11.2023).

19 Eingefügt durch Anhang Ziff. II 14 des Finanzinstitutsgesetzes vom 15.6.2018, in Kraft seit 1.1.2019; vgl. AS 2018 5247; BBl 2015 8901.

197 BSK-Schenker/Meyer, Art. 633 OR N. 4; OFK-Zürcher/Berweger, Art. 633 N. 1 ff.

6.

16 Die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 6. September 2023 soll im Hinblick auf die Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung[198] in diesem Bereich mit einer Gesetzesänderung für mehr Rechtsicherheit sorgen und schlägt eine Änderung von Art. 633 Abs. 1 OR sowie Art. 653e Abs. 2 OR vor. Kapitaleinzahlungen sollen nach Art. 633 Abs. 1 OR bei einer «Bank nach Artikel 1*a* des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG) oder bei einer Person nach Artikel 1*b* BankG» hinterlegt werden können. Da eine **Person nach Art. 1*b* BankG** bereits Bankdienstleistungen gegenüber Unternehmen erbringen kann und es keine materielle Schranke dafür gibt, im Sinne von Art. 633 OR Einlagen entgegenzunehmen, sollte zur Vermeidung von Unklarheiten präzisiert werden, dass diese Aufgabe nicht nur von einer Bank im engeren Sinne, sondern auch von Personen nach Art. 1*b* BankG erledigt werden kann. Nach derselben Logik sei in Art. 653e Abs. 2 OR ein Verweis auf diese Personen im Zusammenhang mit der Leistung von Einlagen im Falle einer Erhöhung aus bedingtem Kapital angebracht.[199]

17 Mit der Praxismitteilung vom 30. November 2023 bestätigte das Eidgenössische Amt für das Handelsregister ("EHRA") noch vor der oben erwähnten geplanten Gesetzesänderung, dass «Kapitaleinzahlungsbestätigungen **von Fintech-Instituten durch die Handelsregisterbehörden akzeptiert werden müssen**».[200]

18 Unzureichend ist etwa die Hinterlegung der Geldeinlage bei einem Organ der in Gründung befindlichen Gesellschaft[201] oder auf einem Klientenkonto eines Notars[202] oder auf dem Konto einer Bank im Ausland, die bei der FINMA über keine Bewilligung verfügt.[203]

19 Am 22. Oktober 2025 hat der Bundesrat eröffnet, dass Änderungen des FINIG die Rahmenbedingungen für innovative Finanztechnologien – insbesondere im Bereich Kryptowährungen, Stablecoins und Zahlungsdienstleistungen – stärken sollen, wobei gleichzeitig der Kunden-, Anleger- und Marktschutz

19 BBl 2023 2165, S. 8.
19 BBl 2023 2165, insb. Ziff. 4.1.3 «Weitere Themenbereiche».
20 EHRA, Praxismitteilung 3/23 vom 30.11.2023.
20 BSK-Schenker/Meyer, Art. 633 OR N. 3.
20 Arrêt de la Cour d'appel civile du 23 mars 2018 en la cause X. SA c/ Y. SA, [CACIV.2018.25], E. 8 (RJN 2018, S. 321); CR-Lombardini/Clemetson, Art. 633 OR N. 6.
20 Ebenfalls unzureichend wäre die Hinterlegung bei «Krypto-Instituten» im Sinne von Art. 51*r* Abs. 1 VE-FINIG.

gewährleistet werden soll. Damit soll die «Fintech-Bewilligung» gemäss Art. 1*b* BankG in das FINIG überführt und durch die Bewilligungskategorie des «**Zahlungsmittelinstituts**» abgelöst werden.[204] Weiter wird ausgeführt, dass es sich vor diesem Hintergrund rechtfertigen soll, Einlagen gemäss Art. 633 bzw. Art. 653e OR nicht nur bei Banken, **sondern auch bei Zahlungsmittelinstituten hinterlegen zu können**. Der Entwurf ist Bestandteil der Vernehmlassung, die bis am **6. Februar 2026** läuft.

Als Zahlungsmittelinstitut im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. f. VE-FINIG in Verbindung mit **Art. 51*a* Abs. 1 VE-FINIG** gilt «wer ohne über eine Bewilligung als Bank im Sinne des BankG zu verfügen hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und gewerbsmässig Kundengelder entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, diese aber nicht verzinst und nur so anlegt wie in Artikel 51i vorgesehen». 20

b. FINMA-bewilligte Banken oder Fintech-Institute

Aus der Referenz in Art. 633 Abs. 1 OR, wonach die Einzahlung auf ein Kapitaleinzahlungskonto bei einer Bank (bzw. Fintech-Institut) nach dem Bankengesetz erfolgen muss, ergibt sich das Erfordernis an die Hinterlegung bei einem **in der Schweiz ansässigen Institut nach BankG**. Dies umfasst auch die «ausländischen Banken in der Schweiz» im Sinne der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA; SR 952.111), solange diese eine FINMA-Bewilligung als Zweigniederlassung i.S.v. Art. 4 ABV-FINMA aufweisen. 21

Zusammengefasst ist die Kapitaleinzahlungshinterlegung möglich bei: 22

- entweder einer in der **Schweiz ansässigen und bewilligten Bank** oder einem in der **Schweiz ansässigen und bewilligten Fintech-Institut**; oder
- bei einer ausländischen Bank mit Sitz im Ausland über ihre in der Schweiz ansässige und FINMA-bewilligte **Zweigniederlassung**.

20 EFD, Änderung des Finanzinstitutsgesetzes (Zahlungsmittelinstitute und Krypto-Institute), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 22.10.2025, Ziff. 4.2, S. 73.

4.

23 Den Voraussetzungen von Art. 633 OR **nicht gerecht** werden entsprechend Kapitaleinzahlungen bei[205]:

- ausländischen Banken;
- Schweizer Vertretungen von ausländischen Banken; oder
- sonstigen Schweizerischen Finanzinstituten nach anderen Finanzmarktgesetzen als dem BankG.

24 **Zur Überprüfung in der Praxis**, ob ein Institut die Anforderungen von Art. 633 Abs. 1 OR erfüllt, können die öffentlichen **Listen der FINMA** herangezogen werden:

- Liste der FINMA «Bewilligte Banken und Wertpapierhäuser», woraus auch Zweigniederlassungen ausländischer Banken ersichtlich sind (Vertretungen i.S.v. Art. 14 ABV-FINMA sind hingegen nicht aufgeführt);
- Liste der von der FINMA bewilligten Personen nach Art. 1*b* BankG (sog. Fintech-Bewilligung).[206]

25 Die beiden offiziellen **Listen der FINMA** – «Bewilligte Banken und Wertpapierhäuser» sowie «Von der FINMA bewilligte Personen nach Art. 1*b* BankG (Fintech-Bewilligung)» – werden von der FINMA fortlaufend aktualisiert, jeweils bei Bedarf und bei Änderungen im Bewilligungsstatus. In der Praxis lassen sich diese Listen am einfachsten über die **Suchfunktion auf der FINMA-Website** finden, indem man die Begriffe «Liste Banken» bzw. «Liste Fintech» eingibt.[207] Beide Listen stehen **der Öffentlichkeit** im PDF- und Excel-Format zur Ansicht sowie zum Herunterladen zur Verfügung.

26 **Nicht erforderlich** ist, dass die Hinterlegung der Einzahlung bei einer Bank oder einem Fintech-Institut erfolgt, deren Sitz oder Zweigniederlassung am gleichen Ort oder im gleichen Kanton wie der Sitz der neu zu gründenden Gesellschaft liegt.[208] Neu gegründete Unternehmen wählen aus praktischen Gründen in der Regel bereits für die Kapitaleinzahlung ein Institut, über das

---

20 Ähnlich CR-Clemetson/Scerri, Art. 633 OR N. 5; Vgl. ebenfalls Fn. 35.

20 Es darf aktuell davon ausgegangen werden, dass die FINMA ebenfalls öffentliche Listen zu den bewilligten Zahlungsmittelinstituten nach Art. 2 Abs. 1 lit. f. VE-FINIG in Verbindung mit Art. 51*a* Abs. 1 VE-FINIG führen wird, sofern die Änderung in Kraft tritt.

20 https://www.finma.ch/de/suche.

20 BSK-Schenker/Meyer, Art. 633 OR N. 4.

sie später auch den Zahlungsverkehr abwickeln oder weitere für sie relevante Bankdienstleistungen beziehen möchten. Dafür besteht **keine Pflicht oder Einschränkung**. Dies hat jedoch den Vorteil, dass der Kontoeröffnungsprozess nur bei einem und nicht bei zwei Instituten durchlaufen werden muss.

c. Gebührenmodelle

In der Praxis zeigt sich bei Banken und Fintech-Instituten nachfolgende Tendenz zu unterschiedlichen **Pricing-Modellen** in Sachen Kapitaleinzahlungskonti: 27

- **Banken** tendieren (zumindest aktuell) mehrheitlich zu prozentualen Gebühren von 0.1-0.5% des eingezahlten Kapitals, mit Mindestgebühren von CHF 200-300 und Maximalgebühren von CHF 2'000-5'000 (mit Ausnahmen von einzelnen Banken, die Kapitaleinzahlungskonti kostenlos zur Verfügung stellen);
- **Fintech-Institute**, die Kapitaleinzahlungskonti anbieten, tendieren zu unterschiedlichen Ansätzen, wobei Angebote von Fixgebühren von CHF 249 bis zu kostenlosen Angeboten (bei Abschluss von weiteren Konti) reichen.

B. Freigabe der Einzahlung

1. (Mindest-) Inhalt der Einzahlungsbestätigung

Nach der Hinterlegung der Einzahlung stellt die Bank bzw. das Fintech-Institut eine formelle Bescheinigung aus, die sog. Einzahlungsbestätigung.[209] Im Sinne des Kapitalschutzes hat diese Einzahlungsbestätigung folgenden (Mindest-)Inhalt:[210] 28

- «die zu gründende Gesellschaft ist **unmissverständlich zu identifizieren**;
- die **hinterlegte Summe** ist aufzuführen (bei Liberierung in Fremdwährungen mit Gegenwert in Schweizer Franken); und

20 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 6.
21 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 6 mit Verweis auf CR-Lombardini/Clemetson, Art. 633 OR N. 1.

- es ist ausdrücklich festzuhalten, dass die Summe auf einem **Sperrkonto zu Gunsten der Gesellschaft** hinterlegt ist.»[211]

2. Praxis

29 «Art. 633 Abs. 2 OR schreibt vor, dass der Einzahlungsbetrag erst freigegeben werden darf, wenn die Gesellschaft im Handelsregister **eingetragen** ist. Analoges gilt auch für die Kapitalerhöhung.»[212]

30 Die **Freigabe** des Betrages gemäss Art. 633 Abs. 2 OR erfolgt in der Praxis in der Regel bereits vor der Publikation der Eintragung im Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB);[213] und zwar bereits nach Vorweisung des beim kantonalen Handelsregisteramt erhältlichen **Tagesregisterauszugs** und nach der Bestätigung des EHRA, wonach einer Eintragung nichts im Wege stehe.[214] Das kantonale Handelsregisteramt informiert auf Verlangen die Personen, welche die Anmeldung eingereicht haben, sobald die Eintragung durch das EHRA genehmigt wurde.[215]

31 Die meisten Banken akzeptieren auch die vom kantonalen Handelsregisteramt beglaubigten Tagesregisterauszüge vor Publikation im SHAB und Übernahme ins Hauptregister.[216] Es handelt sich dabei um Informationen, die gestützt auf Art. 34 HRegV auf Verlangen den Personen, welche die diesbezügliche Handelsregister-Anmeldung eingereicht haben, bekannt gegeben werden, sobald das EHRA die Eintragung genehmigt hat. Diese Tagesregisterauszüge tragen gemäss Art. 11 Abs. 2 HRegV den Vermerk «Genehmigung EHRA» und werden von zuständigen Handelsregisterämtern gegen zusätzliche Gebühr auch per E-Mail als PDF-Scan versandt.

3. Rückzahlung des hinterlegten Kapitals bei Nichtzustandekommen der Gründung oder Kapitalerhöhung

32 Keine gesetzliche Regelung besteht für den Fall, dass nach Hinterlegung der Einzahlung zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft eine Gründung

211 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 6.
21 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 8.
213 CHK-Blatter/Waldburger, Art. 633 OR N. 2.
21 Vgl. Art. 11 Abs. 2 HRegV.
215 Vgl. Art. 34 HRegV. Vgl. auch EHRA, Praxismitteilung 4/20 vom 10.12.2020.
21 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 8.

nicht vollzogen wird. In der Praxis soll die Bank bzw. das Fintech-Institut die Beträge den Einzahlern wieder freigeben, sobald ihr eine Erklärung der beauftragten Urkundsperson über das **Scheitern der Gründung** vorliegt.[217]

Die Urkundsperson kann der Bank bzw. dem Fintech-Institut gegenüber jedoch nur eine entsprechende Erklärung abgeben, wenn tatsächlich nur eine Kapitaleinzahlungsbestätigung im Original vorliegt.[218] Hat der Einzahlende noch ein zusätzliches Original, so trägt die Bank bzw. das Fintech-Institut bei einer Rückzahlung das Risiko, dass in der Zwischenzeit eine Gründung erschlichen wurde. Um dem Risiko entgegenzuwirken, stellt eine Bank bzw. ein Fintech-Institut in der Regel die Einzahlungsbescheinigung einmalig im Original und unter Angabe einer Gültigkeitsdauer aus. 33

Es besteht auch keine einheitliche Notariatspraxis, wonach nur Kapitaleinzahlungsbestätigungen zu akzeptieren sind, die beispielsweise nicht älter als drei Monate sind. Die Bank bzw. das Fintech-Institut dürfte das Geld deshalb auch für längere Zeit blockiert lassen, das heisst, bis das Risiko einer Rückzahlung gestützt auf die Aussagen der Einzahlenden als tragbar bewertet werden kann. 34

C. Einzahlung in Fremdwährungen

1. Kodifizierung der Praxis

Die neue Bestimmung in Art. 633 Abs. 3 OR kodifiziert die bisherige Praxis des EHRA,[219] wonach als Einlagen in Geld nicht nur Einzahlungen in der Währung, auf welche das Aktienkapital lautet, sondern auch Währungen, die in das Aktienkapital **frei konvertierbar** sind. Die Einzahlung muss daher weder in einer Währung erfolgen, die für die Geschäftstätigkeit wesentlich ist noch in einer Währung, die vom Bundesrat für das Nominalkapital gemäss Art. 621 Abs. 2 OR zugelassen wird.[220] Die Liberierung in Fremdwährungen ist seit 2004 etablierte Praxis.[221] Gemäss Botschaft zur Aktienrechtsrevision vom 1. 35

217 BSK-Schenker/Meyer, Art. 633 OR N. 1 mit Verweisen auf Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 14 N. 19 ff.; sowie Böckli, § 1 N. 207.

21 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 11.

21 OFK-Zürcher/Berweger, Art. 633 OR N. 5.

22 Schenker/Schenker, S. 7.

22 ZK-Cramer, Art. 633 OR N. 10 mit weiteren Verweisen und insb. mit Hinweis darauf, dass diese Praxis des EHRA gar bereits seit 1999 bestand; und weiter, dass sie aber bis 2004 nicht öffentlich war.

Januar 2023 soll dies bereits seit dem Jahr 1999 als Praxis der Handelsregisterbehörden bestehen.[222]

36 Die Währungen, die als **Aktienkapital** in Frage kommen, finden sich in Anhang 3 der Handelsregisterverordnung. Diese sind aktuell die Folgenden:

- Britische Pfund / GBP;
- Euro / EUR;
- US-Dollar / USD;
- Japanischer Yen / JPY.

37 Nachfolgende Währungen gelten allgemein als **voll konvertierbar**:

- US-Dollar / USD;
- Euro / EUR;
- Schweizer Franken / CHF;
- Britische Pfund / GBP;
- Japanischer Yen / JPY;
- Kanadischer Dollar / CAD;
- Australischer Dollar / AUD;
- Neuseeländischer Dollar / NZD;
- Norwegische Krone / NOK;
- Schwedische Krone / SEK;
- Dänische Krone / DKK;
- Singapur Dollar / SGD;
- Hongkong Dollar / HKD;
- Südkoreanische Won / KRW.

2. Einhaltung des Mindestgegenwertes von CHF 100 000

38 Der Vorentwurf der Botschaft[223] enthielt einen weiteren Satz, der festhielt, dass die Einlagen in Geld **im Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses** den

22 BBl 2017 399, S. 490.
22 BBl 2017 399, S. 490.

Ausgabebetrag decken müssen. Die Wiederholung dieses Hinweises erübrigt sich.[224] Weiter führt die Botschaft aus, dass im Rahmen des Errichtungsakts die Gründerinnen und Gründer gemäss Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 OR festhalten müssen, dass die statutarischen und gesetzlichen Anforderungen an die geleisteten Einlagen **im Zeitpunkt des Errichtungsakts** erfüllt sind. Sie müssen also bei Einlagen in einer anderen Währung als derjenigen, auf die das Aktienkapital lautet, feststellen, dass diese unter Berücksichtigung des aktuellen Umrechnungskurses mindestens den Betrag der zu leistenden Einlagen decken.[225]

Bei Einzahlungen in Fremdwährungen kann es in der Praxis Fälle geben, bei denen die «Korrektur des Wechselkurses um die Sicherheitsmarge» bewirkt, dass ein höherer Wert als der Ausgabebetrag auf dem Kapitaleinzahlungskonto einbezahlt wird. Ähnlich gestaltet es sich, wenn die ausländische Währung bis zum Eintragungszeitpunkt noch an Wert gewinnt. Gemäss älterer Lehre soll «das Zuviel» als Agio in die stillen Reserven fliessen und in der Gesellschaft verbleiben. Nach neuerer Praxis hingegen sei ein Mehrbetrag der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen. 39

3. Kryptowährungen sind keine Fremdwährungen

Kryptowährungen bzw. Zahlungs-Token gelten nicht als Geld- bzw. Bareinlagen, können jedoch mittels **Sacheinlage** eingebracht werden.[226] 40

D. Anmeldung beim Handelsregisteramt

Bei der Anmeldung einer Gründung beim Handelsregisteramt müssen zahlreiche Belege eingereicht werden.[227] Als ein solcher Beleg gilt die Einzahlungsbestätigung bzw. -bescheinigung des Instituts. Dieses muss dann jedoch nicht eingereicht werden, wenn das Institut in der Gründungsurkunde erwähnt wird. 41

Dank

Ein besonderer Dank gilt Gilles Quetting für die wertvolle Unterstützung bei der Recherche zu diesem Artikel.

22 Siehe N. 5.
22 BBl 2017 399, S. 490.
22 Vgl. Ziff. II.A.2. Zur Sacheinlage vgl. Art. 634 OR.

Diese Publikation gibt ausschliesslich die persönliche Meinung der Verfasserinnen und Verfasser wieder und bindet die FINMA nicht.

LITERATURVERZEICHNIS

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Harald Bärtschi (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 22.3.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43, besucht am 22.9.2025.

Blatter Manuel/Waldburger Martin, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2023.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Clemetson Caroline/Scerri Manuela, Commentaire romand Code des obligations II, Art. 633 CO, in: Tercier Pierre, Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Cramer Conradin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659*b* OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2021.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, Bern 2011.

Jung Peter, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Jutzi Thomas/Martina Herzog, Kommentierung zu Art. 620-647 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Berner Kommentar, Bern 2023.

22 Vgl. Art. 631 OR und Art. 43 HRegV; ausführlich hierzu auch OK-Bärtschi, Art. 43 HRegV N. 1 ff.

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Tribunal cantonal, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2018, S. 321-331.

Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Meyer Manuel, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2015.

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lukas/Stoltz Thomas/Kallenbach Tobias, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP/PJA 11 (2017), S. 1318-1332.

Lombardini Carlo/Clemetson Caroline, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Oesch Vanessa, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4 (2019), S. 161 -184.

Schärli Kilian/Schütte Jonas, Kryptowährungen als Sacheinlage bei Gründungen und Kapitalerhöhungen, Anwaltsrevue de L'avocat 5 (2022), S. 199-202.

Schenker Franz/Meyer Manuel, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, S. 1-21, 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 103 (2022), S. 329-351.

Siffert Rino/Tagmann Adrian, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, 1. Aufl., Bern 2013.

Thalmann Paul/Benninger Nora, Bares ist Wahres, Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 5 (2003), S. 19 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Zindel/Isler, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/de, besucht am 28.10.2025.

Botschaft vom 6.9.2023 zur Änderung des Bankengesetzes, BBl 2023 2165, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/2165/de, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 3/23 vom 30.11.2023, Kapitaleinzahlungsbestätigung gemäss Art. 633 Abs. 1 OR durch Personen nach Art. 1*b* BankG (Fintech-Unternehmen), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/praxismitteilung-2023-03.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2023-03-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 4/20 vom 10.12.2020, Änderungen des Handelsregisterrechts per 1.1.2021, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/praxismitteilung-2020-04.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2020-04-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Änderung des Finanzinstitutsgesetzes (Zahlungsmittelinstitute und Krypto-Institute), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 22.10.2025, abrufbar unter https://cms.news.admin.ch/dam/de/der-schweizerische-bundesrat/bqoaKNhbpGcb/finig-erlaeuternder-bericht-de.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), FINMA-Aufsichtsmitteilung 6/2024 vom 26.7.2024, Stablecoins: Risiken und Anforderungen für Stablecoin-Herausgebende und garantiestellende Banken, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/news/2024/07/20240726-m-am-06-24-stablecoins/, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Ergänzung der Wegleitung vom 11.9.2019 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-stable-coins.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?sc_lang=de&hash=95F3DDE91518C2D0D736C6C885DB8F64, besucht am 28.10.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 701 OR

Eine Kommentierung von Daniel Brugger

ZITIERVORSCHLAG

Daniel Brugger, Kommentierung zu Art. 701 OR, Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Brugger, N XXX zu Art. 701 OR.

3. Universalversammlung

Art. 701

[1] Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abhalten.

[2] In dieser Versammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 197
A. Begriff der Universalversammlung 197
B. Zweck der Universalversammlung 198
C. Praktische Bedeutung der Universalversammlung 199
II. Voraussetzungen einer Universalversammlung 200
A. Anwesenheit oder Vertretung aller Aktien 200
1. Fortlaufende Anwesenheit aller Aktien 200
2. Verlassen der Versammlung 200
3. Schriftliche Zustimmung? 201
4. Anwesenheit des Verwaltungsrats? 202
B. Kein Widerspruch 202
1. Form des Widerspruchs 202
2. Inhalt des Widerspruchs 203
3. Zeitpunkt des Widerspruchs 203
III. Folgen 204
A. Verzicht auf Einberufungsformalitäten 204
B. Heilung von Einberufungsmängel 205
IV. Voraussetzungen nicht gegeben 206
A. Nichtigkeit 206
B. Konversion in eine gewöhnliche Generalversammlung 206
V. Protokoll und Verhandlungsleitung 207
VI. Ausblick auf das revidierte Aktienrecht 208
Literaturverzeichnis 209

I. EINLEITUNG

A. Begriff der Universalversammlung

Grundsätzlich müssen die Aktionäre für die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft förmlich, unter Einhaltung einer Frist und unter verbindlicher Angabe der Verhandlungsgegenstände, eingeladen werden (dazu Art. 700 OR). Diese Einberufungsformalitäten dienen dem Aktionärsschutz und sorgen dafür, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, ihre Mitwirkungsrechte an der Generalversammlung auszuüben.[228] Unter anderem wird damit sichergestellt, dass die Aktionäre an der Versammlung nicht durch unerwartete Verhandlungsgegenstände überrumpelt und zu unbedachten Entscheiden verleitet werden.[229] 1

Das Gesetz sieht in Art. 701 OR eine Ausnahme vor, nach der eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Vorschriften abgehalten werden kann. Die Marginale bezeichnet diese Generalversammlung als "Universalversammlung". Universal ist die Versammlung insoweit, als die Aktionäre der Gesellschafter oder deren Vertreter an der Versammlung umfassend anwesend sind.[230] Es handelt sich also um eine Vollversammlung der Aktionäre (bzw. deren Vertreter). In der französisch- und italienischsprachigen Marginalie wird die Universalversammlung entsprechend als "réunion de tous les actionnaires" und "riunione di tutti gli azionisti" bezeichnet. Dass alle Aktien der Gesellschaft anwesend oder vertreten sind, genügt aber noch nicht, damit die Versammlung "universal" im Sinne von Art. 701 OR ist. Verlangt wird in Art. 701 OR darüber hinaus, dass die Aktionäre oder deren Vertreter widerspruchsfrei anwesend sind (zu den Voraussetzungen im Einzelnen unten N 11 ff.). Eine Universalversammlung ist somit eine Generalversammlung, an der sämtliche Aktionäre der Gesellschaft (oder deren Vertreter) widerspruchsfrei anwesend sind. 2

Ist dies der Fall, kann die Generalversammlung ohne die für ihre Einberufung vorgeschriebenen Vorschriften abgehalten werden (Art. 701 Abs. 1 OR; dazu 3

22 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1018.
22 ZK-Tanner, N. 1 zu Art. 701 OR.

unten N 28). In der Universalversammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden (Art. 701 Abs. 2 OR). Der Universalversammlung stehen somit sämtliche Befugnisse einer Generalversammlung zu (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 – 6 OR).[231] Sowohl die ordentliche als auch die ausserordentliche Generalversammlung kann als Universalversammlung durchgeführt werden.[232]

B. Zweck der Universalversammlung

4 Der Zweck der Universalversammlung ist "praktischer Art"[233]: Mit der Universalversammlung soll den Aktionären ermöglicht werden, eine Generalversammlung kurzfristig und ohne grössere organisatorische Umtriebe bezüglich der Einberufung abzuhalten. Damit wird die Einberufung der Generalversammlung vereinfacht und die Durchführung von Generalversammlungen erleichtert.[234]

5 Sind alle Aktionäre (oder deren Vertreter) widerspruchsfrei anwesend, also mit der Durchführung der Generalversammlung ohne Beachtung der Einberufungsformalitäten einverstanden, ist ein Beharren auf die Einberufungsvorschriften auch nicht sinnvoll.[235] Im Gegenteil: Es wäre stossend und ein Widerspruch gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), wenn ein rügelos anwesender Aktionär (oder Vertreter) in der Lage wäre, nachträglich die Gültigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse wegen Einberufungsfehlern in Frage zu stellen.[236]

6 An der Universalversammlung wird der Aktionärsschutz vielmehr anderweitig sichergestellt: Der Aktionär oder sein Vertreter hat sich selbst vor einer möglichen Überrumpelung zu schützen (dazu oben N 1). Ist er mit der Durchführung der Generalversammlung nicht einverstanden oder benötigt er

23 Duden, Stichwort "universal", abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/universal

231 ZK-Tanner, N. 43 zu Art. 701 OR.

23 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1017.

23 ZK-Bürgi, N. 3 zu Art. 701 OR.

23 BSK-Dubs/Truffer, N. 1 zu Art. 701 OR.

23 ZK-Tanner, N. 1 zu Art. 701 OR.

23 Vgl. Von Steiger, Universalversammlung der Aktionäre, S. 193.

mehr Zeit für die Vorbereitung eines Verhandlungsgegenstandes, kann er an der Versammlung nicht teilnehmen, sie jederzeit verlassen oder Widerspruch gegen die Behandlung einzelner Traktanden erheben (dazu unten N 15 ff. und N 20 ff.).[237] Jedem Aktionär steht damit ein Vetorecht gegen die Durchführung der Generalversammlung als Universalversammlung zu.[238]

Aufgrund dieses Vetorechts ist die Durchführung einer Universalversammlung nicht zu empfehlen, wenn darin Beschlüsse über Themen gefällt werden sollen, die bei einzelnen Aktionären auf fundamentalen Widerspruch stossen. Ebensowenig ist eine Universalversammlung empfehlenswert, wenn das Aktionariat zerstritten oder wenn mit Stör- oder Verzögerungsmanövern zu rechnen ist. 7

C. Praktische Bedeutung der Universalversammlung

In der Praxis halten Einpersonengesellschaften, Gesellschaften mit kleinem Aktionariat sowie Konzernuntergesellschaften mit hundertprozentiger Beteiligung ihre Generalversammlungen in der Regel als Universalversammlungen ab.[239] 8

Bei Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionärskreis ist es demgegenüber in aller Regel nicht möglich, alle Aktien in einer Versammlung zu versammeln. Entsprechend ist es praktisch ausgeschlossen, für solche Gesellschaften eine Universalversammlung durchzuführen.[240] 9

Ebenso ist die Durchführung einer Universalversammlung aufgrund der gesetzlichen Schutzvorschriften zugunsten der Partizipanten in aller Regel nicht möglich, wenn die Gesellschaft Partizipationskapital ausgegeben hat.[241] 10

23 Studer, S. 142.
23 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 6.
23 ZK-Tanner, N. 3 zu Art. 701 OR.
24 CR-Peter/Cavadini, N. 1 zu Art. 701 OR.
24 Dazu: BSK-Dubs/Truffer, N. 3b zu Art. 701 OR; Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 57.

II. VORAUSSETZUNGEN EINER UNIVERSALVERSAMMLUNG

11 Für eine gültige Universalversammlung ist nach Art. 701 Abs. 1 OR zweierlei notwendig:

- Alle Aktionäre der Gesellschaft sind fortlaufend anwesend bzw. rechtsgültig vertreten.
- Kein Aktionär bzw. kein Vertreter erhebt Widerspruch gegen die Durchführung der Universalversammlung.

A. Anwesenheit oder Vertretung aller Aktien

1. Fortlaufende Anwesenheit aller Aktien

12 Für eine rechtsgültige Universalversammlung wird erstens verlangt, dass alle Aktionäre fortlaufend anwesend oder rechtsgültig vertreten sind.[242] Die Universalversammlung ist mithin nur gültig, wenn sämtliche Aktien vertreten sind.[243] Eine Ausnahme davon gilt für eigene Aktien, da das Stimmrecht bei diesen Aktien ruht (Art. 659a Abs. 1 OR).[244]

13 Sind alle Aktien in der Hand eines Aktionärs vertreten, genügt es für eine Universalversammlung damit im Extremfall, dass nur ein Aktionär bzw. nur ein Vertreter anwesend ist und die Versammlung durchführt.[245]

14 Verlangt wird nur Präsenz des Aktionärs oder seines Vertreters. Aktive Mitwirkung an der Versammlung, etwa durch Stimmausübung, wird für eine gültige Universalversammlung nicht vorausgesetzt.[246] Mit anderen Worten ist Stimmenthaltung an der Universalversammlung zulässig.[247]

2. Verlassen der Versammlung

15 Die Anwesenheit sämtlicher Aktien ist für die ganze Dauer der Universalversammlung erforderlich.[248] Verlässt ein Aktionär oder sein

24 BSK-Dubs/Truffer, N. 3a zu Art. 701 OR.
24 BGE 120 IV 199 E. 1.
24 CR-Peter/Cavadini, N. 3a zu Art. 701 OR.
24 Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 55.
24 ZK-Tanner, N. 46 zu Art. 701 OR.
24 BSK-Dubs/Truffer, N. 3 zu Art. 701 OR.

Vertreter die Versammlung, wird die Universalversammlung sofort beendet.[249] Ein Weggang eines Aktionärs wirkt hingegen nicht zurück auf bereits gefasste Beschlüsse. Vorher gefasste Beschlüsse bleiben grundsätzlich rechtsgültig.[250] Ausnahmsweise können sie ungültig sein, wenn offensichtlich ist, dass sie ohne die später vorgesehenen Beschlüsse nie gefasst worden oder sinnlos wären.[251]

Nach dem Weggang kann zwar an der Zusammenkunft der verbleibenden Aktionäre weiterhin unverbindlich verhandelt werden. Generalversammlungsbeschlüsse können aber nicht mehr gültig gefasst werden (zu den Folgen unten N 33 ff.).[252] 16

Sind zu Beginn der Versammlung nicht alle Aktien vertreten (oder verlässt ein Aktionär die Versammlung), kann nach der Ankunft oder Rückkehr des letzten Aktionärs die Versammlung (wieder) als Universalversammlung geführt werden.[253] Durch den Umstand, dass die Aktien an der Versammlung (wieder) vollständig vertreten sind, können die nachfolgenden Beschlüsse als Universalversammlung gefasst werden.[254] Die vorher, bei nicht vollzähligem Aktionariat gefällten Beschlüsse werden demgegenüber nicht geheilt. Bei Vollzähligkeit der Aktionäre (bzw. deren Vertreter) kann die Beschlussfassung über die bereits gefällte Traktanden hingegen wiederholt werden. 17

3. Schriftliche Zustimmung?

Ein abwesender Aktionär kann nicht im Voraus oder im Nachhinein den Beschlüssen einer Universalversammlung schriftlich zustimmen, obschon das in der Praxis immer wieder versucht wird.[255] Eine solche Zustimmung ist unwirksam, ausser sie könnte als Vollmacht zur Vertretung der Aktien ausgelegt werden.[256] Will der Aktionär nicht an der Versammlung teilnehmen, aber dennoch die Universalversammlung nicht verhindern, bestimmt er 18

24 BSK-Dubs/Truffer, N. 3a zu Art. 701 OR.
24 Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 54.
25 BSK-Dubs/Truffer, N. 3a zu Art. 701 OR; Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 54.
251 ZK-Tanner, N. 40 zu Art. 701 OR; Böckli, § 12 N. 54.
25 ZK-Bürgi, N. 6 zu Art. 701 OR.
25 ZK-Tanner, N. 8 zu Art. 701 OR.
25 CHK-Tanner, N. 2 zu Art. 701 OR.
25 ZK-Tanner, N. 10 zu Art. 701 OR; BSK-Dubs/Truffer, N. 5 zu Art. 701 OR.
25 BSK-Dubs/Truffer, N. 5 zu Art. 701 OR.

sinnvollerweise vorgängig einen Vertreter, der seine Aktien an der Versammlung vertreten kann.

4. Anwesenheit des Verwaltungsrats?

19 Für die Gültigkeit der Universalversammlung ist nur die Präsenz aller Aktionäre (oder deren Vertreter) notwendig, nicht hingegen die Anwesenheit der Mitglieder des Verwaltungsrates, auch wenn sie nach Art. 702a OR berechtigt sind, an der Versammlung teilzunehmen und Anträge zu stellen.[257] Verwaltungsräte können die Universalversammlung auch nicht durch ihren Widerspruch verhindern.[258] Im revidierten Aktienrecht wird durch eine Straffung des Wortlautes von Art. 702a OR klargestellt, dass weder Verwaltungsräte noch die Mitglieder der Geschäftsleitung ein rechtlich durchsetzbares Teilnahmerecht haben.[259]

B. Kein Widerspruch

20 Bei der Universalversammlung verzichten die Aktionäre auf die Beachtung von Einberufungsformalitäten.[260] Kein Aktionär muss sich aber gefallen lassen, dass eine Generalversammlung als Universalversammlung durchgeführt wird (sog. Vetorecht des Aktionärs; dazu oben N 6). Als Zweites wird für eine gültige Universalversammlung somit vorausgesetzt, dass alle Aktionäre (oder deren Vertreter) mit der Durchführung der Generalversammlung als Universalversammlung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden sind.[261] Umgekehrt ausgedrückt wird verlangt, dass kein Aktionär (oder sein Vertreter) Widerspruch gegen die Universalversammlung erhebt.

1. Form des Widerspruchs

21 Der Widerspruch des Aktionärs oder dessen Vertreters ist an keine Form gebunden. Der Aktionär (oder Vertreter) hat den Widerspruch jedoch klar und eindeutig zum Ausdruck zu bringen.[262] Der Widerspruch hat sich

25 ZK-Tanner, N. 10a zu Art. 701 OR; BSK-Dubs/Truffer, N. 1 zu Art. 701 OR.
25 Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 54a.
25 Botschaft 2016, S. 562 f.
26 CHK-Tanner, N. 3 zu Art. 701 OR.
26 BSK-Dubs/Truffer, N. 3 zu Art. 701 OR.
26 ZK-Tanner, N. 27 zu Art. 701 OR.

insbesondere von der blossen, an der Universalversammlung zulässigen Stimmenthaltung zu unterscheiden (dazu oben N 14).

2. Inhalt des Widerspruchs

Der Widerspruch des Aktionärs (oder dessen Vertreters) kann sich gegen die Durchführung der Universalversammlung oder gegen die Beschlussfassung über ein bestimmtes Traktandum richten.[263] Letzteres schon aus dem Grund, dass sich ein Aktionär (bzw. dessen Vertreter) in legitimer Weise auf den Standpunkt stellen kann, dass verschiedene Geschäfte in unterschiedlicher Weise beschlussreif sind.[264] Zudem könnten die Aktionäre eine erste Universalversammlung abbrechen und unmittelbar danach zu einer neuen Universalversammlung ohne das strittige Traktandum zusammenkommen.[265] Es ist daher nicht sinnvoll, die Universalversammlung abzubrechen, nur weil ein Aktionär (oder dessen Vertreter) zu einem Traktandum Widerspruch erhebt. Vielmehr wird die Universalversammlung ohne das strittige Traktandum durchgeführt. 22

Unzulässig ist hingegen ein Widerspruch gegen einzelne Anträge zu einem Traktandum.[266] Ein solcher Widerspruch ist im Zweifel als Widerspruch gegen das ganze Traktandum zu interpretieren (dazu unten N 40). 23

Ebensowenig ist es zulässig, den Widerspruch bedingt zu erklären. So kann ein Aktionär beispielsweise den Verzicht auf den Widerspruch zu einem Traktandum nicht vom Ergebnis der Abstimmung abhängig machen.[267] 24

3. Zeitpunkt des Widerspruchs

Der Widerspruch des Aktionärs (oder Vertreters) kann vor oder während der Versammlung erfolgen.[268] 25

Wurde der Widerspruch vor der Versammlung erhoben, nimmt der Aktionär oder dessen Vertreter aber an der Versammlung teil, hat er seinen 26

---

26 ZK-Tanner, N. 21 ff. zu Art. 701 OR; BSK-Dubs/Truffer, N. 3 zu Art. 701 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 6. Anderer Meinung: Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 53.

26 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1021.

26 ZK-Tanner, N. 24 zu Art. 701 OR.

26 ZK-Tanner, N. 22 zu Art. 701 OR; BSK-Dubs/Truffer, N. 3 zu Art. 701 OR.

26 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1022.

26 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1022.

Widerspruch zu wiederholen. Ansonsten ist durch die rügelose Teilnahme des Aktionärs grundsätzlich ein Verzicht auf Widerspruch anzunehmen.[269]

27 Während der Versammlung kann der Aktionär oder sein Vertreter seinen Widerspruch zu Protokoll geben.[270] Erhebt der Aktionär (oder sein Vertreter) erst nach Beginn der Versammlung Widerspruch, kann sich dieser aber nur noch auf zu Beschliessendes beziehen. Ein Widerspruch gegen bereits Beschlossenes ist nicht möglich und die bis dahin getroffenen Beschlüsse bleiben gültig (dazu oben N 15).[271] Der Widerspruch wirkt damit nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft.[272]

III. FOLGEN

A. Verzicht auf Einberufungsformalitäten

28 Wenn die obgenannten beiden Voraussetzungen für die Durchführung der Universalversammlung gegeben sind, kann die Generalversammlung ohne die für ihre Einberufung vorgeschriebenen Vorschriften abgehalten werden (Art. 701 Abs. 1 OR). Die formellen Erleichterungen der Universalversammlung beschränken sich aber nur auf die gesetzlichen und statutarischen Einberufungsvorschriften.[273] So ist bei einer Universalversammlung beispielsweise keine eigentliche Einberufung notwendig[274] und die Traktanden können beliebig geändert werden[275].

29 Im Übrigen sind die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften, die auf die Generalversammlung anwendbar sind, auch für die Universalversammlung ohne Einschränkungen einzuhalten.[276] Insbesondere sind die gesetzlichen und statutarischen Quoren (Art. 703 ff. OR) zu beachten. Dementsprechend wird an der Universalversammlung auch keine Einstimmigkeit verlangt, sondern in der Regel entscheidet die Mehrheit der Aktienstimmen (Art. 703

---

26 ZK-Tanner, N. 32 zu Art. 701 OR; BSK-Dubs/Truffer, N. 3 zu Art. 701 OR.
27 ZK-Bürgi, N. 11 zu Art. 701 OR.
271 CHK-Tanner, N. 4 zu Art. 701 OR.
27 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1022.
27 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1023.
27 ZK-Bürgi, N. 4 zu Art. 701 OR.
27 CR-Peter/Cavadini, N. 6 zu Art. 701 OR. Zu neuen Traktanden bei Vertretung vgl. ZK-Tanner, N. 48 ff. zu Art. 701 OR.
27 Urteil 2C_115/2007 vom 11. Februar 2008 E. 5.2; Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 53.

OR). Auch die Bestimmung über die Protokollierung der Versammlung (Art. 702 Abs. 2 OR) gilt für die Universalversammlung uneingeschränkt (dazu unten N 38 ff.).[277]

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 701 Abs. 1 OR vor, kann irgendeine Zusammenkunft der Aktionäre (bzw. deren Vertreter) grundsätzlich zu einer Generalversammlung erklärt werden.[278] So kann beispielsweise eine gemeinsame Sitzung aller Aktionäre zu einer Universalversammlung ausgebaut und an dieser Versammlung die der Generalversammlung vorbehaltenen Beschlüsse getroffen werden. 30

Aber nicht jede informelle Zusammenkunft aller Aktionäre der Gesellschaft stellt ohne Weiteres eine Universalversammlung dar.[279] So ist beispielsweise ein informelles gemeinsames Essen am Mittagtisch bei einer Familiengesellschaft in aller Regel keine Generalversammlung, obschon alle Aktionäre an der Versammlung vertreten wären. Die Aktionäre müssen sich für eine gültige Universalversammlung bewusst sein, dass sie eine beschlussfähige Generalversammlung bilden und sie müssen dies auch wollen.[280] Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass (abgesehen von den Einladungsformalitäten) die übrigen Anforderungen an eine Generalversammlung einzuhalten sind, insbesondere ist ein Protokoll zu führen (dazu oben N 29). 31

B. Heilung von Einberufungsmängel

Wurde eine "gewöhnliche" Generalversammlung einberufen, war aber die Einberufung fehlerhaft, weil etwa die Einberufungsfrist nicht eingehalten oder die Traktanden nicht rechtsgenüglich genannt wurden, werden mit der Durchführung einer Universalversammlung die Einberufungsfehler geheilt.[281] 32

27 BGE 120 IV 199 E. 1; Urteil 6B_300/2016 vom 7. November 2016 E. 4.4.2; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 5.
27 BSK-Dubs/Truffer, N. 1 zu Art. 701 OR.
27 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N. 484.
28 ZK-Tanner, N. 6 zu Art. 701 OR; Studer, S. 142 f.
28 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1019; ZK-Tanner, N. 3 und N. 13 zu Art. 701 OR.

IV. VORAUSSETZUNGEN NICHT GEGEBEN

A. Nichtigkeit

33 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung leiden Beschlüsse, die an einer "Universalversammlung" gefasst wurden, obschon nicht alle Aktien an der Versammlung anwesend oder vertreten waren, unter einem schweren formellen Mangel und sind nichtig (Art. 706b Ziff. 1 OR).[282] Dabei ist es irrelevant, ob der nicht anwesende Aktionär mit seiner Stimmkraft den Beschluss hätte verhindern können.[283]

34 Die Nichtigkeit eines Beschlusses ist vom Gericht jederzeit von Amtes wegen festzustellen.[284] Das bedeutet auch, dass jedermann (also auch Nichtaktionäre, wie etwa Gläubiger) sich grundsätzlich jederzeit auf einen nichtigen Generalversammlungsbeschluss berufen kann.[285] Immerhin wird verlangt, dass ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit Generalversammlungsbeschlusses besteht (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).[286]

35 Die Nichtigkeit kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden, namentlich auch vom Bundesgericht. Das Bundesgericht beurteilt aber die Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses als privatrechtliches Rechtsgeschäft nur insoweit, als sich die Nichtigkeit auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt stützen lässt oder eine rechtsgenügliche Sachverhaltsergänzung verlangt wird.[287]

B. Konversion in eine gewöhnliche Generalversammlung

36 Verlässt ein Aktionär oder dessen Vertreter die Versammlung, kann diese in eine "gewöhnliche" Generalversammlung konvertiert werden.[288] Eine solche Konversion wird aber in der Regel daran scheitern, dass die

28 BGE 137 III 460 E. 3.3.2. Gl.M. ZK-Tanner, N. 7 und N. 68 ff. zu Art. 701 OR; Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 54; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 6. Differenzierend: BSK-Dubs/Truffer, N. 3a zu Art. 701 OR.

28 BGE 137 III 460 E. 3.3.2; ZK-Tanner, N. 7 zu Art. 701 OR.

28 Dazu: Urteil 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.3.4.2, zur Publ. vorgesehen.

28 BGE 115 II 468 E. 3b; Urteil 4A_131/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.1.

28 Urteil 4A_282/2020 vom 5. August 2020 E. 2.1.

28 Dazu allgemein: Urteil 4A_20/2020 vom 26. Februar 2020 E. 5.3.1.

28 Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 466.

Einberufungsvorschriften nicht eingehalten wurden.[289] Wurden die Einberufungsvorschriften hingegen beachtet, kann die Versammlung nach dem Verlassen eines Aktionärs als "gewöhnliche" Generalversammlung weitergeführt werden.[290]

Der Wechsel von einer Universalversammlung zu einer "gewöhnlichen" Generalversammlung ist im Protokoll der Versammlung festzuhalten. Wird die Versammlung als "gewöhnliche" Generalversammlung weitergeführt, gelten die gewöhnlichen Einberufungsschriften. Insbesondere beschränkt sich der Kreis der Geschäfte, über welche die Generalversammlung beschliessen kann, auf die in der Einladung erwähnten Verhandlungsgegenstände.[291] 37

V. PROTOKOLL UND VERHANDLUNGSLEITUNG

Die Tatsache, dass alle Aktionäre bzw. deren Vertreter anwesend sind und niemand Widerspruch erhebt, ist im Protokoll der Universalversammlung festzuhalten.[292] Unter Umständen kann es auch zweckmässig sein, zu protokollieren, dass sämtliche Aktionäre oder deren Vertreter bis am Ende der Versammlung anwesend waren, und das Protokoll durch alle Anwesenden unterschreiben zu lassen.[293] 38

Wurde Widerspruch gegen die Universalversammlung als Ganzes oder gegen einzelne Traktanden erhoben, ist dies zu protokollieren. Dem Vorsitzenden der Universalversammlung ist zu empfehlen, allfällige Unklarheiten bezüglich des Widerspruches zu klären und für Rechtsklarheit zu sorgen. Ist die Aussage des Aktionärs nicht eindeutig, sollte der Vorsitzende beim Aktionär oder dessen Vertreter nachfragen, ob er Widerspruch erhebt und wenn ja, gegen was genau (gegen die Universalversammlung als Ganzes oder gegen welches konkrete Traktandum). 39

Erhebt ein Aktionär unzulässigerweise Widerspruch gegen einen Antrag (dazu oben N 23), ist es auch am Verhandlungsleiter, den Aktionär aufzuklären und 40

28 ZK-Tanner, N. 9 zu Art. 701 OR.

29 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1019.

29 Von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1019.

29 ZK-Tanner, N. 53 zu Art. 701 OR. Ein Musterprotokoll einer Generalversammlung kann etwa auf der Seite des Handelsregisters des Kantons Zürich abgerufen werden, vgl. https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/handelsregister/eintrag.html

29 Von Steiger, Universalversammlung, S. 195.

nachzufragen, ob sich der Widerspruch gegen das ganze Traktandum richte. Sollte dies der Fall sein, ist die Verhandlung ohne das strittige Traktandum abzuhalten (dazu oben N. 22). Zieht der Aktionär seinen Widerspruch zurück, ist die Universalversammlung ohne Weiteres fortzuführen. Hält der Aktionär oder Vertreter demgegenüber (unzulässigerweise) an seinem Widerspruch gegen einen einzelnen Antrag fest, ist die Erklärung als Widerspruch gegen das gesamte Traktandum zu interpretieren.[294] Entsprechend ist die Verhandlung ohne diesen Gegenstand durchzuführen. In solchen Situation ist zu empfehlen, die einzelnen Aussagen (wörtlich) zu Protokoll zu nehmen.

VI. AUSBLICK AUF DAS REVIDIERTE AKTIENRECHT

41 Das revidierte Aktienrecht 2020 ändert an der bisherigen Norm von Art. 701 Abs. 1 und 2 OR nichts Inhaltliches. Im Absatz 1 des revidierten Art. 701 OR findet einzig eine begriffliche Klärung statt, indem der Begriff der "Formvorschriften" durch "Vorschriften" ersetzt wird. Das vor der Hintergrund, dass mit der Universalversammlung nicht nur von Formvorschriften abgewichen werden kann, sondern auch von anderen Vorschriften, etwa bezüglich Einberufungsfristen.[295] Art. 701 Abs. 2 OR wird an die neu vorgesehene Möglichkeit der Verwendung elektronischer Mittel angepasst. "Anwesend sein" wird deshalb durch den Begriff "teilnehmen" ersetzt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine physische Präsenz des Aktionärs oder seines Vertreters nicht zwingend erforderlich ist.[296]

42 Neu ist hingegen der Absatz 3 von Art. 701 OR. Unter dem geltenden Recht gibt es keine Möglichkeit, eine Generalversammlung unter Abwesenden durchzuführen, Zirkularbeschlüsse sind unzulässig.[297] Im neuen Aktienrecht wird mehr Gestaltungsspielraum gewährt. In Art. 701 Abs. 3 revOR ist vorgesehen, dass die Beschlüsse der Generalversammlung auch auf schriftlichem Weg (auf Papier) oder elektronisch erfolgen können. Für diese Art der Beschlussfassung müssen sämtliche Aktionäre oder Vertreter ihre Zustimmung erteilen.[298]

---

29 OFK-Aktienrecht Frick/Stäheli, N. 3 zu Art. 701 OR.
29 Botschaft 2016, S. 555.
29 Botschaft 2016, S. 555.
29 BGE 128 III 142 E. 3b S. 145; Böckli, Aktienrecht, § 12 N. 52.
29 Botschaft 2016, S. 555.

LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 S. 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2009.

Bürgi F. Wolfhart, Zürcher Kommentar, Band V/5b/2, Zürich 1969.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frick Bruno / Stäheli Thomas, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht – Kommentar, Zürich 2016.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Peter Henry / Cavadini Francesca, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017.

Studer Christoph D., Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1995.

Tanner Brigitte, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698 – 726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2018 (zitiert: ZK-Tanner).

dieselbe, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft / Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016 (zitiert: CHK-Tanner).

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.

Von Steiger Fritz, Die sog. Universalversammlung der Aktionäre, SAG 12 (1939/1940), S. 193 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 713 OR

Eine Kommentierung von Roman Aus der Au / Tina Hediger

ZITIERVORSCHLAG

Roman Aus der Au/Tina Hediger, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Aus der Au/Hediger, Art. 713 OR N. XXX.

2. Beschlüsse

Art. 713

[1] Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Vorsitzende hat den Stichentscheid, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.

[2] Der Verwaltungsrat kann seine Beschlüsse fassen:

an einer Sitzung mit Tagungsort;
unter Verwendung elektronischer Mittel, in sinngemässer Anwendung der Artikel 701*c*–701*e*;
auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form, sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Im Fall der Beschlussfassung auf elektronischem Weg ist keine Unterschrift erforderlich; vorbehalten bleibt eine anderslautende, schriftliche Festlegung des Verwaltungsrats.

[3] Über die Verhandlungen und Beschlüsse ist ein Protokoll zu führen; dieses wird vom Vorsitzenden und vom Protokollführer unterzeichnet.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 213
II. Quorum (Abs. 1) 214
A. Beschlussquorum 214
B. Präsenzquorum 215
III. Art der Beschlussfassung (Abs. 2) 216
A. In einer Sitzung mit Tagungsort (Ziff. 1) 216
B. Unter Verwendung elektronischer Mittel (Ziff. 2) 217
C. Auf schriftlichem Weg (Ziff. 3) 219
IV. Protokollierung (Abs. 3) 222
V. Weitere Hinweise 224
Literaturverzeichnis 226
Materialienverzeichnis 229

I. ALLGEMEINES

Artikel 713 OR regelt die Fassung und die Dokumentation von Beschlüssen des Verwaltungsrats («VR»). Es wird so die Willensbildung des VR, verstanden als Organ der Gesellschaft, normiert. Wenn der VR Ausschüsse konstituiert hat (sog. Committees), werden die Bestimmungen aus Art. 713 OR vielfach auch dort analog angewendet.[299] 1

Im Rahmen der **Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020** (in Kraft seit 1. Januar 2023)[300] wurde insbesondere der Absatz 2 betreffend die möglichen Arten der Beschlussfassung überarbeitet. Neu explizit für zulässig erklärt wird die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel zur Abhaltung der Sitzung sowie die Beschlussfassung ohne mündliche Beratung auf schriftlichem Weg in elektronischer Form – allenfalls gar ohne Unterschrift. Im Übrigen wurde in Absatz 3 die mit der Aktienrechtsrevision vollbrachte Abschaffung der formellen Stellung des Sekretärs des VR nachvollzogen, indem neu vom Protokollführer die Rede ist. Freilich steht es dem VR frei, ein Sekretariat einzurichten. 2

Die Niederschrift eines VR-Beschlusses in einem Protokoll ist **kein Gültigkeitserfordernis**, weshalb der Mangel eines korrekten Protokolls nicht a priori die Nichtigkeit des Beschlusses bedeutet.[301] Allerdings begeht der VR, der seine Beschlüsse nicht protokolliert, eine Pflichtverletzung mit entsprechenden Haftungsfolgen für daraus resultierende Schäden.[302] Auch der **Einpersonen-VR** muss somit seine Beschlüsse[303] protokollieren.[304] 3

Das VR-Protokoll ist in jener **Sprache** abzufassen, in welcher die Sitzung abgehalten wurde,[305] Zirkularbeschlüsse dürfen in Sprachen abgefasst 4

29 Forstmoser, § 12 N. 1 ff.

30 Vgl. dazu OK-Aus der Au/Brand/Heller, Übest Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020.

30 Böckli, § 9 N. 196; KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 13; CHK-Plüss/Facincani, Art. 713 OR N. 9; BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 25; a.A. Vischer, S. 427; betr. Handelsregistereintragung, vgl. nachfolgend N. 28; vgl. dazu BGE 133 III 77, E. 5. betreffend den Einmann-VR.

30 Art. 717 OR i.V.m. Art. 754 OR. Ein Kausalzusammenhang ist indes nicht leicht vorstellbar (OFK-Stach, Art. 713 OR N. 16).

30 Gemäss CHK-Plüss/Facincani, Art. 713 OR N. 1, trifft der Einpersonen-VR *Ent*schlüsse.

30 In BGE 133 III 77, E. 5, wurde die Gültigkeit des Beschlusses trotz Fehlen der Protokollierung nicht in Frage gestellt; CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 2/10a; vgl. dazu auch Vischer, S. 423.

30 Müller R., S. 42.

werden, deren alle VR-Mitglieder mächtig sind. Zu beachten ist, dass fremdsprachige Protokolle, welche als Handelsregisterbelege dienen sollen, allenfalls in die für das zuständige kantonale Handelsregister massgebende Sprache übersetzt werden müssen.

II. QUORUM (ABS. 1)

A. Beschlussquorum

5 Der VR fällt seine Beschlüsse als Gremium durch Mehrheitsbeschluss (sog. Beschlussquorum). Jedes VR-Mitglied hat eine Stimme,[306] und – vorbehaltlich anderslautender statutarischer oder reglementarischer Bestimmungen[307] – die **Mehrheit der abgegebenen Stimmen** entscheidet.[308] Die Stimmen von VR-Mitgliedern, die sich der Stimme enthalten (müssen[309] oder wollen[310]), zählen bei der Bemessung des Beschlussquorums nicht. Ein qualifiziertes Beschlussquorum analog zur Generalversammlung («GV») ist nicht vorgesehen,[311] kann aber auf statutarischer Basis oder im Organisationsreglement vorgesehen werden.

6 Der Vorsitzende der jeweiligen VR-Sitzung hat den **Stichentscheid**, wenn die Statuten dies nicht anders regeln. Aufgrund dieses Vorrechts kann der Vorsitzende bei Stimmengleichheit bestimmen, dass der VR einen Beschluss fasst, obschon der Beschluss aufgrund der Pattsituation keine Stimmenmehrheit unter den VR-Mitgliedern gefunden hat. Der Gesetzgeber erleichtert damit die Fassung von Beschlüssen gegenüber einem strikten Mehrheitsprinzip, bei dem ein Entscheid nur gefasst werden kann, wenn die Mehrheit der VR-Mitglieder für einen Beschluss stimmt und bei dem eine Pattsituation eben gerade keine Beschlussfassung darstellt.[312] Regelmässig trifft man auf Statuten, welche den Stichentscheid der Präsidentin (oder den

30 BGE 71 I 187, E. 5; BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 8.

30 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 8; a.M. von der Crone, N. 1376.

30 In Gesellschaften, deren Aktionäre einen Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen haben, gelten oftmals andere Regeln (bspw. Veto-Recht bestimmter VR-Mitglieder oder qualifizierte Mehrheiten), welche aber bloss obligatorischen Charakter haben und daher gesellschaftsrechtlich unverbindlich sind.

30 Falls ein Interessenkonflikt vorliegt, vgl. dazu Art. 717a OR und economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2023, Ziff. 19.

31 Vgl. dazu Watter/Pöschel, S. 14 ff.

311 Vgl. Art. 704 OR.

Co-Präsidenten[313]) des VRs zuerkennen. Dies führt zu Unklarheiten, falls der Präsident des VRs einmal nicht den Vorsitz einer VR-Sitzung innehat.

B. Präsenzquorum

Es ist zulässig, aber nicht notwendig, in den Statuten oder im Organisationsreglement festzulegen, dass der VR nur dann beschlussfähig ist, wenn eine bestimmte Anzahl Mitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt (sog. Präsenzquorum). In solcherlei Fällen bedarf die gültige Beschlussfassung der **Mitwirkung** der erforderlichen Anzahl Mitglieder. Falls ein Präsenzquorum vorgesehen werden soll, empfiehlt sich eine explizite Regelung, wie mit VR-Mitgliedern zu verfahren ist, welche bei einer Beschlussfassung in den Ausstand treten. 7

Betreffend verwaltungsrätliche **Feststellungen** im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen, die der öffentlichen Beglaubigung bedürfen, erscheint es sinnvoll, wenn die Statuten oder das Organisationsreglement vorsehen, dass die Anwesenheit nur eines VR-Mitglieds genügt.[314] 8

Die **Stellvertretung** im VR – auch durch ein anderes VR-Mitglied – wird herrschender Lehre nach als unzulässig erachtet, weil die organschaftlichen Pflichten als höchstpersönlich und unübertragbar gelten.[315] VR-Beschlüsse, die nur dank einer Stellvertretung zustande kommen, könnten somit als nichtig beurteilt werden.[316] Gleichwohl sprechen sich zahlreiche Autoren für eine in engen Grenzen limitierte Zulässigkeit der Stellvertretung aus.[317] Aufgrund der mittlerweile einfachen Möglichkeiten der elektronischen Beschlussfassung (vgl. dazu N. 21 nachfolgend) stellt sich die Frage, ob eine Stellvertretung überhaupt noch notwendig ist. Eine Lösungsmöglichkeit wäre, dass zunächst eine VR-Sitzung ohne Teilnahme des «zu vertretenen» VR-Mitglieds stattfindet, die formelle Beschlussfassung jedoch nachträglich auf 9

312 Die Autoren danken RAin lic. iur. Ines Pöschel für den anregenden Austausch zu dieser Fragestellung.

313 Vgl. zur Zulässigkeit des Co-Präsidiums im VR OK-Bärtschi, Art. 43 HRegV N. 24; Müller/Lipp/Plüss, N. 1.341 ff.

314 Vgl. Art. 652g, Art. 653g und Art. 653o OR.

315 Böckli, § 9 N. 175 ff.; CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 12c; von der Crone, N. 1376; KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 6. Hinweise zur Rechtsprechung finden sich bei Müller/Thalmann, S. 5 f.

31 Art. 714 OR.

dem Zirkularweg stattfindet. Die in der VR-Sitzung geführte Diskussion könnte dann allen VR-Mitgliedern als Protokoll und Beilage zum zu fassenden Zirkularbeschluss zugänglich gemacht werden.

III. ART DER BESCHLUSSFASSUNG (ABS. 2)

10 Die Beschlussfassung im VR darf in physischen und/oder virtuellen (also unter Verwendung elektronischer Mittel abgehaltenen) Sitzungen sowie in Zirkularbeschlüssen auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen. Diese **Formen der Beschlussfassung** sind einander gleichgestellt. Es ist üblich, dass grössere Gesellschaften die Art der Beschlussfassung des VR im Organisationsreglement näher regeln.

A. In einer Sitzung mit Tagungsort (Ziff. 1)

11 Bei der klassischen Variante einer physischen Sitzung, an welcher die VR-Mitglieder in persona teilnehmen, folgt auf die mündliche Beratung der Geschäfte die Abstimmung. Zwar lässt diese Art der Beschlussfassung den VR-Mitgliedern weniger örtliche Flexibilität. Die **physische Anwesenheit** der Sitzungsteilnehmer bringt jedoch auch Vorteile mit sich, ermöglicht sie doch einen unmittelbaren Meinungsaustausch in der Sitzung sowie auch direkte Kontakte vor und nach der Sitzung, was insbesondere bei heiklen Geschäften der Konsensfindung[318] dienlich sein kann.[319] Es ist in dieser Variante nicht

317 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 10, argumentiert differenziert: „Aus *praktischen Gründen* sollte eine Stellvertretung zumindest dann zulässig sein, wenn sie aufgrund einer entsprechenden Statutenbestimmung durch ein anderes VR-Mitglied erfolgt, die Vollmacht sachlich und zeitlich genau eingegrenzt und das zu behandelnde Traktandum bekannt ist. Dies ist insb. dann der Fall, wenn sich die Beschlussfassung lediglich auf die Feststellung einer Tatsache (z. B. Art. 652*g*, 653*g* Abs. 1) richtet."; ebenfalls differenzierend äussern sich Watter/Flückiger, S. 412: „Wird jedoch ein *anderes VR-Mitglied ermächtigt*, ist kaum einsehbar, weshalb eine Vertretung zumindest dann nicht möglich sein sollte, wenn das Geschäft entweder ausführlich vorbehandelt oder ausführliche Unterlagen zur Verfügung gestellt und dem Vertreter nicht bloss eine Blankovollmacht, sondern Weisungen erteilt werden."; vgl. auch Watter/Pöschel, S. 18; Müller/Lipp/Plüss, N. 2.188, sehen ebenfalls eine mögliche Zulässigkeit der Stellvertretung bei einer entsprechenden Statutenbestimmung und in engen Grenzen. Sicher *nicht* möglich ist die Vertretung bei beurkundungspflichtigen Beschlüssen (Mahler, N. 561).

31 Der VR kann als *konsensorientiertes Entscheidungsorgan* bezeichnet werden (vgl. dazu im internationalen Kontext auch Bainbridge, S. 275 ff.).

31 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19.

zulässig, dass ein abwesendes VR-Mitglied seine Stimme vorab schriftlich einreicht[320] oder sich an der Sitzung vertreten lässt[321]. Es gilt das Unmittelbarkeitsprinzip.[322]

B. Unter Verwendung elektronischer Mittel (Ziff. 2)

VR-Sitzungen unter Verwendung elektronischer Mittel, welche v.a. bei international tätigen Gesellschaften schon länger Usus sind, sind nun explizit gesetzlich vorgesehen.[323] Der neue Art. 713 Abs. 2 OR nimmt hierzu Bezug auf die Bestimmungen über die Verwendung elektronischer Mittel in der GV in Art. 701c-701e OR, welche sinngemässe Anwendung finden. Möglich sind somit sowohl **hybride Sitzungen**, an welchen sowohl Teilnehmer an einem Tagungsort als auch elektronisch zugeschaltete Teilnehmer partizipieren,[324] als auch **rein virtuell abgehaltene Sitzungen**.[325] Das Gesetz ist technologieneutral formuliert, sodass verschiedene Plattformen in Frage kommen, wie bspw. Zoom, Microsoft Teams oder Gruppenanrufe über WhatsApp oder Threema. Es ist ratsam, im Protokoll die eingesetzten elektronischen Mittel zu nennen. Wesentlich ist, dass es sich bei der Beschlussfassung um eine Entscheidung im Rahmen einer unmittelbaren mündlichen Beratung handelt.[326] Auch bei dieser Variante ist es nicht zulässig, dass ein VR-Mitglied seine Stimme vorab schriftlich einreicht oder sich vertreten lässt (es muss die *digitale* Unmittelbarkeit gewährleistet sein[327]; vgl. dazu N. 11 oberhalb). 12

Aus der Verweisung auf Art. 701c OR kann abgeleitet werden, dass ein **VR-Beschluss betreffend** die **Zulässigkeit** dieser Art der Sitzung erforderlich ist, sei es ad hoc vor Durchführung der Sitzung, in einem Organisationsreglement oder einem anderen Reglement.[328] 13

---

32 CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 12b; Böckli, § 9 N. 178; KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 2; a.A. unter bestimmten Bedingungen: BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 10a; Watter/Flückiger, S. 413.

321 Vgl. dazu N. 9 oberhalb.

32 KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 6.

32 Botschaft 2016, S. 568; CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 12d.

32 Vgl. von der Crone, N. 1382 f.

32 Anders als für die virtuelle GV ist für die virtuelle VR-Sitzung keine Statutengrundlage erforderlich (Jutzi/Meier, S. 68).

32 Vgl. CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 12e.

32 Reiser/Egli, S. 132.

14 Wie bei der GV gilt es auch bei der VR-Sitzung unter Verwendung elektronischer Mittel die Willensbildung und **Beschlussfassung** nach Massgabe von Art. 701e Abs. 2 OR zu **schützen**. So muss die Identität der teilnehmenden VR-Mitglieder überprüft werden, wobei sich hier wegen der geringeren Anzahl Teilnehmer und des bekannten Teilnehmerkreises die Identifikation einfacher gestaltet als bei der virtuellen GV. Weiter sind die Wortmeldungen unmittelbar zu übertragen und es ist sicherzustellen, dass jedes Mitglied Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann. Hierfür ist auch verlangt, dass jedes Mitglied allfällige abgegebene Sitzungs-Unterlagen zur Verfügung hat und Präsentationen von Sitzungsteilnehmern verfolgen kann. Schliesslich ist sicherzustellen, dass das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.[329]

15 Treten während einer virtuell oder hybrid abgehaltenen VR-Sitzung **technische Probleme** auf (Fehlfunktionen und Nichtfunktionieren der elektronischen Mittel[330]), sodass die VR-Sitzung nicht mehr ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, ist die Sitzung zu unterbrechen bzw. abzubrechen.[331] Der durch die technische Störung beeinträchtigte Teil muss wiederholt werden. Beschlüsse, die vor der technischen Störung ordnungsgemäss traktandiert, beraten und gefasst wurden, bleiben gültig. Im Vergleich zur virtuellen GV gelten bei der virtuellen VR-Sitzung geringere Anforderungen an ein «technisches Problem» (bspw. dass es im Verantwortungsbereich der Gesellschaft liegen muss oder zur Frage, wie viele Aktionäre betroffen sein müssen).[332] Bei VR-Sitzungen soll gemäss Lehrmeinungen ein relevantes technisches Problem bereits dann vorliegen, wenn ein VR-Mitglied von der Teilnahme ausgeschlossen ist, ungeachtet in wessen Verantwortungsbereich das Problem liegt.[333] Dies kann indes nicht als Freipass interpretiert werden, eine unliebsame VR-Sitzung mutwillig abzubrechen, indem bspw. die Internetverbindung absichtlich unterbrochen wird. Derartiges widerspricht der Treuepflicht der VR-Mitglieder[334] und findet als offenbarer

32 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19b, verlangt eine Bestimmung im Organisationsreglement oder die Zustimmung *aller* VR-Mitglieder.

32 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19b.

33 Vgl. dazu Ballmer/Fischer, S. 183 ff.

331 Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 701f Abs. 1 OR.

33 Vgl. dazu KUKO-Häusermann/Anceschi, Art. 701f OR N. 3 ff.

33 Vgl. Reiser/Egli, S. 132 f.; Schenker/Schenker, S. 263; Jutzi/Meier, S. 68.

33 Art. 717 Abs. 1 OR.

Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz.[335] In unklaren Situationen kann es hilfreich sein, wenn die in der VR-Sitzung verbleibenden VR-Mitglieder darüber Beschluss fassen, ob das nicht mehr teilnehmende Mitglied als absichtlich nicht an der Sitzung teilnehmend betrachtet und die Sitzung fortgeführt wird.

C. Auf schriftlichem Weg (Ziff. 3)

16 Ziff. 3 regelt die Beschlussfassung des VR auf dem schriftlichen Weg (sog. **Zirkular- oder Zirkulationsbeschluss**).[336] Diese Art der Beschlussfassung ist der Beschlussfassung in einer (physischen, virtuellen oder hybriden) Sitzung gleichwertig.[337] Vorbehaltlich abweichender Regelungen in Statuten oder Organisationsreglement gelten für die Beschlussfassung auf dem schriftlichen Weg die normalen Präsenz- und Beschlussquoren (vgl. jedoch nachfolgend betr. Recht auf mündliche Beratung).[338]

17 Die Besonderheit dieser Art der Beschlussfassung besteht darin, dass keine Beratung im Rahmen einer Sitzung vorgesehen ist. Der Antrag an die VR-Mitglieder sollte demnach so gefasst sein, dass er durch ein blosses „Ja", „Nein" oder „Enthaltung" beantwortet werden kann.[339] Regelmässig wird in der Praxis die Beschlussfassung positiv formuliert[340] und sämtliche VR-Mitglieder unterzeichnen diese Beschlussfassung. Es steht jedoch jedem einzelnen VR-Mitglied zwingend das **Recht** zu, eine **mündliche Beratung** zu verlangen – ohne Angabe von Gründen.[341] Handkehrum ist ein ausdrückliches Verlangen erforderlich.[342] De facto besteht ein Einstimmigkeitserfordernis bzw. Veto-Recht bezüglich der Art der Beschlussfassung (nicht zu verwechseln mit einem allfälligen Beschlussquorum[343]). Aus der

33 Art. 2 Abs. 2 ZGB.
33 Vgl. die Vorlage bei Rüesch/Forster, N. 39.22.
33 KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 8.
33 Vgl. Forstmoser, § 11 N. 19.
33 ZK-Bühler, Art. 713 OR N. 23.
34 Bspw.: „*Der Verwaltungsrat beschliesst, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen und den Aktionären eine ordentliche Kapitalerhöhung mit folgenden Merkmalen zu beantragen [...]*".
341 CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 15; BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 23; Böckli, § 9 N. 188.
34 Vgl. dazu nachfolgend N. 19.
34 Oftmals ist indes ein Einstimmigkeitserfordernis in Organisationsreglementen zu finden. Ohne derartige Regelung gelten die normalen Präsenz- und Beschlussquoren (Rüesch/Forster, N. 39.19).

Sorgfaltspflicht des einzelnen VR-Mitglieds kann u.U. aber die Pflicht abgeleitet werden, bei komplexen Geschäften mit weitreichenden Folgen eine mündliche Beratung zu verlangen, sofern zur Willensbildung detailliertere Auskünfte oder ein vertiefterer Austausch nötig sind.[344]

18 Die Beschlussfassung wird durch **Versand** des entsprechenden **Antrags** an die VR-Mitglieder, in der Regel durch den Präsidenten des VR, ausgelöst.[345] Von den VR-Mitgliedern wird eine Rückmeldung in zweierlei Hinsicht verlangt: 1. Zustimmung zur Art der Beschlussfassung (bzw. Verlangen einer mündlichen Beratung) und 2. Zustimmung, Ablehnung oder Enthaltung zum Beschlussinhalt. Es ist zu empfehlen, dass den VR-Mitgliedern eine Frist zur Reaktion angesetzt wird.[346] Die Frist ist sinnvollerweise in einem Organisationsreglement generell festzulegen, wobei einzelfalladäquate Abweichungen zulässig sein sollten. Für nicht dringliche Geschäfte sollten fünf Arbeitstage genügen. Fehlt eine solche Fristansetzung, soll Art. 5 Abs. 1 OR angewendet werden.[347]

19 Es fragt sich, wie vorzugehen ist, wenn ein **VR-Mitglied** auf den Antrag **nicht reagiert**.[348] Wurde ein Antrag einem VR-Mitglied auf einem üblichen Kanal nachweisbar zugestellt und äussert sich dieses VR-Mitglied nicht innert der angesetzten Frist, kann das als konkludente Zustimmung zur Art der Beschlussfassung gedeutet werden, denn das Gesetz sieht vor, dass eine mündliche Beratung *verlangt* werden muss.[349] Betreffend den Beschlussinhalt ist bei Stillschweigen von einer Enthaltung auszugehen (mit den

34 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 20/22.

34 Gemäss Böckli, § 9 N. 186, geht der Zirkularbeschluss vom Präsidenten aus oder mit dessen Zustimmung von einem anderen VR-Mitglied. ZK-Bühler, Art. 713 OR N. 23, erachtet den Präsidenten für zuständig. Im Zweipersonen-VR muss dies jedoch ohne die Zustimmung des Präsidenten des VRs zulässig sein, da jedes VR-Mitglied gemäss Art. 715 OR jederzeit die Einberufung einer VR-Sitzung verlangen kann. In Mehrpersonen-VR dürfte dies ohne Zustimmung nur in dringenden Ausnahmefällen jedem VR-Mitglied gestattet sein, da sonst eine geordnete Beschlussfassung kaum möglich ist. Im Grundsatz gilt, dass diejenige Person für die Durchführung des Zirkularverfahrens zuständig ist, die auch für die Sitzungseinberufung zuständig ist (Ernst, S. 169).

34 KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 10; BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19c; ZK-Bühler, Art. 713 OR N. 23.

34 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19c; Art. 5 Abs. 1 OR: „*Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf*.".

34 Meinungsübersicht bei CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 15a f.

entsprechenden Folgen betreffend die normal geltenden Anwesenheits- und Beschlussquoren).[350] Sinnvollerweise ist dies bereits im Antrag so vorzusehen.[351] Auch nach Erreichen der erforderlichen Mehrheit bleibt der Zirkularbeschluss bis zum Fristablauf aufschiebend bedingt, da weiterhin ein Mitglied die mündliche Beratung verlangen kann.[352] Äussert sich ein Mitglied nicht, erscheint eine formelle Beschlussfeststellung durch den VR-Präsidenten bzw. jenes VR-Mitglied, welches den Antrag verschickt hat, erforderlich.[353] Böckli rät sodann, Zirkularbeschlüsse in der folgenden Sitzung zur Genehmigung vorzulegen.[354]

Es empfiehlt sich, den Ablauf und die Einzelheiten zur Beschlussfassung auf schriftlichem Weg praxistauglich und konkret in einem **Organisationsreglement** zu regeln.[355] 20

Im Zuge der Aktienrechtsrevision wurden Zirkularbeschlüsse auf schriftlichem Weg in elektronischer Form explizit für zulässig erklärt. Als **elektronisch** gilt bspw. der Austausch von E-Mails oder die Nutzung elektronischer Board-Portale.[356] Auch Erklärungen via Messenger-Dienste wie WhatsApp oder Threema können hierzu genügen, sofern die Willensäusserung klar und eindeutig ist[357] sowie die Absender klar sind. Eine Unterschrift des VR-Mitglieds auf dem Zirkularbeschluss ist somit nicht erforderlich, ausser dies ist vom VR schriftlich vorgesehen.[358] Auf eine qualifizierte elektronische Unterschrift oder eine PDF-Kopie des unterzeichneten Antrags kann ebenso verzichtet werden.[359] Noch immer verbreitet ist, dass jedes VR-Mitglied seine Unterschrift unter das Dokument des Zirkularbeschlusses setzt, dieses scannt und retourniert. Dagegen ist auch weiterhin nichts einzuwenden. Im Zusammenhang mit Zirkularbeschlüssen 21

34 Im Ergebnis auch BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 23; wohl a.M. Böckli, § 9 N. 186; kritisch Rüesch/Forster, N. 39.22.

35 Schweigen kann nicht als Zustimmung gedeutet werden (vgl. Plüss, N. 43).

351 Mahler, N. 569.

35 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19c.

35 KUKO-Sunaric/Catelli, Art. 713 OR N. 7, verlangen in jedem Fall eine Beschlussfeststellung; a.A. BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 11.

35 Böckli, § 9 N. 203.

35 So auch die Botschaft 2016, S. 568.

35 Schenker/Schenker, S. 263; von der Crone, Aktienrecht, N. 1380.

35 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19c.

35 Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 Satz 2, 2. Teilsatz OR.

35 Vgl. BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 19c.

auf schriftlichem Weg, insbesondere in elektronischer Form, sind die handelsregisterrechtlichen Anforderungen von Art. 23 HRegV zu beachten.[360] So ist bspw. über einen elektronisch gefassten VR-Beschluss für die Zwecke des Handelsregisters ein sog. Erwahrungsprotokoll anzufertigen, das von mindestens einem vertretungsberechtigten VR-Mitglied zu unterzeichnen ist.[361] Dieses enthält sinnvollerweise den Ablauf der schriftlichen Beschlussfassung sowie das Abstimmungsergebnis.[362]

22 Zur unzulässigen **Kombination** von Beschlussfassung an einer Sitzung und einem Zirkularbeschluss vgl. oberhalb N. 11.

IV. PROTOKOLLIERUNG (ABS. 3)

23 Anders als bei der GV[363] ist das VR-Protokoll als **Beratungsprotokoll** (auch Verhandlungs- oder Diskussionsprotokoll genannt) abzufassen.[364] Verlangt ist eine Wiedergabe in **Textform**. Video- oder Tonaufzeichnungen vermögen nicht als Protokoll zu gelten.[365] Wenn im Protokoll auf weiterführende Dokumente oder präsentierte Folien direkt verwiesen wird, ist es angebracht, diese als Anhang dem Protokoll beizufügen. Bei Beschlüssen in öffentlicher Beurkundung sind indes nur die Beschlüsse Gegenstand der Beurkundung.[366]

24 Das Verhandlungsprotokoll muss die gefassten **Beschlüsse** (inkl. Abstimmungsergebnisse, sofern nicht einstimmig[367]) sowie die wesentlichen in der Sitzung geäusserten Argumente und Positionen in **zusammenfassender Form** wiedergeben.[368] VR-Mitglieder können indes verlangen, dass einzelne Aussagen von ihnen wörtlich zu Protokoll genommen

36 Vgl. dazu nachfolgend auch N. 28.
36 Praxismitteilung EHRA 1/24 vom 20. Juni 2024, Ziff. 2.1.2 sinngemäss.
36 Vgl. Müller L., S. 255 f. unter Verweis auf das Statutenmuster des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich.
36 Art. 702 Abs. 2 OR.
36 CHK-Plüss/Facincani, Art. 713 OR N. 9; beim Einpersonen-VR wird es freilich ein Beschluss- bzw. *Entschluss*protokoll sein; vgl. auch Böckli, § 9 N. 151/202.
36 Vgl. die allgemeinen Hinweise zu Video- oder Tonaufzeichnungen von Sitzungen bei Milano/Aus der Au, N. 10.
36 Mahler, N. 555/559.
36 Das Gesetz sieht diesbezüglich keine Regelung vor. CR-Peter/Birchler, Art. 713 OR N. 19, verlangen eine Abbildung der Ergebnisse von Abstimmungen und Wahlen. Dem ist im Minimum bei *nicht einstimmiger* Beschlussfassung zu folgen.
36 Forstmoser/Küchler, Art. 713 OR N. 10; Müller R., S. 33 f.

werden.[369] Die Protokollierung von VR-Sitzungen ist daher sehr anspruchsvoll. In der Praxis empfehlenswert ist die Struktur *1. Ausgangslage, 2. Beratung und 3. Beschluss*.[370] Ferner empfiehlt es sich, Beschlüsse klar als solche zu formulieren und grafisch hervorgehoben abzufassen, ebenso die klare Zuweisung von Pendenzen.[371]

Im Übrigen nennt das Gesetz keine klaren Anforderungen an den allgemeinen, vom jeweiligen Geschäft unabhängigen **Protokollinhalt**. Es kann dazu auf die Vorlagen einiger Handelsregisterämter (bspw. des Kantons Zürich[372]) oder Praxisliteratur[373] verwiesen werden. Wesentlich sind nebst den Verhandlungen und den Beschlüssen die Firma, der Modus bzw. Ort, das Datum, die Uhrzeit (Beginn und Ende) sowie die Teilnehmer und Gäste der Sitzung.[374] 25

Das Protokoll muss schliesslich vom **Vorsitzenden** und vom **Protokollführer** der jeweiligen Sitzung («wet ink» oder qualifiziert elektronisch) **unterzeichnet**[375] werden, sobald sie sich über den Inhalt einig geworden sind.[376] Eine nachträgliche Genehmigung des Protokolls durch den VR, wie sie oft vorgesehen wird, ist rechtlich nicht erforderlich, doch empfehlenswert, da sie die Vermutung der Richtigkeit erhöht.[377] Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Protokollierung eine Pflicht des VR als Organ ist.[378] 26

Es steht dem Protokollführer frei, **technische Hilfsmittel** zur Spracherkennung oder automatisierten Zusammenfassung durch künstliche Intelligenz einzusetzen, doch bleibt er für den Inhalt verantwortlich, auch in strafrechtlicher Hinsicht.[379] 27

---

36 Rüesch/Forster, N. 39.59.

37 Vgl. Müller R., S. 34.

371 Diese können bspw. in separaten Beschluss- und Pendenzenlisten zusammengefasst werden (vgl. Müller R., S. 34).

37 <https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/handelsregister/aktiengesellschaft.html> (abgerufen am 18.2.2026).

37 Bspw. Rüesch/Forster, N. 39.59.

37 Vgl. Rüesch/Forster, N. 39.59; OFK-Stach, Art. 713 OR N. 17.

37 Massgebend sind Art. 14 Abs. 1 OR betreffend *eigenhändige* Unterschrift und Abs. 2bis betreffend *qualifizierte elektronische* Signatur; vgl. auch Semi/Müller, S. 350.

37 Müller R., S. 44 f., mit dem zusätzlichen Hinweis, dass bei Uneinigkeit die unterschiedlichen Auffassungen gesondert im Protokoll festzuhalten sind.

377 Allfällig beschlossene Korrekturen sind im darauffolgenden Protokoll widerzugeben (Böckli, § 9 N. 203).

37 Rüesch/Forster, N. 39.54.

V. WEITERE HINWEISE

28 Führt ein VR-Beschluss zu einer Tatsache, die in das **Handelsregister** eingetragen wird, muss das VR-Protokoll bzw. ein Auszug daraus oder ein Zirkularbeschluss im Original dem Handelsregisteramt als Beleg eingereicht werden.[380] Ist ein Beschluss beurkundungspflichtig, so ist die Urkunde als Beleg einzureichen.

29 Wann ein VR-Beschluss in **öffentlicher Beurkundung** zu fassen ist, richtet sich nach dem Gesetz (bspw. wenn die Statuten geändert werden nach Art. 647 OR).[381] In virtueller oder hybrider Sitzung gefasste VR-Beschlüsse können öffentlich beurkundet werden, wenn zwischen Urkundsperson und Sitzungsleiter eine ständige Bild- und Tonübertragung besteht.[382] In der Praxis wird vielfach verlangt, dass sich die Urkundsperson im gleichen Raum wie der Vorsitz befindet. Zirkularbeschlüsse können öffentlich beurkundet werden, indem die Urkundsperson persönlich an der Auszählung der eingegangenen Stimmen teilnimmt und die Organisation des Zirkularverfahrens prüft.[383] Das Stimmergebnis und die Verkündung, dass der Beschluss zustande gekommen ist, wird dann in der öffentlichen Urkunde abgefasst (sog. Erwahrungsprotokoll).[384] Bei virtuellen VR-Sitzungen sollte die im Rahmen der Kapitalerhöhung erforderliche Bestätigung der Urkundsperson, dass bestimmte Belege den VR-Mitgliedern vorgelegen haben, keine wesentlichen Probleme bereiten: Entweder werden die Belege doppelt ausgefertigt oder es werden beglaubigte Kopien davon erstellt. Während die Urkundsperson die Originale vor sich hat, verfügen die VR-Mitglieder entweder über weitere Originale oder über beglaubigte Kopien und halten diese zur Bestätigung des Vorliegens in die Kamera.[385] Ergeht der Beschluss hingegen auf dem Zirkularweg, ist das Erfordernis wohl nur erfüllt, wenn für zu beurkundende

37 Eine falsche Protokollierung kann den Tatbestand der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) erfüllen; vgl. BGer 6B_731/2008 vom 7.1.2009.

38 Art. 23 HRegV.

38 Vgl. grundlegend zur Beurkundung von VR-Beschlüssen: Mahler, N. 555 ff.

38 Mahler, N. 564, mit weiteren Hinweisen betr. das Vorliegen der erforderlichen Belege.

38 Mahler, N. 572.

38 Mahler, N. 572.

38 Müller L., S. 235 f.; Müller/Kaiser/Benz, S. 264, weisen auf die nach Art. 55a SchlT ZGB mögliche elektronische Beglaubigung der Belege hin; Mahler, N. 571, erachtet es sogar als zulässig, wenn die Belege nur dem VR, nicht aber der Urkundsperson vorliegen.

VR-Beschlüsse im Rahmen einer Kapitalerhöhung die Anwesenheit eines VR-Mitglieds als ausreichend festgelegt wird, ansonsten nicht auf eine (physische oder virtuelle) VR-Sitzung verzichtet werden kann.[386]

Wird ein beurkundungspflichtiger Beschluss an einer **Sitzung im Ausland** gefasst, so ist für die Handelsregisterbelegtauglichkeit zunächst eine Überbeglaubigung bzw. eine Apostille der Urkunde erforderlich.[387] Ferner kann das Handelsregisteramt den Nachweis verlangen, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem öffentlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz gleichwertig ist und dazu ein Gutachten verlangen und den Gutachter bezeichnen.[388] 30

VR-Protokolle können unter bestimmten Umständen als **Willenserklärungen** der anwesenden VR-Mitglieder qualifizieren.[389] 31

Insbesondere mit Blick auf **Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozesse** gegen VR-Mitglieder ist darauf hinzuweisen, dass VR-Protokolle taugliche **Beweismittel** (Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, bzw. öffentliche Urkunde[390] gemäss Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO) sind.[391] Mit ihnen kann die Sorgfalt nachgewiesen werden.[392] Dementsprechend sind VR-Mitglieder gut beraten, sich Kopien der Protokolle aushändigen zu lassen. 32

Eine analoge Bestimmung betreffend die Protokollierung bei der Geschäftsführung bei der **GmbH** fehlt, gleichwohl wird sie empfohlen.[393] Bei der **Genossenschaft** ist die Verwaltung dafür verantwortlich, dass ihre Protokolle geführt werden.[394] Die Literatur dazu, nicht aber das Gesetz, verweist auf Art. 713 OR zum Aktienrecht.[395] 33

38 BSK-Wernli, Art. 713 OR N. 21; BSK-Zindel/Isler, Art. 652*g* OR N. 10.

38 Art. 25 Abs. 1 HRegV. Ferner sind Staatsverträge massgeblich, bspw. mit Deutschland (OFK-Vogel, Art. 25 HRegV N. 2).

38 Art. 25 Abs. 2 HRegV; vgl. BGE 99 II 159, E. 2a; die Gleichwertigkeit der Beurkundung in Deutschland gilt gemäss OFK-Vogel, Art. 25 HRegV N. 5, als notorisch.

38 Vgl. BGer 4A_74/2024 vom 20.6.2024 sowie die Urteilsbesprechung dazu von Galli/Vischer, S. 229 ff.

39 Vgl. dazu Müller/Kaiser/Benz, S. 227.

39 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, N. 4.11; vgl. auch die Botschaft 2016, S. 568.

39 Schenker/Schenker, S. 264.

39 KUKO-Vogel, Art. 809 OR N. 24 f. und BSK-Watter/Roth Pellanda, Art. 809 OR N. 22 f.

39 Art. 902 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

39 BSK-Watter, Art. 902 OR N. 7; CR-Carron/Chabloz, Art. 902 OR N. 9.

LITERATURVERZEICHNIS

Aus der Au Roman/Brand Patric/Heller Jan, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht – Version: 01.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or-uebest-aktienrecht (besucht am 14.1.2026), DOI: 10.17176/20230901-085735-0.

Bainbridge Stephen M., The Board of Directors, in: The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Gordon Jeffrey N./Ringe Wolf-Georg (Hrsg.), Oxford 2018.

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172–189.

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Bärtschi Harald (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 29.02.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43 (besucht am 13.2.2026), DOI: 10.17176/20240322-084550-0.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2018.

Carron Blaise/Chabloz Isabelle, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2023, https://backend-api.economiesuisse.ch//sites/default/files/2025-12/SwissCode_DE_RZ.pdf, besucht am 2.2.2026.

Ernst Wolfgang, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 3 (2020), S. 168–172.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2021.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Galli Dario/Vischer Markus, In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 4 (2024), S. 229–240.

Häusermann Daniel/Anceschi Fabio, Kommentierung zu Art. 701f OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Schriften INR, Bern 2023, S. 1–83.

Mahler Bruno, Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020, Zürich 2025, DOI: 10.36862/6GTK-6DSH.

Milano Umberto/Aus der Au Roman, Documenting Shareholder Resolutions. Selected Questions on Minutes and Circular Resolutions after the Corporate Law Reform, in: swisNot/Neri-Castracane Giulia/Frésard Philippe (Hrsg.), Festschrift. Beiträge zum neuen Aktienrecht. Eine fünfundzwanzigjährige notarielle Zusammenarbeit im interkantonalen Bereich, Zürich/Genf 2025, S. 51–66.

Müller Lukas, Virtuelle und hybride Versammlungen, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – Aktualitäten und ausgewählte Fragen, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 22. August 2025 in Zürich und vom 11. September 2025 in Lausanne, Zürich/Genf 2025, S. 223–272 (zit. Müller L., S. x).

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217–269.

Müller Roland, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Müller R., S. x).

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat – Band I, 5. Aufl., Zürich 2021.

Müller Roland/Thalmann Philipp, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, REPRAX 2 (2011), S. 1–19.

Peter Henry/Birchler Francesca, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530–771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reiser Nina/Egli Viviane, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen: erste Erfahrungen und Empfehlungen, SZW/RSDA 2 (2025), S. 120–134.

Rüesch Adrian/Forster Matthias, § 39, Durchführung der Verwaltungsratssitzungen, in: Handbuch Schweizer Aktienrecht, Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2022.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 6/2022, S. 329–351.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023

Sunaric Predrag/Catelli Cinzia, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Vischer Markus, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW/RSDA 5 (2022), S. 416–429.

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar HRegV, Kommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2023.

Vogel Alexander, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Watter Rolf/Flückiger Sebastian, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. durch Zirkularbeschluss), GesKR 3 (2015), S. 410–416.

Watter Rolf/Pöschel Ines, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 1 (2011), S. 14–19.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierung zu Art. 652g OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf, besucht am 7.2.2026.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 715 OR

Eine Kommentierung von Nicolas Facincani / Lukas Gayler

ZITIERVORSCHLAG

Nicolas Facincani/Lukas Gayler, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Facincani/Gayler, Art. 715 OR N. XXX.

4. Recht auf Einberufung

Art. 715

Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann unter Angabe der Gründe vom Präsidenten die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 233
A. Allgemeines 233
B. Aktienrechtsrevisionen 233
C. Gesetzliche Regelung und Modifikationen 234
II. Das Begehren um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung 236
A. Formvorschriften 236
B. Begründungspflicht 236
C. Adressat 237
III. Die Einberufung der Verwaltungsratssitzung 237
A. Kompetenz zur Einberufung 237
B. Form der Einberufung und Zeitpunkt der Sitzung 238
IV. Die gerichtliche Durchsetzung 238
A. Zulässigkeit einer Leistungsklage 238
B. Aktiv- und Passivlegitimation 239
Literaturverzeichnis 240

I. EINLEITUNG

A. Allgemeines

Das Obligationenrecht sieht keine Regelung vor, in welchem Zeitpunkt und an welchem Ort Verwaltungsratssitzungen einberufen werden müssen und ob in diesem Zusammenhang Fristen zu wahren sind.[396] Im Grundsatz wäre der Gesamtverwaltungsrat zuständig für den Entscheid, an einem bestimmten Tag, zu einer bestimmten Zeit, an einem bestimmten Ort zusammenzukommen, da das Gesetz keine andere Bestimmung enthält.[397] Gemäss Lehre und Usanz wird jedoch dem Präsidenten des Verwaltungsrates ein eigenständiges Ermessen zum Entscheid zur Durchführung der Einberufung zugestanden.[398] 1

In Art. 715 OR wird das individuelle Recht des Verwaltungsratsmitglieds auf eine unverzügliche Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates verankert. Dieses individuelle Recht steht in direktem Zusammenhang mit der individuellen Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 OR und der Verantwortung für eine pflichtgemässe Geschäftsführung gemäss Art. 754 OR.[399] Die konkrete Ausgestaltung dieses individuellen Rechts hat der Gesetzgeber mit der rudimentären Regelung in Art. 715 OR jedoch der Praxis und dem Richter überlassen.[400] Art. 715 OR gewährt hingegen kein Recht des Verwaltungsratsmitglieds auf Durchführung eines Zirkulationsbeschlussverfahrens.[401] 2

B. Aktienrechtsrevisionen

Die Bestimmung von Art. 715 OR wurde mit der Aktienrechtsreform von 1991 insofern geändert, als dass *auf das Erfordernis der Schriftlichkeit verzichtet* wurde.[402] Im Weiteren wurde klargestellt, dass die Anberaumung einer 3

39 Müller, S. 47; Krneta, Art. 713 Rz. 735.

39 Böckli, S. 1359.

39 Böckli, S. 1359; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, § 31 N. 5, wonach das Gesetz dies zwar nicht sagt, es aber in Art. 715 OR voraussetzt.

39 BSK-Wernli, Art. 715 N. 3.

40 Müller/Lipp/Plüss, S. 151; Müller, S. 47, wo auch ein unveröffentlichtes Urteil des Zuger Kantonsgerichtspräsidenten vom 23.11.1976 erwähnt wird, in welchem eine Klage gegen den säumigen Verwaltungsratspräsidenten gutgeheissen wurde.

40 CHK-Plüss/Facincani, Art. 715 N. 1.

Sitzung[39] auf entsprechendes Verlangen *unverzüglich* zu erfolgen hat. Überdies wurde vom Ständerat die *Pflicht zur Angabe von Gründen* eingefügt.[403]

4 Im Rahmen der Aktienrechtsreform von 2020 stand die Bestimmung von Art. 715 OR nicht zur Diskussion und sie blieb daher unverändert.[404]

C. Gesetzliche Regelung und Modifikationen

5 Das Recht, ein Begehren auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung zu stellen, steht jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates zu. Dieses Individualrecht kann weder entzogen noch eingeschränkt werden.[405] Der Präsident des Verwaltungsrates darf ein Gesuch nur ablehnen, wenn das Gesuch rechtsmissbräuchlich ist oder in klar querulatorischer Absicht gestellt wird.[406]

6 Art. 715 OR gewährt kein individuelles Recht auf eine direkte Einberufung des Verwaltungsrates. Ein solches Recht besteht nur, wenn es in den Statuten oder im Organisationsreglement der Aktiengesellschaft vorgesehen ist.[407]

7 Das Recht auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung ist zwingender Natur.[408] Es kann daher weder in den Statuten noch im Organisationsreglement einer Aktiengesellschaft eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden.[409]

8 Von Art. 715 OR abweichende Bestimmungen sind im Organisationsreglement festzuhalten, da es sich beim Recht auf Einberufung um ein unentziehbares Individualrecht des Verwaltungsrates handelt, welches in die Kernkompetenz des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR (Festlegung der Organisation) fällt. Diese unentziehbare und unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates ist dem Einfluss der Generalversammlung entzogen.[410]

---

40 Vor der Aktienrechtsreform 1991 war das Recht auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung in Art. 713 Abs. 2 OR 1936 verankert.

40 BSK-Wernli, Art. 715 N. 2.

40 Forstmoser/Küchler, S. 423.

40 ZK-Bühler, Art. 715 N. 8; Vischer/Endrass, S. 405 f.; Forstmoser, § 11 N. 26

40 CHK-Plüss/Facincani, Art. 715 N. 4; Forstmoser, § 11 N. 27.

40 Vischer/Endrass, S. 406. Forstmoser vertritt die Ansicht, eine Regelung in den Statuten sei nicht zulässig, da dies dem Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrates widersprechen würde; siehe hierzu Forstmoser § 11 N. 29.

40 Vischer/Endrass, S. 405 f.

40 CHK-Plüss/Facincani, Art. 715 N. 1.

41 Erb, S. 7; ZK-Bühler, Art. 715 N. 3.

Statutarische Bestimmungen, welche die Befugnis zur Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates nach Art. 715 OR entziehen oder einschränken, sind nichtig im Sinne von Art. 706b OR.[411] Nichtig im Sinne von Art. 714 OR in Verbindung mit Art. 706b OR sind etwaige reglementarische Bestimmungen.[412] 9

Dispositiver Natur sind hingegen die Modalitäten der Ausübung des Rechts auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung. Dazu gehören insbesondere die nachfolgend aufgeführten Modalitäten:[413] 10

- Die Form, in welcher das Gesuch einzureichen ist;
- Die Frist, welche im Hinblick auf die Einberufung der Sitzung einzuhalten ist;
- Die Person, an welche der Antrag zu richten ist.

So kann beispielsweise Schriftlichkeit für das Begehren vorgeschrieben werden oder die Frist im Rahmen des Begriffs der «Unverzüglichkeit» konkretisiert werden, beispielsweise innert drei Tagen nach Eingang des Begehrens.

Überdies sind Regelungen auf Stufe des Organisationsreglements, welche das Einberufungsrecht erweitern, zulässig. Nachfolgend werden beispielhaft entsprechende Regelungen aufgeführt:[414] 11

- eine Bestimmung, welche jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates das Recht einräumt, direkt eine Sitzung des Verwaltungsrates einzuberufen;
- eine Regelung, welche es dem Mitglied des Verwaltungsrates ermöglicht, das Begehren um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung direkt an das gemäss gesellschaftlicher Ordnung für die Einberufung zuständige Mitglied zu richten;
- eine Ausdehnung der Einberufungskompetenz auf weitere Personen (beispielsweise auf den Sekretär des Verwaltungsrates);

411 Erb, S. 8 f.
41 Erb, S. 8 f.
413 CR-Peter/Cavadini, Art. 715 N. 2.
41 Erb, S. 9.

- eine 2. Bestimmung, wonach ein Begehren um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung auch ohne Angabe von Gründen zulässig ist.

II. DAS BEGEHREN UM EINBERUFUNG EINER VERWALTUNGSRATSSITZUNG

A. Formvorschriften

12 Das Begehren um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung unterliegt keinen besonderen Formvorschriften. Auf das Erfordernis der Schriftlichkeit wurde mit der Aktienrechtsreform 1991 verzichtet.

13 Das Begehren um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung kann mündlich, telefonisch oder auch durch elektronische Kommunikationsmittel eingereicht werden.[415] Eine schriftliche Einreichung ist selbstverständlich auch möglich.

14 Das Organisationsreglement kann vorsehen, dass der Antrag in schriftlicher Form einzureichen ist.[416] Eine solche Vorschrift ist ohnehin zu empfehlen, einerseits aus Beweisgründen, andererseits aber auch im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Antragstellung durch die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates.[417]

B. Begründungspflicht

15 Das Begehren unterliegt einer generellen Begründungspflicht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und gilt unabhängig von der Form, in welcher das Gesuch gestellt beziehungsweise eingereicht wird.

16 An die Begründungspflicht sind keine hohen Anforderungen zu stellen.[418] So ist weder die Ausformulierung in einem Traktandum oder mehreren Traktanden noch das Stellen von Anträgen im Hinblick auf ein Traktandum oder mehrere Traktanden erforderlich.[419]

17 Im Einberufungsbegehren ist grundsätzlich zu umschreiben, welches Thema behandelt werden soll, sodass der Verwaltungsratspräsident die Einberufung

415 Vischer/Endrass, S. 406; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, § 28 N. 115; CR-Peter/Cavadini, Art. 715 N. 3.

41 Sofern dies nicht zu einer übermässigen Erschwerung des Einberufungsrechts führt; siehe hierzu Forstmoser, § 11 N. 26.

und die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates sich auf die Sitzung vorbereiten können.[420] Aus der Begründungspflicht darf allerdings nicht gefolgert werden, das Recht, die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung zu verlangen, bestehe nur in begründeten Fällen.[421]

C. Adressat

Aus dem Gesetzestext ergibt sich, dass der Antrag beim Präsidenten des 18
Verwaltungsrates einzureichen ist.[422] Dieses Erfordernis bleibt auch dann bestehen, wenn das Organisationsreglement die Zuständigkeit für die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung einer anderen Person zuweist.[423]

III. DIE EINBERUFUNG DER VERWALTUNGSRATSSITZUNG

A. Kompetenz zur Einberufung

Grundsätzlich fällt die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung in die 19
Kompetenz des Präsidenten des Verwaltungsrates.[424] Wird diese Kompetenz einer anderen Person zugewiesen (beispielsweise dem Delegierten des Verwaltungsrates), so hat der Präsident gegebenenfalls dafür zu sorgen, dass diese Person ihre Aufgaben wahrnimmt.[425] Ergibt sich aus den Statuten oder aus dem Organisationsreglement, dass ein anderes Mitglied für die Einberufung zuständig ist, so hat dieses mit dem Präsidenten Rücksprache zu nehmen.[426]

---

41 Vgl. Erb, S. 6; Vischer/Endrass, S. 407, wonach die gesetzlich vorgesehene Begründungspflicht in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zum unentziehbaren und zwingenden Recht eines jeden Mitglieds des Verwaltungsrates steht, jederzeit eine Sitzung einberufen zu lassen. Anderer Meinung ist Georg Krneta, welcher die Ansicht vertritt, dass ein entsprechender Antrag von einem Traktandierungsbegehren begleitet sein müsse (vgl. Krneta, Art. 715 N. 900).

417 Vischer/Endrass, S. 406.

41 So auch OFK-Stach, Art. 715 N. 2.

42 Vgl. Vischer/Endrass, S. 407.

42 von der Crone, N. 1363.

42 Oulevey/Levrat, S. 215

42 Vgl. BSK-Wernli, Art. 715 N. 5.; a.M. CR-Peter/Cavadini, Art. 715 N. 4.

42 Facincani/Sutter, S. 264; von der Crone, N. 1360; Forstmoser, § 11 N. 25; Plüss § 13 N. 13.

42 CR-Peter/Cavadini, Art. 715 N. 6.

42 BSK-Wernli, Art. 715 N. 8.

B. Form der Einberufung und Zeitpunkt der Sitzung

20 Unter Vorbehalt statutarischer oder reglementarischer Vorschriften kann die Einberufung der Verwaltungsratssitzung formfrei erfolgen, wobei mindestens Zeit und Ort anzugeben sind.[427] Aus Beweisgründen empfiehlt sich aber auch in diesem Zusammenhang die schriftliche Einladung, da Beschlüsse, die an Sitzungen gefällt werden, an welche nicht alle Mitglieder des Verwaltungsrates eingeladen wurden, nichtig sind im Sinne von Art. 714 OR. Die Verwaltungsratssitzung ist so anzusetzen, dass es den Mitgliedern des Verwaltungsrates mit dem notwendigen guten Willen möglich ist, daran teilzunehmen.[428]

IV. DIE GERICHTLICHE DURCHSETZUNG

A. Zulässigkeit einer Leistungsklage

21 In Art. 715 OR ist nicht festgehalten, dass der Richter im Verweigerungsfall auf Antrag die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates anordnen kann. Dies steht im Gegensatz zum Recht des Aktionärs auf Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 699 OR. In dessen Absatz 5 ist ausdrücklich festgehalten, dass der Aktionär den Richter anrufen kann. Soweit ersichtlich geht die Lehre jedoch fast einhellig davon aus, dass dem Gesuchsteller auch gestützt auf Art. 715 OR eine entsprechende Leistungsklage zusteht[429], wie dies das Bundesgericht nun in BGE 144 III 100 E. 5.2.2 im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrates bejaht hat.[430] Basierend auf einer solchen Klage kann der Richter die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung anordnen oder gleich selber einberufen.[431]

---

42 BSK-Wernli, Art. 715 N. 8.

42 von der Crone, N. 1364.

42 BSK-Wernli, Art. 715 N. 7; Erb, S. 12; Oulevey/Levrat, S. 215; Blanc, Fn. 4; CR-Peter/Cavadini, Art 715 N. 6. Einzig nach Peter V. Kunz ist zweifelhaft, ob ein klagbarer Anspruch auf Einberufung besteht, da Art. 715 OR im Entwurf zur Aktienrechtsreform 1991 als Teil des nach seiner Meinung nicht einklagbaren Art. 715a OR konzipiert gewesen sei (vgl. Kunz, § 11 Fn. 269). In der Zwischenzeit hat das Bundesgericht in BGE 144 III 100 E. 5.2.2 die Zulässigkeit einer Leistungsklage gestützt auf Art. 715a OR jedoch eindeutig und unmissverständlich bejaht.

43 OK-Facincani/Gayler/Wissler, Art. 715a OR N. 23 ff.

B. Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert zur Leistungsklage ist jenes Mitglied des Verwaltungsrates, dessen Gesuch um Einberufung einer Verwaltungsratssitzung abgelehnt wurde oder auf dessen Gesuch nicht eingegangen wurde.[432] 22

Keine Aktivlegitimation kommt der Gesellschaft zu.[433] 23

Weniger klar ist die Frage der Passivlegitimation. Als Beklagte kommen grundsätzlich die Gesellschaft oder der Präsident des Verwaltungsrates in Frage. Im Gegensatz zu Art. 699 OR wird in Art. 715 OR nicht der Verwaltungsrat als Ganzes, sondern der Präsident des Verwaltungsrates direkt mit der Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates betraut. Daher erübrigt sich die Frage nach einer allfälligen Passivlegitimation aller Mitglieder des Verwaltungsrates. 24

In Bezug auf Art. 715 OR ist zu beachten, dass letztlich die Gesellschaft Trägerin der Pflicht auf Einberufung von Verwaltungsratssitzungen ist. Lediglich die Ausübung erfolgt durch ihre Organe. Basierend darauf ist die Passivlegitimation der Gesellschaft zu bejahen.[434] 25

Umstritten ist in der Lehre, ob auch der Präsident des Verwaltungsrates passivlegitimiert ist.[435] Unseres Erachtens besteht ein starkes Argument für eine entsprechende Passivlegitimation, welche sich direkt aus dem Gesetzestext ergibt. So wird in Art. 715 OR die Pflicht ausdrücklich einer bestimmten Organperson, nämlich dem Präsidenten des Verwaltungsrates, zugewiesen. Die entsprechende Frage ist jedoch nicht höchstrichterlich geklärt. 26

Der Streitwert der Leistungsklage zur Einberufung einer Verwaltungsratssitzung ist nicht leicht zu bestimmen und kann anhand der Entscheidungen, die anlässlich der Sitzung getroffen werden sollten oder der 27

431 In einem unveröffentlichen Entscheid des Zuger Kantonsgerichtspräsidenten vom 23.11.1976 wurde der Verwaltungsratspräsident verpflichtet, eine Verwaltungsratssitzung anzuberaumen (siehe hierzu Erb, S. 12).

43 Oulevey/Levrat, S. 326.

43 Erb, S. 14.

43 BSK-Wernli, Art. 715 N. 7; Erb, S. 12; Vischer/Endrass, S. 410.

43 Bejahend: Wernli, N. 7; Erb, S. 20; ZK-Bühler, Art. 715 N. 27. Verneinend: Vischer/Endrass, S. 410.

Schritte, die sie nach sich ziehen könnten, bestimmt bzw. abgeschätzt werden.[436]

LITERATURVERZEICHNIS

Blanc Mathieu, Renforcement du droit à l'information de l'administrateur, in: Bulletin CEDIDAC Nr. 74, 2018.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich, 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018.

Erb Catrina, Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratssitzungen, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Betrand Schott, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Zürich/St. Gallen 2008.

Facincani Nicolas/Gayler Lukas/Wissler Seline, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht.

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Verwaltungsratssitzung, in: Trex 2023, S. 264 ff.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001.

43 Vgl. Oulevey/Levrat, S. 326.

Müller Roland, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, SJZ 107 (2011), S. 45 ff.

Müller Roland/Lipp Lorenz /Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Peter Henry/Cavadini Francesca, in: Amstutz Marc/Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur les fusion, Basel 2008.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat Art. 707-722, 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft , Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Oulevey Xavier/Levrat Jérôme, La société anonyme, Zürich 2023.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., 2023.

Vischer Markus/Endrass Yves, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates, AJP 18 (2009), S. 405 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 715a OR

Eine Kommentierung von Nicolas Facincani / Lukas Gayler / Seline Wissler

ZITIERVORSCHLAG

Nicolas Facincani/Lukas Gayler/Seline Wissler, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Facincani/Gayler/Wissler, N. XXX zu Art. 715a OR.

5. Recht auf Auskunft und Einsicht

Art. 715a

[1] Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.

[2] In den Sitzungen sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet.

[3] 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.

[4] Soweit es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, kann jedes Mitglied dem Präsidenten beantragen, dass ihm Bücher und Akten vorgelegt werden.

[5] Weist der Präsident ein Gesuch auf Auskunft, Anhörung oder Einsicht ab, so entscheidet der Verwaltungsrat.

[6] Regelungen oder Beschlüsse des Verwaltungsrates, die das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme der Verwaltungsräte erweitern, bleiben vorbehalten.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 246
II. Der auskunftspflichtige Personenkreis 247
III. Die Ausübung des Auskunfts- und Einsichtsrechts: Der "Instanzenzug" 248
IV. Der Umfang der Auskunftsrechte 249
A. Das umfassende Auskunftsrecht während Verwaltungsratssitzungen 249
B. Das unbeschränkte Auskunftsrecht über den Geschäftsgang ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen 250
C. Der Anspruch auf rechtzeitige und vollständige Abgabe von Unterlagen vor der Verwaltungsratssitzung 251
V. Das Einsichtsrecht in Bücher und Akten 252
VI. Der zeitliche Aspekt der Informationsrechte gemäss Art. 715a OR 254
VII. Die gerichtliche Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechtes 255
Literaturverzeichnis 256

I. EINLEITUNG

1 Das Recht der Mitglieder des Verwaltungsrates auf Auskunft und Einsicht ist seit der **Aktienrechtsrevision** von 1991 in einer eigenen Bestimmung in Art. 715a OR geregelt. Diese Bestimmung blieb im Rahmen der Aktienrechtsreform 2020 unverändert bestehen, obwohl die Regelung der Informationsrechte des Aktionärs geändert wurde.[437]

2 In Art. 715a Abs. 1 OR wird der Grundsatz des **unbeschränkten Auskunftsrechts** festgehalten. Absatz 2 wiederum präzisiert die Auskunftsbegehren während der Verwaltungsratssitzungen. Für Begehren um Auskunft ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen schränkt Absatz 3 das Auskunftsrecht teilweise ein. Das Recht auf Einsicht in Bücher und Akten ist in Absatz 4 geregelt. Absatz 5 beinhaltet eine Verfahrensbestimmung, wenn der Verwaltungsratspräsident ein Gesuch um Auskunft, Anhörung oder Einsicht abweist.[438] Abschliessend stellt Absatz 6 klar, dass Regelungen und Beschlüsse des Verwaltungsrates, welche das Auskunfts- bzw. Einsichtsrecht der Verwaltungsratsmitglieder erweitern, zulässig sind.[439] Damit lassen sich die in den Absätzen 1 bis 4 enthaltenen Rechte als unentziehbar bzw. als zwingender Mindeststandard qualifizieren. Auf der anderen Seite können die in den Absätzen 3 und 4 aufgestellten Beschränkungen auch vollständig aufgehoben oder der Kreis der Auskunftspflichtigen ausgedehnt werden.[440]

3 Mitglieder des Verwaltungsrates können während Sitzungen des Verwaltungsrates von den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrates und allenfalls anwesenden weiteren Personen, die mit der Geschäftsführung betraut sind, Auskunft verlangen.[441] Ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen kann ein Mitglied des Verwaltungsrates Auskünfte über einzelne Geschäfte

43 Vgl. Forstmoser/Küchler, S. 425.

43 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 1.

43 Solche Erweiterungen werden etwas als zweckmässig erachtet, wenn Ausschüsse gebildet werden; von der Crone, S. 626. Ebenso wird der direkte Zugang zum Vorsitzenden der Geschäftsleitung, bei Kenntnisgabe an den Verwaltungsratspräsidenten, empfohlen; Forstmoser, S. 57.

44 Zum Ganzen vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 11.

44 Mit der Beschränkung auf "mit der Geschäftsleitung betraute Personen" wird verhindert, dass sich die Verwaltungsratsmitglieder direkt an untergeordnete Personen wenden. Die Berichterstattung im Verwaltungsrat durch nicht der Geschäftsleitung angehörender Personen ist aber zulässig und auch üblich. Siehe zum Ganzen Forstmoser, S. 55.

nur mit **Ermächtigung des Präsidenten** verlangen. Auch für die Einsichtnahme in Bücher und Akten ist grundsätzlich die Zustimmung des Verwaltungsratspräsidenten notwendig.[442]

Das Einsichts- und Auskunftsrecht steht in einem **Spannungsfeld** zwischen Informationsbedürfnissen des Verwaltungsrates und deren missbräulicher Verwendung. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Pflichtverletzungen setzt einen umfassenden Wissensstand und folglich auch einen entsprechenden Zugang zu Informationen voraus.[443] Demgegenüber steht das vordringliche Bedürfnis der Gesellschaft, allfälligen Missbräuchen durch einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates vorzubeugen.[444] 4

Ein **Missbrauchstatbestand** kann zum einen dann vorliegen, wenn Informationen im Eigeninteresse eines Verwaltungsratsmitglieds verwendet werden, wobei vorausgesetzt wird, dass solche Eigeninteressen dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufen und das Verwaltungsratsmitglied demzufolge in den Ausstand treten müsste.[445] Zum anderen können Missbrauchstatbestände auch bei der Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen vorliegen.[446] Entsprechend umstritten ist in der Lehre, ob das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft den Informationsbedürfnissen des Verwaltungsratsmitgliedes entgegensteht bzw. diese einschränken kann.[447] 5

II. DER AUSKUNFTSPFLICHTIGE PERSONENKREIS

Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen **auskunftspflichtig** sind (Art. 715a Abs. 2 OR). Dementsprechend erstreckt sich die Pflicht zur Auskunft auch auf Delegierte, Direktoren, Prokuristen, 6

44 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 11.

44 Moschen/von der Crone, S. 306; BGE 133 III 133 E. 3.3; BGE 144 III 100 E. 5.2.2.

44 Böckli, § 9 Rz. 232 ff.; BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715 OR N. 3; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N. 78; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.33; Moschen/von der Crone, S. 306f.

44 Böckli, § 9 Rz. 235.

44 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 233.

44 Während sich Böckli, § 9 Rz. 237 auf den Standpunkt stellt, dass nur, aber immerhin, der "harte Kern" der Geschäftsgeheimnisse einen solchen Vorrang haben können, vertreten BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 5 unter Verweis auf die Geheimhaltungs- und Schweigepflicht gemäss Art. 717 OR der Verwaltungsratsmitglieder die Ansicht, dass Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft die Informationsrechte der Verwaltungsratsmitgliedern nicht einschränken können.

Bevollmächtigte und Angestellte, welche unter der Aufsicht der Geschäftsführung selbständig sowie in eigener Kompetenz Aufgaben der Geschäftsführung wahrnehmen.[448] Somit werden auch stille und faktische Verwaltungsratsmitglieder als auch Suppleanten auskunftspflichtig.[449] Von der Auskunftspflicht ausgenommen sind damit nur nicht zeichnungsberechtigte Angestellte und Hilfspersonen.[450]

III. DIE AUSÜBUNG DES AUSKUNFTS- UND EINSICHTSRECHTS: DER "INSTANZENZUG"

7 Der "**Instanzenzug**" für die Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsrechts ist wie folgt ausgestaltet:

- Auskunftsbegehren sind grundsätzlich an den Präsidenten des Verwaltungsrates zu richten.
- Während Sitzungen des Verwaltungsrates können Anfragen direkt an sämtliche auskunftspflichtige Personen (vgl. N. 3) gestellt werden. In diesem Rahmen wird keine Ermächtigung des Präsidenten oder des Gesamtverwaltungsrates vorausgesetzt.[451]
- Ausserhalb von Sitzungen des Verwaltungsrates ist ohne anderweitige Regelung in einem Organisationsreglement der ordentliche "Instanzenzug" einzuhalten. Dies ist im Hinblick darauf von Bedeutung, dass eine gleichmässige Information aller Mitglieder des Verwaltungsrates sichergestellt werden muss. Der Präsident des Verwaltungsrates muss deshalb über das Auskunftsbegehren und dessen Beantwortung in Kenntnis gesetzt werden, um bei Bedarf die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates informieren zu können.[452] Wenn der Präsident über ein Gesuch auf Auskunft oder Einsicht zu entscheiden hat, so muss er seinen Entscheid nach pflichtgemässem Ermessen und einer Interessenabwägung fällen.[453] Der Präsident hat die Ablehnung eines Gesuches i.S.v. Art. 715a Abs. 3 und 4 OR zu begründen.[454] Wird das Gesuch vom Präsidenten

44 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 7 m.w.H.
44 Bächtold, S. 104, Krneta, N. 955; CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 715a OR N. 5.
45 Bächtold, S. 109 ff.
451 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 234 / Fn. 54.
45 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.56.
45 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.53.

abgewiesen, so kann das betroffene Mitglied des Verwaltungsrates an den Gesamtverwaltungsrat gelangen, dessen Entscheid unter Vorbehalt einer gerichtlichen Überprüfung (vgl. N. 23 ff.) endgültig ist. Dieser hat nach denselben Kriterien zu entscheiden wie der Präsident.[455] Unseres Erachtens hat das gesuchstellende Mitglied im Rahmen des Entscheids des Gesamtverwaltungsrates in den Ausstand zu treten, da es sich in einem Interessenkonflikt befinden dürfte.

Ausgenommen vom Instanzenzug sind Anfragen über den Geschäftsgang. Der Bericht über den **Geschäftsgang** soll dem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates die Erfüllung oder Nichterfüllung der Geschäftsaussichten in der letzten Zeitperiode sowie besondere Ereignisse zur Kenntnis bringen.[456] 8

Sofern der Verwaltungsrat **Ausschüsse** gebildet hat, welche nicht vom Präsidenten des Verwaltungsrates geleitet werden, ergibt sich ein anderer "Instanzenzug". So müssen sich Verwaltungsratsmitglieder, welche diesen Ausschüssen nicht angehören, direkt beim Vorsitzenden des Ausschusses erkundigen. Im Weiteren muss der Ausschuss im Rahmen seiner Arbeit auch direkt Informationen von Mitgliedern der Geschäftsleitung beschaffen können.[457] 9

IV. DER UMFANG DER AUSKUNFTSRECHTE

A. Das umfassende Auskunftsrecht während Verwaltungsratssitzungen

Gemäss Art. 715a Abs. 1 und 2 OR ist das Auskunftsrecht im Rahmen von **Verwaltungsratssitzungen** umfassend. Umfassend bedeutet, dass der Verwaltungsrat Anspruch auf Information über alle die Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten hat. Das beinhaltet sowohl einen Anspruch auf Informationen über den allgemeinen Geschäftsgang als auch einen Anspruch auf detaillierte Angaben über einzelne Sachgeschäfte.[458] Vorausgesetzt ist einzig, dass ein gewisser Zusammenhang zwischen dem 10

45 CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 715a OR N. 10.
45 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.53.
45 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 270 ff.
45 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.56.
45 BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 6.

Verwaltungsratsmandat und der Auskunft besteht.[459] Auch wenn sich das Auskunftsrecht primär auf Vorgänge innerhalb des Unternehmens selbst beschränkt, erstreckt sich das Auskunftsrecht eines Verwaltungsratsmitgliedes bei einer Konzernmutter auch auf Vorgänge, welche die Tochtergesellschaft betreffen. Vom Auskunftsrecht ausgeschlossen bleiben Auskünfte betreffend Privatangelegenheiten von Mitarbeitern oder solche, die zur Befriedigung von Privatinteressen der Verwaltungsratsmitglieder dienen.[460]

11 Sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen sind uneingeschränkt auskunftspflichtig.[461] Damit ist mehr gemeint als nur die Beantwortung von gestellten Fragen. Vielmehr sind die bezeichneten Personen von sich aus auch spontan zur **Berichterstattung** über Angelegenheiten verpflichtet, die für den Verwaltungsrat von Bedeutung sind.[462] Schliesslich kann nur ein informierter Verwaltungsrat auch die richtigen Fragen stellen.[463]

12 Der Präsident muss sicherstellen, dass Fragen gestellt und auch von der zuständigen Person beantwortet werden können.[464] In diesem Zusammenhang muss er entweder die sachlich zuständigen Personen zur Sitzung einladen oder aber **schriftliche Unterlagen** zusammenzutragen.[465] Von den auskunftspflichtigen Personen kann allerdings nicht gefordert werden, dass sie bei spontanen Anfragen stets abrufbereit zur Verfügung stehen. Vielmehr hat die Auskunft in einem solchen Fall sobald als praktisch möglich nachgereicht zu werden.[466]

B. Das unbeschränkte Auskunftsrecht über den Geschäftsgang ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen

13 Als Korrelat zur persönlichen **Verantwortlichkeit** des Verwaltungsrates hat dieser ein unbeschränktes Auskunftsrecht über den Geschäftsgang auch

45 BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 4.
46 Zum Ganzen vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 4 m.w.H.
46 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N. 98; Böckli, § 9 Rz. 250; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.43. Durch den faktischen Wissensstand wird das Recht um Auskunft aber faktisch eingeschränkt, siehe hierzu von der Crone, S. 625.
46 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.43.
46 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 8.
46 Böckli, § 9 Rz. 251.
46 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.44.
46 BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 7.

ausserhalb von Sitzungen des Verwaltungsrates.[467] Mit Genehmigung des Präsidenten kann er darüber hinaus Auskunft über einzelne Geschäfte verlangen. Die Ermächtigung durch den Verwaltungsratspräsidenten ist grundsätzlich zu erteilen. Nur in den bereits umschriebenen Schranken (vgl. dazu insbesondere die unter N. 5 aufgeführten Missbrauchstatbestände) ist die Ermächtigung zu verweigern, wobei stets die Verhältnismässigkeit zu wahren ist.[468] Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz kann auch dazu führen, dass einem Auskunftsgesuch lediglich teilweise stattgegeben wird.

C. Der Anspruch auf rechtzeitige und vollständige Abgabe von Unterlagen vor der Verwaltungsratssitzung

Als Teilgehalt des Auskunftsrechts besteht der Anspruch der Verwaltungsratsmitglieder auf rechtzeitige und vollständige Abgabe von Unterlagen vor der jeweiligen Sitzung. Dabei richtet sich der Umfang der entsprechenden Unterlagen nach den traktandierten und zu behandelnden Themenkreisen.[469] Mit anderen Worten besteht ein Recht auf umfassende Information vor einer Verwaltungsratssitzung.[470] Dabei werden die Informationen zur Vorbereitung einer Verwaltungsratssitzung im Gesetz nicht besonders geregelt. Der Präsident des Verwaltungsrates ist verantwortlich für die Vorbereitung und Leitung der Sitzung. Gemäss **Swiss Code of Best Practice 2023** ist der Präsident des Verwaltungsrates Garant der Information. Er hat im Zusammenwirken mit der Geschäftsleitung für eine rechtzeitige Information der Verwaltungsratsmitglieder über alle für die Willensbildung und die Überwachung erheblichen Aspekte der Gesellschaft zu sorgen.[471] Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtzeitige und vollständige Abgabe von Unterlagen vor der Verwaltungsratssitzung ist im Swiss Code von "übersichtlich aufbereiteten und verständlichen Unterlagen" die Rede, welche den Verwaltungsratsmitgliedern zur Verfügung gestellt werden müssen. 14

46 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 9. Ohne Ermächtigung des Verwaltungsratspräsidenten können somit nicht Auskünfte über einzelne Geschäfte verlangt werden, von der Crone, S. 626.

46 Vgl. dazu Böckli, § 9 Rz. 232 ff.; BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715a OR N. 10; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.44.

46 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715 OR N. 9b.

47 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 276.

471 Vgl. Ziffer 17 des Swiss Code of Best Practice 2023 Siehe zur Rechtsnatur von Selbstregulierungsreglementen etwa Urteil des BVGer B-2233/2020 vom 16.2.2021 bzw. BVGE 2021 IV/1; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 10.80; Böckli, § 12 Rz. 150.

Unseres Erachtens überzeugt diese Formulierung in sachlicher Hinsicht, weshalb der Swiss Code in der Praxis als Auslegungshilfe herangezogen werden kann.

15 Die Mitglieder des Verwaltungsrates sollten die übersichtlich aufbereiteten Unterlagen, soweit möglich, vor der Sitzung zugestellt erhalten, wobei die Zustellung sowohl postalisch als auch elektronisch erfolgen kann, unabhängig davon, ob die Sitzung im Nachgang physisch, elektronisch oder virtuell stattfindet. Andernfalls lässt der Präsident die Unterlagen mit genügender Zeitvorgabe vor der Sitzung zum Studium auflegen. Dadurch wird sichergestellt, dass sich alle Verwaltungsratsmitglieder eine fundierte Meinung im Hinblick auf **Entscheidungen** bilden können.[472]

16 Die **Unterlagen** für eine Verwaltungsratssitzung müssen rechtzeitig vorliegen. Ist dies nicht der Fall, müssen die Verwaltungsratsmitglieder aktiv werden. Gegebenenfalls müssen sie an der Sitzung beantragen, das Geschäft abzulehnen oder zu vertagen.[473] Welche Frist noch als angemessen gilt, muss im Einzelfall beurteilt werden.

V. DAS EINSICHTSRECHT IN BÜCHER UND AKTEN

17 Die Mitglieder des Verwaltungsrates haben sowohl inner- als auch ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen ein **individuelles Recht** auf Einsicht in Bücher und Akten. Die Begriffe sind extensiv auszulegen und umfassen sämtliche auf schriftlichen oder elektronischen Datenträgern erfassten Gesellschaftsakten, auf welche die Gesellschaft Zugriff hat.[474] Namentlich haben die Mitglieder Anspruch auf das Sitzungsprotokoll und die entsprechenden Dokumentationen, sofern nicht ein Missbrauchstatbestand (vgl. N. 5) vorliegt. Das gilt auch für Mitglieder, welche sich im Ausstand befinden.[475]

18 Unter den Begriff der "**Bücher**" fallen die eigentlichen Geschäftsbücher i.S.v. Art. 957 ff. OR sowie die Korrespondenz.[476] Nicht darunter fällt hingegen das Aktienbuch, da jedem Mitglied des Verwaltungsrates ein diesbezüglich unbeschränktes Einsichtsrecht zusteht, da es hierfür die Verantwortung

47 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 276.
47 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.41.
47 ZK-Bühler, Art. 715a OR N. 54.
47 Vgl. Müller/Henry, S. 62 f.
47 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715 OR N. 11.

mitträgt.[477] Schliesslich hat auch jedes Mitglied des Verwaltungsrates freien Zugang zu den Akten des Verwaltungsrates, seiner Ausschüsse und insbesondere des Präsidialausschusses.[478] Unter den Begriff der "Akten" fallen grundsätzlich alle Dokumente mit Bezug zur Tätigkeit der Gesellschaft,[479] insbesondere auch sämtliche relevanten Computerdaten.[480]

Dabei umfasst das Einsichtsrecht nicht das voraussetzungslose Recht, Kopien der Unterlagen anzufertigen und diese mitzunehmen. Jedoch kann der Präsident im Interesse der Gesellschaft ein Kopieren relevanter Teile der internen Dokumentation zulassen.[481] Das Einsichtsrecht ist **persönlich** auszuüben, wobei das einsichtsnehmende Mitglied des Verwaltungsrates dem Präsidenten ein Gesuch stellen kann, um sich von einem zuständigen Experten begleiten zu lassen.[482] 19

Das Einsichtsrecht gemäss Art. 715a Abs. 4 OR ist gesetzlich am stärksten eingeschränkt. So können die Bücher und Akten nur eingesehen werden, "soweit es für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist". Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt damit vor allem von der Organisation der betreffenden Aktiengesellschaft ab.[483] Das um Einsicht ersuchende Mitglied des Verwaltungsrates hat gegenüber dem Verwaltungsratspräsidenten anzugeben, inwiefern die Einsicht für seine **Aufgabenerfüllung** von Relevanz ist.[484] Ob für das Einsichtsbegehren (oder auch für Informationsbegehren) an den Verwaltungsratspräsidenten Schriftlichkeit verlangt werden darf, ist in der Lehre umstritten. Aus Beweisgründen kann sich die Schriftform für das Gesuch (und evtl. die Antwort darauf) aufdrängen. Unseres Erachtens kann die schriftliche Form verlangt werden und ergibt sich aus dem Recht und der Pflicht des Verwaltungsrats zur Selbstorganisation.[485] Die Anforderungen an die Form sollten aber in jedem Fall nicht zu hoch angesetzt werden: Ein Einsichtsbegehren per E-Mail sollte in jedem Fall als 20

47 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 287.
47 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 288.
47 ZK-Bühler, Art. 715a OR N. 54.
48 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 284
48 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 285.
48 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 286.
48 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.51.
48 Vgl. Böckli, § 9 284; Moschen/von der Crone, S. 309. Wie hier bejahend mit dem Hinweis auf die Selbstorganisation etwa Forstmoser, S. 57, verneinend etwa Roth Pellanda, N. 692.
48 Vgl. Böckli, § 9 Rz. 284; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.50.

ausreichend erachtet werden, auch wenn das Organisationsreglement Schriftlichkeit verlangt. Ob dem Verwaltungsratsmitglied Einsicht gewährt wird, entscheidet der Präsident.

VI. DER ZEITLICHE ASPEKT DER INFORMATIONSRECHTE GEMÄSS ART. 715A OR

21 Der **Anspruch** auf Auskunftserteilung beginnt mit der Wahl zum Mitglied des Verwaltungsrates und endet mit dessen Ausscheiden[486] durch Ende der Amtszeit, Rücktritt oder Abwahl.[487] Nach Ausscheiden als Mitglied des Verwaltungsrates wird dieses entweder zum gewöhnlichen Aktionär oder zu einem aussenstehenden Dritten, welchem kein Recht auf zusätzliche Information zukommt.[488] Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Auskunftsbegehren Umstände oder Dokumente betrifft, welche auf die Zeit der Aktivität des Verwaltungsrates zurückgehen.[489] Dies wird mit dem fehlenden Interesse eines ehemaliges Verwaltungsratsmitglieds an der Geltendmachung des Rechts auf Auskunft und Einsicht begründet.[490] Droht einem Verwaltungsrat die Abwahl, beispielsweise weil dessen Abwahl an der bevorstehenden Generalversammlung traktandiert ist, so ist die Beantragung von vorsorglichen Massnahmen (auch superprovisorisch) beim zuständigen Gericht grundsätzlich denkbar. Jedoch werden derartige Massnahmen nur unter wesentlich erhöhten Anforderungen gewährt.[491]

22 Nur wenn ein ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrates wegen eines Rechtsstreites – insbesondere aus **Verantwortlichkeit** oder wegen Honoraransprüchen – auf den Zugang zu den benötigten Informationen während der früheren Amtszeit angewiesen ist, besteht auch noch nach dem Ausscheiden ein entsprechender Anspruch gegen die Gesellschaft.[492]

---

48 Vgl. BSK-Wernli/Rizzi, Art. 715 OR N. 4; CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 715a OR N. 2.
48 Vgl. Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.70.
48 ZK-Bühler, Art. 715a OR N. 37.
48 BGE 129 III 499 E. 3.3; gleicher Meinung ist auch, BSK-Wernli/Rizzi Art. 715a OR N. 4 m.w.H.
49 BGE 129 III 499 E. 3.3; BGer 4C.7/2003 vom 26.5.2003 E. 6.2.
49 OGVE 2014/15 Nr. 08, Böckli, § 9 Rz. 293. Zur gerichtlichen Durchsetzung siehe nachfolgend N. 23 ff.
49 BGE 129 III 499 E. 3.3 m.w.H.; Böckli, § 9 Rz. 243.

VII. DIE GERICHTLICHE DURCHSETZUNG DES AUSKUNFTS- UND EINSICHTSRECHTES

In der Lehre war die Frage nach der gerichtlichen **Durchsetzbarkeit** des Informationsanspruches von Mitgliedern des Verwaltungsrates gemäss Art. 715a OR mittels Leistungsklage lange Zeit stark umstritten.[493] Eine Klagemöglichkeit ist im Gesetz nicht explizit statuiert.[494] Im Jahr 2018 entschied das Bundesgericht die Frage zugunsten Zulässigkeit einer Leistungsklage.[495] Demnach kann das Informationsrecht also auch ausserhalb von Verwaltungsratssitzungen gerichtlich durchgesetzt werden.[496] Das Bundesgericht kam nach einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Lehrmeinungen sowie einer Auslegung der entsprechenden Bestimmung zum Schluss, dass Art. 715a OR den Zweck habe, sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat seine Aufgaben als Führungs- und Aufsichtsgremium wirksam und effizient wahrnehmen könne. Wenn der Gesetzgeber demnach davon ausginge, dass die von Art. 715a OR geschützten Informationsrechte notwendig für eine wirksame Erfüllung der erwähnten Aufgaben seien, spreche vor allem dieser Zweck für die Klagemöglichkeit.[497] Zudem könne das Wissen, dass Informationsrechte nicht klagbar sind, einer Auskunftsverweigerung des Verwaltungsrates zu Unrecht Auftrieb geben. Diesbezüglich würde auch die Klage auf Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses keine Abhilfe schaffen, hätte diese keine Informationsgewährung zur Folge.[498] Das Gericht habe aber stets im Einzelfall zu prüfen, ob die verlangten Informationen zur Erfüllung des Verwaltungsratsmandats notwendig sind oder ob der Einsicht überwiegende Interessen der Gesellschaft entgegenstehen würden.[499] 23

Der Entscheidung des Bundesgerichts ist u.U. beizupflichten, bilden die in Art. 715a OR statuierten Auskunfts- bzw. Einsichtsrechte der Verwaltungsratsmitglieder denn eine grundlegende Voraussetzung für deren 24

49 Für die Zulässigkeit einer solchen Leistungsklage sprach sich u.a. Bächtold, S. 178 ff. aus.
49 Vgl. Moschen/von der Crone, S. 307.
49 Vgl. BGE 144 III 100 E. 5.2.2.
49 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.49.
49 BGE 144 III 100 E. 5.2.2 m.w.H.
49 BGE 144 III 100 E. 5.2.2.
49 BGE 144 III 100 E. 5.2.3, Moschen/von der Crone, S. 309.

pflichtgemässe Aufgabenerfüllung gemäss Art. 717 OR.[500] Eine solche **Leistungsklage** fällt in den Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens.[501]

25 Der Anspruch gemäss Art. 715a OR ist persönlicher Natur und kann nicht abgetreten werden. Da mittels Leistungsklage Informationen erhältlich gemacht werden sollen, welche der Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben dienen sollen, ist grundsätzlich nur derjenige aktivlegitimiert, der nicht nur bei der Klageeinleitung, sondern auch bei der Urteilsfällung noch Mitglied des Verwaltungsrates ist.[502] Eine Ausnahme hat beim erwähnten Beispiel des ehemaligen Mitgliedes des Verwaltungsrates zu gelten, welches im Rahmen eines Rechtsstreites auf die Informationen angewiesen ist (vgl. N. 22). **Passivlegitimiert** ist nicht etwa der Verwaltungsratspräsident oder der Gesamtverwaltungsrat, sondern die Gesellschaft.[503]

LITERATURVERZEICHNIS

Bächtold Thomas C., Die Information des Verwaltungsrates, Bern 1997.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zur Art. 715a OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-Bühler).

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Zürich 2021.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Killias Laurent, Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann

50 Dazu ausführlich auch Naef/Rieger, S. 604.
50 BGE 144 III 100 E. 6.
50 Zum Ganzen Killias, S. 343.

Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, S. 337–349.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707–726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Meyer-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Moschen Corina/von der Crone Hans Caspar, Gerichtliche Durchsetzung der Informationsrechte nach Art. 715a OR, SZW 2018, S. 304–313.

Müller Lukas/David P. Henry, Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Müller Matthias P.A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020, S. 45–70.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Naef Monika/Rieger Sebastian, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 5/2018, S. 600–608.

Plüss Adrian/Facincani-Kunz Dominique, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR – VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Plüss/Facincani-Kunz).

Roth Pellanda Katja, Organisation des Verwaltungsrats, Zürich 2007.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin/Rizzi Marco A., Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Wernli/Rizzi).

50 BGE 144 III 100 E. 5.2.3.2; von der Crone, S. 627.

3.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 734f OR

Eine Kommentierung von Lucas Forrer / Matthias Müller

ZITIERVORSCHLAG

Lucas Forrer / Matthias Müller, Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Forrer / Müller, N XXX zu Art. 734f OR.

VII. Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Art. 734f

Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat und zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht bei Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 überschreiten, anzugeben:

die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind; und
die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts.

GLIEDERUNG

I. Einführung 262
A. Gehalt und Hintergrund der Vorschrift im Überblick 262
B. Normzweck 263
C. Rechtstatsächliche Ausgangslage; Vergleich mit dem Ausland 264
D. Verfassungsrechtliche Ausgangslage 265
II. Entstehungsgeschichte 267
A. Rechtslage vor der Aktienrechtsnovelle 2020 267
1. Gesetz 267
a. Auf Stufe Verwaltungsrat 267
b. Auf Stufe Geschäftsleitung 268
2. Selbstregulierung 268
B. Gang der GesetzgebungsarbeitenSiehe eingehend zum Gang der Gesetzgebungsarbeiten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1019 ff.; siehe auch die Zusammenfassung bei Forstmoser/Küchler, N. 3 ff. zu Art. 734f OR. 269
C. Inkrafttreten 270
III. Rechtssystematik und Rechtsnatur 270
A. Systematische Stellung im Gesetz 270
B. Allgemeiner Charakter der Norm 271
1. Zwingende Norm 271
2. Lex specialis 271
3. Atypische Comply-or-explain-Norm 272
a. Normtheoretische Einordnung; typische und atypische Normen 272
b. Kritik am Comply-or-explain-Konzept 274
IV. Tatbestand 275
A. Persönlicher Anwendungsbereich 275
1. Persönlich-räumlicher Geltungsbereich 275
a. Inkorporation in der Schweiz; Börsenkotierung; doppelter Schwellenwert 275
b. "Opt-in" 278
2. Persönlich-sachlicher Geltungsbereich 279
3. Normadressaten 279
B. Höhe und Bemessung der Richtwerte 280
1. Höhe 280
2. Bemessungsgrundlage; Berechnung 281
3. Praktische Umsetzung 282
C. Zeitlicher Anwendungsbereich (Übergangsfrist) 283
V. Rechtsfolgen 284
A. Comply or explain 284
B. Berichterstattungspflicht 284
1. Gefäss für den Bericht: Vergütungsbericht 284

2. Inhalt und Dichte des Berichts 285
3. Prüfung durch die Revisionsstelle 288
VI. Rechtsdurchsetzung 291
A. Instrumente des Aktionärs 291
1. Überblick 291
2. Recht auf Auskunft und Einsicht 291
3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit 293
B. Anspruch auf "Einstellung"? 295
Materialien 295
Literaturverzeichnis 296

I. EINFÜHRUNG

A. Gehalt und Hintergrund der Vorschrift im Überblick

1 Art. 734f OR verankert erstmals verbindliche Geschlechterrichtwerte im schweizerischen Aktienrecht. Demnach müssen die von der Norm erfassten Gesellschaften,[504] wenn die gesetzlichen Richtwerte nicht erreicht sind, über die Gründe für diese Untervertretung und über die Massnahmen zur Förderung des untervertretenen Geschlechts Bericht erstatten. Im politischen Alltag wird der Begriff der Geschlechterrichtwerte auch mit dem eingängigen, aber wenig präzisen Schlagwort "Frauenquote" bedacht. Schon ein Blick auf diesen gesetzlichen Mechanismus offenbart nämlich, dass es sich nicht um eine wirkliche Quote handelt, sondern nur (aber immerhin) um einen Richtwert mit Verbindlichkeit "minderen Grades". Von dieser Besonderheit wird noch im Einzelnen zu handeln sein.[505] Im Gegensatz zu vielen ausländischen Pendants[506] zeichnet sich Art. 734f OR durch die vielgerühmte helvetische ("freundeidgenössische") Neigung zum Kompromiss und zur Mässigung aus.

2 Art. 734f OR ist eine genuin gesellschaftspolitisch (und damit rechtspolitisch) motivierte Vorschrift. Sie ist Ausdruck des Zugs unserer Zeit, in dem das Private und das Öffentliche in zunehmende Verquickung miteinander treten. "Frauenförderung" sei nicht mehr nur eine Angelegenheit des Staates (der Öffentlichkeit), sondern auch privater Unternehmen. Es ist denn auch nicht verwunderlich, dass die Aktienrechtsnovelle von 2020 durchaus samt und sonders an dieser einen, mit Blick auf das Ganze kaum entscheidenden Vorschrift zu scheitern drohte – so sehr vermochte sie die politischen Gemüter zu erhitzen![507] Jedenfalls im aktienrechtlichen Schrifttum sind zu Recht Bedenken laut geworden, dass das Aktienrecht, seiner herausragenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben zum Trotz, nicht der geeignete Ort zur Verwirklichung gesellschaftspolitischer Desiderata sei.[508] Die Gleichstellung der Geschlechter ist ein gesamtgesellschaftliches und gesamtwirtschaftliches Thema; ein innerer, enger, ausschliesslicher Zusammenhang mit dem

50 Siehe hinten N. 23 ff.
50 Siehe hinten N. 19 ff und 36.
50 Siehe zur Rechtsvergleichung hinten N. 4.
50 Siehe hinten N. 14.

Aktienrecht ist ihm fremd.[509] Das Ziel des Aktienrechts (des Gesellschaftsrechts überhaupt) ist es vielmehr, im Interesse der wirtschaftlichen "Eigentümer" der Gesellschaft (bei der Aktiengesellschaft also der Aktionäre) die Funktionsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Organisation zu gewährleisten; Aktiengesellschaften, auch börsenkotierte, sind nicht Teil der (politischen) Öffentlichkeit, sondern Subjekte der Privatrechtsordnung im Dienste ihrer Eigentümer (Aktionäre).[510] Der Gesetzgeber braucht sich in seiner Machtvollkommenheit freilich um derlei prinzipielle systematische und theoretische Überlegungen nicht zu kümmern.[511]

B. Normzweck

Zweck von Art. 734f OR ist die Verwirklichung des dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich aufgegebenen Auftrags zur tatsächlichen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Arbeit (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV).[512] Seinem Wortlaut nach nimmt die Vorschrift zwar nicht Bezug auf ein bestimmtes Geschlecht und ist insoweit neutral formuliert, doch ergibt sich aus der rechtstatsächlichen Ausgangslage und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift[513] zweifellos, dass die Vorschrift die Erhöhung des Anteils der Frauen im Management zum Ziel hat.[514] Die Vorschrift soll, so die Botschaft des Bundesrates, der Wirtschaft ein deutliches Zeichen setzen, die "Bemühungen zur aktiven und umfassenden Kaderförderung von Frauen, dem noch immer deutlich untervertretenen Geschlecht im obersten Kader, zu intensivieren"[515]. Die Bestimmung will allerdings nicht ein bestimmtes 3

50 Böckli, Blütenlese, S. 4 f.; ZK-Bühler, N. 81 zu Art. 707 OR; ders., Corporate Governance, S. 353; ders., Regulierungstendenzen, S. 18; Hofstetter, Grundlagenbericht, S. 15; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030; Kunz, S. 422 f.; Rioult, Geschlechterrichtwerte, Rz. 23 f.; ders., Diversity, S. 229 und 232 ff.; von der Crone/Daeniker, S. 463; in der Tendenz ebenso Grosz, S. 520 f.; von der Crone, Vernehmlassung, S. 15; vgl. auch Vogt, S. 21; a.M. Frei, S. 179; Friederici, S. 93 f.; Schenker, S. 475; Stojanovic, S. 177.

50 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

51 Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 10 Rz. 288 f.

511 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

512 Siehe zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage näher hinten N. 5 ff.

513 Siehe näher hinten N. 4 und 8 ff.

514 Botschaft 2016, S. 452 f. und 592; Stojanovic, S. 178 f.; siehe auch Friederici, S. 92 Fn. 2 und S. 94 mit Fn. 22; Bericht VE-OR 2014, S. 41 und 151 f.

515 Botschaft 2016, S. 592; ähnlich schon Bericht VE-OR 2014, S. 152.

Geschlechterverhältnis im Management mit Zwang durchsetzen; sie will nur mittels Berichterstattungspflicht darauf hinwirken.[516]

C. Rechtstatsächliche Ausgangslage; Vergleich mit dem Ausland

4 Empirisch steht fest: Frauen sind in den Führungsetagen grosser (meist börsenkotierter) Unternehmen in der Schweiz weniger stark vertreten als Männer. Es ist aber seit Längerem eine Entwicklung hin zu einer ausgewogenen Repräsentation beider Geschlechter sowohl in den Verwaltungsräten als auch in den Geschäftsleitungen solcher Unternehmen erkennbar. Nicht nur wird mitunter medienwirksam erklärt, den Frauenanteil in den kommenden Jahren in den wichtigsten Führungspositionen deutlich erhöhen zu wollen.[517] Seit 2012 ist überdies seitens der Investoren gar eine klare Präferenz für weibliche Verwaltungsratsmitglieder ersichtlich – obschon die Geschlechterrichtwerte erst Ende 2014 offiziell in die Revision des Aktienrechts aufgenommen worden sind.[518] Gemäss dem Schillingreport 2022 beläuft sich der Frauenanteil in den Verwaltungsräten der 100 wichtigsten Schweizer Unternehmen mittlerweile auf 26 Prozent (2010: 10 Prozent), in den Geschäftsleitungen auf 17 Prozent (2005: 4 Prozent). Bei den SMI-kotierten Unternehmen liegt der Frauenanteil etwas höher: in den Verwaltungsräten 30 Prozent (2010: 11 Prozent), in den Geschäftsleitungen 19 Prozent (2010: 5 Prozent).[519] Im europäischen Vergleich besetzt die Schweiz

516 Siehe dazu näher hinten N. 37 ff. – Jedenfalls irreführend sind folglich im Schrifttum anzutreffende Aussagen, wonach, über die Richtwerte von 20 bzw. 30 Prozent hinaus, eine Quote von 50 Prozent anzustreben sei und in den Richtwerten des Art. 734f OR insoweit nur Minimalvorgaben zu erblicken seien (so etwa Friederici, S. 96). Bei zutreffender Betrachtung findet der Normzweck seine Grundlage und ebenso seine Grenzen in der Norm selbst – und nicht in irgendwelchen von der Norm losgelösten rechtspolitischen Desiderata.

517 Vgl. etwa den von Nestlé verabschiedeten Plan, den Frauenanteil bis 2022 in den 200 wichtigsten Führungspositionen auf 30 Prozent zu erhöhen. Siehe Finanz und Wirtschaft vom 6. März 2019, "Nestlé gibt sich eine Frauenquote", https://www.fuw.ch/article/nestle-gibt-sich-eine-frauenquote (besucht am: 4.1.2022).

518 Schneider/Wagner/Wenk Bernasconi, S. 676. – Dieser Umstand mag erstaunen, da sich Gender-Diversity in den Leitungsgremien nicht zwingend positiv auf den Aktienkurs eines börsenkotierten Unternehmens auswirkt. Für einen Überblick (aus der umfangreichen amerikanischen Literatur) siehe statt vieler Fried, S. 5 f. (eine Geschlechterquote bzw. Comply-or-Explain-Regelung in der Tendenz ablehnend), und Painter, S. 203 ff. (Gender-Diversity befürwortend).

519 Zum Gesagten Medienmitteilung Schilling-Report 2022. Der schriftliche Bericht wird im Mai 2022 erscheinen.

mit diesen Werten indes einen Platz im hinteren Mittelfeld: Gemäss dem European Women on Boards-Netzwerk steht die Schweiz auf Platz 15 von 19, was den Frauenanteil im Verwaltungsrat, und auf Platz 14, was die Geschäftsleitungen betrifft.[520] Der (gegenwärtige) Rückstand gegenüber den europäischen Staaten lässt sich wohl dadurch erklären, dass dort seit Jahren Bestrebungen im Gange sind, den Frauenanteil in den Führungsetagen merklich zu erhöhen, namentlich mittels verbindlicher Geschlechterquoten.[521]

D. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die mit der Einführung von Geschlechterrichtwerten verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen können und sollen an dieser Stelle nicht im Einzelnen erörtert werden. Art. 734f OR greift in die grundrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit, die unter anderem das Recht der Männer auf freien Zugang zu privatwirtschaftlichen Erwerbs- und Geschäftstätigkeiten sowie das Recht privater Gesellschaften auf freie Wahl ihrer Arbeitsbeziehungen und auf freie Gestaltung ihrer Organisation (Freiheit, die Zusammensetzung der eigenen Leitungsorgane selber zu bestimmen) umfasst, ein. 5

Das hiesige Schrifttum vertritt unter Berufung auf Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV indes die Auffassung, dass sich die Geschlechterrichtwerte und der gewählte *Comply-or-explain*-Ansatz[522] als vergleichsweise "milde" Massnahmen 6

52 Siehe die Länder-Zusammenfassung beim Gender Diversity Index 2021, S. 27.

521 Geschlechterquoten sind in Europa überwiegend nur für den Verwaltungsrat vorgesehen: So etwa in Belgien (33 Prozent), Italien (33 Prozent), Portugal (33 Prozent), Frankreich (40 Prozent), Norwegen (40 Prozent), Deutschland (30 Prozent) und Österreich (30 Prozent). Siehe dazu Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1018 m.w.H. – Auch die Europäische Union ist nicht untätig geblieben: Die Europäische Kommission hat am 7. Juni 2022 bekanntgegeben, dass eine politische Einigung über einen von ihr bereits im Jahre 2012 unterbreiteten Vorschlag für eine entsprechende Richtlinie erzielt worden sei. Die EU-Mitgliedstaaten müssen sich bei der Umsetzung dieser Richtlinie für eines von zwei Modellen entscheiden: Entweder müssen mindestens 40 Prozent der nicht geschäftsführenden Mitglieder des Aufsichtsrates einer börsenkotierten Gesellschaft oder aber mindestens 33 Prozent der Mitglieder des Aufsichtsrates und des Vorstandes gesamthaft dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören. Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Juni 2022, "Kommission begrüsst politische Einigung auf Geschlechterquoten für Leitungsorgane von Unternehmen", https: //ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_3478 (besucht am: 5.7.2022).

52 Siehe zu diesem Ansatz ausführlich hinten N. 19 ff.

innerhalb der rechtlichen Vorgaben bewegten; sie seien letztlich verhältnis- und verfassungsmässige Eingriffe in die tangierten Grundrechte.[523] Auch der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zum neuen Aktienrecht fest, dass angesichts der Verpflichtung, die Nicht-Einhaltung der Geschlechterrichtwerte nur erklären zu müssen, die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit verhältnismässig sei. Als Rechtfertigungsgrund für die staatliche Intervention diene Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, wonach das Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau, insbesondere bei der Arbeit, zu sorgen habe; dies umfasse auch Massnahmen zur Kompensation der Unterrepräsentanz der Frauen in den Leitungsorganen privater Unternehmen oder die Vorgabe von Zielgrössen.[524]

7 Gegen diese Begründung des Bundesrates sowie des Schrifttums ist in der Literatur zu Recht Kritik erhoben worden: Aus der empirisch festgestellten Unterrepräsentanz von Frauen in den Leitungsorganen kann nämlich nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Gleichstellung (Diskriminierung) geschlossen werden. Das Bundesgericht hat einer Ergebnisgleichheit in diesem Sinne vielmehr eine klare Absage erteilt.[525] Ungeachtet dessen dürften letztlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, welche die Geschlechterrichtwerte schlechterdings verfassungswidrig erscheinen liessen. Freilich bleibt mit oder trotz der Bejahung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Geschlechterrichtwerten die rechtspolitische Frage nach der Sinnhaftigkeit ihrer Einführung in der Privatwirtschaft unbeantwortet. Der Fokus der Geschlechterrichtwerte einzig auf der ausgewogenen Vertretung beider Geschlechter im obersten Management hiesiger Grossunternehmen könnte von den tatsächlichen Herausforderungen für die Gleichstellung der Geschlechter ablenken, die etwa im Bereich der Herstellung von Bedingungen für die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf liegen.[526]

---

52 Siehe statt vieler Grosz, S. 511 ff., insbesondere 521 ff.; Ueberschlag, S. 907 ff.; ferner Friederici, S. 93.

52 Botschaft 2016, S. 453 f., mit Hinweis auf BGE 116 Ib 270 E. 7.

52 So von der Crone/Angstmann, S. 16 f.; vgl. BGE 123 I 152 E. 7; BGE 125 I 21 E. 3d/cc; kritisch zur dahin gehenden Begründung des Bundesrates in der Botschaft 2016 (S. 453) auch Friederici, S. 93 Fn. 8.

52 Im Übrigen stellt sich die Frage, ob nicht Massnahmen zur Förderung von Frauen, die auf der Ebene unterhalb der Geschäftsleitung ansetzen, eher geeignet sind, den Frauenanteil in der Geschäftsleitung zu erhöhen, da auf diesem Wege das Reservoir potentiell geeigneter Frauen eher erweitert wird. – Vgl. zur Kritik am alleinigen Fokus auf Geschlechterrichtwerte auch OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

A. Rechtslage vor der Aktienrechtsnovelle 2020

1. Gesetz

a. Auf Stufe Verwaltungsrat

Dem schweizerischen Aktienrecht waren gesetzlich verpflichtende Quoten oder Richtwerte zur Vertretung der Geschlechter bislang fremd. Der Generalversammlung stand es vor Inkrafttreten von Art. 734f OR per 1. Januar 2021 frei, mit Wirkung für den Verwaltungsrat eine statutarische Wählbarkeitsvoraussetzung einzuführen, die darauf abzielte, eine bestimmte (prozentuale) Mindestvertretung der Geschlechter sicherzustellen. Die Frage nach der Zulässigkeit einer auf das Geschlecht ausgerichteten Wählbarkeitsvoraussetzung wurde im juristischen Schrifttum bislang nur kursorisch diskutiert.[527] Als Einwand gegen die Zulässigkeit einer statutarischen Regelung betreffend die Geschlechtervertretung wurden insbesondere der Persönlichkeitsschutz und das Gleichbehandlungsgebot geltend gemacht.[528] Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Es erschliesst sich nämlich nicht, weshalb die Berücksichtigung anderer persönlicher Eigenschaften wie des Alters oder der Nationalität in den Statuten zulässig sein soll, des Geschlechts hingegen nicht.[529] Die Generalversammlung (einer börsenkotierten Gesellschaft) hatte also bereits unter der Herrschaft des alten Rechts die Möglichkeit, eine Geschlechterregelung auf Stufe des Verwaltungsrates zu treffen.[530] 8

52 Bejahend ZK-Bürgi, N. 12 zu Art. 707 OR; ZK-Homburger, N. 127 zu Art. 707; verneinend Roland Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.70 (siehe aber auch Rz. 1.71).

52 Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.69.

52 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1016. – Auch in Deutschland ist die Einführung persönlicher Voraussetzungen für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die auf das Geschlecht abstellen, zulässig. Siehe dazu statt vieler Habersack, Münchener Kommentar N. 18 und 58 zu § 100 AktG.

53 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1016; Rioult, Diversity, S. 150 f.

b. Auf Stufe Geschäftsleitung

9 Die Generalversammlung kann die Delegationskompetenz des Verwaltungsrates im Wege einer statutarischen Bestimmung beschränken (Art. 627 Ziff. 12 OR bzw. künftig Art. 716b Abs. 1 revOR).[531] Somit waren bzw. sind sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten von Art. 734f OR nicht nur statutarische Vorgaben zur angemessenen Vertretung der Geschlechter, sondern auch prozentuale Quoten in der Geschäftsleitung als zulässig zu betrachten.[532]

2. Selbstregulierung

10 Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Swiss Code) enthielt lange Zeit keine Regelung betreffend die Vertretung der Geschlechter in Führungsgremien. Vor dem Hintergrund der politischen Diskussion rund um die Forderung nach einer stärkeren Vertretung von Frauen in Führungsgremien empfiehlt der Swiss Code in der revidierten Fassung von 2014 unter Ziffer 12 ("Zusammensetzung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung"), dass dem Verwaltungsrat sowohl männliche als auch weibliche Mitglieder angehören sollen, verbunden mit der Verpflichtung zu *"comply or explain"*.[533] Zugleich wird aber hervorgehoben, dass Kandidaten beider Geschlechter die erforderlichen Fähigkeiten für eine eigenständige Willensbildung mitbringen müssten, damit der kritische Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet sei.[534]

---

531 BGE 137 III 503 E. 4.2, in: Pra 2012, Nr. 64; siehe auch Junod, quotas, S. 382, bei und in Fn. 11.

53 Differenziert Bertschinger, Delegation, S. 301 f.; Rioult, Diversity, S. 162 f.; vgl. auch Burg/von der Crone, S. 70, die sich in Bezug auf statutarische Vorgaben zu Gunsten von personenbezogenen Kriterien aussprechen. Der Cour de justice Genf hält demgegenüber generell fest: "[L]'assemblée générale n'est indubitablement pas compétente pour définir les qualités personnelles ou professionnelles ou les caractéristiques particulières que doivent avoir les délégataires." (Arrêt de la Cour de justice Genf, ACJC/562/2011 vom 2. Mai 2011, E. 5.2.3).

53 Der Grundsatz «comply or explain» ist in der Präambel zum Swiss Code verankert. Von den Adressaten des Swiss Code (in erster Linie börsenkotierte Gesellschaft) wird also erwartet, dass sie sich an die Empfehlungen des Swiss Code halten oder erklären, weshalb sie es nicht tun. Siehe auch Hofstetter, Swiss Code, S. 173.

53 Siehe ausführlich zur Einführung dieser Empfehlung Hofstetter, Grundlagenbericht, S. 13 ff.

B. Gang der Gesetzgebungsarbeiten[535]

Weder der Vorentwurf 2005 noch der Entwurf 2007 zum neuen Aktienrecht sahen Bestimmungen zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung vor. Ebenso wenig wurden Transparenzvorschriften für Gender Diversity in der Unternehmensführung aufgenommen. Erst im Vorentwurf vom 28. November 2014 hat der Bundesrat einen Vorschlag für eine gesetzliche Bestimmung betreffend Gender Diversity unterbreitet, der nahezu identisch mit der heutigen Regelung von Art. 734f OR war ("Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung" von grösseren börsenkotierten Gesellschaften). 11

Im Rahmen der Vernehmlassung wurde das Ziel einer besseren Vertretung der Frauen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung von börsenkotierten Gesellschaften zwar allgemein als erstrebenswert erachtet. Hinsichtlich der konkreten Umsetzung sind die Stellungnahmen jedoch kontrovers ausgefallen. Wirtschaftsverbände und bürgerliche Parteien verlangten den Verzicht auf eine Gesetzesnorm.[536] Eine diametral entgegengesetzte Position nahmen diverse Frauenrechtsorganisationen und dem sozialdemokratischen Spektrum zugehörige Parteien ein, welche die Regelung begrüssten und mitunter griffigere Kontrollmechanismen sowie wirksamere Sanktionen forderten.[537] 12

Trotz dieser Ausgangslage hielt der Bundesrat im Entwurf 2016 an seinem ursprünglichen Vorschlag aus dem Jahre 2014 fest, wobei es im Unterschied zu den im Vorentwurf 2014 geforderten 30 Prozent Frauen in Geschäftsleitungen es nun bloss 20 Prozent sein sollten, und dies nach einer längeren Übergangsfrist von zehn statt fünf Jahren. Für Verwaltungsräte blieb es beim Vorschlag des Vorentwurfs 2014.[538] 13

Der Nationalrat stimmte der vom Bundesrat im Entwurf 2016 vorgeschlagenen Regelung in der Sommersession 2018 nach hitzigen Diskussionen zu – mit 14

535. Siehe eingehend zum Gang der Gesetzgebungsarbeiten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1019 ff.; siehe auch die Zusammenfassung bei Forstmoser/Küchler, N. 3 ff. zu Art. 734f OR.

53 Siehe zu den Argumenten der bürgerlichen Parteien und der Wirtschaftsverbände Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014, S. 25.

53 Siehe zu den Argumenten der sozialdemokratischen Parteien und der Frauenverbände Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014, S. 25.

53 Zu den Argumenten des Bundesrates siehe Botschaft 2016, S. 453 ff., 662.

einer Stimme Mehrheit. Am 19. Juni 2019 schloss sich der Ständerat mit 27 zu 13 Stimmen dem Nationalrat an.

C. Inkrafttreten

15 Die Aktienrechtsrevision wurde am 16. Juni 2020 verabschiedet. Im Gegensatz zu den übrigen Anpassungen bedurfte die Einführung der Geschlechterrichtwerte keiner Ausführungsbestimmungen. Der Bundesrat hat deshalb die entsprechenden Bestimmungen zu den Geschlechterrichtwerten an seiner Sitzung vom 11. September 2020 auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt.[539]

III. RECHTSSYSTEMATIK UND RECHTSNATUR

A. Systematische Stellung im Gesetz

16 Art. 734f OR wird sich künftig im vierten Abschnitt betreffend Vergütungen von börsenkotierten Aktiengesellschaften (Art. 732 ff. revOR) befinden, der im Zuge der Aktienrechtsrevision vom Sommer 2020 zur Überführung der VegüV ins OR aufgenommen worden ist und *in globo* mit Wirkung per 1. Januar 2023 in Kraft treten wird,[540] [541] und wird ausweislich seiner Marginalie künftig eingeordnet sein in die Vorschriften zum Vergütungsbericht (Art. 734 ff. revOR). Zwischen Vorschriften, welche die Vergütung des Managements, und solchen, die Geschlechterrichtwerte regeln, besteht allerdings kein dogmatischer oder auch bloss thematischer Zusammenhang.[542] Die einzige Gemeinsamkeit besteht darin, dass sie beide der Verwirklichung gesellschaftspolitischer Begehrlichkeiten dienen: dort der Verhinderung von "Abzocke" durch das Management, hier der Schaffung von "Gleichstellung" im Management.[543] Der Bundesrat hat die gesetzessystematische Anknüpfung an den Vergütungsbericht damit begründet, dass dadurch die Einrichtung eines neuen Instruments im Aktienrecht vermieden werden könne.[544] Obwohl aus

53 AS 2020 4005 ff., 4063.

54 Botschaft 2016, S. 447 und 584; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

541 Siehe zum legistischen Versehen im Zusammenhang mit Art. 734f OR und Art. 732 revOR und zum gestaffelten Inkrafttreten von Art. 732 ff. revOR hinten N. 23 Fn. 71.

54 Bertschinger, Vernehmlassung, Rz. 102; Friederici, S. 98; Grosz, S. 520; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022; Schenker, S. 475.

54 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

54 Botschaft 2016, S. 592.

Gründen dogmatisch-systematischer "Reinheit" eine Einordnung der Vorschriften über Geschlechterrichtwerte bei den Bestimmungen über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates (Art. 707 ff. OR) vorzugswürdig gewesen wäre, entspricht die pragmatische Argumentation des Bundesrates wohl durchaus dem helvetischen Hang zur Praktikabilität.[545]

B. Allgemeiner Charakter der Norm

1. Zwingende Norm

Art. 734f OR ist zwingendes Recht.[546] Dies ergibt sich zwar nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Norm, doch lässt die Auslegung, insbesondere mit Blick auf den Normzweck, vernünftigerweise keinen anderen Schluss zu.[547] Vermöchte die Gesellschaft die Vorschriften über Geschlechterrichtwerte abzubedingen, etwa in ihren Statuten, so würde die Absicht des Gesetzgebers gleichsam *ad absurdum* geführt. Zum Gesetz erhobene rechtspolitische Anliegen aller Art müssen denn auch in aller Regel zwingender Natur sein. Der "Zwangsgrad" von Art. 734f OR ist wegen der besonderen Rechtsnatur dieser Norm indes vermindert.[548] 17

2. Lex specialis

Art. 734f OR ist eine *lex specialis*. Diese Charakterisierung ist freilich wenig aussagekräftig, solange nicht dargetan wird, inwieweit der Anwendungsbereich dieser *lex specialis* reicht und wie ihr Verhältnis zur *lex generalis* ist. Die Regel "lex specialis derogat legi generali" ist eine rein formale und daher wenig ergiebige Regel, die erst durch Auslegung der *lex specialis* an Aussagekraft gewinnt, wobei vor allem die Teleologie eine gewichtige Rolle spielt. Mit Blick auf Art. 734f OR ist Folgendes zu sagen: Wenn alle Tatbestandsmerkmale dieser Norm erfüllt sind, dann verdrängt (derogiert) sie Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR betreffend das freie Recht der Generalversammlung zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und Art. 18

54 Siehe Schenker, S. 475; vgl. auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022. Siehe sodann allgemein das berühmte Urteil BGE 67 II 70 E. 2: "Es ist jedoch eine doktrinäre Überspannung [...]. [In der Schweiz] [hat] seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht [...]."

54 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028 f. mit Fn. 108.

54 Siehe allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 7 Rz. 13.

54 Siehe hinten N. 19 ff. und 36.

716b Abs. 1 OR betreffend die Befugnis des Verwaltungsrates zur freien Auswahl jener Personen, denen er die Geschäftsleitung zu übertragen gedenkt. Die Derogation tritt freilich nur im Ausmass des Anwendungsbereichs von Art. 734f OR und der durch diese Norm angeordneten Rechtsfolgen ein. Konkret: Da die Rechtsfolge von Art. 734f OR – nämlich: Begründungspflicht[549] – nicht in unversöhnlichem Widerstreit zu den Rechtsfolgen von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR bzw. Art. 716b Abs. 1 OR – nämlich: Rechtswirksamkeit des Wahl- bzw. Übertragungsaktes – steht, werden diese Rechtsfolgen nicht durch jene Rechtsfolge verdrängt. Zwar ist Art. 734f OR eine *lex specialis* gegenüber diesen beiden Vorschriften, doch ist zum einen sein Anwendungsbereich begrenzt und tritt zum andern seine Rechtsfolge nur zu jenen hinzu, die von diesen *leges generales* angeordnet werden, ohne diese zu verdrängen (derogieren).

3. Atypische Comply-or-explain-Norm

a. Normtheoretische Einordnung; typische und atypische Normen

19 Erfüllt ein Unternehmen die Richtwerte gemäss Art. 734f OR nicht, so muss es im Vergütungsbericht dartun, aus welchen Gründen das Geschlecht nicht in dem in dieser Vorschrift vorgesehenen Verhältnis im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung vertreten ist und welche Massnahmen es zur Förderung dieses Geschlechts ergreifen will. Im Gegensatz zu anderen Staaten – etwa Deutschland oder Norwegen[550] – besteht in der Schweiz keine verbindliche Quote, deren Verletzung "harte" rechtliche Sanktionen zeitigte (wie etwa Nichtigkeit des Wahlaktes oder sogar ein Bussgeld).[551] Die Rechtsfolge ist vielmehr die Pflicht zur Begründung "normwidrigen" Verhaltens. Diese rechtstechnische Methode wird als *"comply or explain"* bezeichnet.[552] Aufgrund dieser Begründungspflicht handelt es sich bei Art. 734f OR nicht um eine *lex imperfecta* (eine Norm, deren Verletzung keine Rechtsfolge vorsieht); eine eigentliche *lex minus quam perfecta* (eine Norm, deren Verletzung zwar nicht die Nichtigkeit des Rechtsaktes, aber doch eine Sanktion nach sich

54 Siehe hinten N. 37 ff.

55 Siehe zur Rechtsvergleichung vorn N. 4.

551 Vgl. Grosz, S. 517; OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR; Poggio/Zihler, S. 83; Ueberschlag, S. 908; siehe auch Friederici, S. 97; Müller/Lipp/Plüss, Rz. 1.43; Stojanovic, S. 179 f.

55 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; dies., Frauenquote, S. 11.

zieht) dürfte indes ebenso wenig vorliegen. Letztlich bewegt sich Art. 734f OR wohl irgendwo im Mittelbereich.[553]

Die *Comply-or-explain*-Technik entstammt dem angelsächsischen Rechtsraum.[554] In der Schweiz findet sie vor allem in der Selbstregulierung Anwendung (vgl. etwa Art. 7 RLCG sowie die Präambel des Swiss Code); dem Obligationenrecht war sie hingegen fremd[555] – jedenfalls bis zum Inkrafttreten von Art. 734f OR. Eine *Comply-or-explain*-Bestimmung zeichnet sich durch eine Minderung ihrer normativen Wirkkraft (ihres Grades an Verbindlichkeit, ihres "Zwangsgrades") im Vergleich zu "gewöhnlichen" Normen aus. Sie gestattet dem Normadressaten, sich dem "Befehl" des Gesetzes durch Begründung der Nichtbefolgung zu entziehen. Diese Regelungstechnik schafft dadurch Spielraum für die sachlich angemessene Erfassung besonderer Fälle (Ermessen) und erhöht mithin – was insbesondere bei derart stark gesellschaftspolitisch motivierten Bestimmungen wie Art. 734f OR[556] nicht zu vernachlässigen ist – auch die (politische) Akzeptanz der Vorschrift.[557] 20

Im Lichte dieser Überlegungen erweist sich Art. 734f OR indes als atypische Form einer *Comply-or-explain*-Vorschrift. In ihrer typischen, "reinen" Gestalt statuiert eine *Comply-or-explain*-Norm in ihrem Tatbestand ("wenn") zunächst eine Pflicht und bestimmt sodann in ihrer Rechtsfolge ("dann"), wie die Verletzung dieser Pflicht zu begründen ist. Von diesem Schema weicht Art. 734f OR insoweit ab, als es, genau besehen, einer Pflicht im Tatbestand mangelt: Eine Pflicht im Sinne einer Mindestquote für ein bestimmtes Geschlechterverhältnis besteht nämlich von vornherein überhaupt nicht (im Wortlaut ist nicht einmal von "Richtwert" die Rede,[558] wiewohl die Botschaft des Bundesrates sich dieses Begriffs verschiedentlich bedient[559]). Folglich 21

55 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 Fn. 72, nach deren Auffassung Art. 734f OR zwar keine *lex imperfecta* sei, sich wegen dessen Wirkkraft "minderen Grades" einer solchen aber durchaus annähere. Siehe ferner OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR.

55 Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 m.w.H. in Fn. 73.

55 Junod, dilemma, S. 478; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024.

55 Siehe dazu vorn N. 2.

55 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; von der Crone/Angstmann, S. 16; siehe auch Schenker, S. 476.

55 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025 Fn. 77.

55 Siehe etwa Botschaft 2016, S. 452 f. und 591 f.

verlangt das Gesetz im Falle von *"non-compliance"* auch keine Exkulpation seitens der Gesellschaft, sondern lediglich eine Begründung für die Untervertretung des Geschlechts.[560] Die in der Lehre geäusserte Auffassung, wonach *"explain"* mit Rücksicht auf den Zweck von Art. 734f OR kein Ersatz für *"comply"* sein könne und mithin eine echte Pflicht zur Beachtung des Richtwerts im Gesetz verankere,[561] verkennt nach der hier vertretenen Ansicht den atypischen Charakter dieser Norm. Zwar ist es zweifellos richtig, dass der Gesetzgeber mit Art. 734f OR die Gleichstellung der Geschlechter fördern wollte, doch hat er sich ganz bewusst (auch im Sinne eines politischen Kompromisses) für die atypische Variante der *Comply-or-explain*-Technik entschieden. Diese grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht mit einem blossen Hinweis auf den (vermeintlichen) Normzweck beiseitegeschoben werden.[562]

b. Kritik am Comply-or-explain-Konzept

22 Mangels Androhung "harter" (zivil-, geschweige denn strafrechtlicher) Sanktionen[563] ist die Wirkung des *Comply-or-explain*-Konzepts in der Lehre verschiedentlich in Zweifel gezogen worden.[564] Richtig ist: Den Gesellschaften steht es frei, ob sie die in Art. 734f OR vorgesehenen Richtwerte erfüllen wollen oder nicht; es handelt sich bei ihnen nicht um "Zwangsquoten". Zwang besteht aber sehr wohl mit Bezug zur Berichterstattungspflicht.[565] Der sich daraus ergebende (im Kern zutreffende) Schluss, dass es sich bei Art. 734f OR am ehesten um eine Transparenzvorschrift handelt, ist allerdings zu mildern. Aus Gründen der Reputation und der *"political correctness"* wird vermutlich ein faktischer bzw. sozialer oder wirtschaftlicher Zwang zur "freiwilligen" Einhaltung der Geschlechterrichtwerte entstehen.[566] Der Gesetzgeber hat es der

---

56 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024 f.; ähnlich auch von der Crone/Angstmann, S. 16; siehe ferner Friederici, S. 96; OFK-Müller, N. 7 zu Art. 734f OR.

561 So Stojanovic, S. 180 f.; vgl. auch Friederici, S. 97.

56 Vgl. Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025 Fn. 77.

56 Siehe vorn N. 19.

56 Siehe etwa Grosz, S. 533; Junod, dilemma, S. 479; siehe ferner Stojanovic, S. 180.

56 Siehe auch hinten N. 40.

56 Siehe zum Gesagten ZK-Bühler, N. 87 zu Art. 707 OR; Bühler, Corporate Governance, S. 353; Forstmoser/Küchler, N. 15 zu Art. 734f OR; Friederici, S. 97; Grosz, S. 517 und 533; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; dies., Frauenquote, S. 11; Stojanovic, S. 180; Vogt, S. 21; siehe auch Duc, Rz. 38.

Selbstregulierungskraft der Kapitalmärkte überlassen, eine disziplinierende oder sogar sanktionierende Wirkung auf die betroffenen Gesellschaften auszuüben.[567] Diese Wirkung wird allerdings nur dann eintreten können, wenn Art. 734f OR von den Teilnehmern des Kapitalmarkts akzeptiert und sich mithin durchsetzen können wird[568] – wovon mit Blick auf den allgegenwärtigen ESG-Trend jedenfalls bei den massgeblichen institutionellen Anlegern auszugehen ist. Darüber hinaus dürfte Art. 734f OR auch eine selbstdisziplinierende Wirkung auf die Verwaltungsräte der börsenkotierten Gesellschaften ausüben, da diese kraft des Gesetzes dazu angehalten sind, sich wiederkehrend inhaltlich mit "Geschlechterpolitik" auseinanderzusetzen.[569] "Aus den Augen, aus dem Sinn – das wird künftig nicht mehr möglich sein."[570] Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen dürfte sich Art. 734f OR durchaus als ein geeignetes Instrument zur Förderung des Anliegens der Gleichstellung der Geschlechter erweisen, ohne den in der wirtschaftlichen Praxis nötigen Spielraum der Unternehmen über Gebühr einzuschränken.[571]

IV. TATBESTAND

A. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Persönlich-räumlicher Geltungsbereich

a. Inkorporation in der Schweiz; Börsenkotierung; doppelter Schwellenwert

Art. 734f OR gilt wegen des Inkorporationsprinzips zunächst einmal nur für 23
Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz (vgl. Art. 154 Abs. 1 IPRG, ferner Art. 640 OR).[572] Sodann wird der persönliche Geltungsbereich von Art. 734f OR begrenzt zum einen durch Art. 732 Abs. 1 revOR, zum andern – kraft der Verweisung in Art. 734f OR – durch Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR. In Art. 732 Abs. 1 revOR ist angeordnet, dass die Vorschriften des vierten Abschnitts (zu dem

56 Grosz, S. 517; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.
56 Grosz, S. 517.
56 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.
57 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.
571 Ebenso Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; a.M. Junod, dilemma, S. 479.
57 Siehe zum Inkorporationsprinzip im Gesellschaftsrecht allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 5 Rz. 9 ff.; siehe sodann mit Blick auf Art. 732 OR Botschaft 2016, S. 585.

auch Art. 734f OR gehört) für Gesellschaften gelten, deren Aktien (mindestens teilweise) an einer Börse[573] kotiert sind.[574] Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR statuiert drei verschiedene Schwellenwerte (a. Bilanzsumme von CHF 20 Mio.; b. Umsatzerlös von CHF 40 Mio.; c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt) und setzt die Überschreitung mindestens zweier dieser Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren voraus, damit die Gesellschaft zur ordentlichen Revision verpflichtet ist. Art. 734f OR gilt also nur dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Zusammengefasst gilt Art. 734f OR folglich nur für inländische börsenkotierte Aktiengesellschaften mit einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung.[575] Nicht zur Geltung gelangt die Norm auf Gesellschaften, die gemäss Art. 763 OR errichtet sind (Gesellschaften und Anstalten, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden) oder die ausschliesslich Partizipationsscheine, Genussscheine oder Anleihensobligationen an der Börse haben kotieren lassen (siehe auch Art. 732 Abs. 1 revOR *e contrario*)[576]. Hingegen ist unerheblich, ob die inländische Gesellschaft ihre Aktien im Inland oder Ausland hat kotieren lassen, ob ihre Aktien vinkuliert sind oder ob es sich um Inhaber- oder Namenaktien handelt.[577]

---

57 Die Kotierung muss an einer Börse in der Schweiz (SIX Swiss Exchange oder BX Swiss) oder an einer ausländischen Börse erfolgt sein. In materiell-rechtlicher Hinsicht relevant ist die Legaldefinition von Art. 26 lit. b FinfraG. Siehe dazu im Allgemeinen näher Lütolf, N. 696 ff.

57 Während Art. 734f OR bereits per 1. Januar 2021 in Kraft getreten und somit seither geltendes Recht ist (siehe hinten N. 31), wird Art. 732 revOR erst per 1. Januar 2023 zum Gesetz erhoben werden. Genau besehen ist der *Geltungs*bereich von Art. 734f OR folglich bis zu diesem Zeitpunkt nicht durch Art. 732 revOR begrenzt. Da Art. 734f OR freilich ohnehin erst nach bestimmten Übergangsfristen zur *Anwendung* gelangen wird (siehe hinten N. 34 f.), bleibt dieses Versehen des Bundesrates, der das gestaffelte Inkrafttreten angeordnet hat, ohne tatsächliche Auswirkungen. Gleichwohl wird man die durch Art. 732 revOR künftig bestehende Geltungsgrenze auch bereits *de lege lata* hinzudenken müssen, da dem Bundesrat schlechterdings die Befugnis fehlen dürfte, die vom Gesetzgeber gewollte Geltung von Normen und Normenkomplexen zu "zerreissen". – Auf das gestaffelte Inkrafttreten von Art. 734f OR einerseits und Art. 732 revOR andererseits weist zutreffend auch Friederici, S. 94 Fn. 30, hin, doch will sie darin mit Rücksicht auf die Übergangsfristen kein Problem erblicken. Im Ergebnis ist ihr insoweit – wie soeben ausgeführt – beizupflichten, doch vermag dies nichts daran zu ändern, dass Geltungs- und Anwendungsbereich einer Norm scharf voneinander zu scheiden sind.

57 Siehe zum Gesagten auch Botschaft 2016, S. 591 f.; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

57 Vgl. BSK-Knobloch, N. 3 zu Art. 1 VegüV; Schärer, Praxiskommentar N. 9 und 33 zu Art. 1 VegüV.

Der Gesetzgeber hat den persönlichen Geltungsbereich von Art. 734f OR gegenüber dem allgemeinen Geltungsbereich von Art. 732 ff. OR bewusst eingegrenzt, indem er auf das zusätzliche Kriterium der wirtschaftlichen Bedeutung abgestellt hat. Als Begründung hat der Bundesrat ins Feld geführt, dass kleinere börsenkotierte Gesellschaften, zumal solche, die nicht am Main Standard der SIX Exchange kotiert sind, nicht in den Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen sollten.[578] Im Schrifttum wird diese Eingrenzung als sinnvoll erachtet. Die Inhaber und Mitarbeiter solcher kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) seien oftmals durch persönliche und familiäre Beziehungen verbunden. Geschlechterrichtwerte seien nicht in allen Fällen mit den personalistischen Strukturen dieser Unternehmen vereinbar.[579] 24

In der Doktrin ist allerdings Kritik daran entbrannt, dass Art. 734f OR nur für börsenkotierte Aktiengesellschaften Geltung beansprucht. Während die anhand der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR ermittelte wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft im Interesse der Schonung der KMU ein sachliches Kriterium sei, sei mit Rücksicht auf das Prinzip *"substance over form"* fragwürdig, weshalb nichtkotierte Gesellschaften vom Geltungsbereich von Art. 734f OR befreit seien, zumal der ganz überwiegende Teil der hiesigen Gesellschaften nicht kotiert ist. Auf die Rechtsform eines Unternehmens dürfe es nicht ankommen; allein massgeblich sollte vielmehr rechtsformneutral die wirtschaftliche Bedeutung einer Gesellschaft sein.[580] Wiewohl diese Kritik nicht einer gewissen Berechtigung entbehrt, vermögen 25

577 Siehe zum Gesagten ausführlich Botschaft 2016, S. 584 f., wo ausserdem auf die Frage eingegangen wird, inwiefern spezialgesetzliche Aktiengesellschaften (z.B. die SNB) den Art. 732 ff. OR unterworfen sind.

57 Botschaft 2016, S. 592; siehe auch Bericht VE-OR 2014, S. 152, mit statistischem Zahlenmaterial betreffend die Erfüllung der Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR; siehe ferner Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

57 Siehe zum Gesagten Grosz, S. 519; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022; siehe auch Friederici, S. 95; Stojanovic, S. 178.

58 Siehe zum Gesagten Rioult, Geschlechterrichtwerte, Rz. 22; ders., Diversity, S. 230; siehe auch Bertschinger, Vernehmlassung, Rz. 103; von der Crone, Vernehmlassung, S. 16. – Im Zuge der Vernehmlassung zum VE-OR 2014 ist deshalb vorgeschlagen worden, das Rechnungslegungsrecht um eine neue Vorschrift zu ergänzen, wonach sämtliche Unternehmen – ohne Rücksicht auf die Rechtsform – zur Offenlegung des Geschlechterverhältnisses im Management verpflichtet seien (so von der Crone, Vernehmlassung, S. 16). Siehe dazu auch kritisch Grosz, S. 520 f.; ferner Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 Fn. 61.

die Kriterien der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Börsenkotierung immerhin sicherzustellen, dass wirklich nur die allergrössten schweizerischen Gesellschaften von Art. 734f OR betroffen sind. Die Norm ist mithin bewusst sehr zielgerichtet.[581]

b. "Opt-in"

26 Obwohl nichtkotierte Aktiengesellschaften nicht in den Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen, können sie gemäss Art. 732 Abs. 2 revOR durch Anordnung in ihren Statuten die Vorschriften des vierten Abschnitts als teilweise oder vollständig anwendbar erklären (sog. *Opt-in*).[582] Solche Gesellschaften können also namentlich Art. 734f OR für sich selbst als anwendbar festlegen.[583] Das *Opt-in* bedarf nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer statutarischen Grundlage; dogmatisch ist dieses *Opt-in* also ein sog. bedingt notwendiger Statuteninhalt.[584] Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen (vgl. Art. 627 OR[585]). Eine nichtkotierte Aktiengesellschaft darf deshalb Art. 734f OR als anwendbar erklären. Sie darf auch, wiewohl dies nicht unmittelbar aus Art. 732 Abs. 2 revOR hervorgeht, diese Vorschrift inhaltlich ändern. Man könnte hiergegen einwenden, dass "teilweise oder vollständig" nur bedeuten könne, dass eine Gesellschaft einzelne oder alle Normen des vierten Abschnitts als anwendbar erkläre und keine Befugnis zum "Rosinenpicken" habe, doch spricht das *argumentum a fortiori* gegen diese Auffassung: Anstatt den Weg des *Opt-in* zu beschreiten, könnten die Gesellschaften schlicht frei gestaltete Klauseln über Geschlechterrichtwerte betreffend den Verwaltungsrat in ihre Statuten aufnehmen, wie es nach früherem Recht zulässig war und weiterhin – für börsenkotierte Gesellschaft freilich bloss noch in beschränktem Umfange – weiterhin zulässig ist.[586]

---

581 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023; Rioult, Geschlechterrichtwerte, Rz. 22; ders., Diversity, S. 231.

58 Art. 732 Abs. 2 revOR: "Andere Gesellschaften können in ihren Statuten vorsehen, dass sie diesen Abschnitt teilweise oder vollständig anwenden."

58 Siehe zum Gesagten auch Botschaft 2016, S. 585; Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1022.

58 Siehe zum bedingt notwendigen Statuteninhalt allgemein etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 8 Rz. 64.

58 Art. 627 OR wird im Zuge der jüngsten Revision des Aktienrechts aufgehoben werden. Die Aufhebung zeitigt nach Ansicht des Bundesrates freilich keine materiellen Folgen. Siehe Botschaft 2016, S. 486 f.

2. Persönlich-sachlicher Geltungsbereich

Art. 734f OR gilt ausweislich des Wortlauts ("[s]ofern") nur für Gesellschaften, welche die darin vorgesehenen Geschlechterrichtwerte nicht erreichen. Mit anderen Worten müssen alle Gesellschaften, die diese Richtwerte erreichen, die darin verlangten Angaben (Begründung und Förderungsmassnahmen) nicht in ihren Vergütungsbericht aufnehmen; sie müssen in ihm von Gesetzes wegen nicht einmal festhalten, dass sie die Geschlechterrichtwerte erreichen. Art. 734f OR gilt für diese Gesellschaften schlicht nicht. Freilich ist es solchen Gesellschaften unbenommen, sich etwa aus Gründen der Reputationsförderung gleichwohl zu dieser Thematik zu äussern.[587] 27

3. Normadressaten

Vom persönlichen Geltungsbereich abzugrenzen ist die Frage nach den Normadressaten von Art. 734f OR. Auf diese Frage gibt der Wortlaut der Vorschrift klar Auskunft: Es geht um den Verwaltungsrat und um die Geschäftsleitung jener Gesellschaften, die in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 734f OR fallen.[588] Der Verwaltungsrat ist das in Art. 707 ff. OR geregelte oberste Exekutivorgan der Gesellschaft. Die Geschäftsleitung besteht aus den Dritten, denen der Verwaltungsrat gemäss Art. 716b Abs. 1 OR die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen hat.[589] Diese "Dritten" werden auch als Direktoren bezeichnet (vgl. Art. 718 Abs. 2 OR), und mehrere von ihnen gemeinsam bilden die "Geschäftsleitung".[590] Die 28

---

58 Siehe vorn N. 8 f.

58 Siehe zum Ganzen auch OFK-Müller, N. 5 zu Art. 734f OR, der es allerdings "aus Sicht der Adressaten des Vergütungsberichts [...] [als] sachgerecht" erachtet, bei Erreichung der Geschlechterrichtwerte gleichwohl eine entsprechende Feststellung in den Vergütungsbericht aufzunehmen.

58 Jedenfalls mittelbar richtet sich Art. 734f OR auch an die Generalversammlung jener Gesellschaften, die in den persönlichen Geltungsbereich dieser Norm fallen, da die Mitglieder des Verwaltungsrates unmittelbar von der Generalversammlung gewählt werden und da auch die Legitimität der Mitglieder der Geschäftsleitung mittelbar von der Generalversammlung herrührt (indem sie von dem seinerseits von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrat bestellt werden). Dies ist indes nicht mit der Frage nach dem Normadressaten zu verwechseln, also danach, auf welche *Organe* innerhalb der Gesellschaft sich Art. 734f OR erstreckt.

58 OFK-Müller, N. 4 zu Art. 734f OR, will offenbar den Begriff der Geschäftsleitung nicht gänzlich starr im Sinne der Legaldefinition von Art. 716b Abs. 1 revOR verstanden wissen.

59 Siehe allgemein Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 29 Rz. 48 und 54.

Einbeziehung auch der Geschäftsleitung in den Kreis der Normadressaten von Art. 734f OR geht über den "internationalen Konsens" hinaus und ist insoweit ein helvetisches Spezifikum (*"Swiss finish"*). Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Anteil der Frauen in den Geschäftsleitungen im Allgemeinen noch weit geringer ist als in den Verwaltungsräten.[591]

B. Höhe und Bemessung der Richtwerte

1. Höhe

29 Der Richtwert für den Verwaltungsrat beträgt 30 Prozent, derjenige für die Geschäftsleitung – im Unterschied zum Vorentwurf 2014[592] – nur 20 Prozent. Der Grund für den Unterschied bei den Richtwerten liegt nach Auffassung des Bundesrates darin, dass zum einen in der Geschäftsleitung besondere spezifische Fach- und Branchenkenntnisse notwendig seien und zum andern (künftige) Mitglieder der Geschäftsleitung oftmals innerhalb des Unternehmens gefördert und im Durchschnitt erst nach ca. 13 Jahren in diese Position befördert würden. Eine Differenzierung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, die sich darüber hinaus auch bei den unterschiedlichen Übergangsfristen zeige[593], sei deshalb gerechtfertigt.[594] Im Verbund mit der zehnjährigen Übergangsfrist soll der tiefere Richtwert von 20 Prozent die Flexibilität der unternehmerischen Personalpolitik und deren Vielfalt (Branchenkenntnisse, berufliche Erfahrung, internationaler Hintergrund usw.) sicherstellen.[595] Da die Zugehörigkeit zur Geschäftsleitung – anders als beim Verwaltungsrat – in aller Regel ein Vollzeitberuf ist[596], spielt schliesslich auch die zeitliche Verfügbarkeit der Kandidaten eine Rolle.[597]

---

591 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023. Siehe zur rechtstatsächlichen Ausgangslage vorn N. 4.

59 Siehe vorn N. 13.

59 Siehe hinten N. 34.

59 Siehe zum Gesagten Botschaft 2016, S. 454 f.; siehe auch Poggio/Zihler, S. 82; kritisch Friederici, S. 96.

59 Poggio/Zihler, S. 83. – Ausserdem spricht auch der aus statistischen Daten hervorgehende praktische Umstand (siehe dazu vorn N. 4), dass sich Gleichstellung auf der Stufe des Verwaltungsrates erheblich leichter verwirklichen lässt, für eine Differenzierung sowohl bei der Höhe des Richtwertes als auch bei der Übergangsfrist (siehe dazu hinten N. 34). Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 Fn. 64; von der Crone/Angstmann, S. 17.

59 Rioult, Diversity, S. 226.

59 Grosz, S. 518; siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1023 f.

2. Bemessungsgrundlage; Berechnung

30 Art. 734f OR definiert den Begriff des Geschlechts nicht. Implizit geht die Vorschrift aber zweifellos von der Dualität der Geschlechter (Männer und Frauen) aus, die dem geltenden Recht zugrunde liegt.[598] Ein Gedankenspiel der Logik erhärtet diese Annahme: Ginge man von einer Zahl von Geschlechtern grösser als 3 bzw. 5 aus, so machten Prozentwerte von 30 bzw. 20 die Erfüllung der Richtwerte unmöglich (bei vier bzw. sechs verschiedenen Geschlechtern betrüge die Summe jeweils 120 Prozent – ein Ding mathematischer Unmöglichkeit). Wenn die Zahl der Geschlechter 3 bzw. 5 nicht übersteigen darf, wäre es arbiträr und mithin willkürlich und bar jeder Logik, eine geringere Zahl (aber mehr als 2) anzunehmen. Der Zeitgeist geht indes in eine andere Richtung und fordert jedenfalls, dass eine Person sich zu einem dritten Geschlecht bekennen dürfe. Diesem Ansinnen entsprechen auch zwei vom Nationalrat angenommene Postulate.[599] Der Bericht des Bundesrates hierzu steht zurzeit noch aus. Falls in Zukunft eine dahin gehende Änderung der Rechtsordnung eintreten sollte, bestünde wohl auch bei Art. 734f OR Änderungsbedarf – womöglich noch vor Ablauf der Übergangsfristen![600]

31 Es ist daher festzuhalten: *De lege lata* geht Art. 734f OR von der Dualität der Geschlechter aus. Massgeblich für die Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht ist das im Zivilstandsregister eingetragene Geschlecht (vgl. Art. 8 lit. d ZStV). Der Bundesrat hat dem Parlament Ende 2019 einen Entwurf zur Änderung des ZGB unterbreitet,[601] der von den eidgenössischen Räten mit Beschlüssen vom 18. Dezember 2020 zum Gesetz erhoben worden ist.[602] Die Vorschrift ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Gemäss Art. 30b Abs. 1 ZGB kann jede Person gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Eintrag im Personenstandsregister betreffend ihr Geschlecht ändern lassen will. Diese neue Vorschrift ändert indes nichts an der Geschlechterdualität oder an der Eindeutigkeit der

59 Ebenso Stojanovic, S. 179.

59 Geschäftsnummer 17.4121, Annahme im Nationalrat am 17. September 2018 (AB 2018 N 1395); Geschäftsnummer 17.4188, Annahme im Nationalrat am 17. September 2018 (AB 2018 N 1397).

60 Siehe zum Gesagten auch Friederici, S. 94 Fn. 22.

60 Siehe Botschaft Personenstandsregister 2019, S. 799 ff.

60 Schlussabstimmungen: AB 2020 S 1438; AB 2020 N 2728; Schlussabstimmungstext: BBl 2020, S. 9931 ff.

personenstandsrechtlichen Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter; sie bewirkt lediglich eine rechtliche Vereinfachung der Geschlechtsänderung.[603]

32 Der Erläuterung bedarf schliesslich die Frage nach der Rundung bei der Berechnung der Geschlechterrichtwerte.[604] Besteht zum Beispiel der Verwaltungsrat einer Gesellschaft aus sieben Mitgliedern, so verlangt der Richtwert gemäss Art. 734f OR, dass je 2.1 Mitglieder männlichen und weiblichen Geschlechts sein sollen. Bei mathematischer Betrachtung liegt nun der Gedanke nicht fern, diese Quote abzurunden auf 2. So sieht denn etwa auch das deutsche Recht eine Rundung nach mathematischen Regeln (abrunden bis und mit Dezimalstelle 4, aufrunden ab Dezimalstelle 5) vor (siehe § 96 Abs. 2 Satz 5 AktG betreffend den Aufsichtsrat). Eine solche Lösung ist für das hiesige Recht allerdings abzulehnen. Aus dem Wort "mindestens" in Art. 734f OR ergibt sich, dass der prozentuale Richtwert in jedem Falle erreicht werden soll; es ist mit anderen Worten im Sinne von "Minimalwerten" stets auf die nächste ganze Personenzahl (1, 2, 3 usw.) aufzurunden.[605] Im obigen Beispiel wäre der Richtwert also nur und erst dann erreicht, wenn und sobald dem Verwaltungsrat drei Frauen angehören.

3. Praktische Umsetzung

33 Schliesslich erhebt sich die Frage, wie Art. 734f OR in der Praxis umgesetzt werden soll. Im Grunde stehen der Gesellschaft zwei Wege zu Gebote: Sie können entweder die Mitgliederzahl ihrer Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen erhöhen (was im ersteren Fall in der Regel eine Änderung der Statuten erheischen dürfte) und die neu geschaffenen Positionen mit Angehörigen des untervertretenen Geschlechts (in der Regel also mit Frauen) besetzen oder aber ohne zahlenmässige Vergrösserung der Gremien

60 Geht man gedanklich einen Schritt weiter, so kommt man nicht um die Frage herum, ob die Richtwerte gemäss Art. 734f OR mit Rücksicht auf diese Änderung des Zivilstandsrechts überhaupt noch irgendeinen Sinn haben. Wenn jedermann sein Geschlecht beliebig – und beliebig oft – ändern kann, verkommen die Richtwerte zu blossen Schimären. Die Frage erhebt sich: *Cessante ratione legis, cessat ipse lex?* – Und dies nur ein Jahr, nachdem Art. 734f OR in Kraft getreten ist und die Übergangsfristen noch lange Zeit laufen werden!

60 Siehe allgemein auch OFK-Müller, N. 4 zu Art. 734f OR, der mit Recht darauf hinweist, dass sich Art. 734f OR nicht näher dazu äussere, wie die Berechnung der Geschlechterrichtwerte zu erfolgen habe. Mit guten Gründen schlägt er vor, bei der Berechnung auf die Eigenheiten jeder Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und beispielsweise auf durchschnittliche Werte über mehrere Jahre hinweg abzustellen.

60 Ebenso Stojanovic, S. 178.

ausgeschiedene (zumeist männliche) durch (weibliche) Mitglieder ersetzen.[606] Allerdings ist an dieser Stelle die ganz grundsätzliche Erkenntnis in Erinnerung zu rufen, dass die Gesellschaft die Richtwerte des Art. 734f OR überhaupt nicht einhalten muss (es besteht keinerlei Pflicht zu *"comply"*); sie kann sich vielmehr entschliessen, stattdessen den Weg der Berichterstattung (*"explain"*) zu beschreiten.[607]

C. Zeitlicher Anwendungsbereich (Übergangsfrist)

Art. 4 ÜBest. OR sieht Übergangsfristen für die Anwendung von Art. 734f OR vor. Die Berichterstattungspflicht gilt im Hinblick auf den Verwaltungsrat spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts beginnt (Abs. 1), und im Hinblick auf die Geschäftsleitung spätestens ab dem Geschäftsjahr, das zehn Jahre hiernach beginnt (Abs. 2). Art. 734f OR und Art. 4 ÜBest. OR sind mit Wirkung per 1. Januar 2021 in Kraft getreten (im Gegensatz zu den meisten anderen neuen Aktienrechtsvorschriften).[608] Die längere Übergangsfrist bei der Geschäftsleitung dient dazu, dem unternehmensinternen *Talent Recruiting* (aus dem deren Mitglieder oft hervorgehen[609]) hinreichend Zeit zu verschaffen.[610] 34

In der Regel stimmt das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr überein (zwingend ist dies freilich nicht)[611]. Für die meisten Gesellschaften dürfte Art. 734f OR im Hinblick auf den Verwaltungsrat folglich ab dem 1. Januar 2026 und im Hinblick auf die Geschäftsleitung ab dem 1. Januar 2031 anwendbar sein. Das Wort "spätestens" in Art. 4 ÜBest. OR erweist sich als 35

60 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1024; dies., Frauenquote, S. 11; Rioult, Diversity, S. 224 f.

60 Siehe vorn N. 19 ff.

60 Siehe AS 2020, S. 4005 ff., 4063. – Der zeitliche Geltungsbereich und der zeitliche Anwendungsbereich unterscheiden sich bei Art. 734f OR also: Der zeitliche *Geltungs*bereich hat bereits per 1. Januar 2021 begonnen, doch bestimmt Art. 4 ÜBest. OR einen davon abweichenden zeitlichen *Anwendungs*bereich. Das Verb "gelten", das in Art. 4 ÜBest. OR verwendet wird, ist insoweit irreführend unpräzise.

60 Siehe vorn N. 29.

61 Poggio/Zihler, S. 82 f.; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1030.

611 Das Geschäftsjahr ist gesetzlich nicht festgelegt. In der Regel geht das Geschäftsjahr deshalb aus den Statuten der Gesellschaft hervor. Fehlt nun aber eine solche Statutenbestimmung, so ist der Verwaltungsrat berechtigt, das Geschäftsjahr festzulegen. Siehe näher Müller/Lipp/Plüss, Rz. 2.8.

missverständlich: Das Gesetz ordnet an, dass eine Norm entweder anwendbar oder nicht anwendbar ist. Man wird das Wort "spätestens" dahin gehend verstehen müssen, dass der Gesetzgeber den Gesellschaften freistellen wollte, die Berichterstattungspflicht schon früher zu befolgen.

V. RECHTSFOLGEN

A. Comply or explain

36 Während Art. 734f OR hinsichtlich des Tatbestands eine durchaus gewöhnliche Rechtsnorm ist, ist hinsichtlich der Rechtsfolge eine Abweichung von der üblichen Normstruktur festzustellen. Es ist schon erläutert worden und soll hier nochmals in Erinnerung gerufen werden, dass die Erfüllung des Tatbestands von Art. 734f OR nicht etwa die Nichtigkeit eines Wahlaktes oder eine sonstige "harte" Sanktion (etwa ein Bussgeld) zur Folge hat (wie es den meisten Rechtsnormen eigentümlich ist), sondern einzig bewirkt, dass die Gesellschaft über bestimmte Gesichtspunkte Bericht erstatten muss. Diese ungewöhnliche Art der Rechtsfolge wird, dem Zeitgeist folgend, mit der englischen Wendung *"comply or explain"* bezeichnet.[612]

B. Berichterstattungspflicht

1. Gefäss für den Bericht: Vergütungsbericht

37 Wiewohl aus dogmatisch-systematischer Sicht durchaus zweifelhaft, hat der Gesetzgeber aus pragmatischen Gründen den Vergütungsbericht als das "Gefäss" für den gemäss Art. 734f OR gebotenen Bericht auserkoren.[613] Der Vergütungsbericht wird nach Art. 13 Abs. 1 VegüV (per 1. Januar 2023: Art. 734 Abs. 1 revOR) vom Verwaltungsrat erstellt; es handelt sich dabei um eine unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates (Art. 13 Abs. 1 VegüV; per 1. Januar 2023: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 8 revOR). Der Verwaltungsrat darf diese Aufgabe weder einem einzelnen seiner Mitglieder noch einem Ausschuss aus seiner Mitte noch der Geschäftsleitung noch sonst jemandem übertragen. Er darf allerdings die Vorbereitung, Ausführung und Überwachung der Erstellung des Berichts durchaus an einzelne seiner Mitglieder oder an einen Ausschuss delegieren; dem Verwaltungsrat *in corpore* muss aber in allen

61 Siehe zum Ganzen vorn N. 19 ff.

61 Siehe zum Ganzen vorn N. 16.

Fällen zwingend die Zuständigkeit zur Verabschiedung des Berichts verbleiben.[614]

2. Inhalt und Dichte des Berichts

Gemäss Art. 734f OR muss der Vergütungsbericht Auskunft geben (Berichtsinhalt) über die Gründe, derentwegen die Geschlechter nicht in dem von dieser Vorschrift vorgesehenen Verhältnis im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung vertreten sind (Ziff. 1), und über die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts (Ziff. 2). Die konkreten Gründe für die Untervertretung dürften sich je nach Branche und Unternehmen ganz erheblich voneinander unterscheiden, und nicht selten dürfte es auch dem Verwaltungsrat selbst schwerfallen, diese Gründe eindeutig zu ermitteln. Hinsichtlich der Fördermassnahmen macht das Gesetz dem Verwaltungsrat keinerlei Vorgaben betreffend Inhalt (was?), Art und Weise (wie?) und Ausmass (wie viel?), und auch dem gesetzlichen Ziel (Förderung) geht jeder Anspruch auf Verbindlichkeit ab, denn das Gesetz verlangt nicht, dass der Verwaltungsrat tatsächlich Fördermassnahmen ergreift – es gibt ihm vielmehr lediglich auf, darüber zu berichten, ob und welche Massnahmen er ergreifen wolle. Dem Verwaltungsrat ist deshalb bei beiden Aspekten ein erheblicher, beinahe schrankenloser Ermessensspielraum einzuräumen. 38

Zu den inhaltlichen Anforderungen der Begründung und der Fördermassnahmen, denen der Vergütungsbericht genügen muss (Berichtsdichte), schweigt sich Art. 734f OR aus.[615] In der Vernehmlassung zum Vorentwurf 2014 ist denn auch die Befürchtung geäussert worden, dass die gemäss Art. 734f OR von den Unternehmen geforderten Begründungen stark standardisiert ausfallen (sog. *"Boilerplate"*) und daher (jedenfalls weitgehend) jeder Aussagekraft entbehren dürften.[616] Diese Bedenken sind in der Tat nicht von der Hand zu weisen.[617] Auf der Suche nach geeigneten Anhaltspunkten zur Bestimmung der gebotenen Berichtsdichte[618] wird man mit Gewinn 39

61 Vgl. ausführlich zur Frage nach der Zulässigkeit der Delegation und nach der Haftung Gerhard, Praxiskommentar, N. 11 ff. zu Art. 5 VegüV; BSK-Watter/Maizar, N. 7 ff. zu Art. 5 VegüV.

615 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025; ebenso Forstmoser/Küchler, N. 14 zu Art. 734f OR; Friederici, S. 97; OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR; vgl. auch Stojanovic, S. 179 f.

61 Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung, S. 7 f.

617 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

zunächst die SIX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance heranziehen können, zumal sich diese Richtlinie ausweislich ihrer Präambel zum *Comply-or-explain*-Konzept bekennt.[619] Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie müssen Schlüsselinformationen den Grundsätzen der Wesentlichkeit und der Klarheit folgen; sie müssen sich auf das für die Investoren Wesentliche beschränken und sachgerecht und verständlich sein.[620] Diese Begriffe sind zwar allzu unbestimmt, um ihnen konkrete inhaltliche "Anweisungen" entnehmen zu können, zumal der Richtlinie als Akt privater Selbstregulierung jeder allgemeinen Rechtsverbindlichkeit ermangelt. Gleichwohl wird die äusserliche, formelle Gestalt des Berichts diesen Grundsätzen genügen müssen: Der Inhalt des Berichts muss so formuliert sein, dass der durchschnittlich verständige Kapitalmarktteilnehmer in die Lage versetzt wird, ihn zu verstehen (Klarheit), und der Bericht darf ausserdem nicht mit einer derartigen Informationsfülle "überflutet" werden, dass dieser Teilnehmer "den Wald vor lauter Bäumen" nicht mehr sieht (Wesentlichkeit). Der Vergütungsbericht, dessen Bestandteil dieser Bericht ist, ist in sinngemässer Anwendung von Art. 958d Abs. 4 in einer der schweizerischen Landessprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch oder Rätoromanisch) oder in Englisch zu verfassen.[621]

40 Hinsichtlich Breite und Tiefe der Ausführlichkeit lässt Art. 734f OR dem Verwaltungsrat weitgehend freie Hand bei der Gestaltung des Berichts.[622] [623] Auch standardisierten Äusserungen steht die Vorschrift nicht entgegen. Ein vorbildliches, dem Ziel von Art. 734f OR innerlich verbundenes (oder auch bloss mit Rücksicht auf Reputationsgründe opportunistisches) Unternehmen könnte in allen Einzelheiten über die Rekrutierungsprozesse und die Kandidaten, die zur Auswahl gestanden haben, sowie über bereits ergriffene und noch geplante Massnahmen zur Förderung des untervertretenen

61 Anhaltspunkte finden sich ferner bei Junod, quotas, S. 395; von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1282.

61 Siehe auch vorn N. 20.

62 Siehe zum Gesagten Junod, dilemma, S. 479; siehe auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1025.

62 Vgl. Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 59 zu Art. 13 VegüV; BSK-Watter/Maizar, N. 32 zu Art. 13 VegüV.

62 Ebenso OFK-Müller, N. 10 zu Art. 734f OR.

62 In der parlamentarischen Debatte auf den Umfang der Berichterstattung angesprochen, bestätigte Bundesrätin Sommaruga, dass es um ein "paar Zeilen im Vergütungsbericht und nicht mehr" gehe (AB 2018 N 1109).

Geschlechts Auskunft geben. In der wirtschaftlichen Praxis viel wahrscheinlicher als dieses Ideal erscheinen jedoch die bereits angesprochenen standardisierten Aussagen.[624] [625] Ein Unternehmen könnte auch zu dem Ziel in grundsätzliche Opposition treten, das Art. 734f OR zugrunde liegt, und im Bericht zum Beispiel schlicht erklären, dass seine Aktionäre sich gegen die Beteiligung eines Geschlechts in seinem Management aussprächen und dass das Unternehmen folglich keinerlei Fördermassnahmen zugunsten dieses Geschlechts ergreifen werde.[626] Kraft Art. 734f OR untersagt ist einzig ein vollkommenes Schweigen des Unternehmens.[627] Mit anderen Worten: Art. 734f OR weist die Unternehmen an, sich überhaupt zu äussern, macht ihnen inhaltlich aber keinerlei Vorgaben. Auch das (formelle) Erfordernis der Wesentlichkeit[628] ist nur in einem negativen Sinne dahin zu verstehen, dass der Vergütungsbericht nicht ein Übermass an Informationen enthalten darf.

Die im Schrifttum anzutreffende Auffassung, wonach allgemeine und pauschale Aussagen nicht mit Art. 734f OR vereinbar seien,[629] ist abzulehnen. Zunächst verlangt das Gesetz nicht, dass die Unternehmen (bzw. ihre Aktionäre und ihr Management) die Ziele des Gesetzgebers innerlich teilen. Das Gesetz verpflichtet sie allein zu dessen Einhaltung, ohne Rücksicht auf subjektive Motive. Auch grundsätzliche Opposition gegen das legislatorische Ziel ist deshalb gestattet, solange nur dem gesetzlichen Auftrag nach Berichterstattung Folge geleistet wird. Sodann macht das Gesetz den Unternehmen schlechterdings keinerlei Vorgaben betreffend die inhaltliche Gestaltung dieses Berichts. Es liegt allein in der Hand des Verwaltungsrates, wie und inwieweit er die Gründe für die Untervertretung des einen Geschlechts ermitteln und im Bericht in Worte fassen möchte, und es liegt ebenso in seiner alleinigen Zuständigkeit, die Geschäftspolitik betreffend *"gender diversity"* festzulegen. Schliesslich geht die Anschauung, wonach allgemeine oder pauschale Aussagen partout unzulässig seien, auch an der wirtschaftlichen Wirklichkeit vorbei, deren natürlicher Hang die Steigerung

41

62 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

62 Ein Beispiel für eine solche Aussage findet sich bei Junod, quotas, S. 386.

62 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026; Schenker, S. 476.

62 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026; ebenso Friederici, S. 97; zum Gesagten auch Müller/Forrer, Frauenquote, S. 11.

62 Siehe vorn N. 39.

62 So Stojanovic, S. 180 f.; tendenziell ebenso, wiewohl zurückhaltender Friederici, S. 98.

von Effizienz ist und in der folglich eine Hinwendung zu standardisierten Aussagen nicht zu vermeiden sein wird.[630]

3. Prüfung durch die Revisionsstelle

42 Art. 17 VegüV (per 1. Januar 2023: Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR) sieht vor, dass der Vergütungsbericht von Gesellschaften, deren Aktien börsenkotiert sind, der Prüfung durch die Revisionsstelle unterliegt. Folglich fallen alle Gesellschaften, die zur Berichterstattung gemäss Art. 734f OR verpflichtet sind, in den Anwendungsbereich von Art. 17 VegüV bzw. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR.[631] Durch Einfügung der letzteren Vorschrift wird Art. 17 VegüV ohne materielle Änderungen in das Gesetz überführt worden,[632] weshalb zur Auslegung derselben auf das Schrifttum zu Art. 17 VegüV zurückgegriffen werden kann.[633] Massstab der Prüfung werden gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR das Gesetz und die Statuten der Gesellschaft sein. Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit die Revisionsstelle den Vergütungsbericht hinsichtlich der Einhaltung von Art. 734f OR einer Prüfung zu unterziehen habe. Das offenkundige Problem: die äusserst spärlichen inhaltlichen Vorgaben des Gesetzes an den *"diversity report"*, der daraus folgende erhebliche Ermessensspielraum des Verwaltungsrates und die Frage nach der Eignung der Revisionsstelle zur Prüfung dieses Berichts.

43 Damit sich gesetzliche Vorschriften überhaupt als Massstab der Revision eignen, müssen sie, der Natur der Revision entsprechend, einen Bezug zur Rechnungslegung (Buchhaltung, Jahresrechnung, Gewinnverwendungsantrag)

---

63 Vgl. die rechtstatsächliche Situation in Bezug auf den Revisionsbericht zur Jahres- und Konzernrechnung von börsenkotierten Gesellschaften, der seit dem Geschäftsjahr, das nach dem 21. Dezember 2016 endete, erweiterte Angaben zu Sachverhalten zu machen hat, die sich bei der Prüfung als besonders bedeutsam erwiesen haben (sog. *Key Audit Matters*). Dadurch sollte die Berichterstattung weniger standardisiert und unternehmensindividueller erfolgen. Wenngleich dies die beabsichtigte Zielsetzung ist, ist dennoch eine Tendenz zu einer Angleichung bzw. Harmonisierung der Aussagen im Sinne einer Best Reporting Practice erkennbar. Vgl. allgemein Forstmoser/Kleibold, S. 614 ff.; Nay/Rüfenacht/Steiner, S. 694 ff.; Ruprecht/Gwerder, S. 950 ff.

63 Siehe Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

63 Botschaft 2016, S. 582; siehe auch Bericht VE-OR 2014, S. 144. – Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 30 zu Art. 17 VegüV, weisen allerdings mit Fug darauf hin, dass Art. 17 VegüV nur das Gesetz und die Verordnung, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 revOR hingegen das Gesetz und die Statuten zum Prüfungsmassstab erhebe.

63 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

oder zur Vergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat aufweisen.[634] Mit anderen Worten geht es um "Zahlenwerk".[635] Hingegen ist die Revision keine "allgemeine Legalitätsprüfung".[636] Art. 734f OR steht in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit der Vergütung des Managements, auch wenn die Vorschrift, systematisch-dogmatisch fragwürdig, in den gesetzlichen Bestimmungen über die Vergütung eingeordnet ist.[637] Personalpolitik ist ausserdem keine Angelegenheit der Rechnungslegung oder der Vergütung, sondern der Geschäftsführung, die von Art. 728a Abs. 3 OR ausdrücklich der Prüfung durch die Revisionsstelle entzogen wird.[638] Soweit es also die Bestellung der Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat anbelangt, steht auch Art. 728a Abs. 3 OR einer Prüfung des Vergütungsberichts durch die Revisionsstelle in Bezug auf Art. 734f OR entgegen. Für die Wahl des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung – immerhin das oberste Organ der Gesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) – muss dies *a fortiori* umso mehr gelten.[639]

Es ist daher festzuhalten: Wenn sich die Revisionsstelle dazu anschickt, den Vergütungsbericht einer Prüfung zu unterziehen, muss sie sich selbst grösste Zurückhaltung auferlegen.[640] Zu diesem Befund gelangte anlässlich der Vernehmlassung zum Vorentwurf 2014 schon die Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten – also der Fachverband jener Personen, die sich beruflich mit der Revision befassen.[641] Die im Schrifttum anzutreffende gegenteilige Einzelmeinung[642] findet keine Stütze im Gesetz und ist daher abzulehnen. Die Revisionsstelle mag zwar die Begründung des Verwaltungsrates nicht teilen, doch steht es ihr schlechterdings nicht zu, ihre Einschätzung an die Stelle derjenigen des Verwaltungsrates zu setzen. 44

63 OFK-Dekker, N. 10 zu Art. 17 VegüV; Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 9 zu Art. 17 VegüV; vgl. auch BSK-Pfiffner/Watter, N. 77 zu Art. 728a OR; Pfiffner, Rz. 219.

63 Vgl. Botschaft 2016, S. 582, wo davon die Rede ist, dass (u.a.) die im Vergütungsbericht enthaltenen ***quantitativen*** Informationen von der Revisionsstelle auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen seien.

63 BSK-Pfiffner/Watter, N. 76 f. zu Art. 728a OR; Pfiffner, Rz. 218.

63 Siehe vorn N. 16.

63 Böckli, Aktienrecht, § 15 Rz. 17 f. – Siehe auch Botschaft Revisionspflicht 2004, S. 3986, wo der Bundesrat sich einer Ausdehnung des Gegenstands der Revision auf die Geschäftsführung des Verwaltungsrates widersetzt. Die Auffassung des Bundesrates blieb in der parlamentarischen Debatte unwidersprochen (siehe AB 2005 N 82 f.; AB 2005 S 626 f.).

63 Siehe zum Ganzen Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1026.

64 Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027; dies., Frauenquote, S. 11; ebenso Friederici, S. 99.

Denkbar und rechtlich vertretbar ist ein Einschreiten der Revisionsstelle nur in einem einzigen Fall (freilich erscheint es als vertretbar, auch in diesem Punkt anderer Ansicht zu sein): nämlich dann, wenn der Verwaltungsrat sich im Vergütungsbericht überhaupt nicht zu Art. 734f OR äussert, obwohl das Unternehmen die dort vorgesehenen Richtwerte nicht einhält (wozu es – dies gilt es in Erinnerung zu rufen – auch nicht verpflichtet ist[643]).[644] Auf offenkundige Verletzungen des Gesetzes muss die Revisionsstelle auch dann hinweisen, wenn sie sich ausserhalb ihres Prüfungsauftrags befinden.[645] Eine solche Verletzung des Gesetzes dürfte vorliegen, wenn der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welche die in Art. 734f OR statuierten Richtwerte nicht erreicht, im Vergütungsbericht vollkommen schweigt.[646] [647] Die "Massregel" der Revisionsstelle dürfte sich allerdings in einem blossen Hinweis im Prüfungsbericht zum Vergütungsbericht erschöpfen; eine an die Generalversammlung gerichtete Empfehlung der Revisionsstelle entfällt, da der Vergütungsbericht nicht deren Genehmigung bedarf.[648] Schliesslich ist denkbar, dass ein vollkommenes Schweigen des Verwaltungsrates die Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 728c OR auslöst, insbesondere gegenüber der Generalversammlung (Abs. 2) – gegenüber dem Verwaltungsrat (Abs. 1) wird sie kaum von Bedeutung sein, da dieser selbst Urheber der Gesetzesverletzung ist. Dies dürfte freilich eine eher theoretische Überlegung bleiben.

---

64 Siehe Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung, S. 7 f.: "Eine Beurteilung der Angaben durch die Revisionsstelle, weshalb ein Geschlecht nicht mit mindestens 30% in den Führungsgremien vertreten ist, sowie die Beurteilung der geplanten oder bereits getroffenen Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts durch die Revisionsstelle würde den Rahmen einer Prüfung des Vergütungsberichtes deutlich übersteigen."

64 Siehe Stojanovic, S. 181 (wiewohl im Urteil zurückhaltend): "im Einzelfall wohl inhaltlich zu prüfen".

64 Siehe vorn N. 19 ff. und 36.

64 Vgl. Botschaft 2016, S. 582, wonach die Revisionsstelle den Vergütungsbericht (u.a.) auf dessen *Vollständigkeit* hin zu überprüfen habe. So auch bereits Bericht VE-OR 2014, S. 144.

64 BGE 133 III 453 E. 7.3; BGE 129 III E. 7.1 = Pra 2003, Nr. 105; Chaudet, S. 306 ff.; Pfiffner, Rz. 299.

64 Siehe vorn N. 40.

64 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027; dies., Frauenquote, S. 11; siehe ferner im Urteil ebenso Friederici, S. 99.

64 OFK-Dekker, N. 16 zu Art. 17 VegüV; BSK-Maizar, N. 26 zu Art. 17 VegüV; Müller/Oser, Praxiskommentar, N. 20 zu Art. 17 VegüV; siehe auch von der Crone/Brugger, S. 254.

VI. RECHTSDURCHSETZUNG

A. Instrumente des Aktionärs

1. Überblick

Wenn die Revisionsstelle weder geeignet noch berechtigt ist, über die Einhaltung der Berichterstattungspflicht des Verwaltungsrates zu wachen, dann kann diese Aufgabe nur den Aktionären der Gesellschaft zukommen. Diese "Überwachung" kann von zwei Seiten her geschehen: einerseits mittels Beschaffung von Informationen, andererseits mittels Haftung. Im Folgenden sollen vor diesem Hintergrund das Instrument des Rechts auf Auskunft und Einsicht (N. 46 f.) und jenes der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (N. 48 ff.) erörtert werden, wobei sich die Ausführungen auf die mit Rücksicht auf das Erkenntnisinteresse wesentlichen Voraussetzungen beschränken werden. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass vor allem das erstgenannte Instrument im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 2020 einige Änderungen erfahren hat; im Gegensatz zum früheren Recht besteht *de lege lata* bei den materiellen Voraussetzungen kein Unterschied mehr zwischen dem Auskunfts- und dem Einsichtsrecht.[649] 45

2. Recht auf Auskunft und Einsicht

Art. 697 Abs. 4 und Art. 697a Abs. 3 revOR werden dem Recht des Aktionärs auf Auskunft bzw. auf Einsicht jeweils eine doppelte Grenze setzen:[650] Zum einen muss die Auskunft bzw. die Einsicht zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein; es muss mithin ein *sachlicher Zusammenhang* bestehen zwischen den Informationen, auf die sich das Auskunfts- bzw. Einsichtsbegehren bezieht, und der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte des Aktionärs. Ein solcher Zusammenhang liegt in der Regel dann vor, wenn die Information zur Ausübung des Stimmrechts bei Wahlen erforderlich ist.[651] 46

64 Siehe Botschaft 2016, S. 541 f.; siehe zu den Informationsrechten des Aktionärs nach dem neuen Aktienrecht allgemein Müller, S. 27 ff.

65 Im Folgenden wird unterstellt, dass diese Vorschriften bereits geltendes Recht seien, was in Tat und Wahrheit aber erst mit deren Inkrafttreten per 1. Januar 2023 der Fall sein wird.

651 Siehe zum Gesagten Urteil 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 4.2.1; Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 152; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 171; BSK-Weber, N. 7 zu Art. 697 OR; vgl. ferner CR CO II-Trigo Trindade, N. 27 zu Art. 697.

Die Personalpolitik des Unternehmens kann Gegenstand eines Begehrens sein.[652] Ein Aktionär, der eine Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung "seines" Unternehmens in dem von Art. 734f OR vorgesehenen Verhältnis wünscht, hat ein Interesse an Informationen über die Rekrutierungsprozesse innerhalb des Unternehmens, über die Kriterien zur Auswahl der Kandidaten sowie über die vom Verwaltungsrat geplanten und bereits getroffenen Fördermassnahmen. Entweder will er in Kenntnis dieser Informationen anlässlich der Generalversammlung bestimmte Mitglieder des Verwaltungsrates wählen oder nicht wählen, oder er will durch diese Wahl oder Nichtwahl mittelbar auf die Zusammensetzung der Geschäftsleitung hinwirken. Der vom Gesetz geforderte sachliche Zusammenhang dürfte deshalb in aller Regel gegeben sein.[653]

47 Zum andern dürfen durch die Auskunft bzw. die Einsicht keine Geschäftsgeheimnisse und keine anderen *schutzwürdigen Interessen* der Gesellschaft gefährdet werden. Grund für diese Gefahr ist die mangelnde Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft.[654] Deshalb bedarf es einer Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem Informationsinteresse des Aktionärs im Einzelfall.[655] Von vornherein einer Abwägung entzogen sind indes Geheimhaltungspflichten, die der Gesellschaft vertraglich auferlegt sind.[656] Da es bei Rekrutierungsprozessen stets um einzelne Menschen geht, die im Rahmen dieser Prozesse, zumal bei der Besetzung von Stellen im Management, gründlich "durchleuchtet" werden, dürfte ausserdem das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) eine Grenze ziehen. Kandidaten könnten sich ausserdem vertraglich davor schützen wollen, dass Informationen über sie preisgegeben werden.[657] Auch abseits dieser Fälle kann die Beurteilung des Spitzenkaders von solchem Gewicht sein, dass sie auch mit Rücksicht auf das Informationsinteresse des Aktionärs eine Ablehnung des Begehrens rechtfertigt.[658] Ein Ausweg könnte

65 Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 151b; BSK-Weber, N. 12 zu Art. 697 OR; siehe auch Botschaft 2016, S. 541.

65 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1027 f.

65 Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 155; BSK-Weber, N. 9 zu Art. 697 OR.

65 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 177; BSK-Weber, N. 9 zu Art. 697 OR.

65 Böckli, Aktienrecht, § 12 Rz. 155a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40 Rz. 176.

65 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028.

65 Böckli, Aktienrecht § 12 Rz. 155 *in fine*.

die Anonymisierung der Informationen sein, doch wäre diesfalls fraglich, welcher Wert ihnen noch zukäme. Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Gesellschaft um eine sorgsame Abwägung der widerstreitenden Interessen mit Rücksicht auf den konkreten Einzelfall nicht herumkommen wird. Immerhin dürfte das Interesse des Aktionärs in der Regel überwiegen, soweit es allgemeine (also nicht auf spezifische Personen bezogene) Informationen anbelangt, etwa hinsichtlich der *"gender policy"* des Unternehmens und der Fördermassnahmen desselben.[659]

3. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Eine Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit 48
nach Art. 754 Abs. 1 OR setzt zunächst eine *Pflichtverletzung* voraus. Die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verlangt von den Mitgliedern des Verwaltungsrates Gesetzestreue, zumal bei zwingenden Normen.[660] Art. 734f OR ist zwingendes Recht.[661] Schweigt der Verwaltungsrat hinsichtlich Art. 734f OR vollkommen, so begeht er eine Pflichtverletzung. Eine Pflichtverletzung liegt ebenso vor, wenn der Inhalt des Vergütungsberichts nicht der Wahrheit entspricht; aktives Lügen ist mit der Sorgfaltspflicht nicht vereinbar[662]. Eine Pflichtverletzung ist hingegen mangels inhaltlicher Anforderungen ausgeschlossen, wenn der Verwaltungsrat sich im Vergütungsbericht bloss allgemeiner oder standardisierter Aussagen bedient oder sogar seine

65 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028. – Vgl. zum Ganzen auch Urteil 4A_561/2020 vom 25. Februar 2021 E. 5.1 und 5.3, wonach – entgegen verschiedentlich geäusserten Lehrmeinungen – auch Einzelheiten der Geschäftsführung Gegenstand eines Auskunftsbegehrens sein könnten (und nicht bloss Zusammenfassungen). Namentlich seien die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates *einzeln* offenzulegen (und nicht lediglich als gesamthafte Aufstellung), soweit das Interesse des um Auskunft ersuchenden Aktionärs nicht nur ein abstraktes, theoretisches sei (wenn also etwa Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Voraussetzungen der Rückerstattungs- oder Verantwortlichkeitsklage erfüllt seien); das Interesse der Verwaltungsratsmitglieder an ihrer Privatsphäre habe insoweit hinter dasjenige des Aktionärs zurückzutreten.

66 ZK-Bühler, N. 21 zu Art. 717 OR; ders., Business Judgment Rule, S. 37; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 14 N. 38; Vogt/Bänziger, S. 618; BSK-Watter/Roth Pellanda, N. 24 zu Art. 716a OR; vgl. auch Urteil 1B_41/2011 vom 24. März 2011 E. 2.3.1; BGE 110 II 391 E. 2; ZK-Bürgi, N. 6 zu Art. 722 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 70; Sethe/Andreotti, S. 138 f.; von der Crone, Aktienrecht, Rz. 1540.

66 Siehe vorn N. 17.

66 Vgl. Giger, S. 157; Böckli, Aktienrecht, § 18 Rz. 247; ebenso mit Bezug zur Selbstregulierung ZK-Bühler, N. 52 zu Art. 717 OR; BSK-Watter/Roth Pellanda, N. 14a zu Art. 717 OR

grundsätzliche ablehnende Haltung zu den Geschlechterrichtwerten zum Ausdruck bringt.[663] [664]

49 Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit bedarf sodann eines *Schadens*. Gelangt die Pflichtverletzung in das Licht der Öffentlichkeit und sinkt in Folge der dadurch beeinträchtigten Reputation der Börsenkurs der Aktie, so könnte man darin einen Schaden erblicken. Allerdings handelt es sich dabei mangels nachteiliger Auswirkung auf das Vermögen der Gesellschaft nicht um einen (direkten) Schaden derselben[665], und ebenso wenig steht den Aktionären ein Anspruch auf Schadenersatz zu, da sie keinen Anspruch auf einen hohen Börsenkurs haben und dem Art. 717 Abs. 1 OR insoweit kein Schutznormcharakter zukommt[666]. Ein direkter Schaden beim Aktionär ist immerhin dann denkbar, wenn sein Investitionsentschluss auf einer unwahren Angabe zu den Geschlechterrichtwerten im Vergütungsbericht beruht und der Aktionäre seine infolge der Pflichtverletzung des Verwaltungsrates erworbenen Aktien zu einem tieferen Preis wieder veräussert. In diesem Falle dürfte ein Anspruch des Aktionärs gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates aus Art. 41 OR bestehen.[667] In Verbindung mit Art. 717 Abs. 1 OR entfaltet Art. 734f OR insoweit Schutznormwirkung.[668] [669]

50 Zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden muss ein natürlicher und adäquater *Kausalzusammenhang* bestehen.[670] Dem (direkt geschädigten) Aktionär muss der Beweis gelingen, dass sein Investitionsentschluss mit der unwahren Angabe des Verwaltungsrates zu den Geschlechterrichtwerten im

66 Vgl. vorn N. 40 und 44.

66 Siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1028 f.

66 Vgl. ZK-Bühler, N. 53 zu Art. 717 OR; Giger, S. 157 ff.

66 Vgl. Giger, S. 158 f.

66 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 18 Rz. 247 und 311 ff.; ZK-Bühler, N. 54 zu Art. 717 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 21. In der Lehre wird die Anspruchsgrundlage bei unmittelbarer Schädigung des Aktionärs bisweilen sowohl in Art. 754 als auch in Art. 41 OR erblickt. Das Bundesgericht prüft solche Ansprüche indes nur als Anwendungsfall von Art. 41 OR (siehe etwa BGE 141 III 112 E. 5.2.1 = Pra 2015 Nr. 96; BGE 132 III 564 E. 3.2.1 = Pra 2007 Nr. 57; BGE 131 III 306 E. 3.1.2).

66 Mit Bezug auf die Selbstregulierung a.M. Giger, S. 141 f. Die von ihm gegen die deliktische Haftung vorgebrachten Argumente vermögen bei Art. 734f OR indes nicht zu verfangen, da diese Norm zwingend ist.

66 Siehe zum Ganzen auch Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1029.

67 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz. 91 f.; BSK-Gericke/Waller, N. 42 zu Art. 754.

Vergütungsbericht zusammenhängt. Die Annahme, dass die *"gender policy"* im Management eines Unternehmens für die Willensbildung der meisten Anleger nicht wesentlich sein dürfte (im Gegensatz etwa zur Berufserfahrung), liegt nicht fern, sodass dieser Beweis nur selten erfolgreich sein wird. Immerhin ist er nicht ausgeschlossen, zumal in Zeiten von ESG *"diversity"*-Themen immer mehr Gewicht gewinnen.[671] [672]

B. Anspruch auf "Einstellung"?

Zumindest denkbar wäre ein Anspruch eines bei der Bestellung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung nicht berücksichtigten Kandidaten auf klageweise "Einstellung" (genauer: auf klageweise Begründung eines Organverhältnisses). Ein solcher Anspruch ist abzulehnen. Er ginge an Gegenstand und Zweck von Art. 734f OR gänzlich vorbei. Diese Norm wird vom Gedanken der Transparenz getragen und sieht für den Fall der Verwirklichung ihres Tatbestandes keine "harten" Rechtsfolgen, sondern nur eine Begründungspflicht vor.[673] *A fortiori* wäre es schlechterdings abwegig, hieraus einen klageweise durchsetzbaren Anspruch der geschilderten Art konstruieren zu wollen. Selbst Art. 5 Abs. 2 GlG schliesst für den Fall der Ablehnung einer Anstellung oder für den Fall der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nach Obligationenrecht einen Rechtsanspruch der diskriminierten Person auf Einstellung aus und gewährt dieser Person lediglich einen Anspruch auf Entschädigung in Geld. 51

MATERIALIEN

Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), Bern, 17. September 2015 (zit. Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014).

Bertschinger Urs, Vernehmlassung zur «Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)», Vorentwurf vom 28. November 2014, 14. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft 2016).

671 Vgl. auch vorn N. 2.

67 Siehe zum Gesagten Müller/Forrer, Geschlechterrichtwerte, S. 1029.

67 Siehe vorn N. 19 und 36.

3.

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff. (zit. Botschaft Revisionspflicht 2004).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff. (zit. Botschaft Personenstandsregister 2014).

Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf 2014 (zit. Bericht VE-OR 2014).

European Women on Boards (Hrsg.), Gender Diversity Index 2021, https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/01/2021-Gender-Diversity-Index.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Gender Diversity Index 2021).

guido schilling ag, schillingreport 2022, Medienmitteilung vom 4. März 2022, https://www.schillingreport.ch/content/uploads/sites/2/2022/02/Medienmitteilung_2022.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Medienmitteilung Schilling-Report 2022).

Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 13. März 2015.

von der Crone Hans Caspar, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

LITERATURVERZEICHNIS

Bertschinger Urs, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2/2012, S. 294 ff. (zit. Delegation).

Böckli Peter, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 1 ff. (zit. Blütenlese).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. Aktienrecht).

Bühler Christoph B., «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 29 ff.

Bühler Christoph B., Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance, Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision, EF 1-2/2016, S. 12 ff.

Bühler Christoph B., Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, SJZ 2015, S. 349 ff. (zit. Corporate Governance).

Bühler Christoph B., Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018.

Burg Benedict / von der Crone Hans Caspar, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 1/2012, S. 59 ff.

Bürgi Friedrich Wolfhart, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–738 OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1969.

Chaudet François, Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, La responsabilité de l'organe de révision dans la SA (1ère partie), ST 4/2000, S. 306 ff.

Dekker Stephan, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar (Orell Füssli), Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas/ Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Duc Nicolas, Nouvel (?) avant-projet de révision du droit de la société anonyme, Jusletter vom 19. Oktober 2015.

Forstmoser Peter / Kleibold Thorsten, Berichterstattung des Abschlussprüfers über wichtige Prüfungssachverhalte, EF 9/2016, S. 614 ff.

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frei Nula, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um "Frauenquoten", ZSR 139/2020, S. 173 ff.

Fried Jesse M., Will Nasdaq's Diversity Rules Harm Investors? 12 Harvard Business Law Review, art. 1, 2021, S. 1 ff.

Gerhard Frank, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Friederici Katharina, Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist?, GesKR 1/2022, S. 92 ff.

Giger Gion, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Diss., Zürich 2003.

Grosz Mirina, Frauenquoten im Aktienrecht?, Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 116/2015, S. 511 ff.

Habersack Mathias, in: Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019.

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 2015, S. 171 ff. (zit. Swiss Code).

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, Grundlagenbericht zur Revision, Zürich 2014 (zit. Grundlagenbericht).

Homburger Eric, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1997.

Junod Valérie, «Comply or explain»: la solution au dilemma des quotas?, SZW 5/2015, S. 478 ff. (zit. dilemma).

Junod Valérie, Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?, GesKR 3/2015, S. 381 ff. (zit. quotas).

Knobloch Stefan, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

Kunz Peter V., Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen, AJP 3/2015, S. 411 ff.

Lütolf Daniel, Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübername, Diss. Zürich 2020.

Meier-Hayoz Arthur /Forstmoser Peter /Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Müller Andreas / Oser David, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), OR Kommentar (Orell Füssli), Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Matthias P. A., Informationsrechte des Aktionärs: Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht, ex ante 2019, S. 27 ff.

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, S. 1015 ff. (zit. Geschlechterrichtwerte).

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Keine Frauenquote, aber Erklärungspflicht, NZZ vom 29. Juni 2020, S. 11 (zit. Frauenquote).

Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Nay Martin / Rüfenacht Beat / Steiner Andreas, Erfahrungen mit der neuen Berichterstattung über Key Audit Matters, EF 10/2017, S. 694 ff.

Painter Richard W., Board Diversity: A Response to Professor Fried, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Vol. 27:1, S. 174 ff.

Pfiffner Daniel, Revisionsstelle und Corporate Governance: Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss., Zürich/St. Gallen 2008.

Poggio Karin / Zihler Florian, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, EF 1–2/2016, S. 79 ff.

Rioult Christian, Gender Diversity in der Unternehmensführung, Diss., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Diversity).

Rioult Christian, Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Erläuterung und Analyse des bundesrätlichen Vorschlags im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision, Jusletter vom 12. März 2018 (zit. Geschlechterrichtwerte).

Ruprecht Roland / Gwerder Ruth, Key Audit Matters und erweiterte Berichterstattung, EF 12/2017, S. 950 ff.

Schärer Heinz, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Schenker Urs, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 469 ff.

Schneider Roman / Wagner Alexander F. / Wenk Bernasconi Christoph, Der Verwaltungsrat zwischen Regulierung und Marktdisziplin, EF 9/2016, S. 670 ff.

Sethe Rolf / Andreotti Fabio, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 87 ff.

Stojanovic Jasna, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, Die vorgesehene Quotenregelung für börsenkotierte Grossunternehmen in der aktuellen Aktienrechtsrevision: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, in: Canapa Damiano / Landolt Robin / Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von

Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 165 ff.

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Code des obligations II – Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2017.

Ueberschlag Jakob, Geschlechtsspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 6/2015, S. 907 ff.

Vogt Hans-Ueli / Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR 4/2012, S. 607 ff.

Vogt Hans-Ueli, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, NZZ vom 20. Januar 2015, S. 21.

von der Crone Hans Caspar / Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, S. 2 ff.

von der Crone Hans Caspar / Brugger Daniel, Salärgovernance, SZW 3/2014, S. 241 ff.

von der Crone Hans Caspar / Daeniker Daniel, Aktienrecht und Finanzmarktregulierung – wohin geht die Reise?, SJZ 20/2016, S. 457 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf / Maizar Karim, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 785 OR

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 785 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 785 OR.

II. Übertragung

1. Abtretung

a. Form

Art. 785

[1] Die Abtretung von Stammanteilen sowie die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen der schriftlichen Form.

[2] In den Abtretungsvertrag müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile, ausser wenn der Erwerber bereits Gesellschafter ist.

GLIEDERUNG

I. Abtretung 305
A. Form 305
B. Inhalt 306
C. Wirkung 307
II. Hinweis auf statutarische Rechte und Pflichten im Abtretungsvertrag 308
Musterdokumente 309
Materialien 309
Literaturverzeichnis 309

I. ABTRETUNG

Die Abtretung von Stammanteilen wird i.d.R. durch Kauf, Tausch, Schenkung oder Übernahme des Geschäfts bzw. der GmbH begründet – ausgenommen ist der Erwerb durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung, welcher unter Art. 788 OR gesondert behandelt wird.[674] Die Abtretung setzt voraus, dass die veräussernde Person grundsätzlich die Verfügungsbefugnis innehat.[675] 1

Bei der Abtretung nach Art. 785 Abs. 1 OR wird zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden, auch wenn beide i.d.R. zeitlich zusammenfallen und im selben Schriftstück gefasst sind.[676] Als Verfügungsgeschäfte gelten Abtretungsverträge gemäss Art. 164 ff. OR und die Verpflichtung zum Abschluss eines Abtretungsvertrages als Verpflichtungsgeschäfte.[677] Bei Stammanteilübertragungen wird das Verpflichtungsgeschäft oft separat vom Abtretungsvertrag (Verfügungsgeschäft) abgeschlossen, um Diskretion über den Kaufpreis zu wahren und z.B. der Publizitätswirkung zu entgehen.[678] Grund dafür ist, dass der Kaufvertrag bei Eintragung in das Handelsregister einzureichen und dieser Beleg dann öffentlich einsehbar ist. Wird also der Kaufpreis nicht separat vereinbart, kann ohne jeden Interessennachweis im Handelsregister der Kaufpreis eingesehen werden. 2

A. Form

Ein Stammanteil in Gestalt eines Namenpapiers ist zwar ein Wertpapier (Art. 965 ff. OR), jedoch wird bei einer Abtretung eine schriftliche Abtretungserklärung vorausgesetzt (Art. 967 OR i.V.m. Art. 164 ff. OR).[679] Ein gültiger Abtretungsvertrag bedarf der Verpflichtung zur Abtretung 3

67 OFK-Küng/Camp, N. 2 zu Art. 785 OR; CHK-Trüeb, N. 2 zu Art. 785 OR; siehe hierzu auch ZK-Trigo Trindade, N. 55 zu Art. 684 OR.

67 ZK-Trigo Trindade, N. 58 ff. zu Art. 684 OR.

67 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 785 OR; SHK-Siffert, N. 5 zu Art. 82 HRegV; CHK-Trüeb, N. 2 zu Art. 785 OR.

677 Minning, S. 24.

67 CHK-Trüeb, N. 2 zu Art. 785 OR.

67 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 62; BSK-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 784 N 3 f. OR; Urteil 4A_301/2012 vom 19. September 2012 E. 2 und 4.

(Verpflichtungsgeschäft) sowie die darauf basierende Abtretung (Verfügungsgeschäft).[680] Im Gegensatz zur Forderungszession (Art. 165 OR) wird sowohl beim Verpflichtungs- wie auch beim Verfügungsgeschäft die Schriftform (Art. 12 ff. OR) verlangt und beide Vertragsparteien haben den Abtretungsvertrag eigenhändig zu unterschreiben, da die erwerbende Person nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten übernimmt.[681]

4 Vor der Revision des GmbH-Rechts, die am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, war für die Übertragung von Stammanteilen die öffentliche Beurkundung notwendig. Die Anforderung der öffentlichen Beurkundung wurde nach der vorerwähnten Gesetzesrevision hinfällig.[682]

5 Folge eines Formmangels der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte ist die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der Abtretung.[683] Fallen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zeitlich auseinander und führt nur das Verpflichtungsgeschäft einen Formmangel auf – z.B. durch mündlichen Abschluss –, so kann der Mangel durch ein schriftliches Verfügungsgeschäft geheilt werden.[684] Diese Heilung ist zumindest dann gültig, wenn umfassende, wesentliche Elemente des Verpflichtungsgeschäfts im Verfügungsgeschäft schriftlich festgehalten wurden.[685]

B. Inhalt

6 Im Abtretungsvertrag müssen neben dem eindeutigen Übertragungswillen auch Angaben zum Kaufpreis, zu den Stammanteilen und den Vertragsparteien enthalten sein.[686] In der Praxis wird der Kaufpreis jedoch häufig nicht beziffert, sondern darauf verwiesen, dass dieser in einer separaten Urkunde festgehalten respektive Gegenstand einer anderen

68 HANDSCHIN/TRUNIGER, § 15 Rz. 36.

68 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 785 OR; BSK-Girsberger/Hermann, N. 2 und 12 zu Art. 165 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 785 OR; CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 785 OR; Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.3.

68 Botschaft GmbH 2002, S. 3184 f.

68 CR-Chappuis/Jaccard, N. 10 zu art. 785 CO; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 785 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 4 zu Art. 785 OR.

68 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 785 OR, N. 2 zu Art. 785 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 785 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 4 zu Art. 785 OR; CHK-Trüeb, N. 4 zu Art. 785 OR.

68 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 36.

68 Meisterhans/Gwelessiani, Rz. 402; Urteil 4A_301/2012 vom 19. September 2012 E. 4.

Vereinbarung ist – dies insbesondere, um die Parteien von der Publizitätswirkung zu schützen. Um den Verkehrsschutz zu gewährleisten, ist ausserdem entscheidend, dass die erwerbende Person auf allfällige Konkurrenzverbote für Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Nachschuss- und Nebenpflichten hingewiesen wird (Art. 785 Abs. 2 i.V.m. 777a Abs. 2 OR), die für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einschneidende Folgen haben können.[687]

C. Wirkung

Zur Erlangung der Gesellschafterrechte muss die erwerbende oder die veräussernde Person die Abtretung der Stammanteile der Gesellschaft mitteilen. Die Abtretung wird rechtswirksam nach Zustimmung der Gesellschafterversammlung (Art. 786 Abs. 1 OR) – ausgenommen die Statuten haben die Zustimmungspflicht bei der Abtretung aufgehoben (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR) – oder wenn sechs Monate nach Eingang des Gesuches keine Ablehnung erfolgt (Art. 787 OR).[688] In der Zwischenzeit bleibt die Wirkung der Abtretung in der Schwebe. 7

Die Geschäftsführung muss die neue Gesellschafterin oder den neuen Gesellschafter anschliessend mit Namen, Wohnsitz und Heimatort sowie mit der Anzahl und dem Nennwert ihrer oder seiner Stammanteile in das Anteilbuch der GmbH aufnehmen (Art. 790 Abs. 1 und 2 OR) und die Übertragung der Stammanteile dem Handelsregister zur nicht konstitutiven *Eintragung* anmelden (Art. 791 OR, Art. 82 HRegV).[689] Die Handelsregisterführerin oder der Handelsregisterführer prüft den Abtretungsvertrag im Rahmen der Eintragung der erwerbenden Person als Gesellschafterin oder Gesellschafter (Art. 82 HRegV).[690] Sind die 8

68 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 4 zu Art. 785 OR; siehe auch BSK-Schenker, N. 2 zu Art. 777a OR; Urteil 4A_301/2012 vom 19. September 2012 E. 4; Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.2.

68 CHK-Trüeb, N. 7 zu Art. 785 OR.

68 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 6 zu Art. 791 OR; Olejarova, S. 103; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 9 zu Art. 785 OR; CHK-Trüeb, N. 6a f. zu Art. 785 OR; OFK-Vogel, N. 3 zu Art. 82 HRegV; Urteil 4A_113/2014 vom 15. Juli 2014 E. 6.2.2; Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2018.00727 vom 26. Februar 2019 E. 2.2.

69 Meisterhans/Gwelessiani, Rz. 402; Olejarova, S. 103; CHK-Trüeb, N. 6a zu Art. 785 OR. ausführlich zum Verfahren der Anmeldung von Stammanteilsübertragungen Siffert, REPRAX, S. 76 ff.; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 8 zu Art. 785 OR; SHK-Siffert, N. 9 zu Art. 82 HRegV.

Anforderungen nicht erfüllt, wird die Eintragung verweigert – ausgenommen die Übertragung von Stammanteilen wurde durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben (Art. 788 OR).[691]

II. HINWEIS AUF STATUTARISCHE RECHTE UND PFLICHTEN IM ABTRETUNGSVERTRAG

9 Die erwerbende Person von Stammanteilen sollte möglichst über statutarisch vereinbarte Pflichten aufgeklärt werden, denen sie oder er als Gesellschafterin und Gesellschafter unterliegt. Art. 785 Abs. 2 OR – wie auch Art. 784 Abs. 2 OR – setzen voraus, dass die in Art. 777a Abs. 2 OR aufgeführten Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen oder Gesellschafter in den Abtretungsvertrag aufgenommen werden (Nachschuss- und Nebenpflichten, allfällige Konkurrenzverbote für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Vorkaufsrechte oder Konventionalstrafen).[692]

10 Werden diese gesetzlichen Mindestanforderungen nicht erfüllt, so ist der Abtretungsvertrag gemäss einem Teil der Lehre ungültig und es folgt die Nichtigkeit (Art. 20 OR), da diese Norm zwingender Natur ist.[693] Gemäss Keller/Jegher/Vasella sowie Küng/Camp ist bloss eine Ordnungsvorschrift verletzt und es wird lediglich ein Willensmangel vermutet.[694]

11 Ein besonderer Hinweis auf die statutarischen Rechte und Pflichten ist nicht notwendig, wenn die erwerbende Person bereits Gesellschafterin bzw. Gesellschafter der GmbH ist – da sie oder er bereits über den statutarischen Inhalt informiert sein sollte[695] – oder die Stammanteile durch besondere Erwerbsarten (Art. 788 OR) übertragen wurden.[696]

---

69 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 4 zu Art. 785 OR.

69 BSK-Schenker, N. 2 zu Art. 777a OR; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 4 zu Art. 785 OR; Urteil 4A_301/2012 vom 19. September 2012 E. 4.

69 CR-Chappuis/Jaccard, N. 14 zu art. 785 CO; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 63; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 3 f. zu Art. 785 OR; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 37. Anders verhält es sich beim Fehlen der Angaben gemäss Art. 777a OR, denn die in Abs. 2 stipulierten Pflichten sind bereits in den Statuten aufgeführt (Art. 776a OR), welche die Gründerinnen und Gründer beim Errichten der GmbH festlegten (Art. 777 Abs. 1) und somit müssen ihnen die Pflichten bekannt sein – auch ohne besonderen Hinweis. Siehe hierzu BSK-Schenker, N. 3 zu Art. 777a OR

69 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 785 OR; OFK-Küng/Camp, N. 6 zu Art. 785 OR.

69 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 785 OR.

MUSTERDOKUMENTE

- Vertrag betreffend Abtretung von Stammanteilen
- Handelsregisteranmeldung
- Protokoll der Generalversammlung

MATERIALIEN

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

LITERATURVERZEICHNIS

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Girsberger Daniel / Hermann Johannes Lukas, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

69 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 785 OR.

6.
Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Minnig Yannick, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss. Bern 2017.

Olejarova Veronika, Urteil des Veraltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2019 betreffend Verletzung des Eintragungspflicht (Art. 152 HRegV), REPRAX 3/2019, S. 99-104.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schenker Franz, in: Honsel Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino, Stolpersteine bei der Übertragung von Stammanteilen bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, REPRAX 2/2008, S. 76-88 (zit. REPRAX).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 786 OR

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 786 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 786 OR.

b. Zustimmungserfordernisse

Art. 786

[1] Die Abtretung von Stammanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern.

[2] Von dieser Regelung können die Statuten abweichen, indem sie:

auf das Erfordernis der Zustimmung zur Abtretung verzichten;
die Gründe festlegen, die die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen;
vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft dem Veräusserer die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert anbietet;
die Abtretung ausschliessen;
vorsehen, dass die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.

[3] Schliessen die Statuten die Abtretung aus oder verweigert die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung, so bleibt das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund vorbehalten.

GLIEDERUNG

I. Zustimmung 314
A. Gesetzliche Vinkulierung 314
B. Mitteilung 314
C. Zuständigkeit 315
D. Zustimmungsbeschluss 315
E. Praktischer Hinweis 316
II. Statutarische Abweichungen 317
A. Aufhebung des Zustimmungserfordernisses (Ziff. 1) 317
B. Abweichungen (Ziff. 2) 318
C. Übernahme zum wirklichen Wert (Ziff. 3) 318
D. Übertragungsverbot (Ziff. 4) 319
E. Zweifel an Liquidität der Zessionarin bzw. des Zessionars (Ziff. 5) 320
III. Rechtsfolgen der Verweigerung der Zustimmung 321
Musterdokumente 322
Materialien 322
Literaturverzeichnis 322

I. ZUSTIMMUNG

A. Gesetzliche Vinkulierung

1 Im Unterschied zur Aktiengesellschaft, welche dem Grundsatz der freien Übertragbarkeit folgt – ausgenommen statutarische Beschränkungen – ist die Übertragung der Stimmenanteile einer GmbH gesetzlich vinkuliert.[697] Zur Stammanteilsübertragung fordert Art. 786 Abs. 1 OR die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Zustimmung kann dabei ohne die Angabe von Gründen verweigert werden, ohne dass es einer Präzisierung in den Statuten bedarf.[698]

2 Durch die Vinkulierung kann die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises beeinflusst werden; dabei wird dem personenbezogenen Element der GmbH Rechnung getragen.[699] Unerwünschte Stammanteilserwerbende können im Interesse der Gesellschaft ferngehalten werden.[700]

B. Mitteilung

3 Damit der Abtretung der Stammanteile zugestimmt werden kann, muss die Gesellschaft (i.c. die Geschäftsführung) über die Abtretung informiert werden.[701] Sowohl die veräussernde Person als auch die erwerbende Person können ohne Mitwirkung der oder des anderen die Abtretung der Stammanteile der Gesellschaft mitteilen – insofern nicht statutarisch besonders geregelt ist, wer die Mitteilung vorzunehmen hat.[702]

4 Teilt die erwerbende Person die Abtretung mit und ersucht die Gesellschaft um Zustimmung der besagten Abtretung, so hat sie oder er dem Gesuch den

---

69 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.06; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 59; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 39; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 18 Rz. 90; OFK-Vogel, N. 6 zu Art. 82 HRegV; zur Wirkung der Zustimmung auf das Verfügungsgeschäft der Übertragung von Stammanteilen siehe Jentsch, S. 139.

69 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 59; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 791 OR; OFK-Küng/Camp, N. 2 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 786 OR.

69 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 1 zu Art. 786 OR.

70 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 15 zu Art. 786 OR.

701 Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 4 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 5 zu Art. 786 OR.

70 Küng/Hauser, § 5 Rz. 21.

Abtretungsvertrag beizulegen, damit die Rechtsgültigkeit der Abtretung überprüft werden kann.[703] Reicht die veräussernde Person das Gesuch der Gesellschaft ein, wird nicht verlangt, dass der Abtretungsvertrag beigelegt wird.[704]

C. Zuständigkeit

Wurde das Gesuch um Zustimmung der Abtretung der Gesellschaft unterbreitet bzw. zugestellt, muss die Geschäftsführung eine Gesellschafterversammlung einberufen. Die Geschäftsführerinnen bzw. Geschäftsführer sind weder verpflichtet noch berechtigt die Zustimmung zu traktandieren, wenn kein Gesuch eingetroffen ist. 5

Die Zustimmung zur Abtretung der Stammanteile kommt der Gesellschafterversammlung und nicht der Geschäftsführung zu, m.a.W. ist die Kompetenz nicht delegierbar (Art. 804 OR).[705] Entsprechend ist eine ordentliche oder ausserordentliche Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführung einzuberufen (Art. 805 Abs. 1 und 2 OR) und die Zustimmung zur Abtretung muss traktandiert werden – vorbehalten, es handelt sich um eine Universalversammlung (Art. 805 Abs. 3 letzter Satz OR). 6

D. Zustimmungsbeschluss

Für die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen bzw. die Anerkennung als stimmberechtigte Gesellschafterin oder stimmberechtigter Gesellschafter wird ein qualifiziertes Mehr von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit des gesamten Stammkapitals vorausgesetzt (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR).[706] Der Beschluss kann nicht an die Geschäftsführung übertragen werden (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR), da er als eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung gilt.[707] In Hinblick auf Art. 808b Abs. 2 OR ist zu bemerken, dass statuarisch die Anforderungen an die 7

70 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art 791 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 4 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 5 zu Art. 786 OR.

70 Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 4 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 5 zu Art. 786 OR.

70 CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 787 OR.

70 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 60; SHK-Siffert, N. 18 zu Art. 82 HRegV.

70 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.07; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 60; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 40; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 786 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 7 zu Art. 786 OR.

Beschlussfassung erhöht, nicht aber herabgesetzt werden dürfen; m.a.W. kann das Quorum nicht auf das einfache Mehr herabgesetzt werden.[708]

8 Das Gesetz äussert sich nicht zu den formellen Anforderungen an den Zustimmungs- bzw. Ablehnungsbeschluss der Gesellschafterversammlung. Der Beschluss kann schriftlich gefasst werden, sofern keine mündliche Beratung von der Gesellschafterin bzw. den Gesellschaftern verlangt wurde (Art. 805 Abs. 4 OR).[709] In aller Regel wird er im Rahmen der ordentlichen Protokollführung schriftlich erfasst.[710] Sind die Gesellschafterin bzw. der Gesellschafter – wie es vor der Revision des GmbH-Rechts 2008 notwendig war – mit Namen in den Statuten aufgeführt, so muss bei Übertragung der Stammanteile auch eine Statutenänderung vorgenommen werden, welche die öffentliche Beurkundung bedingt.[711]

9 Die Zustimmung wird i.d.R. im Rahmen einer Gesellschafterversammlung beschlossen; an Stelle der Beschlussfassung an der Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung auch im Zirkularverfahren gegeben werden – sofern diese Beschlussform statutarisch nicht ausgeschlossen wurde (Art. 805 Abs. 4 OR).[712]

E. Praktischer Hinweis

10 Die veräussernde Person der Stammanteile darf an der Gesellschafterversammlung teilnehmen und für die Abtretung stimmen (Art. 806a OR).[713] Sie darf jedoch keine Vorkehrungen treffen, um die Übertragung zu erschweren oder zu verhindern.[714]

11 Die erwerbende Person darf erst nach positivem Abtretungsbeschluss an der Gesellschafterversammlung teilnehmen bzw. den Platz der veräussernden

70 Botschaft GmbH 2002, S. 3210.

70 CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 787 OR.

710 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.08.

711 OFK-Wibmer, N. 1 zu Art. 787 OR.

712 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.08; Meisterhans/Gwelessiani, Rz. 398; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 23 zu Art. 805 OR. Hier wird noch darauf hingewiesen, dass im revidierten OR Art. 805 Abs. 4 aufgehoben wird und neu unter Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. auf die Vorschriften des Aktienrechts über die Generalversammlung verwiesen (Art. 701 Abs. 3 revOR); siehe Forstmoser/Küchler, N. 5 zu Art. 805 OR.

713 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 40; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 787 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 7 zu Art. 786 OR.

714 CHK-Trüeb, N. 1 zu Art. 787 OR.

Person (der zedierenden Person) einnehmen. Siffert/Fischer/Petrin unterstützen die Möglichkeit, dass sich die veräussernde Person durch die erwerbende Person an der Gesellschafterversammlung vertreten lässt und für die Übertragung stimmen kann.[715] Dies setzt jedoch voraus, dass die Statuten die Vertretung von Gesellschafterinnen bzw. Gesellschaftern durch Dritte zulassen. Werden sämtliche Stammanteile durch eine Person gehalten und ebenfalls an eine einzige Person veräussert, so wird zwar formell die Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung vorausgesetzt; die Anerkennung kann aber gleichzeitig mit der Übertragung durch Universalversammlung (Art. 805 Abs. 3 OR) beschlossen werden.

II. STATUTARISCHE ABWEICHUNGEN

Durch statuarische Regelung kann von dem Zustimmungserfordernis von Art. 786 Abs. 1 OR abgewichen werden. Gemäss Art. 786 Abs. 2 OR kann statuarisch auch eine abweichende Ordnung getroffen werden, wobei die Aufzählung der Möglichkeiten abschliessend ist; eine Kombination der einzelnen Varianten ist möglich.[716] Die Regelungen in den Statuten können über die gesetzliche Vinkulierung hinausgehen und die Übertragung erschweren oder gar verunmöglichen (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 4 OR).[717] 12

A. Aufhebung des Zustimmungserfordernisses (Ziff. 1)

Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben die Möglichkeit die gesetzliche Vinkulierung statutarisch aufzuheben (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR) und somit die freie Übertragbarkeit von Stammanteilen vorzusehen.[718] In Praxis wird diese Regelung bei Gesellschaften mit vielen Gesellschafterinnen bzw. Gesellschaftern gewählt oder wenn die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nicht besonders bedeutend ist.[719] Entsprechend wird dem kapitalistischen Element eine grössere Bedeutung zugesprochen als dem personenbezogenen Element der Mitgliedschaft in der GmbH.[720] 13

715 Botschaft GmbH 2002, S. 3188; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 1 zu Art. 787 OR; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 f. zu Art. 685c OR.

716 Botschaft GmbH 2002, S. 3186; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 46; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 786; arrêt de la Cour de Justice de Genève du 11 septembre 2015 E. 4.1.

717 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 46.

718 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 6 zu Art. 786 OR.

719 OFK-Küng/Camp, N. 5 zu Art. 786 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 11 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 10 zu Art. 786 OR; CHK-Trüeb, N. 7 zu Art. 786 OR.

14 Es kann statutarisch bestimmt werden, dass die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf und somit eine quasi Aufhebung des Zustimmungserfordernisses eingeführt wird.[721]

B. Abweichungen (Ziff. 2)

15 Gemäss Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR können die Statuten selbst die Gründe angeben, welche die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen rechtfertigen. Es können wichtige Gründe aufgeführt werden, aber auch triviale Gründe sind statutarisch festlegbar, wenn sie in Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises stehen, wie etwa die Familienklausel.[722]

16 Die Übertragungserschwerungen gemäss Ziff. 2 gelten dann nicht nur bei Übertragung an eine neue Gesellschafterin oder einen neuen Gesellschafter, sondern auch gegenüber bestehenden Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, weil sich dabei die Machtverhältnisse ändern können.[723]

C. Übernahme zum wirklichen Wert (Ziff. 3)

17 Die Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung zur Abtretung verweigern, wenn statutarisch festgehalten wird, dass die Gesellschaft der veräussernden Person die Übernahme zum wirklichen Wert anbietet (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 3 OR).[724] Der wirkliche Wert ist gesetzlich nicht definiert und muss als Gesamtwert zu Fortführungswerten unter Berücksichtigung von Substanz- und Ertragswert bestimmt werden. Des Weiteren ist es zweckmässig, die Bewertung mittels Berücksichtigung von Geldflüssen (insb. «Discounted Cashflow»-Methode), der Ermittlung von Wertschöpfungsbeiträgen oder

---

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 6 zu Art. 786 OR; CHK-Trüeb, N. 7 zu Art. 786 OR.

721 BBl 2002, S. 3186.

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 786 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 6 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 10 zu Art. 786 OR.

72 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 47.

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 8 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 12 zu Art. 786 OR; zum Begriff «wirklichen Wert» siehe auch SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 5 ff. zu Art. 789 OR. Zum wirklichen Wert im Aktienrecht siehe BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 12 zu Art. 685b OR; OFK-Müller, N. 9 zu Art. 685b OR; BGE 121 III 152 E.3c; BGE 120 II 259 E.2b; Urteil 4A_480/2007 vom 27. Mai 2008 E.5.4.2 und 4C_363/2000 vom 3. April 2001 E. 3b; zu Bewertung siehe Urteil 4A_96/2011 vom 20. September 2011 E.5.

Residualgewinngrössen (z.B. «Economic Value Added»-Methode) zu ermitteln. In jedem Fall ist es sinnvoll, eine Kombination verschiedener Bewertungsmethoden anzuwenden. Dabei ist auch die Ermittlung des Werts gestützt auf das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen sinnvoll.[725]

Mit dieser Regelung (engl. *escape clause*) wird der veräusserungswilligen Gesellschafterin bzw. dem veräusserungswilligen Gesellschafter ein Austrittsrecht gewährleistet und deckt sich mit der Regelung für nicht börsenkotierte Namenaktien bei der Aktiengesellschaft (Art. 685b Abs. 1 OR).[726] Die Stammanteile können entweder auf Rechnung der Gesellschaft (*Erwerb eigener Stammanteile*, Art. 783 und 806a Abs. 2 OR), der einzelnen Gesellschafter oder Dritter erworben werden.[727] 18

D. Übertragungsverbot (Ziff. 4)

Statutarisch kann ein Übertragungsverbot festgelegt werden. Diese Regelung kommt der Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten bei Personengesellschaften sehr nahe.[728] Das Übertragungsverbot wird. i.d.R. bei corporate Joint Ventures eingesetzt, weil dort der Gesellschaftszweck nur durch persönliche Eigenschaften der Gesellschafterinnen bzw. Gesellschafter erreicht werden kann.[729] 19

Das Übertragungsverbot bedingt ein Recht auf Austritt aus wichtigem Grund für die Gesellschafterin bzw. den Gesellschafter (Art. 786 Abs. 3 i.V.m. Art. 822 OR).[730] Mit dem Übertragungsverbot wird auch die Einrichtung einer Nutzniessung oder eines Pfandrechts an den Stammanteilen ausgeschlossen (Art. 789a Abs. 2 und Art. 789b Abs. 2 OR).[731] 20

72 Böckli, § 6 Rz. 221 ff.; OFK-Müller, N. 9 zu Art. 685b OR.

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 8 zu Art. 786 OR; siehe zur *escape clause* Böckli, § 6 Rz. 195 ff.; OFK-Müller, N. 7 ff. zu Art. 685b OR.

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 8 zu Art. 786 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 6 zu Art. 786 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 13 zu Art. 786 OR.

72 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 59; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 18 Rz. 90 und 92.

72 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 9 zu Art. 786 OR; OFK-Wibmer, N. 2 zu Art. 786 OR.

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 9 zu Art. 786 OR.

731 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 9 zu Art. 786 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 7 zu Art. 786 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 15 zu Art. 786 OR.

E. Zweifel an Liquidität der Zessionarin bzw. des Zessionars (Ziff. 5)

21 Als letzte Möglichkeit die Zustimmungserfordernisse statutarisch anzupassen, kann die Gesellschafterversammlung gemäss Ziff. 5 die Zustimmung verweigern, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- (Art. 795 OR) oder Nebenleistungspflichten (Art. 796 OR) zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird. Die sog. *Bonitätsvinkulierung* ist nur gültig, wenn beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden.[732] Sie entspricht der Vinkulierung für nicht voll liberierte Namenaktien (Art. 685 OR).[733]

22 Die Gesellschaft kann nur dann eine Sicherheit verlangen, wenn die Zahlungsfähigkeit der erwerbenden Person nicht glaubhaft gemacht werden kann.[734] Die verlangte Sicherheit kann aber von der veräussernden Person, der erwerbenden Person oder von Dritten gestellt werden und ihre Form (Real- und Personalsicherheiten) darf von der Gesellschaft nicht vorgeschrieben werden.[735] Die Höhe der Sicherheit bestimmt sich nach dem nicht gedeckten Teil der Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten.[736]

23 Diese Regelung steht in Widerspruch zum Grundsatz, dass die Gesellschafterversammlung ohne Grundangabe die Zustimmung verweigern kann.[737] In der Tat macht Ziff. 5 nur Sinn, wenn die dispositive gesetzliche Vinkulierung von Art. 786 Abs. 1 OR vorgängig ausgeschlossen wurde.[738]

---

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 10 zu Art. 786 OR.

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 10 zu Art. 786 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 8 zu Art. 786 OR.

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 10 zu Art. 786 OR.

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 10 zu Art. 786 OR; CR-Trigo Trindade, N. 13 zu Art. 685 OR.

73 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 10 zu Art. 786 OR; CHK-Schmid, N. 4 zu Art. 685 OR.; ZK-Trigo Trindade, N. 80 zu Art. 685 OR.

737 Die Zustimmung kann dabei ohne die Angabe von Gründen verweigert werden, ohne dass es einer Präzisierung in den Statuten bedarf: BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 791 OR; OFK-Küng/Camp, N. 2 zu Art. 786; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 786 OR.

73 Botschaft GmbH 2002, S. 3187; OFK-Küng/Camp, N. 10 zu Art. 786 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 14 zu Art. 786 OR.

III. RECHTSFOLGEN DER VERWEIGERUNG DER ZUSTIMMUNG

Wird bei der Abstimmung über die Zustimmung nicht die erforderliche Mehrheit an der Gesellschafterversammlung erreicht, so gilt die Zustimmung als verweigert.[739] Verweigert die Gesellschafterversammlung ihre Zustimmung zur Übertragung, so bleibt die Abtretung des Übertragungsgeschäftes unwirksam und es muss eine Rückabwicklung der Transaktion stattfinden.[740] Die veräussernde Person bleibt Gesellschafterin bzw. Gesellschafter – ausgenommen die Gesellschaft übernimmt die Stammanteile zum wirklichen Wert (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 3 OR). 24

Durch die Vinkulierung kann die Gesellschaft sich vor unerwünschten erwerbenden Personen schützen; sie kann aber auch die Interessen der ausscheidungswilligen Gesellschafterinnen und Gesellschafter beeinträchtigen.[741] Um den einschneidenden Konsequenzen einer Erschwerung des Mitgliedschaftswechsels entgegenzuwirken, sieht Art. 786 Abs. 3 OR vor, dass bei statutarischem Übertragungsverbot und bei der Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung eines Stammanteils das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund (Art. 822 OR) vorbehalten bleibt.[742] 25

Ein statutarisches Übertragungsverbot stellt einen wichtigen Grund auf Austritt dar, doch bleibt zu überprüfen, ob im Einzelfall die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar ist.[743] Wenn die Gesellschaft ihre Zustimmung *ohne triftigen Grund* verweigert und somit missbräuchlich handelt, kann der Austritt aus wichtigen Gründen oder gar die Auflösung aus wichtigem Grund (Art. 821 Abs. 3 OR) gerechtfertigt sein.[744] 26

Ob vom Austrittsrecht auch bei nicht missbräuchlicher Ablehnung der Zustimmung Gebrauch gemacht werden kann, ist nicht gänzlich geklärt, doch 27

73 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 786 OR.

74 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 11 zu Art. 786 OR; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 45.

741 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 15 zu Art. 786 OR.

74 CR-Chappuis/Jaccard, N. 18 zu art. 786 CO; OFK-Küng/Camp, N. 11 zu Art. 786; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 16 zu Art. 786 OR; CHK-Trüeb, N. 12 zu Art. 786 OR; OFK-Wibmer, N. 3 zu Art. 786 OR.

74 Botschaft GmbH 2002, S. 3187; CHK-Trüeb, N. 12 zu Art. 786 OR.

74 OFK-Wibmer, N. 3 zu Art. 786 OR.

scheint es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen zu sein, die veräusserungswilligen Gesellschafterinnen und Gesellschafter so umfassend zu schützen.[745]

MUSTERDOKUMENTE

- Vertrag betreffend Abtretung von Stammanteilen
- Handelsregisteranmeldung
- Protokoll der Generalversammlung

MATERIALIEN

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

LITERATURVERZEICHNIS

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Dalla Corte Philippine / Meyer Manuel / Trautmann Matthias D., in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

74 CR-Chappuis/Jaccard, N. 18 zu art. 786 CO.

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den Weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jentsch Valentin, Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH, Urteilsbesprechung 4A_60/2018, GesKR 2019, S. 132-140.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Küng Manfred / Hauser Isabel, GmbH – Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankenhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationen Recht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schmid Christoph, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellscahft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 787 OR

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 787 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 787 OR.

c. Rechtsübergang

Art. 787

[1] Ist für die Abtretung von Stammanteilen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich, so wird die Abtretung erst mit dieser Zustimmung rechtswirksam.

[2] Lehnt die Gesellschafterversammlung das Gesuch um Zustimmung zur Abtretung nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eingang ab, so gilt die Zustimmung als erteilt.

GLIEDERUNG

I. Zeitpunkt des Rechtsübergangs 327
II. Frist zur Erteilung der Zustimmung 328
A. Fristenberechnung 329
B. Wirkung bei Ablauf der Frist 329
C. Kenntnisnahme über den Beschluss 329
Musterdokumente 330
Materialien 330
Literaturverzeichnis 330

I. ZEITPUNKT DES RECHTSÜBERGANGS

Sind die Voraussetzungen zum Erwerb der Stammanteile erfüllt (Art. 785 OR), gehen die Rechte und Pflichten nicht mit dessen Übertragung auf die erwerbende Person über, sondern erst nachdem die Gesellschafterversammlung hierzu ihre Zustimmung gegeben hat – vorausgesetzt, das Erfordernis wurde nicht statutarisch aufgehoben (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR).[746] Die Übertragung ist demzufolge suspensiv bedingt (Art. 151 ff. OR) und bleibt bis zur Zustimmung der Gesellschafterversammlung in der Schwebe.[747] Die Abtretung von Stammanteilen verhält sich dementsprechend wie die Übertragung von nicht börsenkotierten vinkulierten Namenaktien (Art. 685c OR).[748] 1

Erst mit der Zustimmung werden der erwerbenden Person die vollen Mitgliedschaftsrechte (Stimmrecht, Vetorecht usw.) und Pflichten als Gesellschafterin bzw. Gesellschafter zugesprochen.[749] Bis dahin bleibt die veräussernde Person allein berechtigt, die Mitgliedschaftsrechte auszuüben; es besteht jedoch die Möglichkeit, dass die erwerbende Person durch eine Vollmacht der veräussernden Person an der Gesellschafterversammlung abstimmen kann.[750] 2

Wird der Abtretung zugestimmt, treten die Rechtswirkungen nicht rückwirkend auf den Erwerbsmoment ein, sondern *ex nunc* mit der Beschlussfassung.[751] Auch ist nicht erst die Einschreibung in das Handelsregister konstitutiv, sondern der Beschlusszeitpunkt.[752] Wurde Zustimmungserfordernis durch die Gesellschafterversammlung statutarisch 3

74 CR-Chappuis/Jaccard, N. 3 zu Art. 787 CO; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 787 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 1 zu Art. 787 OR.

747 CR-Chappuis/Jaccard, N. 3 zu art. 787 CO; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 1 zu Art. 787 OR; CHK-Trüeb, N. 1 zu Art. 787 OR.

74 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 787 OR.

74 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 787 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 2 zu Art. 787 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 2 f. zu Art. 787 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 1 zu Art. 787 OR; arrêt de la Cour de Justice de Genève du 28 mai 2015 E. 7.

75 Botschaft GmbH 2002, S. 3188; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N.1 zu Art. 787 OR; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 f. zu Art. 685c OR.

751 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 787 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 1 zu Art. 787 OR.

75 CR-Chappuis/Jaccard, N. 1 zu art. 787 CO.

ausgeschlossen (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR), gehen die Rechte und Pflichten mit der Übertragung auf die erwerbende Person über.[753]

4 Wird die Zustimmung zur Abtretung abgelehnt, ist die Übertragung unwirksam und fällt *ex tunc* dahin.[754] Wurden die Stammanteilurkunden der erwerbenden Person bereits übergeben, so muss eine Rückabwicklung (Art. 109 OR)[755] des Kauf- oder Schenkungsvertrags stattfinden.[756]

II. FRIST ZUR ERTEILUNG DER ZUSTIMMUNG

5 Der Gesellschafterversammlung steht ein Zeitraum von sechs Monaten zu, um der Abtretung der Stammanteile zuzustimmen (Art. 787 Abs. 2 OR). Auch wenn die sechsmonatige Frist explizit für die Zustimmung vorgesehen ist, so ist sie praktischerweise eine Frist, in der die Gesellschafterversammlung handeln muss, wenn sie die erwerbende Person nicht als Gesellschafterin bzw. Gesellschafter aufnehmen will.[757] Lehnt die Gesellschafterversammlung innerhalb dieser Frist nicht ab, so gilt die Zustimmung im Sinne einer Fiktion als erteilt.[758]

6 In diesen sechs Monaten können die Gesellschafterinnen und Gesellschafter Abklärungen bezüglich der erwerbenden Person treffen.[759] Dabei kann deren Bonität überprüft werden, wenn im Rahmen einer statutarischen Regelung gemäss Art. 786 Ab. 2 Ziff. 5 OR, die Zustimmung zur Abtretung verweigert werden kann, wenn die Erfüllung statutarischer Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten zweifelhaft ist und eine von der Gesellschaft geforderte Sicherheit nicht geleistet wird.

---

75 Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 9 zu Art. 787 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 787 OR.

75 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 1 zu Art. 787 OR.

75 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 45; CHK-Trüeb, N. 5 zu Art. 787 OR.

75 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 2 zu Art. 787 OR; CHK-Trüeb, N. 5 zu Art. 787 OR.

757 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR: «Abs. 2 sieht eine Frist von sechs Monaten vor für die Erteilung der Zustimmung – und nicht etwa Ablehnung – zur Abtretung von Stammanteilen durch die Gesellschafterversammlung (vgl. Art. 685c: dreimonatige Frist für die Erteilung der Zustimmung bei der Übertragung von nicht börsenkotierten vinkulierten Namenaktien).»

75 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR; siehe auch Art. 685g OR.

75 Botschaft GmbH 2002, S. 3188; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR.

A. Fristenberechnung

Der Fristenlauf beginnt am Tag nachdem das Gesuch um Genehmigung der Stammanteilabtretung bei der Gesellschaft zugegangen bzw. in deren Machtbereich gelangt ist.[760] Die sechsmonatige Frist kann statutarisch verkürzt, zum Schutz der Interessen der erwerbenden Personen jedoch nicht verlängert werden.[761] 7

B. Wirkung bei Ablauf der Frist

Verpasst es die Gesellschaft, fristgerecht das Gesuch um Zustimmung der Abtretung abzulehnen oder allgemein einen Entscheid zu fällen, wird die Genehmigung unwiderlegbar vermutet.[762] Eine verspätete Ablehnung der Gesellschafterversammlung bleibt wirkungslos. 8

Wurde das Gesuch unberechtigterweise abgelehnt – bspw. wenn die erwerbende Person die Voraussetzungen der statutarischen Vinkulierung nach Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR oder der Bonitätsvinkulierung nach Art. 786 Abs. 2 Ziff. 5 OR erfüllt und ihr trotzdem die Zustimmung verwehrt bleibt – und wird der Entscheid gerichtlich angefochten, so erfolgt die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils.[763] 9

C. Kenntnisnahme über den Beschluss

Der Ablehnungsentscheid muss nicht begründet werden (vgl. Art. 786 Abs. 1 OR) – ausgenommen eine Begründungspflicht wurde in den Statuten aufgenommen.[764] Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller muss aber über den Beschluss der Gesellschafterversammlung informiert werden. Ist sie oder er nicht an der Gesellschafterversammlung präsent, bspw. als Vertretung der veräussernden Person, und lehnt die Gesellschaft die Abtretung der 10

---

76 CR-Chappuis/Jaccard, N. 8 zu art. 787 CO; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR; OFK-Küng/Camp, N. 2 zu Art. 787; Siffert, REPRAX, S. 85; CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 787 OR.

761 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 7 zu Art. 787 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 8 zu Art. 787 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 4 zu Art. 787 OR; SHK-Siffert, N. 19 zu Art. 82 HRegV.

76 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 787 OR; CHK-Trüeb, N. 4 zu Art. 787 OR.

76 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 787 OR; OFK-Küng/Camp, N. 2 zu Art. 787 OR.

76 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 5 zu Art. 787 OR.

Stammanteile ab, so muss der Beschluss die Gesuchstellerin bzw. den Gesuchsteller noch vor Ablauf der sechsmonatigen Frist erreichen.[765]

11 In welcher Form die Mitteilung zu erfolgen hat, wird im Gesetz nicht geregelt. Die Statuten der Gesellschaft müssen diese Form regeln (Art. 776 Ziff. 4 OR). Wird die Mitteilung schriftlich per Post oder per E-Mail versandt, so gilt das Zugangsdatum und es ist nicht erforderlich, dass die Gesuchstellerin bzw. der Gesuchsteller tatsächlich von der Ablehnung der Gesellschaft Kenntnis genommen hat.[766] Somit ist Vorsicht geboten, wenn die Gesellschafterversammlung auf den letzten Tag der sechsmonatigen Frist terminiert ist und der Ablehnungsentscheid noch mitgeteilt werden soll.

MUSTERDOKUMENTE

- Vertrag betreffend Abtretung von Stammanteilen
- Handelsregisteranmeldung
- Protokoll der Generalversammlung

MATERIALIEN

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

LITERATURVERZEICHNIS

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

76 Botschaft GmbH 2002, S. 3188; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR.

76 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 5 zu Art. 787 OR sowie N. 7 zu Art. 685c OR; siehe zur Empfangstheorie auch BSK-Zellweger-Gutknecht, N. 4 zu Art. 10 OR.

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Zellweger-Gutknecht Corinne, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 788 OR

Eine Kommentierung von Anne Mirjam Schneuwly

ZITIERVORSCHLAG

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 788 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 788 OR.

2. Besondere Erwerbsarten

Art. 788

[1] Werden Stammanteile durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben, so gehen alle Rechte und Pflichten, die damit verbunden sind, ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person über.

[2] Für die Ausübung des Stimmrechts und der damit zusammenhängenden Rechte bedarf die erwerbende Person jedoch der Anerkennung der Gesellschafterversammlung als stimmberechtigter Gesellschafter.

[3] Die Gesellschafterversammlung kann ihr die Anerkennung nur verweigern, wenn ihr die Gesellschaft die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches anbietet. Das Angebot kann auf eigene Rechnung oder auf Rechnung anderer Gesellschafter oder Dritter erfolgen. Lehnt die erwerbende Person das Angebot nicht innerhalb eines Monates nach Kenntnis des wirklichen Wertes ab, so gilt es als angenommen.

[4] Lehnt die Gesellschafterversammlung das Gesuch um Anerkennung nicht innerhalb von sechs Monaten ab Eingang ab, so gilt die Anerkennung als erteilt.

[5] Die Statuten können auf das Erfordernis der Anerkennung verzichten.

GLIEDERUNG

I. Übergang der Rechte und Pflichten 336
A. Formen des Übergangs 336
B. Wirkung 336
II. Anerkennung der Gesellschafterversammlung 337
A. Gesuch um Anerkennung 337
B. Anerkennungsbeschluss 337
C. Rechtslage der erwerbenden Person bis zum Beschluss 339
D. Frist 340
III. Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert 340
IV. Rechtsfolgen der Verweigerung der Zustimmung 341
V. Verzicht auf Anerkennungserfordernis 342
Musterdokumente 342
Materialien 342
Literaturverzeichnis 342

I. ÜBERGANG DER RECHTE UND PFLICHTEN

A. Formen des Übergangs

1 Werden Stammanteile durch Erbgang (Art. 537 ff. ZGB), Erbteilung (Art. 602 ff. ZGB), eheliches Güterrecht (Art. 181 ff. ZGB) oder Zwangsvollstreckung (nach SchKG) erworben, gehen die Rechte und Pflichten sogleich auf die erwerbende Person über und die allgemeine Regelung der Zustimmungserfordernisse (Art. 786 OR) sowie des Rechtsübergangs (Art. 787 OR) finden keine Anwendung.[767]

2 Die Aufzählung der Erwerbsarten wurde vom Gesetzgeber als abschliessend konzipiert, doch Art. 788 OR findet analog Anwendung auf ähnliche Erwerbsarten, sofern die Umstände und die Interessenlagen den in Abs. 1 aufgezählten Fällen entsprechen.[768] So werden andere Formen der Universalsukzession, wie bspw. der Erwerb von Stammanteilen durch eine übernehmende Gesellschaft im Rahmen einer Fusion oder Spaltung anerkannt.[769] In diesem Fall werden die Stammanteile auf das Eintragungsdatum in das Handelsregister übertragen (Art. 22, 52 und 73 FusG), unabhängig von Art. 788 OR.[770]

B. Wirkung

3 Ungeachtet einer allfälligen Vinkulierung gehen beim Erwerb der Stammanteile auf eine der genannten Arten alle mit den Stammanteilen verbundenen Rechte und Pflichten ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person über.[771] Für den Rechtsübergang als solches bedarf es nie der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung. Damit wird die Rechtsnachfolge der ausgeschiedenen Gesellschafterin bzw. des ausgeschiedenen Gesellschafters

767 Zu den einzelnen Erwerbsarten siehe Buchser, Rz. 62.09 ff.

76 Botschaft GmbH 2002, S. 3188; Buchser, Rz. 62.08; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 49; CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 788 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 2 zu Art. 788 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 788 OR.

76 CR-Chappuis/Jaccard, N. 6 zu art. 788 CO; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 59; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 788 OR.

77 CR-Chappuis/Jaccard, N. 6 zu art. 788 CO.

771 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 2 zu Art. 788 OR.

sichergestellt und verhindert, dass die mit den Stammanteilen verbundenen Rechte und Pflichten herrenlos werden.[772]

Allerdings ruhen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte bis zur Anerkennung durch die Gesellschafterversammlung (Art. 788 Abs. 2 OR). Die Wirkung der gesetzlichen Vinkulierung beschränkt sich auf die Anerkennung als stimmberechtigte Gesellschafterin bzw. stimmberechtigter Gesellschafter.[773] M.a.W. wirkt der Entscheid der Gesellschafterversammlung als Suspensivbedingung für die Ausübung der Stimmrechte.[774] Der Gesellschafterversammlung ist es also nicht möglich, einer neuen Gesellschafterin bzw. einem neuen Gesellschafter die Aufnahme zu verweigern; sie kann aber zumindest verhindern, dass eine unerwünschte erwerbende Person an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt.[775] 4

II. ANERKENNUNG DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

A. Gesuch um Anerkennung

Die erwerbende Person muss bei der Gesellschaft die Anerkennung als stimmberechtigte Gesellschafterin bzw. als stimmberechtigter Gesellschafter beantragen.[776] Das Gesetz hat keine Frist zur Gesuchstellung angesetzt und lässt somit stimmrechtslose Stammanteile für erwerbende Personen nach Art. 788 Abs. 1 OR zu.[777] 5

B. Anerkennungsbeschluss

Wie bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung ist auch bei Art. 788 Abs. 2 OR die Gesellschafterversammlung für die Anerkennung des Stimmrechts zuständig.[778] Es gelten somit die gleichen Voraussetzungen für die 6

77 Buchser, Rz. 62.08; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 6 zu Art. 788 OR; OFK-Wibmer, N. 1 zu Art. 788 OR.

773 Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 6 zu Art. 788 OR.

774 CR-Chappuis/Jaccard, N. 8 zu art. 788 CO.

775 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 8 zu Art. 788 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 7 zu Art. 788 OR; OFK-Wibmer, N. 2 zu Art. 788 OR.

776 Handschin/Truniger, § 15 Rz. 50.

777 CR-Chappuis/Jaccard, N. 12 zu art. 788 CO; OFK-Vogel, N. 7 zu Art. 82 HRegV.

77 CHK-Trüeb, N. 9 zu Art. 788 OR.

Beschlussfassung wie bei Art. 786 OR. Für die Anerkennung als stimmberechtigte Gesellschafterin oder stimmberechtigter Gesellschafter wird ein qualifiziertes Mehr von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen sowie der absoluten Mehrheit des gesamten Stammkapitals vorausgesetzt (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 4 OR).[779] Der Beschluss kann nicht an die Geschäftsführung übertragen werden (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 8 OR), da er als eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung gilt.[780] In Bezug auf Art. 808 Abs. 2 OR ist zu bemerken, dass statuarisch die Anforderungen an die Beschlussfassung erhöht, nicht aber herabgesetzt werden dürfen; m.a.W. kann das Quorum nicht auf das einfache Mehr herabgesetzt werden.[781]

7 Das Gesetz äussert sich nicht zu den formellen Anforderungen an den Anerkennungsbeschluss. Der Beschluss kann schriftlich gefasst werden, sofern keine mündliche Beratung von den Gesellschafterinnen bzw. den Gesellschaftern verlangt wurde (Art. 805 Abs. 4 OR). [782] In aller Regel wird er im Rahmen der ordentlichen Protokollführung schriftlich erfasst.[783] Sind die Gesellschafterin bzw. Gesellschafter mit Namen in den Statuten aufgeführt, so muss bei Übertragung der Stammanteile auch eine Statutenänderung vorgenommen werden, welche die öffentliche Beurkundung bedingt.[784] An Stelle der Beschlussfassung an der Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung auch im Zirkularverfahren gegeben werden – sofern diese Beschlussform statutarisch nicht ausgeschlossen wurde (Art. 805 Abs. 4 OR). [785]

8 Unabhängig davon, ob die neue Gesellschafterin bzw. der neue Gesellschafter die Anerkennung zur Stimmberechtigung erhält oder nicht, muss sie oder er

77 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 60; BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 8 zu Art. 788 OR; SHK-Siffert, N. 18 zu Art. 82 HRegV; OFK-Vogel, N. 7 zu Art. 82 HRegV.

78 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.07; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 18 Rz. 60; Handschin/Truniger, § 15 Rz. 40; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 6 zu Art. 786 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 7 zu Art. 786 OR.

781 Botschaft GmbH 2002, S. 3210.

78 CHK-Trüeb, N. 3 zu Art. 787 OR.

78 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.08.

78 OFK-Wibmer, N. 1 zu Art. 788 OR.

78 Dalla Corte/Meyer/Trautmann, Rz. 61.08; Meisterhans/Gwelessiani, Rz. 398; Kurzkommentar Art. 805 Abs. 4 aufgehoben wird und neu unter Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. auf die Vorschriften des Aktienrechts über die Generalversammlung verwiesen (Art. 701 Abs. 3 revOR); siehe Forstmoser/Küchler, N. 5 zu Art. 805 OR. Zu Art. 703 Abs. 3 revOR vgl. dazu Müller/Kaiser/Benz, S. 246 ff. mit Hinweisen.

ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 82 Abs. 1 HRegV). Jeder Übergang eines Stammanteils sowie sonstige Änderungen von Tatsachen (z.B. Änderung von Namen, Wohnsitz, Heimatort, Anzahl und Nennwert) sind im Anteilbuch einzutragen (Art. 791 Abs. 1 OR). Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die kein Stimmrecht haben, solange die Gesellschaft die Zustimmung zum Erwerb nicht erteilt hat, sind ebenfalls einzutragen. Ein solcher Fall kann etwa eintreten, wenn ein der Stammanteil gestützt auf Art. 788 OR (Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung) erworben wurde. Zu beachten gilt u.a. auch, dass dem Handelsregisteramt ein Beleg der Erbenstellung eingereicht werden muss, dies im Original oder als beglaubigte Kopie, wobei ausländische Dokumente entsprechend übersetzt und mit den notwendigen Beglaubigungen (Apostille; Überbeglaubigung) versehen werden müssen. Sollte eine Erbengemeinschaft Stammanteile geerbt haben und nachträglich nur ein Teil der Erben als Gesellschafterinnen bzw. Gesellschafter eingetragen werden, so muss der Abtretungsvertrag entsprechend ausgestaltet werden. An den Nachweis einer allfälligen gesetzlichen Vertretungsbefugnis von Minderjährigen sollten nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.

C. Rechtslage der erwerbenden Person bis zum Beschluss

Bis zur definitiven Anerkennung der erwerbenden Person als stimmberechtigte Gesellschafterin bzw. stimmberechtigter Gesellschafter ist es ihr oder ihm untersagt, das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte auszuüben, so wie bspw. das Antragsrecht (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 und Art. 699 Abs. 3 OR) oder das Recht auf Auskunft oder Einsicht (Art. 802 OR).[786] Somit kann gesagt werden, dass eine Spaltung der Rechte vorgesehen wird und diese sich bis zur Anerkennung durch die Gesellschafterversammlung in einem Schwebezustand befinden – ausgenommen es wurde auf die Anerkennung durch die Gesellschafterversammlung statutarisch verzichtet (Art. 788 Abs. 5 OR).[787] 9

78 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 3 zu Art. 788 OR; Küng/Camp, N. 2 zu Art. 788 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 8 zu Art. 788 OR; OFK-Wibmer, N. 2 zu Art. 788 OR. Botschaft GmbH, S. 3188 f.

78 SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 8 zu Art. 788 OR; OFK-Vogel, N. 7 zu Art. 82 HRegV; OFK-Wibmer, N. 2 zu Art. 788 OR.

6.

D. Frist

10 Wird die Anerkennung nicht innert 6 Monaten nach Eingang des Gesuchs von der Gesellschafterversammlung abgelehnt, so gilt die Anerkennung als erteilt (Art. 788 Abs. 4 OR). Der Fristenlauf beginnt am Tag nachdem das Gesuch um Genehmigung der Stammanteilabtretung bei der Gesellschaft zugegangen bzw. in deren Machtbereich gelangt ist.[788] Die sechsmonatige Frist kann statutarisch verkürzt, zum Schutz der Interessen der erwerbenden Person jedoch nicht verlängert werden.[789]

11 Verpasst es die Gesellschaft, fristgerecht das Gesuch um Zustimmung der Abtretung abzulehnen oder allgemein einen Entscheid zu fällen, wird die Genehmigung unwiderlegbar vermutet.[790] Eine verspätete Ablehnung der Gesellschafterversammlung bleibt wirkungslos.

III. ÜBERNAHME DER STAMMANTEILE ZUM WIRKLICHEN WERT

12 Die Gesellschafterversammlung kann eigentlich nicht frei über die Anerkennung entscheiden, denn sie kann sie nur verweigern, wenn sie der erwerbenden Person die Übernahme der Stammanteile zum wirklichen Wert (Art. 789 OR) anbietet.[791] Da die Stammanteile bereits rechtsgültig übertragen wurden, entscheidet die Gesellschafterversammlung lediglich, ob sie die Rechtsnachfolgerin bzw. den Rechtsnachfolger auskaufen und ihr bzw. ihm ein Übernahmeangebot unterbreiten will.[792] Diese Regelung deckt sich mit der *escape clause* für nicht börsenkotierte Namenaktien bei der

78 CR-Chappuis/Jaccard, N. 14 zu art. 788 CO.

78 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 7 zu Art. 787 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 8 zu Art. 787 OR; SHK-Siffert/Fischer/Petrin, N. 4 zu Art. 787 OR; SHK-Siffert, N. 19 zu Art. 82 HRegV.

79 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 5 zu Art. 788.

791 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 788; zur Ermittlung des wirklichen Werts bzw. der statutarischen Bewertungsformel siehe BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 6 zu Art. 789 OR; OFK-Wibmer, N. 3 zu Art. 788 OR. Zum wirklichen Wert im Aktienrecht siehe BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 12 zu Art. 685b OR; OFK-Müller, N. 9 zu Art. 685b OR; BGE 121 III 152 E.3c; BGE 120 II 259 E.2b; Urteil 4A_480/2007 vom 27. Mai 2008 E.5.4.2 und 4C_363/2000 vom 3. April 2001 E. 3b; zu Bewertung siehe Urteil 4A_96/2011 vom 20. September 2011 E.5.

79 CHK-Trüeb, N. 6 zu Art. 788 OR.

Aktiengesellschaft (Art. 685b Abs. 1 OR).[793] Die Stammanteile können entweder auf Rechnung der Gesellschaft (*Erwerb eigener Stammanteile*, Art. 783 und 806a Abs. 2 OR), der einzelnen Gesellschafterin bzw. des einzelnen Gesellschafters oder Dritter erworben werden.[794]

Die Gesellschaft teilt der erwerbenden Person mit, dass die Gesellschafterversammlung die Anerkennung abgelehnt hat und die Stammanteile zum wirklichen Wert übernehmen will. Der erwerbenden Person steht es frei, die Übernahme zum wirklichen Wert abzulehnen und stimmrechtslose Gesellschafterin oder stimmrechtsloser Gesellschafter zu bleiben. In diesem Fall hat die erwerbende Person eine einmonatige Frist das Übernahmeangebot abzulehnen, anderenfalls gilt das Angebot als angenommen.[795] Bestreitet die erwerbende Person den von der Gesellschaft errechneten Wert der Stammanteile, so läuft die einmonatige Ablehnungsfrist erst ab dem Zeitpunkt der Einigung zwischen den Parteien über die Höhe des wirklichen Werts oder ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des gerichtlichen Urteils.[796] 13

IV. RECHTSFOLGEN DER VERWEIGERUNG DER ZUSTIMMUNG

Lehnt die Gesellschafterversammlung die Anerkennung der erwerbenden Person als stimmberechtigte Gesellschafterin bzw. als stimmberechtigter Gesellschafter ab, so bleibt sie bzw. er berechtigt, als stimmrechtslose Gesellschafterin oder stimmrechtsloser Gesellschafter in das Anteilbuch eingetragen zu werden (Art. 791 Abs. 3 OR) und die vermögensmässigen Rechte der Stammanteile auszuüben.[797] 14

Erreicht die erwerbende Person keine Mitteilung innert der sechsmonatigen Frist, dass die Gesellschafterversammlung die Anerkennung abgelehnt hat und sie die Stammanteile zum wirklichen Wert übernehmen will, wird die Anerkennung unwiderlegbar vermutet (Art. 788 Abs. 3 OR).[798] 15

---

79 OFK-Wibmer, N. 3 zu Art. 788 OR; siehe zur *escape clause* Böckli, § 6 Rz. 195 ff.; OFK-Müller, N. 7 ff. zu Art. 685b OR.

79 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 4 zu Art. 788 OR.

79 CR-Chappuis/Jaccard, N. 15 zu art. 788 CO; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 5 zu Art. 788 OR.

79 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 11 zu Art. 788 OR; Kurzkommentar GmbH-Scheidegger, N. 5 zu Art. 789 OR.

79 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 5 zu Art. 788 OR.

V. VERZICHT AUF ANERKENNUNGSERFORDERNIS

16 Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben die Möglichkeit, das gesetzliche Erfordernis der Anerkennung der erwerbenden Person als stimmberechtigte Gesellschafterin bzw. stimmberechtigter Gesellschafter statutarisch aufzuheben (Art. 788 Abs. 5 OR).[799] Es kann auch statutarisch bestimmt werden, dass nur bestimmte Erwerbsarten dem Anerkennungserfordernis unterworfen werden.[800]

17 Wurde auf das Zustimmungserfordernis bei vermögensrechtlicher Abtretung statutarisch verzichtet (Art. 786 Abs. 2 Ziff. 1 OR), so gilt ebenfalls die Vinkulierung für besondere Erwerbsarten nach Art. 788 OR als aufgehoben.[801]

MUSTERDOKUMENTE

- Vertrag betreffend Abtretung von Stammanteilen
- Handelsregisteranmeldung
- Protokoll der Generalversammlung

MATERIALIEN

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

LITERATURVERZEICHNIS

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

79 KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 5 zu Art. 788 OR.

79 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 15 zu Art. 788 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 6 zu Art. 788 OR; CHK-Trüeb, N. 11 zu Art. 788 OR; OFK-Wibmer, N. 5 zu Art. 788 OR.

80 OFK-Wibmer, N. 5 zu Art. 788 OR.

80 BSK-du Pasquier/Wolf/Oertle, N. 15 zu Art. 788 OR; KuKo-Keller/Jegher/Vasella, N. 6 zu Art. 788 OR; CHK-Trüeb, N. 12 zu Art. 788 OR.

Buchser Michael, in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Müller Lukas / Kaiser Philippe J.A. / Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2022, S. 217-269, abrufbar unter https://www.alexandria.unisg.ch/260742/.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: RobertoVito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 808c OR

Eine Kommentierung von Jan Heller

ZITIERVORSCHLAG

Jan Heller, Kommentierung zu Art. 808c OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Heller, Art. 808c OR N. XXX.

VI. Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung

Art. 808*c*

Für die Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 349
II. Beschluss der Gesellschafterversammlung und Beschlussfolgen 350
A. Begriff des Beschlusses und Terminologie im Zusammenhang mit Beschlüssen 350
1. Anfechtbar vs. nichtig 351
2. Gültig vs. ungültig 353
3. Mangelhaft vs. mangelfrei 353
4. Schwebend vs. endgültig 354
B. Beschlussfolgen 355
III. Anfechtungsklage 355
A. Aktivlegitimation 355
1. GesellschafterInnen 356
2. Geschäftsführung 358
3. Anfechtungsinteresse 359
B. Passivlegitimation 361
C. Anfechtungsobjekt 362
D. Anfechtungsgründe 363
1. Formelle Anfechtungsgründe (Verfahrensmängel) 365
a. Formelle Mängel bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung 367
b. Formelle Mängel bei der Durchführung der Gesellschafterversammlung 370
c. Formelle Mängel im Zusammenhang mit der Abstimmung 373
2. Materielle Anfechtungsgründe (Inhaltsmängel) 375
a. Beschränkung oder Entzug von Rechten der GesellschafterInnen unter Verletzung von Gesetz oder Statuten 375
b. Beschränkung oder Entzug von Rechten der GesellschafterInnen in unsachlicher Weise 376
c. Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der GesellschafterInnen 377
d. Aufhebung der Gewinnstrebigkeit 378
E. Rechtsnatur der Klage 378
F. Anfechtungs-/Verwirkungsfrist 379
G. Auswirkungen des Anfechtungsurteils 382
1. Abweisung der Anfechtungsklage 382
2. Gutheissung der Anfechtungsklage 382
a. Wirkung des Urteils in sachlicher Hinsicht 382
b. Wirkung des Urteils in zeitlicher Hinsicht 383
c. Wirkung des Urteils in persönlicher Hinsicht 384
IV. Nichtigkeitsklage 385
A. Aktivlegitimation 385
B. Passivlegitimation 386

C. Nichtigkeitsgründe ... 386
1. Formelle Nichtigkeitsgründe (Verfahrensmängel) ... 387
a. Formelle Mängel bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung ... 389
b. Formelle Mängel bei der Durchführung der Gesellschafterversammlung ... 390
2. Materielle Nichtigkeitsgründe (Inhaltsmängel) ... 393
a. Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung und Mindeststimmrecht ... 394
b. Klagerechte und andere den GesellschafterInnen zwingend gewährte Rechte ... 394
c. Kontrollrechte der GesellschafterInnen ... 395
d. Grundstrukturen der GmbH ... 395
e. Bestimmungen zum Kapitalschutz ... 395
D. Rechtsnatur der Klage ... 396
E. Zeitliche Beschränkung ... 396
F. Auswirkungen des Nichtigkeitsurteils ... 397
V. Abgrenzung und Verhältnis zu anderen gesellschaftsrechtlichen Klagen ... 397
A. Verantwortlichkeitsklage (Art. 827 i.V.m. Art. 753 bis Art. 760 OR) ... 397
B. Rückerstattungsklage (Art. 800 i.V.m. Art. 678 OR) ... 398
C. Auflösungsklage ... 399
D. Anfechtung nach Art. 106 f. FusG ... 399
VI. Prozessuales ... 400
A. Zuständigkeit ... 400
1. Örtliche Zuständigkeit ... 400
2. Sachliche Zuständigkeit ... 401
B. Schlichtungsverfahren ... 402
C. Vertretung der GmbH ... 403
1. Geschäftsführung ... 403
2. Vertretung i.S.v. Art. 706a Abs. 2 OR ... 405
D. Prozessmaximen ... 407
1. Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime? ... 407
2. Dispositions- oder Offizialmaxime? ... 408
E. Beweisrecht ... 409
F. Klageanerkennung und Vergleich ... 412
G. Nebenintervention ... 413
H. Prozesskosten ... 415
I. Rechtsmittel ... 416
J. Vorsorgliche Massnahmen ... 416
1. Allgemeine Anordnungsvoraussetzungen ... 418
a. Verfügungsanspruch (Hauptsacheprognose) ... 418
b. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose) ... 418
c. Dringlichkeit ... 419

d. Verhältnismässigkeit 419
2. Gerichtliche Handelsregistersperre 419
3. Verbot 422
4. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide 422
K. Schiedsgerichtsbarkeit 423
VII. Rückabwicklung der Beschlussfolgen 424
VIII. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie 428
Literatur-und Materialienverzeichnis 429

I. EINLEITUNG

Art. 808c OR verweist für die Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH auf die Vorschriften des Aktienrechts. Von der Verweisung in Art. 808c OR werden – entgegen dem engen Wortlaut – neben den aktienrechtlichen Bestimmungen zur **Anfechtung** auch diejenigen zur **Nichtigkeit** umfasst.[802] Art. 808c OR verweist auf die Art. 689f[803], Art. 691 Abs. 3[804], Art. 706-706b[805] und Art. 731 Abs. 3[806] OR.[807] Aus Gründen der Lesbarkeit wird in dieser Kommentierung vor diesen Normen jeweils kein *«Art. 808c i.V.m.»* hinzugefügt. 1

Die Beschlüsse der Geschäftsführung können nicht angefochten werden. Möglich ist, dass deren Beschlüsse nichtig sind. Betreffend der Nichtigkeit von Geschäftsführungsbeschlüssen verweist Art. 816 OR – wie sein aktienrechtliches Pendant (Art. 714 OR) – auf Art. 706b OR.[808]

Die Normen des Aktienrechts sind *«entsprechend»*[809] anwendbar. Zu berücksichtigen sind die **Besonderheiten der Rechtsform der GmbH**.[810] Soweit sich aufgrund dieser Besonderheiten keine Abweichungen ergeben, kann grundsätzlich die Lehre und Judikatur der aktienrechtlichen Normen berücksichtigt werden.[811] In dieser Kommentierung wird die aktienrechtliche Literatur und Rechtsprechung ohne Kennzeichnung, dass es sich nicht um Literatur bzw. Rechtsprechung zur GmbH handelt, verwendet. 2

In der Lehre bestand eine Kontroverse, ob die **Verweisungen auf die aktienrechtlichen Bestimmungen** im Recht der GmbH **statischer** oder **dynamischer Natur** sind.[812] In den Materialien der Teilrevision des Rechts 3

80 CR CO II-Chapuis, Art. 808c N. 2; SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. 808c N. 2; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 1.
80 Vgl. dazu auch: Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR.
80 Siehe auch: Art. 805 Abs. 5 Ziff. 9 OR.
80 Botschaft GmbH 2001, S. 3211; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 3.
80 Anwendbarkeit ebenfalls gestützt auf Art. 818 Abs. 1 OR (BSK OR II-Watter/Maizar, Art. 818 N. 8).
80 CHK OR-Kratz, Art. 808c N. 1.
80 Dazu: KuKo OR-Vogel, Art. 816 N. 1.
80 Im französischen bzw. italienischsprachigen Gesetzestext: *«par analogie»* bzw. *«per analogia»*.
81 OFK OR-Gasser/Eggenberger/Stäuber, Art. 808c N. 2.
811 Feuz, N. 494 Fn. 2739.

zur GmbH, welche am 1. Januar 2008 in Kraft trat, stellte der Gesetzgeber klar, dass es sich jeweils um **dynamische Verweisungen** handelt.[813] Im Zuge der Aktienrechtsrevision bekräftigte der Gesetzgeber erneut an den dynamischen Verweisungen festzuhalten.[814] Somit sind jeweils die geltenden Bestimmungen des Aktienrechts anwendbar.[815]

4 Obwohl sich die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage von ihrer rechtlichen Struktur her unterscheiden (unten N. 83 f. und N. 130), haben in der Praxis beide Klagen zum Ziel gerichtlich abzusichern, dass ein **Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht umgesetzt bzw. nicht (mehr) zur Anwendung gelangt**. Bevor auf die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage eingegangen wird, erläutert vorab ein Kapitel den Beschluss der Gesellschafterversammlung sowie dessen Beschlussfolgen (unten N. 5 ff.). Darauf folgen die Kapitel zur Anfechtungsklage (unten N. 19 ff.) und zur Nichtigkeitsklage (unten N. 99 ff.). Anschliessend thematisiert ein Kapitel das Verhältnis der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen zu anderen gesellschaftsrechtlichen Klagen (unten N. 136 ff.). Die prozessualen Aspekte werden unten in N. 143 ff. erläutert. Zum Schluss folgen kleinere Kapitel zur Rückabwicklung der Beschlussfolgen (unten N. 200 ff.) und der Covid-19-Pandemie (unten N. 205).

II. BESCHLUSS DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG UND BESCHLUSSFOLGEN

A. Begriff des Beschlusses und Terminologie im Zusammenhang mit Beschlüssen

5 Beschlüsse sind gemäss einem Teil der Lehre **Rechtsgeschäfte** *sui generis*[816] und gemäss einer anderen Ansicht **mehrseitige Rechtsgeschäfte**[817]. Da der Beschluss i.d.R. mehr als eine Willenserklärung erfordert, zählt er nach der hier vertretenen Auffassung zu den **mehrseitigen Rechtsgeschäften**.[818] Falls

81 Zu den verschiedenen Standpunkten: von Büren/Bähler, S. 20.
81 Botschaft GmbH 2001, S. 3167. Zum Willen des Gesetzgebers bei der Aktienrechtsrevision, welche am 1.7.1992 in Kraft trat: von Büren/Bähler, S. 20 f.
81 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 469.
815 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 2.
81 Küng/Camp, Art. 805 N. 49; Messer, N. 35; Schott, § 2 N. 4.
817 Hess, S. 21; Schwenzer/Fountoulakis, N. 3.29.

die Gesellschafterversammlung lediglich aus einer Person besteht, wird auch von **Entschluss** gesprochen.[819]

Durch die **Verkündung** des Vorsitzenden oder der Vorsitzenden in der Gesellschafterversammlung kommt der Beschluss zustande. Die Verkündung des Abstimmungsergebnisses ist m.E. aus Gründen der Rechtssicherheit **konstitutiv**.[820] Auf den Abstimmungsvorgang muss nur abgestellt werden, falls keine Verkündung erfolgt.[821] Gemäss Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR können Beschlüsse schriftlich gefasst werden, sofern nicht ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin die mündliche Beratung verlangt (sog. **Urabstimmung**). Bei der Urabstimmung hat der Vorsitzende bzw. die Vorsitzende nach Erhalt der Stimmabgaben der GesellschafterInnen einen förmlichen Beschluss zu fassen.[822] 6

Im Zusammenhang mit Beschlüssen der Gesellschafterversammlung werden diverse Begriffe uneinheitlich verwendet.[823] An dieser Stelle werden einige dieser Begriffe, welche auch im weiteren Verlauf der Kommentierung verwendet werden, als Gegensatzpaare kursorisch dargestellt.[824] 7

Nicht näher eingegangen wird auf die Begriffe **Schein-** und **Nichtbeschluss** (auch unten N. 100).

1. Anfechtbar vs. nichtig

Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung ist **nichtig**, falls **gravierende Mängel** vorliegen (vgl. Art. 706b OR; dazu unten N. 106 ff.).[825] Die **übrigen Mängel** führen zur **Anfechtbarkeit des Beschlusses** und müssen innert zwei Monaten nach der Versammlung durch eine Anfechtungsklage geltend gemacht werden (vgl. Art. 706a Abs. 1 OR; unten N. 85 ff.).[826] Demgegenüber sind blosse **Ordnungswidrigkeiten** rechtlich irrelevant.[827] Dazu zählt bspw. 8

81 Vgl.: Schwenzer/Fountoulakis, N. 3.29.
81 M.w.H.: Nater, S. 5 Fn. 6.
82 Huguenin/Mahler, S. 133; Knobloch, S. 76 f.; Messer, N. 49; Schott, § 6 N. 9 ff. Anderer Ansicht: ZK OR-Tanner, Art. 703 N. 57.
82 Schott, § 6 N. 14.
82 Nater, S. 57. Siehe auch: Messer, N. 49.
82 Strub, S. 1.
82 Ausführlicher: Heller, S. 4 ff. m.w.H.
82 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 7.
82 Okur, S. 120; Vock, S. 118 f.
82 Dazu: Schott, § 1 N. 17; von der Crone, N. 1184.

die Einhaltung der sechsmonatigen Frist für die Durchführung der ordentlichen Gesellschafterversammlung gemäss Art. 805 Abs. 2 OR.[828]

9 Im Zusammenhang mit der Rechtswirksamkeit von Beschlüssen befasst sich Dubs mit der Denkfigur der Beschlussvoraussetzungen. **Echte Beschlussvoraussetzungen** sind inhaltsbezogene Tatbestandselemente, welche Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit eines Beschlusses bilden.[829] Während die **qualifizierten echten Beschlussvoraussetzungen**[830] bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorliegen müssen, können **einfache echte Beschlussvoraussetzungen**[831] auch erst nach der Beschlussfassung eintreten.[832] Die **unechten Beschlussvoraussetzungen**[833] gehören demgegenüber nicht zum rechtsgeschäftlichen Tatbestands des Beschlusses und zeitigen demnach keine Auswirkungen auf die Rechtswirksamkeit des Beschlusses.[834] Gemäss Dubs handelt es sich bei den **echten Beschlussvoraussetzungen** um eine der Anfechtung und Nichtigkeit vorgelagerte Bestandesfrage. Falls eine echte Beschlussvoraussetzung nicht erfüllt ist, liegt gar kein Beschluss vor.[835] Die Rechtsfolge der Verletzung unechter Beschlussvoraussetzungen ist im Einzelfall entsprechend dem Charakter der verletzten Norm festzulegen.[836] Dabei kann es sich u.U. um Anfechtbarkeit handeln.[837]

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine vorgelagerte Bestandesfrage nicht erforderlich. Das Fehlen echter Beschlussvoraussetzungen kann direkt bei der Nichtigkeit angesiedelt werden. Bei der Verletzung unechter

---

82 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 699 N. 22; Schott, § 16 N. 1 f.; Strub, S. 87.

82 Dubs, S. 449.

83 Ein Beispiel für eine qualifizierte echte Beschlussvoraussetzung ist bspw. der Genehmigungsbeschluss betreffend die Jahresrechnung und das Vorliegen eines Bilanzgewinns oder hierfür gebildeten Reserven (Art. 798 i.V.m. Art. 675 Abs. 2 und Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5 OR; Dubs, S. 460).

83 Dazu zählt u.a. die erforderliche öffentliche Beurkundung eines Statutenänderungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung (Art. 780 OR; Dubs, S. 450). Die Beurkundung kann allerdings nicht bereits vor der Beschlussfällung erfolgen.

83 Dubs, S. 450.

83 Die im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung zu beachtende Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Gläubiger stellt gemäss Dubs eine unechte Beschlussvoraussetzung dar (Art. 782 Abs. 4 i.V.m. Art. 653k OR; Dubs, S. 464).

83 Dubs, S. 451.

83 Dubs, S. 453.

83 Dubs, S. 451.

83 Ausführlicher: Dubs, S. 453.

Beschlussvoraussetzungen ist je nach verletzter Norm u.U. Anfechtbarkeit gegeben.

2. Gültig vs. ungültig

Der Beschluss, welcher als Anfechtungsobjekt zu dienen vermag, muss **zu Beginn gültig** sein. Erst durch die Beschlussaufhebung als Folge einer gutgeheissenen Anfechtungsklage erfolgt eine **rückwirkende Umgestaltung** vom gültigen zum ungültigen Beschluss (dazu unten N. 96).[838] 10

Ein nichtiger Beschluss ist *ab initio* **ungültig**.[839] Aus diesem Grund ist keine Anfechtungsklage erforderlich. Die Ungültigkeit ist mittels einer **Feststellungsklage** oder **einredeweise** geltend zu machen (unten N. 99 ff.).[840] Die Nichtigkeit eines Beschlusses ist **von Amtes wegen** zu beachten.[841] 11

Ein gültiger Beschluss ist im Gegensatz zu einem ungültigen Beschluss von der Gesellschaft zu beachten.[842] Dies bedeutet, dass die **Geschäftsführung** den gefassten Beschluss **grundsätzlich auszuführen** hat (vgl. Art. 810 Abs. 1 Ziff. 6 OR; auch unten N. 179 und N. 203). 12

Das **Handelsregisteramt** hat die Nichtigkeit im Rahmen seiner Kognition[843] von Amtes wegen zu beachten.[844] Demnach ist ein eindeutig nichtiger Beschluss nicht einzutragen.[845] Die übrigen (u.a. anfechtbare) Beschlüsse sind jedoch – vorbehältlich einer gerichtlichen Handelsregistersperre (unten N. 188 ff.) – einzutragen.[846] 13

3. Mangelhaft vs. mangelfrei

Ein Beschluss leidet an einem Mangel, [847] falls er das Gesetz und/oder die Statuten verletzt (vgl. Art. 706 Abs. 1 OR). **Mangelfreie Beschlüsse** sind 14

83 Koller, S. 52; Okur, S. 78.
83 Näher: Druey, S. 142 ff.
84 ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 14.
84 BGE 100 II 384 E. 1 S. 387; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 808c N. 14.
84 Strub, S. 3.
84 Dazu: BGE 121 III 368 E. 2a S. 371; BGer 4A_363/2013 vom 28.4.2014 E. 2.1.
84 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 14.
84 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 134; Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, N. 442; Von der Crone, N. 1215. Ohne Einschränkung auf Eindeutigkeit: Wohlmann, S. 105.
84 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 57; Mezger, N. 180; Müller/Rizzi, S. 183; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 223.

(zumindest am Anfang) gültig (siehe aber unten N. 160 f.). **Mangelhafte Beschlüsse** können **entweder gültig oder ungültig** sein. Falls ein mangelhafter Beschluss zu Beginn gültig ist, liegt Anfechtbarkeit vor. In den übrigen Fällen liegt ein nichtiger Beschluss vor.

15 Dabei kann zwischen **formellen** und **materiellen Mängeln** unterschieden werden. Formelle Mängel (Verfahrensmängel) betreffen Fehler im **Verfahren der Beschlussfassung** (betreffend Anfechtbarkeit unten N. 47 ff.; betreffend Nichtigkeit unten N. 109 ff.).[848] Materielle Mängel (Inhaltsmängel) liegen vor, wenn der Beschluss **inhaltlich** gegen das Gesetz und/oder die Statuten verstösst (betreffend Anfechtbarkeit unten N. 77 ff.; betreffend Nichtigkeit unten N. 122 ff.).[849]

4. Schwebend vs. endgültig

16 **Nichtige Beschlüsse** sind bereits **von Anfang an endgültig ungültig**. Die Ungültigkeit ist immer endgültig, weil ein ungültiger Beschluss nicht gültig werden kann. Die **anfechtbaren Beschlüsse** sind **schwebend gültig**.[850] Erst durch die (formell rechtskräftig) gutgeheissene Anfechtungsklage wird der Beschluss endgültig ungültig (vgl. oben N. 10).[851] Vorher besteht ein **Schwebezustand**.[852] Dieser beträgt mindestens zwei Monate (vgl. Art. 706a Abs. 1 OR) und verlängert sich bei der Anhebung einer Anfechtungsklage.[853] Innerhalb dieses Schwebezustands ist der Beschluss der Gesellschafterversammlung **resolutiv bedingt gültig**.[854] Das **gutheissende Anfechtungsurteil** stellt die **Resolutivbedingung** dar.[855] Falls die zweimonatige Anfechtungsfrist unbenutzt verstreicht, wird ein allfälliger Mangel geheilt und der Beschluss wird endgültig gültig.[856]

---

84 Für die einzelnen Arten von Mängel siehe unten N. 41 ff. für die Anfechtungsgründe und N. 106 ff. für die Nichtigkeitsgründe.
84 Druey, S. 137 ff.; Huguenin/Mahler, S. 134.
84 Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, N. 433.
85 Huguenin/Mahler, S. 140.
851 Dazu: Heller, S. 5 m.w.H.
85 Ausführlich: Messer, N. 575 f.
85 Riemer, N. 208.
85 Böckli, § 14 N. 190; Müller/Rizzi, S. 183; Senn, N. 38.
85 Hess, S. 99; Schott, § 4 N. 3
85 Huguenin/Mahler, S. 140.

B. Beschlussfolgen

Der Beschluss der Gesellschafterversammlung stellt den **Rechtsgrund (*causa*)** der anschliessenden Beschlussfolgen dar.[857] Für die GesellschafterInnen von Bedeutung sind v.a. die Beschlussfolgen. Eine gesellschaftsrechtliche Klage im Zusammenhang mit einem Beschluss der Gesellschafterversammlung hat i.d.R. zum eigentlichen **Ziel**, dass **gewisse Beschlussfolgen nicht eintreten**. So soll etwa die Erhöhung des Stammkapitals oder die Teilnahme eines gewählten Geschäftsführers bzw. einer gewählten Geschäftsführerin an der Geschäftsführung der betreffenden GmbH verhindert werden. 17

Falls der Beschluss der Gesellschafterversammlung nichtig ist, besteht *ab initio* **kein Rechtsgrund für die entsprechenden Beschlussfolgen**. Anfechtbare Beschlüsse bilden **zu Beginn den Rechtsgrund für den Eintritt der Beschlussfolgen**. Falls die Anfechtungsklage jedoch gutgeheissen wird, fällt der Beschluss mit **Wirkung** *ex tunc* dahin (dazu unten N. 96). Somit bestand von Anfang an keine gültige Rechtsgrundlage für die entsprechenden Beschlussfolgen (zur Rückabwicklung der Beschlussfolgen unten N. 200 ff.).[858] 18

III. ANFECHTUNGSKLAGE

A. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist **jeder Gesellschafter** und **jede Gesellschafterin** (N. 20 ff.) und die **Geschäftsführung** *in corpore* (unten N. 28 ff.). Die Revisionsstelle ist nicht aktivlegitimiert.[859] Eine statutarische Einschränkung oder Ausdehnung des Kreises der Aktivlegitimierten ist nicht möglich.[860] Dritte wie GläubigerInnen haben somit auch bei entsprechendem Interesse kein Anfechtungsrecht.[861] 19

85 Vgl. auch: Messer, N. 595; Heller, S. 2.
85 Kunz, N. 38; Messer, N. 598.
85 ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 82.
86 Riemer, N. 7 und N. 127.
86 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 48; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 47.

d.
1. GesellschafterInnen

20 Grundsätzlich ist **jeder Gesellschafter** und **jede Gesellschafterin** legitimiert einen Beschluss der Gesellschafterversammlung anzufechten. Auch GesellschafterInnen, welche an der Gesellschafterversammlung **nicht anwesend** waren oder sich bei der Beschlussfassung lediglich **enthalten** haben, sind aktivlegitimiert.[862] Von diesem Grundsatz wird eine Ausnahme gemacht bei GesellschafterInnen, welche dem **Beschluss zugestimmt** haben.[863] Im Sinne einer Gegenausnahme haben auch diese GesellschafterInnen die Möglichkeit eine Anfechtungsklage einzureichen, falls sie einem **Willensmangel** unterlegen sind.[864] Für dessen Geltendmachung ist nicht die Jahresfrist ab Kenntnis des Willensmangels gemäss Art. 31 Abs. 1 OR massgebend, sondern die gesellschaftsrechtliche Verwirkungsfrist von zwei Monaten ab dem Beschlusszeitpunkt (Art. 706a Abs. 1 OR; zur Frist unten N. 85 ff.).[865]

21 Um die Gesellschafterstellung zu beurteilen sind die formrichtige Übertragung des Stammanteiles (Art. 785 OR) und falls in der betreffenden Gesellschaft erforderlich die Anerkennung des Erwerbers bzw. der Erwerberin durch die Gesellschafterversammlung (vgl. Art. 786 OR) von Bedeutung, welche sich als **Vorfragen** im Anfechtungsverfahren stellen können. Dagegen haben der Eintrag in das Anteilbuch und in das Handelsregister lediglich deklaratorische Bedeutung.[866]

22 Die Aktivlegitimation muss im **Zeitpunkt der Klageerhebung** und im **Urteilszeitpunkt** vorliegen.[867] Neu bei einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft hinzutretende GesellschafterInnen können den Kapitalerhöhungsbeschluss nicht anfechten. Sie können jedoch spätere Beschlüsse, bei deren Fassung sie stimmberechtigt sind, anfechten.[868]

23 Nach dem Verkauf der Stammanteile ist der **Erwerber** bzw. die **Erwerberin** berechtigt, eine Anfechtungsklage zu erheben oder den Prozess

---

86 Knobloch, S. 122 f.
86 Riemer, N. 142; Schenker, S. 25.
86 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 7; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 62.
86 Böckli, § 8 N. 371; Druey, S. 138 f.; Riemer, N. 92; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 68. Anderer Ansicht: Koller, S. 56; ZK OR-von Steiger, Art. 809 N. 17.
86 Zum Ganzen: BSK OR II-du Pasquier/Wolf/Oertle, Art. 791 N. 6.
86 Vgl.: BGer 4A_461/2009 vom 1.3.2010 E. 6.

weiterzuführen (Art. 83 Abs. 1 ZPO).[869] Als eintretende Partei haftet der Erwerber bzw. die Erwerberin für die gesamten Prozesskosten (Art. 83 Abs. 2 ZPO). Falls die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist, wird die Abtretung der Stammanteile erst mit **Zustimmung der Gesellschafterversammlung** rechtswirksam (Art. 787 Abs. 1 OR). Das Anfechtungsrecht zählt m.E. nicht zu den mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechten i.S.v. Art. 788 Abs. 2 OR.[870] Aus diesem Grund geht das Anfechtungsrecht bei den **besonderen Erwerbsarten** (Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht, Zwangsvollstreckung, Erwerb der Stammanteile durch die übernehmende Gesellschaft bei einer Fusion und weiteren Sachverhalten nach FusG[871]) – ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung – auf den Erwerber bzw. die Erwerberin über (Art. 788 Abs. 1 OR). Dies drängt sich insbesondere deshalb auf, weil ansonsten der (ablehnende) Beschluss der Gesellschafterversammlung betreffend die Anerkennung als stimmberechtigtes Mitglied nicht von diesem angefochten werden könnte, was zu einer ungerechtfertigten Rechtsschutzlücke führen würde.

Falls an einem Stammanteil mehrere Personen berechtigt sind (vgl. Art. 792 OR), bilden diese zur Anfechtung eine **notwendige Streitgenossenschaft** (vgl. Art. 70 ZPO).[872] Möglich ist auch die Einleitung einer Anfechtungsklage durch eine gemeinsam bestimmte Vertretung (vgl. Art. 792 Ziff. 1 OR).[873] Demgegenüber ist es nicht möglich die anderen gemeinsam Berechtigten als Beklagte ins Recht zu fassen.[874] Eine Ausnahme könnte höchstens bei zeitlicher Dringlichkeit gewährt werden. Hierbei müssten die übrigen 24

86 Siehe: Hess, S. 100.

86 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 5; Riemer, N. 176 (vorbehältlich rechtsmissbräuchlicher Konstellationen); Rohrer, S. 73 f. Wohl anderer Ansicht: ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 50; Schucany, Art. 706 N. 1. Beide Autoren gewähren jedoch dem Erben das Anfechtungsrecht.

87 Vgl. auch zu Art. 656c Abs. 2 OR: BSK OR II-Rampini/Spillmann, Art. 656c N. 3. A.M.: Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 806 N. 18.

871 Dieser Tatbestand wird vom Wortlaut nicht explizit erfasst. Allerdings entsprechen die Umstände und die Interessenlage auch hier den im Gesetz genannten Fälle (KuKo OR-Keller/Jegher/Vasella, Art. 788 N. 2; Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 788 N. 2; Schneuwly Anne Marie, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, Art. 788 N. 2).

87 BGer 4A_516 vom 28.8.2017 E. 8.1; Riemer, N. 160.

87 Riemer, N. 160; Schott, § 18 N. 14; Wipf/von der Crone, S. 87 und S. 89 f. Offengelassen in BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 E. 8.1.

87 BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 E. 6.3 und E. 8.1; Wipf/von der Crone, S. 90.

Berechtigten nachträglich der Anfechtungsklage zustimmen und dem Verfahren beitreten.[875]

Voneinander unabhängige Aktivlegitimierte können den Anfechtungsprozess als einfache StreitgenossInnen führen (vgl. Art. 71 ZPO).[876]

25 Bei **Nutzniessung an einem Stammanteil** stehen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte dem **Nutzniesser** bzw. der **Nutzniesserin** zu (Art. 806b Abs. 1 OR). Umstritten ist, inwiefern sich eine Nutzniessung auf die Aktivlegitimation auswirkt. Ein Teil der Lehre spricht NutzniesserInnen kein Anfechtungsrecht zu.[877] Da sich die Interessen des Gesellschafters bzw. der Gesellschafterin und des Nutzniessers bzw. der Nutzniesserin nicht immer decken, sind gemäss anderen Stimmen in der Doktrin m.E. zurecht beide aktivlegitimiert.[878]

26 Die **InhaberInnen von Genussscheinen** (Art. 774a i.V.m. Art. 657 OR) sind gemäss einem Teil der Lehre lediglich zur Anfechtung berechtigt, falls ihnen dies statutarisch zugestanden wird.[879] Gemäss anderer Auffassung sind InhaberInnen von Genussscheinen auch aktivlegitimiert, falls sie vom Beschluss als an der Gesellschaft Beteiligte betroffen sind.[880] Da auch GenussscheininhaberInnen der Rechtsschutz nicht verweigert werden soll, ist letzterer Auffassung zuzustimmen.

27 **PfandgläubigerInnen** von verpfändeten Stammanteilen sind nicht aktivlegitimiert (vgl. Art. 905 Abs. 2 ZGB).[881]

2. Geschäftsführung

28 Die Geschäftsführung ist als **Exekutivorgan** ebenfalls aktivlegitimiert. Demnach können **einzelne GeschäftsführerInnen**, welche nicht GesellschafterInnen sind, nicht persönlich klagen.[882] Obwohl die

87 Vgl.: Wipf/von der Crone, S. 90 f.
87 Riemer, N. 128.
87 Okur, S. 107; Riemer, N. 160; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 48.
87 ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 51; Küng/Camp, Art. 806b N. 10. Offengelassen in BGer 4A_708/2014 vom 2.6.2015 E. 3.1
87 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 4.
88 Böckli, § 14 N. 154; CR CO II-Peter/Cavadini, Art. 706 N. 15.
88 Riemer, N. 162; Zbinden Andrea, Das Pfandrecht an Aktien, Diss. Bern 2010 (= ASR 773), S. 108.
88 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 7.

Geschäftsführung in Art. 691 Abs. 3 OR nicht erwähnt wird, ist sie auch in diesen Fällen aktivlegitimiert.[883] Zur Klageeinreichung wird ein entsprechender Beschluss der GeschäftsführerInnen vorausgesetzt.[884] Solange nur ein Geschäftsführer oder eine Geschäftsführerin existiert, entscheidet dieser oder diese allein über die Klageeinreichung. Soweit in den Statuten nicht abweichend geregelt, entscheiden die GeschäftsführerInnen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 809 Abs. 4 OR). Dieser Beschluss kann nicht dem Genehmigungsvorbehalt i.S.v. Art. 811 OR unterstellt werden, weil ansonsten dieselbe Mehrheit, welche den anzufechtenden Beschluss der Gesellschafterversammlung erwirkt hat, die Anfechtung ebendieses Beschlusses vereiteln könnte.[885] Mit einem Genehmigungsvorbehalt wäre zudem die fristgemässe Klageeinreichung erschwert (zur Frist unten N. 85 ff.).

Die Geschäftsführung kann es grundsätzlich den unterlegenen GesellschafterInnen überlassen den Beschluss der Gesellschafterversammlung anzufechten.[886] Falls ein Beschluss der Gesellschafterversammlung die Funktionsfähigkeit oder die Wahrnehmung der Kernaufgaben durch die Geschäftsführung vereitelt oder schwerwiegend gegen das öffentliche Recht oder das Strafrecht verstösst, kann aus Art. 810 Abs. 2 Ziff. 6 und Art. 812 Abs. 1 OR eine **Anfechtungspflicht** abgeleitet werden.[887] 29

Die Gesellschafterversammlung kann von ihr gewählte GeschäftsführerInnen jederzeit abberufen (Art. 805 Abs. 1 OR). Die Mehrheit kann somit in der Gesellschafterversammlung die GeschäftsführerInnen abberufen und GeschäftsführerInnen wählen, welche eine Anfechtungsklage wieder zurückziehen.[888] Aus diesem Grund haben GesellschafterInnen in Betracht zu ziehen, ob sie nicht selbst ebenfalls – unter entsprechendem Risiko – klagen wollen. 30

3. Anfechtungsinteresse

Die Anfechtungsklage setzt ein **schutzwürdiges Interesse** voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).[889] Die konkrete Ausgestaltung dieses Anfechtungsinteresse 31

88 Böckli, § 8 N. 648.

88 BGer 4A_403/2020 vom 1.12.2020 E. 2.3.3; Böckli, § 14 N. 155.

88 Bärtschi Harald, Unübertragbare und übertragbare Aufgaben, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019, N. 65.100.

88 Vgl.: Böckli, § 14 N. 156; Schenker, S. 23.

ist unbestritten. Das **Bundesgericht** erwog in einem amtlich publizierten Entscheid, dass – vorbehältlich des Rechtsmissbrauchsverbots – die Absicht genügt, die **Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen**. Zusätzlich erforderlich sei auch, dass die **Rechtsstellung des anfechtenden Gesellschafters** bzw. **der anfechtenden Gesellschafterin** durch ein gutheissendes Urteil **berührt** wird.[890] In unpublizierter Rechtsprechung ging das Bundesgericht sogar noch weiter und forderte, dass die Rechtsstellung des Anfechtungsklägers bzw. der Anfechtungsklägerin durch ein gutheissendes Urteil **effektiv verändert** wird (*«effectivement modifié»)* und dieses Urteil ihm **persönlich nützt** (*«doit lui être utile»*).[891] Einem späteren amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid lässt sich nur die Grundsatzaussage entnehmen, dass die Gutheissung der Anfechtungsklage sich positiv auf die rechtliche Situation des Klägers bzw. der Klägerin auswirken muss. Weiter hält dieser Entscheid fest, dass bei der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses von der Annahme auszugehen ist, dass die Sachverhaltsdarstellung und die Rechtsauffassung des Klägers bzw. der Klägerin richtig seien.[892] Die herrschende Lehre ist demgegenüber grosszügiger und bejaht das Anfechtungsinteresse, falls mit der Klage die Gesellschaftsinteressen wahrgenommen werden.[893]

Die Ordnungsmässigkeit der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung liegt im Interesse der Gesellschaft. Falls die Geschäftsführung die Anfechtungsklage anhebt (vgl. oben N. 28 ff.), nimmt sie ebenfalls Fremdinteressen wahr.[894] Auch jeder Gesellschafter und jede Gesellschafterin sollte demzufolge die Möglichkeit haben einen Beschluss der Gesellschafterversammlung anzufechten unabhängig davon, ob seine Rechtsstellung berührt ist oder nicht. Ansonsten wird es einem Gesellschafter

---

88 Böckli, § 14 N. 156. Wohl weitergehend: Schwander/Dubs, S. 356.

88 Schenker, S. 23.

89 BGE 122 III 279 E. 3a S. 282.

89 BGer 4A_630/2012 vom 19.3.2013 E. 3.1; BGer 4A_404/2011 vom 7.11.2011 E. 5.1; BGer 4A_97/2010 vom 21.3.2011 E. 2.1.

89 BGE 133 III 453 E. 7 S. 456.

89 ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 58; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 4a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 44. Dem Bundesgericht folgend: von der Crone, N. 1175.
Gemäss Böckli muss die Gesellschaft sofort und direkt, der klagende Gesellschafter bzw. die klagende Gesellschafterin nur künftig und indirekt berührt sein (Böckli, § 14 N. 157).

89 Druey, S. 134.

bzw. einer Gesellschafterin unter Umständen verunmöglicht eine **gesetzes- und statutenkonforme Beschlussfassung** durchzusetzen.[895]

Das Rechtsschutzinteresse fällt i.d.R. nachträglich dahin, falls die Gesellschaft den inhaltsgleichen Beschluss ein zweites Mal fällt, weil der erste Beschluss an einem formellen Mangel litt.[896] Der Beschluss wirkt i.d.R. erst ab der zweiten Beschlussfällung (Wirkung *ex nunc*).[897] Eine klageweise Rückgängigmachung mit **Wirkung** *ex tunc* ist noch innert der zweimonatigen Anfechtungsfrist (unten N. 85) möglich.[898] Dafür wird ein schutzwürdiges Interesse an einem Wegfall des Beschlusses mit Wirkung *ex tunc* vorausgesetzt.[899] 32

Kein Anfechtungsinteresse besteht bei einem Missbrauch der Anfechtungsklage. Ein solcher liegt vor, wenn das Ziel des Klägers bzw. der Klägerin einzig die Schädigung der Gesellschaft ist oder er bzw. sie sich das Anfechtungsrecht abkaufen lassen möchte.[900] 33

Für das **Kausalitätserfordernis** als Teil des schutzwürdigen Interesses: unten N. 48 f. 34

B. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist jeweils die **beschlussfassende Gesellschaft** (Art. 706 Abs. 1 OR: *«gegen die Gesellschaft»*). Diese wird i.d.R. durch die Geschäftsführung vertreten (vgl. Art. 706a Abs. 2 OR; zur Vertretung im Prozess unten N. 153 ff.). 35

Falls die Gesellschaft **im Handelsregister gelöscht** wurde, muss diese für den Prozess wiedereingetragen werden (vgl. Art. 935 Abs. 2 Ziff. 2 OR).[901] Parallel zu einem Wiedereintragungsverfahren muss die Anfechtungsklage zur Einhaltung der Verwirkungsfrist eingereicht werden (unten N. 85 ff.). Das Anfechtungsverfahren ist im Hinblick auf den Ausgang des Wiedereintragungsverfahrens zu sistieren (vgl. Art. 126 Abs. 1 ZPO). 36

89 Vgl.: BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 4a.
89 Schenker, S. 28.
89 Lehmann, N. 543.
89 Böckli, § 8 N. 371; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 703 N. 19.
89 Ausführlich: Lehmann, N. 544.
90 M.w.H.: BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N. 57.
90 Rohrer, S. 97.

37 Falls die Gesellschaft in **Konkurs** fällt, gelangt betreffend dem Anfechtungsverfahren Art. 207 SchKG zur Anwendung. Demnach werden – mit Ausnahme dringlicher Fälle –Zivilprozesse, in denen der Schuldner bzw. die Schuldnerin Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt (Art. 207 Abs. 1 SchKG). Eine Einstellung ist demnach denkbar, falls das Vermögen der Gesellschaft betroffen ist (bspw. bei der Aufhebung eines Dividendenbeschlusses[902]). Denkbar ist zudem, dass regelmässig – mangels Fortführung der Gesellschaft – kein Anfechtungsinteresse an der Beschlussaufhebung mehr besteht (im Allgemeinen zum Anfechtungsinteresse oben N. 31 ff.).

C. Anfechtungsobjekt

38 Als Anfechtungsobjekt kommen lediglich **Beschlüsse der Gesellschafterversammlung** in Betracht. Sowohl ein positiver (Annahme eines Antrags) als auch ein negativer Beschluss (Ablehnung eines Antrags) können Gegenstand der Anfechtungsklage sein.[903] Für die Anfechtung eines negativen Beschlusses besteht i.d.R. nur ein Anfechtungsinteresse (oben N. 31 ff.), falls der Beschluss durch die Gutheissung der Anfechtungsklage zu einem positiven Beschluss wird (zur positiven Beschlussfeststellungsklage unten N. 71 f. und N. 95).[904] Demgegenüber können die **Beschlüsse der Geschäftsführung** lediglich **nichtig** sein (Art. 816 i.V.m. Art. 706b OR) und eine Anfechtungsklage ist ausgeschlossen. Auch wenn der Beschluss von der Gesellschafterversammlung für unanfechtbar erklärt wurde, schliesst dies die Anfechtung nicht aus.[905]

39 Sofern keine abweichende statutarische Regelung besteht, üben die GesellschafterInnen die Geschäftsführung gemeinsam aus (Art. 809 Abs. 1 OR). Falls am Konzept der gesetzlich vorgesehenen Selbstorganschaft

90 Ob eine Dividende überhaupt eine gewöhnliche Drittklassforderung darstellt, ist umstritten (siehe bspw.: Glanzmann Lukas, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bern 2017, S. 83 ff., S. 110; Guidoum, N. 288). Nach Ansicht des Verfassers dürfte es sich ab dem Zeitpunkt der Rechtsgültigkeit des Dividendenbeschlusses um eine gewöhnliche Gläubigerforderung handeln, die in der dritten Klasse zu kollozieren ist (ebenso und ausführlich begründet: Guidoum, N. 295 ff.).

90 Haefliger, S. 113; Rohrer, S. 7; ZK OR-Tanner, Art. 703 N. 11.

90 Dazu und mit weiteren Bsp.: Schott, § 6 N. 81 ff.

90 Riemer, N. 2.

festgehalten wurde, kann unklar sein in welcher Funktion die GesellschafterInnen gehandelt haben.[906] Ob die GesellschafterInnen als Gesellschafterversammlung oder als Geschäftsführung handeln, ist bspw. bei der Stimmabgabe von Bedeutung und bei der Frage, ob der entsprechende Beschluss überhaupt anfechtbar ist (oben N. 1). Die **Gesellschafterversammlung** fast gewöhnliche Beschlüsse mit der **absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen**, sofern nicht eine abweichende gesetzliche oder statutarische Regelung besteht (vgl. Art. 808 und Art. 808b OR). Normalerweise bemisst sich das Stimmrecht nach dem Nennwert der Stammanteile eines Gesellschafters bzw. einer Gesellschafterin (Art. 806 Abs. 1 OR). Die **Geschäftsführung** entscheidet hingegen – soweit nicht statutarisch abweichend geregelt – mit der **Mehrheit der abgegebenen Stimmen** (Art. 809 Abs. 4 OR).

Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung liegt vor, falls der Beschluss in den Bereich der **unübertragbaren Befugnisse der Gesellschafterversammlung** i.S.v. Art. 804 Abs. 2 OR fällt.[907] Nach Art. 810 Abs. 1 OR sind die GeschäftsführerInnen zuständig für alle Beschlüsse, welche nicht Gesetz oder Statuten der Gesellschafterversammlung zugewiesen haben. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, ob sich die GesellschafterInnen bewusst sind, dass sie einen Beschluss als Gesellschafterversammlung fällen. Bei einer Universalversammlung[908] müssen die GesellschafterInnen ausdrücklich oder stillschweigend mit der Durchführung einer Gesellschafterversammlung einverstanden sein.[909] 40

D. Anfechtungsgründe

Im Sinne einer **Generalklausel** hält Art. 706 Abs. 1 OR fest, dass der Beschluss bei einem Verstoss gegen das Gesetz oder die Statuten angefochten werden kann. Zum Gesetz zählt primär das **Gesellschaftsrecht**. Dazu gehören auch die ungeschriebenen Regeln wie der **Grundsatz der schonenden Rechtsausübung** und das **Verhältnismässigkeitsprinzip**.[910] 41

In Art. 706 Abs. 2 OR nennt der Gesetzgeber explizit einige Tatbestände. Diese Auflistung ist **nicht abschliessend**.[911] Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR (Entzug 42

90 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 6.
90 Küng/Camp, Art. 808c N. 2.
90 Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 1 und Abs. 2 OR.
90 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 701 N. 3.

oder Beschränkung von Rechten der GesellschafterInnen durch Verletzung von Gesetz oder Statuten) ist bereits in der Generalklausel enthalten und hat daher keine eigenständige Bedeutung. Die weiteren Ziffern in Art. 706 Abs. 2 OR kodifizieren Grundsätze, welche auch in der GmbH gelten, und präzisieren dadurch Art. 706 Abs. 1 OR.[912]

43 Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, welcher **Statutenbestimmungen** widerspricht, ist anfechtbar – sofern bei formellen Anfechtungsgründen die entsprechende Kausalität vorliegt (dazu unten N. 48 f.) – wenn dieser Beschluss nicht selbst eine Änderung der Statutenbestimmung zum Gegenstand hat.[913] Ein Beispiel für einen solchen Beschluss ist die Wahl eines Geschäftsführers bzw. einer Geschäftsführerin, welcher bzw. welche eine klar formulierte statutarische Wählbarkeitsvoraussetzung nicht erfüllt.[914]

Anfechtbar sind grundsätzlich auch Beschlüsse, welche gegen **Reglemente** der Gesellschaft verstossen.[915] Nach Schott gehören Reglemente oder Geschäftsordnungen bezüglich Vorbereitung und Durchführung der Gesellschafterversammlung nicht dazu.[916]

Auch ein Verstoss gegen **Observanz** (verbandsinternes Gewohnheitsrecht) kann zur Anfechtbarkeit führen.[917]

Nicht anfechtbar ist ein Beschluss zur Einführung einer Statutenbestimmung, welche möglicherweise missbräuchlich ausgelegt werden könnte (virtuelle Statutenverletzung).[918]

44 Die Anfechtungsklage dient nicht der Beurteilung des Ermessens der Mehrheit der GesellschafterInnen.[919] Die **Angemessenheit** oder

---

91 BGE 143 III 120 E. 4.3 S. 125; Böckli, § 14 N. 165; Schenker, S. 30 f.

91 Siehe: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 5; Facincani/Wyss, S. 419.

91 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 10 N. 1; Schott, § 8 N. 36.

91 Ausführlich: von der Crone, N. 1270.

915 Bloch, N. 57.71; Riemer, N. 120; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 166.Siehe für das Reglement im Zusammenhang mit Nebenleistungspflichten der Gesellschafter: Art. 796 Abs. 3 und Art. 804 Abs. 2 Ziff. 12 OR. Für ein Reglement betreffend hybrider Generalversammlungen: Ballmer/Fischer, S. 175 Fn. 29.

91 Schott, § 8 N. 34.

917 Riemer, N. 125; Schott, § 8 N. 30. Zur Observanz im Allgemeinen: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 12 N. 7 ff.

91 BGE 117 II 290 E. 6b S. 308 f.; Knobloch, S. 126.

Zweckmässigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung kann nicht mit der Anfechtungsklage gerichtlich überprüft werden.[920]

Falls ein Beschluss der Gesellschafterversammlung Reglungen eines Gesellschafterbindungsvertrags – wie Stimmbindungen – missachtet, kann dieser Beschluss aufgrund der rein vertraglichen Wirkung des Gesellschafterbindungsvertrags nicht angefochten werden.[921] 45

Nachfolgend widmet sich ein Abschnitt den **formellen** (N. 47 ff.) und ein Abschnitt den **materiellen Anfechtungsgründen** (N. 77 ff.). 46

1. Formelle Anfechtungsgründe (Verfahrensmängel)

Formelle Anfechtungsgründe liegen bei **Mängeln im Beschlussverfahren** vor. Ein formeller Anfechtungsgrund kann sich aus einer Gesetzes- und/oder Statutenverletzung ergeben (Art. 706 Abs. 1 OR). In Art. 706 Abs. 2 OR werden formelle Mängel nicht erwähnt.[922] 47

Bei der Anfechtung von formellen Mängeln muss das Erfordernis der **Kausalität** beachtet werden. Das Bundesgericht verlangt, dass sich ein formeller Mangel auch auf die Beschlussfassung ausgewirkt haben muss.[923] Das Kausalitätserfordernis lässt sich aus Art. 691 Abs. 3 OR, welcher bei der GmbH ebenfalls zur Anwendung gelangt (siehe oben N. 1), ableiten.[924] Als Unterfall der Anfechtungsklage sieht Art. 691 Abs. 3 OR vor, dass ein Beschluss bei der Teilnahme Unbefugter anfechtbar ist (negative Stimmrechtsklage), soweit die Gesellschaft nicht nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss hatte.[925] Anerkannt ist, dass eine solche Klage auch möglich ist, falls ein Berechtigter zu Unrecht von der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen wurde (positive Stimmrechtsklage).[926] Die **Beweislast** 48

91 Schenker, S. 31.

92 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 8.

92 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N. 160 und N. 193; Trippel Michael/Jaisli Kull Nadja, Das Investment in der Krise – Sind Aktionärsbindungsverträge Schönwetterverträge?, in: Gericke (Hrsg.), Private Equity IV, Entwicklungen, Themen und Spannungsfelder, S. 201-234, S. 229; Verfügung des Einzelrichters Höfe vom 5.4.1995, abgedruckt in: EGV-SZ 1995, 37, S. 94.

92 Schott, § 8 N. 22.

92 BGer 4C.88/2000 vom 27.6.2000 E. 3b.

92 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 18.

92 BGE 122 III 279 E. 2 S. 281.

92 M.w.H.: Bühler/von der Crone, S. 567.

betreffend die fehlende Kausalität liegt gemäss Art. 691 Abs. 3 OR bei der **beklagten Gesellschaft**. Nach herrschender Ansicht handelt es sich beim Kausalitätserfordernis um einen **Teil des schutzwürdigen Interesses** (zum Anfechtungsinteresse oben N. 31 ff.).[927]

49 Umstritten ist der Anwendungsbereich bzw. die konkrete Anwendung des Kausalitätserfordernisses. Im Rahmen **fehlerhafter Beschlussfeststellung** (bspw. durch Anwendung eines falschen Quorums oder fehlerhaftes Auszählen der Stimmen) gelangt die **tatsächliche Ergebniskausalität** zur Anwendung. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung ist nur anfechtbar, wenn das Beschlussergebnis ohne den entsprechenden Mangel anders gelautet hätte.[928] Falls Mängel vorliegen, welche die **Willensbildung der GesellschafterInnen** beeinträchtigen (Verletzung von Teilnahme-, Mitwirkungs- und Informationsrechten) sollte die Anfechtbarkeit bejaht werden, falls ein Zusammenhang zwischen diesem Mangel und dem Stimmverhalten eines **objektiv urteilenden Gesellschafters** bzw. **einer objektiv urteilenden Gesellschafterin** besteht (**normative Kausalität**).[929] Ein solches Verständnis der Kausalität würde die MinderheitsgesellschafterInnen nicht der Willkür der Mehrheit ausliefern und zugleich Anfechtungsklagen vorbeugen, welche bloss Mängel von geringer Relevanz vorbringen. Schenker lehnt die Ausdehnung des Kausalitätserfordernisses auf andere Verfahrensvorschriften ab.[930] Der radikalen Ansicht von Schenker ist nicht zuzustimmen. Mit dem soeben dargestellten (von Schott geprägten) Verständnis der Kausalität kann den MinderheitsgesellschafterInnen genügend Rechnung getragen werden.

50 Im Zusammenhang mit der Anfechtung wird selten die Frage thematisiert, ob eine **Rügeobliegenheit** zu Lasten des anfechtenden Gesellschafters bzw. der anfechtenden Gesellschafterin besteht, wonach dieser bzw. diese die formellen Mängel bereits an der Gesellschafterversammlung rügen muss. Das Bundesgericht hielt bei einer vereinsrechtlichen Anfechtungsklage fest, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB der Grundsatz gelte, wonach formelle Mängel, soweit rechtzeitig erkennbar und noch behebbar, vor der Beschlussfassung zu

92 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 18 Fn. 14; Riemer, N. 80. Für eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung: Knobloch, S. 130 f.

92 Schott, § 3 N. 74.

92 Schott, § 3 N. 75. Gleicher Meinung wie Schott: Müller, N. 359.

93 Schenker, S. 39.

rügen seien, andernfalls das Anfechtungsrecht verwirke.[931] Das Bundesgericht verwies an besagter Stelle auf Riemer, welcher betreffend Rügeobliegenheit nicht zwischen den verschiedenen Körperschaften im schweizerischen Recht differenziert.[932] Die für die GmbH massgebende aktienrechtliche Lehre (vgl. oben N. 2) lehnt eine solche Rügeobliegenheit – vorbehältlich missbräuchlicher Verhaltensweisen – mehrheitlich ab.[933] Mangels einer gesetzlichen Grundlage für eine Rügeobliegenheit ist diese Ansicht m.E. zutreffend.

Nachfolgend werden **formelle Mängel** beispielhaft dargestellt. Im Rahmen dieser Kommentierung kann nicht auf sämtliche formelle Mängel eingegangen werden. Diesbezüglich wird auf die Spezialliteratur[934] sowie die Kommentierungen der jeweils verletzten Normen verwiesen. 51

Die nachfolgende Darstellung erfolgt anhand dreier Abschnitte, welche sich am zeitlichen Ablauf orientieren (Mängel bei der Einberufung [N. 52 ff.], der Durchführung [N. 61 ff.] und der Abstimmung [N. 71 ff.] der Gesellschafterversammlung). Lediglich bei Mängeln im Zusammenhang mit der Abstimmung sollte die **tatsächliche Ergebniskausalität** zur Anwendung gelangen (vgl. oben N. 49).[935] Bei Mängeln im Zusammenhang mit der Einberufung sowie der Durchführung der Gesellschafterversammlung gelangt nach der hier vertretenen Auffassung die **normative Kausalität** zur Anwendung (vgl. oben N. 49).[936]

a. Formelle Mängel bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung

Die Verletzung von **Formvorschriften bei der Einberufung** der Gesellschafterversammlung führt i.d.R. zur Anfechtbarkeit der anschliessend getroffenen Beschlüsse.[937] Diese Mängel werden unbeachtlich, falls die 52

93 BGE 132 III 503 E. 3.3 S. 508 f.
93 Riemer, N. 150.
93 Böckli, § 14 N. 159; ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 59; Lehmann, N. 679 ff.; Schott, § 18 N. 27 f.; Rohrer, S. 84. Für eine Rügeobliegenheit: Vock, S. 97.
93 Siehe insbesondere: Schott, § 9 ff.
93 Schott, § 3 N. 74.
93 Schott, § 3 N. 75.
93 Böckli, § 8 N. 180; Handschin/Truniger, § 9 N. 17.

Voraussetzungen einer Universalversammlung gegeben sind (vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 1 und Abs. 2 OR).[938]

53 Die Gesellschafterversammlung ist **spätestens zwanzig Tage vor dem Versammlungstag** anzusetzen, wobei eine statutarische Verkürzung bis auf zehn Tage möglich ist (Art. 805 Abs. 3 OR).[939] Die **unbeabsichtigte geringfügige Nichteinhaltung dieser Frist** führt m.E. lediglich zur Anfechtbarkeit (betreffend Nichtigkeit unten N. 114).[940]

54 In der Einberufung sind die **Verhandlungsgegenstände (Traktanden)** zu bezeichnen (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 3 i.V.m. Art. 700 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Über Anträge zu **nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen** können – abgesehen von bestimmten Ausnahmen[941] – keine Beschlüsse gefasst werden (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 3 i.V.m. Art. 704b OR). Die Verletzung dieser Regel führt zur Anfechtbarkeit.[942] Zur Anfechtbarkeit führt auch die übermässig enge Formulierung eines Traktandums, weil dadurch das individuelle Antragsrecht der GesellschafterInnen anlässlich der Gesellschafterversammlung verletzt wird.[943]

55 Die **Anträge** der Geschäftsführung und der GesellschafterInnen müssen ebenfalls in der Einberufung enthalten sein (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 und Ziff. 4 OR). Falls ein Verhandlungsgegenstand ohne dazugehörigen Antrag in der Einberufung veröffentlicht wird, liegt ebenfalls Anfechtbarkeit vor.[944]

56 Grundsätzlich darf keinem Gesellschafter bzw. keiner Gesellschafterin durch die **Festlegung des Tagungsortes** die Ausübung seiner bzw. ihrer Rechte im Zusammenhang mit der Gesellschafterversammlung in unsachlicher Weise erschwert werden (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701a Abs. 2 OR). I.d.R.

---

93 Handschin/Truniger, § 9 N. 17; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 805 N. 25.

93 Zur Fristberechnung m.w.H.: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 805 N. 23.

94 Siehe: Böckli, § 8 N. 144 und § 14 N 234 (ein bis zwei Tage). Dazu auch: Knobloch, S. 81. Für Anfechtbarkeit bei Einberufung erst zwei Tage vor der Versammlung: Wohlmann, S. 104.Vgl. auch Schott § 9 N. 45, wonach die Kausalität stets gegeben ist.

94 Ohne Traktandierung möglich sind Beschlüsse über Anträge zur Durchführung einer ausserordentlichen Gesellschafterversammlung und die Wahl einer Revisionsstelle (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 3 i.V.m. Art. 704b OR).

94 Böckli, § 8 N. 180; Schott, § 10 N. 18.

94 Schott, § 10 N. 29.

94 Schott, § 10 N. 34.

liegt bei einem Verstoss gegen diese Vorschrift Anfechtbarkeit vor.[945] Nach hier vertretener Auffassung wird bei diesem Mangel die **normative Kausalität** vorausgesetzt (vgl. oben N. 49).

Eine Anfechtung ist auch möglich, wenn der **Grundsatz der Einheit der Materie** verletzt wird (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 700 Abs. 3 OR).[946] Dieser Grundsatz ist verletzt, falls Elemente unterschiedlicher **Kernbeschlussgegenstände**[947] verknüpft werden.[948] Dadurch wird vermieden, dass GesellschafterInnen einem Antrag zustimmen, obwohl sie damit bloss teilweise einverstanden sind.[949] Dies wäre bspw. der Fall, wenn mehrere GeschäftsführerInnen nur gleichzeitig gewählt werden können, obwohl ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin Einzelwahlen verlangt. [950] Für die Durchsetzung des Grundsatzes der Einheit der Materie ist gemäss Müller erforderlich, dass ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin in der Versammlung auf die Einhaltung des Grundsatzes der Einheit der Materie hinwirkt, indem er bzw. sie eine separate Abstimmung beantragt.[951] Mangels einer gesetzlichen Grundlage besteht m.E. kein Grund eine Ausnahme vom Grundsatz zu machen, wonach bei formellen Mängeln keine Rügeobliegenheit besteht (vgl. oben N. 50). 57

Spätestens zusammen mit der Einladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung hat die Geschäftsführung den GesellschafterInnen den **Geschäftsbericht** und falls kein *Opting-out* vorliegt den **Revisionsbericht** zuzustellen (Art. 801a Abs. 1 OR). Falls dies verspätet erfolgt, liegt Anfechtbarkeit vor. In schwerwiegenden Fällen ist auch Nichtigkeit denkbar.[952] 58

Falls die Gesellschafterversammlung in der **statutarisch vorgeschriebenen Form einberufen** wird, sind Beschlüsse nicht anfechtbar, wenn ein 59

94 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 557; Müller/Akeret, S. 9; Schott, § 16 N. 6.
94 Daniel M. Häusermann, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Habil. St. Gallen 2014, Zürich 2015, S. 120; Schott, § 10 N. 42.
94 Eingehend: Müller, N. 460 ff.
94 Müller, N. 501.
94 Vgl.: Schott, § 10 N. 38 und N. 41.
95 Ausführlich: Müller, N. 97, N. 465 und N. 519 ff.
951 Müller, N. 468 und N. 500. In diese Richtung auch: Knobloch, S. 401 f.
95 Dazu: CR CO II-Iynedjian, Art. 801a N. 2; Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 801a N. 8; BSK OR II-Weber, Art. 801a N. 3.

Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin die Einberufung ohne sein bzw. ihr Verschulden **nicht zur Kenntnis nimmt**.[953]

60 Für die **Nichtigkeit** bei formellen Mängeln bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung: unten N. 109 ff.

b. Formelle Mängel bei der Durchführung der Gesellschafterversammlung

61 Jedem Gesellschafter und jeder Gesellschafterin steht im Rahmen der Verhandlungsgegenstände ein **Antragsrecht** zu (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 699b Abs. 5 OR). Falls der Vorsitzende bzw. die Vorsitzende einen Antrag eines Gesellschafters bzw. einer Gesellschafterin zu einem Verhandlungsgegenstand übergeht bzw. nicht zulässt, führt dies zur **Anfechtbarkeit** des Beschlusses der Gesellschafterversammlung unter diesem Traktandum.[954]

62 Die Statuten können **Präsenzquoren** für die Gesellschafterversammlung vorsehen.[955] Falls ein solches Präsenzquorum verletzt wird, liegt m.E. **Anfechtbarkeit** vor, weil lediglich eine statutarische Bestimmung verletzt wird (vgl. oben N. 43).[956]

63 Anfechtbar ist ein Beschluss an dem Personen, welche zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung nicht befugt sind, **mitgewirkt** haben. Die blosse Anwesenheit genügt dabei nicht.[957] Verlangt wird, dass der unbefugt Teilnehmende bspw. durch Voten die Verhandlung **beeinflusst** hat.[958] Das Anfechtungsrecht i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR setzt keinen Einspruch gemäss Art. 691 Abs. 2 OR an der Gesellschafterversammlung voraus.[959]

64 Betreffend die Vertretung der GesellschafterInnen an der Gesellschafterversammlung gelten die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 OR). Bezüglich der

95 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 805 N. 20.
95 Siehe: BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 9.3; Schott, § 10 N. 59.
95 Handschin/Truniger, § 9 N. 84.
95 Gleicher Meinung mit anderen Begründungen: Druey, S. 144 f.; Knobloch, S. 83 f. Anderer Ansicht: ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 11; Riemer, N. 276 f.; Schott, § 7 N. 56.
95 Schott, § 11 N. 38.
95 Vgl. Schott, § 11 N. 38 Fn. 901; Schwander/Dubs, S. 347.
95 BSK OR II-Länzlinger, Art. 691 N. 8.

Stimmrechtsvertretung sieht Art. 689f OR in zwei Fällen Anfechtbarkeit vor. Falls unabhängige StimmrechtsvertreterInnen, OrganstimmrechtsvertreterInnen und DepotvertreterInnen der Gesellschaft nicht Anzahl, Nennwert und Kategorie der von ihnen vertretenen Stammanteile bekannt geben, sind die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung unter den gleichen Voraussetzungen anfechtbar wie bei unbefugter Teilnahme an der Gesellschafterversammlung i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR (Art. 689f Abs. 1 OR). Ebenfalls anfechtbar sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, wenn der Vorsitzende bzw. die Vorsitzende es unterlässt die Angaben gesamthaft für jede Vertretungsart der Gesellschafterversammlung mitzuteilen, obschon es ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin verlangt hat (Art. 689f Abs. 2 OR). Auffallend ist, dass lediglich Art. 689f Abs. 1 OR auf Art. 691 OR verweist. Gemäss herrschender Auffassung ist die Kausalität auch bei der Anfechtung gestützt auf Art. 689f Abs. 2 OR zu berücksichtigen.[960]

Wenn für eine **virtuelle Gesellschafterversammlung** eine **unabhängige Stimmrechtsvertretung** hätte bezeichnet werden müssen (vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701d OR), führt eine fehlende unabhängige Stimmrechtsvertretung zur **Anfechtbarkeit** der in dieser virtuellen Gesellschafterversammlung gefällten Beschlüsse.[961] 65

Ebenfalls führt eine **fehlende statuarische Grundlage** zur Durchführung einer virtuellen Gesellschafterversammlung m.E. zur **Anfechtbarkeit** (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701d Abs. 1 OR).[962] Die Missachtung von **statutarischen Voraussetzungen** zur Durchführung einer virtuellen Gesellschafterversammlung führt ebenfalls zur Anfechtbarkeit.[963]

Nach der hier vertretenen Meinung führen auch **technische Probleme** lediglich zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse (siehe dazu unten N. 119).

Die Geschäftsführung stellt bei der hybriden und der virtuellen Gesellschafterversammlung die Identität der Teilnehmenden fest (Art. 805 66

96 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24 N. 149 Fn. 63; Schott, § 12 N. 56. Anderer Auffassung mit Verweis auf die Materialien: BSK OR II-Pöschel, Art. 689e N. 8. Ohne klare Stellungnahme: Forstmoser/Küchler, Art. 689f N. 10.

96 Ballmer/Fischer, S. 180; Schmidt/Müller, S. 272 f.

96 Ballmer/Fischer, S. 179. Ebenso, falls wenigstens eine unabhängige Stimmrechtsvertretung bezeichnet wird: Müller/Akeret, S. 19. Ansonsten tendenziell für Nichtigkeit: Müller/Akeret, S. 19 f.

Abs. 3 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 OR). Falls sich **unbefugte Teilnehmende** in die hybride oder virtuelle Gesellschafterversammlung einschleichen, ist eine Anfechtung basierend auf Art. 691 Abs. 3 OR möglich (vgl. oben N. 63 und unten N. 72 sowie N. 95).[964]

67 Die Gesellschafterversammlung darf ohne unabhängige Stimmrechtsvertretung lediglich an einen **ausländischen Tagungsort** stattfinden, wenn alle GesellschafterInnen damit einverstanden sind (Art. 701b Abs. 2 OR). Falls diese Vorschrift missachtet wird, ist ein allfälliger Beschluss der Gesellschafterversammlung **anfechtbar**.[965] Ebenfalls Anfechtbarkeit liegt m.E. vor, falls **keine statutarische Grundlage** für die Durchführung der Gesellschafterversammlung an einem ausländischen Tagungsort besteht (vgl. Art. 701b Abs. 1 OR).

68 Anfechtbar sind auch Beschlüsse über die Genehmigung der Jahres- und der Konzernrechnung sowie der Verwendung des Bilanzgewinns, falls die **Revisionsstelle vorschriftswidrig abwesend** ist (Art. 731 Abs. 3 OR). Die Revisionsstelle ist von Gesetzes wegen zur Anwesenheit verpflichtet, falls eine ordentliche Revision durchgeführt wurde (Art. 731 Abs. 2 i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR). GmbH sind meist nicht genug gross, um zur ordentlichen Revision verpflichtet zu sein (vgl. Art. 727 Abs. 1 i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR). Eine ordentliche Revision muss durchgeführt werden, falls GesellschafterInnen, welche 10 % des Stammkapitals vertreten eine solche verlangen (Art. 727 Abs. 2 i.V.m. Art. 818 Abs. 1 OR).[966] Ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin, welcher bzw. welche einer Nachschusspflicht unterliegt, hat ebenfalls das Recht eine ordentliche Revision zu verlangen (Art. 818 Abs. 2 OR). Eine ordentliche Revision kann auch der ausgeschiedene Gesellschafter bzw. die ausgeschiedene Gesellschafterin verlangen, solange dessen bzw. deren Abfindung nicht vollständig ausbezahlt ist (Art. 825a Abs. 4 OR). Fraglich ist, ob der Gesellschaft der Gegenbeweis mangelnder Kausalität i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR offensteht.[967]

---

96 Ballmer/Fischer, S. 179 f.

96 Vgl. zur virtuellen Gesellschafterversammlung: Schmidt/Müller, S. 273; Müller/Akeret, S. 19.Bei der hybriden Gesellschafterversammlung muss dies ebenfalls gelten, weil Art. 701e OR aufgrund seiner systematischen Stellung auch bei der hybriden Gesellschafterversammlung zur Anwendung gelangt (siehe die Marginalie von Art. 701c OR: *«Verwendung elektronischer Mittel»*) (ebenso: Jutzi/Yousef, S. 293).

96 Von der Crone, N. 1034.

96 Handschin/Truniger, § 11 N. 4.

Falls ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin bei der Urabstimmung i.S.v. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 3 OR eine mündliche Beratung verlangt, kann ein in der Urabstimmung gefällter Beschluss **angefochten** werden.[968] Von der Crone plädiert demgegenüber für **Nichtigkeit**.[969] 69

Kein mangelhafter Beschluss besteht gemäss herrschender Auffassung bei **fehlerhafter Protokollierung** oder **gänzlichem Fehlen eines Protokolls**.[970] Von Bedeutung ist das Protokoll im Zusammenhang mit der Anmeldung beim Handelsregisteramt (vgl. Art. 23 HRegV) und der Beweisführung (unten N. 168). Falls statutarisch eine Protokollierung bzw. spezifische Protokollierungsvorschriften vorgesehen sind, stellt deren Verletzung – sofern keine anderen Anhaltspunkte in den Statuten enthalten sind – lediglich eine rechtlich irrelevante Ordnungswidrigkeit dar (vgl. auch oben N. 8). 70

c. Formelle Mängel im Zusammenhang mit der Abstimmung

Zu einer **Verfälschung des Beschlussergebnisses** und somit zur Anfechtbarkeit kann es bei fehlerhafter Auszählung der Stimmen, der fehlerhaften Anwendung des Beschlussquorums (vgl. Art. 808 und Art. 808b OR) oder der falschen Verkündung des Beschlusses durch den Vorsitzenden bzw. die Vorsitzende kommen.[971] In diesen Fällen kann mittels der **positiven Beschlussfeststellungsklage** der fehlerhafte durch den korrekten Beschluss ersetzt werden (unten N. 95).[972] 71

Mängel in der Abstimmung können dadurch verursacht werden, dass eine **unbefugte Person** daran teilnimmt (Art. 691 Abs. 3 OR). GesellschafterInnen, welche ihre Meldepflicht nach Art. 790a OR nicht erfüllt haben, gelten ebenfalls als unbefugte Teilnehmende (vgl. Art. 790a Abs. 5 i.V.m. Art. 697m Abs. 1 OR).[973] Falls bei der Beschlussfassung wie in Art. 808 OR vorgesehen 72

---

96 Siehe dazu m.w.H.: BSK OR II-Reutter/Rasmussen, Art. 731 N. 9.

96 CR CO II-Iynedjian, Art. 805 N. 16; Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 805 N. 26.

96 Von der Crone, N. 1043.

97 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 23 N. 120; Schott, § 8 N. 9; ZK OR-Tanner, Art. 702 N. 208. A.M.: Vischer Markus, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW 5 (2022), S. 416 ff., S. 424 ff. Siehe auch: Druey, S. 141.

971 Vgl.: Böckli, § 8 N. 622 f.; Bühler/von der Crone, S. 567 f.; SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. 808c N. 23. Abweichend: Riemer, N. 277, welcher bei Nichterreichen des erforderlichen Mehrs von Nichtigkeit ausgeht. Riemer verweist dabei auf BGE 78 III 43 E. 9 S. 44.

97 Ausführlich: Schott, § 17 N. 5 ff.

auf die vertretenen Stimmen abgestellt wird, wirkt ein unbefugter Teilnehmer bzw. eine unbefugte Teilnehmerin bereits dadurch mit, dass er bzw. sie mit einer gewissen Anzahl angeblicher Stimmen in der Gesellschafterversammlung vertreten ist.[974] Auch diesbezüglich kann der fehlerhafte Beschluss mittels der **positiven Beschlussfeststellungsklage** durch den korrekten Beschluss ersetzt werden (unten N. 95).[975]

73 Bei Beschlüssen über die **Entlastung** der GeschäftsführerInnen haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht (Art. 806a Abs. 1 OR). Falls sich diese trotzdem an der Abstimmung beteiligen, liegt grundsätzlich Anfechtbarkeit vor.[976]

Falls alle GesellschafterInnen an der Geschäftsführung mitwirken, ist ein Entlastungsbeschluss von vornherein ausgeschlossen.[977] Wenn in solchen Situationen lediglich von Anfechtbarkeit ausgegangen würde, wäre der Beschluss nach Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist i.S.v. Art. 706a Abs. 1 OR endgültig gültig. Dies dürfte regelmässig der Fall sein, weil die an der Geschäftsführung mitwirkenden GesellschafterInnen an ebendiesem Entlastungsbeschluss ein Interesse haben. Im Konkurs kann der Entlastungsbeschluss dem Anspruch der Gläubigergesamtheit nicht entgegengehalten werden.[978] Da es somit keine GläubigerInnen gibt, die an der Nichtigkeit ein Interesse haben, ist m.E. auch in dieser Konstellation die Anfechtbarkeit des Beschlusses die entsprechende Rechtsfolge.

74 Eine GmbH darf in engen Grenzen **eigene Stammanteile** erwerben (Art. 783 OR). Das **Stimmrecht** und die **damit verbunden Rechte** dieser Stammanteile **ruhen** (Art. 783 Abs. 4 i.V.m. Art. 659a Abs. 1 OR). Ein unter Verletzung dieser Regelung zustande gekommener Beschluss ist anfechtbar (vgl. Art. 783 Abs. 4 i.V.m. Art. 659a Abs. 3 i.V.m. Art. 691 Abs. 3 OR).[979] Der Gesellschafter bzw. die Gesellschafterin, welcher bzw. welche die

97 BSK OR II-Hess/Dettwiler, Art. 697m N. 28.

97 Schott, § 11 N. 38 Fn. 901.

97 Vgl.: Schwander/Dubs, S. 354 ff.; CR CO II-Trigo Trindade, Art. 691 N. 32.

97 BGer 6B_728/2012 vom 18.2.2013 E. 4.1; BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.2; CR CO II-Corboz/Aubry Girardin, Art. 758 N. 8a; von der Crone, N. 963.

97 Böckli, § 8 N. 22; von der Crone, N. 963.

97 BGE 132 III 342 E. 4.1 S. 349. Die Vorschriften der Aktiengesellschaft betreffend Verantwortlichkeit sind bei der GmbH entsprechend anwendbar (Art. 827 OR).

97 BSK OR II-Lenz/von Planta, Art. 659a N. 2g; KuKo OR-Graham-Siegenthaler, Art. 659a N. 6; vgl. auch: von der Crone, N. 568.

Stammanteile an die Gesellschaft abtritt, hat bei Beschlüssen über den Erwerb eigener Stammanteile (vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 11 OR) kein Stimmrecht (Art. 806a Abs. 2 OR). Eine Missachtung dieser Regelung führt ebenfalls zur Anfechtbarkeit.[980]

Bei Beschlüssen über die Zustimmung zu Tätigkeiten der GesellschafterInnen, welche gegen die **Treuepflicht** oder das **Konkurrenzverbot** verstossen (vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 13 OR), hat der betroffene Gesellschafter bzw. die betroffene Gesellschafterin kein Stimmrecht (Art. 806a Abs. 3 OR). Ein Beschluss, welcher unter Missachtung dieser Vorschrift zustande kommt, ist anfechtbar.[981] 75

Nach herrschender Meinung sind im Zusammenhang mit der Anfechtung die **weisungswidrige Stimmabgabe der Vertretung** und **das vertragswidrige Stimmen von an einen Stimmbindungsvertrag gebundenen GesellschafterInnen** nicht von Bedeutung.[982] Ein Teil der Lehre anerkennt die Vertretungswirkung jedoch nicht, falls die Gesellschaft vom weisungswidrigen Verhalten Kenntnis hat.[983] 76

2. Materielle Anfechtungsgründe (Inhaltsmängel)

Die materiellen Anfechtungsgründe beziehen sich auf den **Beschlussinhalt**. Nachfolgend werden anhand der in Art. 706 Abs. 2 OR angegebenen Ziffern einige Fälle der Anfechtbarkeit erläutert. Die Darstellung ist **nicht abschliessend**. Für bestimmte Einzelfälle empfiehlt es sich die Spezialliteratur zum entsprechenden Thema sowie die Kommentierungen zu den entsprechenden Normen zu konsultieren. 77

a. Beschränkung oder Entzug von Rechten der GesellschafterInnen unter Verletzung von Gesetz oder Statuten

Beschlüsse, welche unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von GesellschafterInnen beschränken oder entziehen sind anfechtbar (Art. 706 78

98 CR CO II-Iynedjian, Art. 806a N. 5; Küng/Camp, Art. 806a N. 3.

98 Küng/Camp, Art. 806a N 3; SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. 806a N. 12.

98 Für die weisungswidrige Stimmabgabe der Vertretung: BGE 128 III 142 E. 3b S. 145; Böckli, § 8 N. 436 (selbst bei Kenntnis der Gesellschaft); Nater, S. 81; Schott, § 12 N. 35 ff. Für Anfechtung der weisungswidrigen Stimmabgabe der institutionellen Stimmrechtsvertretung: Schwander/Dubs, S. 360 f.Bei Stimmbindungsverträgen: Nater, S. 38; Schott, § 8 N. 35; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 806 N. 4.

Abs. 2 Ziff. 1 OR). Im Zusammenhang mit Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR geht es regelmässig um Beschränkungen **im Einzelfall**. Der Erlass von generell-abstrakten Regeln in den Statuten dürfte i.d.R. zur Nichtigkeit führen (vgl. unten N. 124 f.).[984] So wäre eine Statutenbestimmung, die es ermöglicht Gesellschafterversammlungen in weniger als zehn Tagen einzuberufen nichtig (vgl. Art. 805 Abs. 3 OR).

b. Beschränkung oder Entzug von Rechten der GesellschafterInnen in unsachlicher Weise

79 Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind auch anfechtbar, wenn sie Rechte von GesellschafterInnen in **unsachlicher Weise** beschränken oder entziehen (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Dieser Tatbestand ist schwierig von der unzulässigen Überprüfung der Angemessenheit und Zweckmässigkeit eines Beschluss abzugrenzen (oben N. 44).[985] Er gelangt zur Anwendung, wenn keine spezifische Gesetzes- oder Statutenbestimmung verletzt wird, die Einschränkung aber in unsachlicher Weise erfolgt.[986] Unsachlichkeit liegt u.a. vor, wenn ein Beschluss nicht die Förderung des Gesellschaftsinteresses bezweckt.[987] Ebenfalls zu beachten ist das **Verhältnismässigkeitsprinzip** bzw. das **Prinzip der schonenden Rechtsausübung** (vgl. oben N. 41).[988] Die Minderheit darf in ihren Interessen im Verhältnis zu den Interessen der Gesellschaft nicht unnötig stark beeinträchtigt werden.[989] Beschlüsse werden nur selten, als nicht im Gesellschaftsinteresse liegend qualifiziert.[990]

80 Ein Mehrheitsentscheid ist **rechtsmissbräuchlich**, wenn er sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Gründe rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit grundlos bevorzugt.[991] Ein Beschluss ist anfechtbar, wenn die Rechte der GesellschafterInnen zur Verfolgung persönlicher Ziele der Mehrheit beschränkt oder entzogen werden.[992] Namentlich, wenn missliebige

98 BSK OR II-Pöschel, Art. 689b N. 27.
98 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 11.
98 Schenker, S. 33.
98 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 12.
98 Küng/Camp, Art. 808c N. 10.
98 BGE 143 III 120 E. 4.3 S. 125; Böckli, § 14 N. 165; Küng/Camp, Art. 808c N. 11.
98 Von der Crone, N. 1192.
99 Schenker, S. 33 f.; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 180.
99 BGer 4A_205/2008 vom 19.8.2008 E. 4.1.

MinderheitsgesellschafterInnen aus der Gesellschaft gedrängt werden soll, muss darauf ein besonderes Augenmerk gelegt werden. Dies kann u.a. der Fall sein, falls die Mehrheit keine Dividenden ausschütten lässt und dies nicht mit wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden kann, weil die einbehaltenen Mittel weder investiert noch als Sicherheit für die Zukunft notwendig wären. Die Anfechtung führt jedoch bloss zur Aufhebung des Beschlusses und nicht zur Zusprechung einer angemessenen Dividende.[993]

c. Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der GesellschafterInnen

Gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR ist ein Beschluss, welcher eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der GesellschafterInnen bewirkt, anfechtbar. Gesellschaftszweck i.S.v. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR meint dabei die **Gesellschaftsinteressen**.[994] Erforderlich ist eine **relative Gleichbehandlung**. Eine Differenzierung nach Kapitalanteil ist möglich (vgl. Art. 798 i.V.m. Art. 661, Art. 806 Abs. 1 und Art. 826 Abs. 1 OR).[995] Demgegenüber gilt bei den **Informationsrechten** i.d.R. die **absolute Gleichbehandlung**.[996] 81

Ein Teil der Lehre lässt Ungleichbehandlungen – ohne konkrete Beispiele zu nennen – aufgrund der personalistischen Strukturen der GmbH grosszügiger zu als bei der Aktiengesellschaft.[997] Gemäss Art. 808c OR sind die Bestimmungen zur Aktiengesellschaft *«entsprechend»* anwendbar (vgl. oben N. 2). Somit sind bei der Anwendung des Verbots der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Gesellschafter i.S.v. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR die Besonderheiten der GmbH zu berücksichtigen.[998] Dies gilt bspw. bei der Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu einer bestimmten Tätigkeit, die die Treuepflicht oder das Konkurrenzverbot verletzt (vgl. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 OR). Falls die Gesellschaft einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschafterin die Zustimmung zur Ausübung

99 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 12; Feuz, N. 90.
99 Guidoum, N. 22.
99 BGer 4A_531/2017 vom 20.2.2018 E. 3.1; CR CO II-Peter/Cavadini, Art. 706 N. 34.
99 Vgl.: BGer 4A_205/2008 vom 19.8.2008 E. 3.1.
99 Siehe: BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 15b; Küng/Camp, Art. 808c N. 15.
99 Handschin/Truniger, § 9 N. 96; Jörg/Arter, S. 79.
99 Vgl. BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 5.

einer solchen Tätigkeit verweigert, jedoch einem andern bzw. einer anderen erteilt, sollte nur in offensichtlichen Missbrauchsfällen eine Anfechtung möglich sein. Diesbezüglich ist zu beachten, dass aufgrund der kassatorischen Natur des Anfechtungsurteils grundsätzlich nur die Erteilung der Zustimmung aufgehoben werden kann und nicht die Verweigerung in eine Zustimmung gekehrt werden kann (unten N. 94).[999] Nichtsdestotrotz ist auch bei der GmbH grundsätzlich Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR anwendbar. Inwiefern die Besonderheiten der GmbH berücksichtigt werden können, hängt vom Einzelfall ab.

d. Aufhebung der Gewinnstrebigkeit

82 Die Gewinnstrebigkeit kann nur mit **Zustimmung sämtlicher und nicht nur der vertretenen GesellschafterInnen** aufgehoben werden (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).[1000] Ansonsten ist der Beschluss der Gesellschafterversammlung anfechtbar. Diese Bestimmung betrifft die Festlegung eines **gemeinnützigen Zwecks**.[1001] Der jährliche Beschluss über die Gewinnverwendung ist von dieser Bestimmung nicht erfasst.[1002] Diese Vorschrift gelangt nicht zur Anwendung, falls lediglich eine Erhöhung des Stammkapitals, welche für die Gewinnerzielung notwendig wäre, abgelehnt wird.[1003]

E. Rechtsnatur der Klage

83 Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine **Gestaltungsklage** (Art. 87 ZPO).[1004] Die Anfechtungsklage verändert die Rechtslage durch die Aufhebung des von der Gesellschafterversammlung gefällten Beschlusses.[1005] Auch die **positive Beschlussfeststellungsklage** (vgl. Art. 691 Abs. 3 OR; dazu unten N. 95) ist trotz der missverständlichen Bezeichnung eine Gestaltungsklage.[1006]

84 Die Anfechtung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung kann **nicht einredeweise** geltend gemacht werden.[1007] Möglich ist, falls die

99 Vorbehalten bleibt die positive Beschlussfeststellungsklage (unten N. 95).
10 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 16; KuKo OR-Jermini/Domeniconi, Art. 706 N. 8.
10 ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 185
10 Von der Crone, N. 1197.
10 Vgl. Schenker, S. 37.
10 Handschin/Truniger, § 28 N. 13; Nater, S. 197.
10 Schenker, S. 39.
10 BGE 147 III 561 E. 6.2 S. 572; Bühler/von der Crone, S. 570; Schott, § 17 N. 6.

zweimonatige Frist noch nicht abgelaufen ist, die **widerklageweise Geltendmachung der Anfechtung**.[1008]

F. Anfechtungs-/Verwirkungsfrist

Die Anfechtungsklage ist **verwirkt**, falls nicht **innert zwei Monaten** nach Durchführung der Gesellschafterversammlung oder der schriftlichen Abstimmung (bei der Urabstimmung) die Klage erhoben wird (Art. 706a Abs. 1 OR). Das Gericht prüft die Einhaltung dieser Verwirkungsfrist **von Amtes wegen**.[1009] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen auch die Anfechtungsgründe innerhalb dieser Frist vorgebracht werden.[1010] Das Bundesgericht räumt ein, dass die Abgrenzung der Anfechtungsgründe im Einzelfall schwierig sein kann. Zwei unterschiedliche Anfechtungsgründe bestehen jedenfalls dann, wenn diese nicht nur auf einer unterschiedlichen rechtlichen Argumentation, sondern auf **verschiedenen Sachverhalten** beruhen.[1011] Ebenfalls Vorsicht geboten ist im Zusammenhang mit der Genehmigung der Jahresrechnung (vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5 OR; vgl. oben N. 68). Diesbezüglich ist es gemäss Bundesgericht nicht möglich die Anfechtung mittels der Unrichtigkeit einer Bilanzposition zu begründen, welche sich bereits aus früheren nicht angefochtenen Genehmigungsbeschlüssen der Gesellschafterversammlung ergab.[1012] 85

Unabhängig von der Teilnahme an der Versammlung beginnt die Frist am Tag nach der Gesellschafterversammlung zu laufen.[1013] Massgebend für die Berechnung der Frist ist Art. 77 und Art. 78 Abs. 1 OR.[1014] In Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR muss die Klage spätestens am Tag des zweiten Monats, der die gleiche Zahl trägt wie der Tag der Gesellschafterversammlung und, wenn dieser Tag in diesem Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monates angehoben werden.[1015] Die Frist verlängert sich gemäss Art. 78 Abs. 1 OR bis 86

10 ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 187.
10 ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 29. Zur Frist unten N. 80 ff.
10 BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 3.1; BGer 4A_404/2011 vom 7.11.2011 E. 5.1; Handschin/Truniger, § 9 N. 100.
101 BGE 86 II 78 E. 6a; BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 3.1.
101 BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 3.3.
101 BGer 4A_404/2011 vom 7.11.2011 E. 5.3.
101 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 7; Wyss/Jenal, N. 67.05.
101 Riemer, N. 195.
101 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706a N. 2; Schott, § 18 N. 2.

zum nächstfolgenden Werktag, falls deren letzter Tag auf einen **Samstag**,[1016] **Sonntag** oder einen **staatlich anerkannten Feiertag** (am Ort des zuständigen Gerichts) fällt.[1017]

87 Bei der **Urabstimmung** beginnt die Frist von der **Bekanntgabe des Ergebnisses** an zu laufen.[1018] Dabei ist umstritten, ob bei brieflicher Verkündung des Resultats an die GesellschafterInnen der auf die Postaufgabe folgende Tag den ersten Tag der Frist darstellt oder ob die Frist erst ab tatsächlicher Kenntnis des Gesellschafters bzw. der Gesellschafterin zu laufen beginnt. Ausser im Vereinsrecht wird regelmässig auf einen objektiven Zeitpunkt zur Berechnung der Frist abgestellt (Art. 706a Abs. 1 und Art. 891 Abs. 2 OR). Im Vereinsrecht wird auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme abgestellt.[1019] Damit für alle GesellschafterInnen erkennbar ist, ab wann der Beschluss endgültig Gültigkeit erlangt (vgl. oben N. 16), ist der ersten Ansicht zuzustimmen.[1020] Die GesellschafterInnen der GmbH sind dafür verantwortlich rechtzeitig vom Beschluss Kenntnis zu nehmen.

88 Die Einhaltung der Frist erfolgt gemäss Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO mit **Postaufgabe des Schlichtungsbegehrens bzw. der Klage** im Falle eines Verzichts auf das Schlichtungsverfahren (vgl. Art. 199 Abs. 1; dazu unten N. 151) sowie bei sachlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts (vgl. Art. 198 lit. f ZPO; dazu unten N. 147 ff.). [1021]

89 Ein Teil des Schrifttums gesteht AnfechtungsklägerInnen eine **Fristverlängerung** in bestimmten Situationen zu. Eine solche Situation sei denkbar, falls die Gesellschaft den Widerruf des Beschlusses in Aussicht stellt oder der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin bspw. durch eine Erklärung der Unanfechtbarkeit über die Möglichkeit der Anfechtung getäuscht wurde.[1022] Aufgrund solcher Umstände den Schwebezustand zu verlängern, ist m.E. aus Gründen der Rechtssicherheit höchstens in extremen Einzelfällen gerechtfertigt. Nach Ablauf der zweimonatigen Frist soll der

101 Siehe Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen vom 21.6.1963 (SR 173.110.3).

101 Riemer, N. 195.

101 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 7.

101 BSK ZGB I-Scherrer/Brägger, Art. 75 N. 25

10 Küng/Camp, Art. 805 N. 22; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 7; KuKo OR-Vogel, Art. 808c N. 9. Für die zweite Ansicht: Handschin/Truniger, § 9 N. 100; Nater, S. 197 Fn. 1092.

10 BSK ZPO-Infanger, Art. 62 N. 8.

10 Weiterführend: Riemer, N. 194. Ebenfalls: ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 70.

Beschluss bei fehlender Anfechtung i.d.R. endgültig gültig werden (siehe oben N. 16). Vorsichtshalber sollte demnach innert zwei Monaten ein Schlichtungsgesuch bzw. eine Klage aufgegeben werden.

Umstritten ist, ob auch bei der **Geltendmachung von Willensmängeln** die zweimonatige Verwirkungsfrist einzuhalten ist. Aufgrund von Art. 31 Abs. 1 OR vertritt ein Teil der Doktrin die Ansicht, dass ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin während eines Jahres nach der Gesellschafterversammlung durch einfache Erklärung gegenüber der Gesellschaft seine Stimmabgabe für ungültig erklären oder dies mittels Anfechtungsklage geltend machen kann.[1023] Auch beim Vorbringen von Willensmängeln ist die Verwirkungsfrist von zwei Monaten im Interesse der Rechtssicherheit strikte einzuhalten.[1024] Die zweimonatige Frist ist gegenüber der Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR als *lex specialis* zu betrachten.[1025] Auch bei einem Willensmangel überwiegt das Interesse des Rechtsverkehrs an der Klarheit, ob ein Beschluss nun gültig ist oder nicht. Demnach rechtfertigt sich keine längere Anfechtungsfrist.[1026] Eine Erklärung gegenüber der Gesellschaft genügt dabei nicht. Erforderlich ist eine fristgemässe Anfechtungsklage.[1027] Für eine erfolgreiche Anfechtung wird vorausgesetzt, dass der Beschluss ohne diesen Mangel anders gelautet hätte (zur tatsächlichen Ergebniskausalität oben N. 49).[1028] Die entsprechenden Stimmen gelten dabei je nach anwendbaren Beschlussquorum als nicht abgegeben oder nicht vertreten (vgl. Art. 808 und Art. 808b OR).[1029]

Falls die Gesellschafterversammlung die Auskunft oder Einsicht ungerechtfertigterweise verweigert, kann das Gericht diese Auskunft erteilen (Art. 802 Abs. 4 OR). Diese Klage, welche sich zumindest indirekt ebenfalls gegen einen Beschluss der Gesellschafterversammlung wendet, ist an keine 90

10 Handschin/Truniger, § 9 N. 81; ZK OR-von Steiger, Art. 808 N. 17.
10 Böckli, § 8 N. 353; Küng/Camp, Art. 808c N. 7; Riemer, N. 203; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 8. Vgl. im Zusammenhang mit Art. 891 Abs. 2 OR: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RB170004 vom 1.3.2017 E. 4.2.
10 Druey, S. 138; Riemer, N. 203; Schott, § 14 N. 26.
10 CHK OR-Kratz, Art. 808c N. 3a; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 8.
10 Vgl.: Böckli, § 8 N. 353.
10 Schott, § 14 N. 25.
10 Schott, § 14 N. 24.

Frist gebunden.[1030] Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO).

G. Auswirkungen des Anfechtungsurteils

1. Abweisung der Anfechtungsklage

91 Die Abweisung der Anfechtungsklage wirkt lediglich *inter partes* und hat somit keine Auswirkung auf die Anfechtungsklagen weiterer klagender GesellschafterInnen.[1031] Das Urteil einer abgewiesenen Anfechtungsklage ist ein **Feststellungsurteil**, weil sich die Rechtslage dadurch nicht verändert.[1032] In der Urteilsbegründung wird festgestellt, dass der Beschluss **mangelfrei** ist, woraus sich die Klageabweisung ergibt (oben N. 14).[1033]

2. Gutheissung der Anfechtungsklage

92 Im Falle der Gutheissung einer Anfechtungsklage ergeht ein **materiellrechtliches Gestaltungsurteil**.[1034] Die Ungültigerklärung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung stellt die Gestaltungswirkung dar.[1035] Für deren Eintritt muss der Entscheid in formelle Rechtskraft erwachsen.[1036]

93 Nachfolgend werden die Wirkungen eines gutheissenden Anfechtungsurteils in **sachlicher** (N. 94 f.), **zeitlicher** (N. 96) und **persönlicher Hinsicht** (N. 97 f.) kurz dargestellt.[1037]

a. Wirkung des Urteils in sachlicher Hinsicht

94 Ein gutheissendes Urteil hebt den Beschluss auf (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR).[1038] Das jeweilige Urteil hat **i.d.R. ausschliesslich kassatorische Wirkung**.[1039]

---

10 Küng/Camp, Art. 802 N. 6; BSK OR II-Weber, Art. 802 N. 13. Bei zu langem Warten schliessen diese Autoren jedoch auf das Fehlen eines berechtigten Interesses oder Rechtsmissbrauch.

10 CR CO II-Peter/Cavadini, Art. 706 N. 46; Ritter, N. 101; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 202.

10 Senn, N. 53; Sogo, S. 200.

10 Diese Feststellung basiert nur auf dem für die Urteilsfindung beachtlichen Sachverhalt (vgl. Senn, N. 53).

10 Druey, S. 161; Senn, N. 54.

10 Messer, N. 574; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 198.

10 Messer, N. 573 f.; KuKo ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 87 N. 4.

10 Ausführlicher: Heller, S. 7 ff.

Das Gericht kann – mit Ausnahme der positiven Beschlussfestellungsklage (unten N. 95) – grundsätzlich nicht den Beschluss der Gesellschafterversammlung abändern oder ersetzen.[1040] Wenn nur einzelne Teile des Beschlusses mangelhaft sind, kann das Gericht die Anfechtungsklage lediglich **teilweise gutheissen** (Art. 20 Abs. 2 OR analog).[1041]

Nachdem die herrschende Lehre die **positive Beschlussfeststellungsklage** anerkannte,[1042] folgte ihr kürzlich auch das Bundesgericht.[1043] Gemäss Bundesgericht ist eine positive Beschlussfeststellungsklage zulässig, wenn wegen dem Mitzählen unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt festgehalten wurde, welcher als angenommen hätte gelten sollen.[1044] Die positive Beschlussfeststellungsklage ermöglicht demnach, dass das **falsche Ergebnis** vom Gericht durch das **korrekte Ergebnis** ersetzt wird.[1045] Ohne positive Beschlussfeststellungsklage würde ein Rechtsschutzdefizit bestehen. Der Kläger bzw. die Klägerin könnte lediglich bewirken, dass ein Beschluss, welcher einen Antrag zu Unrecht ablehnt, aufgehoben wird, womit diesem bzw. dieser jedoch nicht geholfen wird. Dies kommt gemäss Bundesgericht einer Vereitelung des Stimmrechts gleich.[1046] Dieser Auffassung ist zuzustimmen. 95

b. Wirkung des Urteils in zeitlicher Hinsicht

Der Beschluss der Gesellschafterversammlung fällt gemäss einhelliger Lehre[1047] und Rechtsprechung[1048] mit **Wirkung** *ex tunc* dahin. Somit bezieht 96

10 Knobloch, S. 134; Schenker, S. 39; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 196.

10 Böckli, § 14 N. 93.

10 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 25; Huguenin/Mahler, S. 142; Riemer, N. 217. Vgl. auch: BGE 84 II 550 E. 2.

10 Bühler/von der Crone, S. 571 f; Riemer, N. 320; Schleiffer Patrick, Mitwirkung Unbefugter bei der Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an das Anfechtungsinteresse und Ausschliesslichkeit der Anfechtungsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR, recht 4 (1997), S. 149-156, S. 155; CR CO II-Trigo Trindade, Art. 691 N. 32. Anderer Ansicht: Knobloch, S. 138 ff.

10 BGE 147 III 561 E. 6 S. 571 ff.

10 BGE 147 III 561 E. 6.5.4 S. 576.

10 Schwander/Dubs, S. 350.

10 BGE 147 III 561 E. 6.5.2 S. 574.

10 Böckli, § 14 N. 193; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 25; KuKo-Jermini/Domeniconi, Art. 706 N. 9; Kunz, N. 31; Nater, S. 197.

10 BGE 138 III 204 E. 4.1 S. 212; BGE 122 III 279 E. 2 S. 281; BGer 4A_630/2012 vom 19.3.2013 E. 3.1

sich die Ungültigkeit des Beschlusses auf die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung zurück.[1049] Dies gilt entsprechend auch bei der positiven Beschlussfeststellungsklage (oben N. 95).[1050]

c. Wirkung des Urteils in persönlicher Hinsicht

97 Gemäss Art. 706 Abs. 5 OR wirkt das Urteil für und gegen alle GesellschafterInnen. Fraglich und kaum diskutiert ist, ob damit die Gestaltungswirkung und/oder die materielle Rechtskraft gemeint ist.[1051] Nach der hier vertretenen Meinung sind die GesellschafterInnen neben der **Gestaltungswirkung** auch von der **materiellen Rechtskraft** betroffen.[1052] Ohne Einbezug der materiellen Rechtskraft wäre das gutheissende Anfechtungsurteil in einem anschliessenden Prozess für die übrigen GesellschafterInnen nicht verbindlich.[1053] Dies könnte zu einer Aufspaltung der Rechtsfolgen für die einzelnen GesellschafterInnen führen, was kaum lösbare Problemen bei der gleichzeitigen (Nicht-)Umsetzung des Beschlusses zur Folge hätte.

Bei einem durch Anfechtung für **ungültig erklärten Dividendenbeschluss**, entfällt der Anspruch auf Auszahlung der Dividende. Eine allfällige Zahlung wäre basierend auf Art. 800 i.V.m. Art. 678 Abs. 1 OR zurückzuerstatten (unten N. 138 f.).[1054] Falls der Gesellschafter bzw. die Gesellschafterin von der materiellen Rechtskraft nicht berührt wird, könnte er oder sie im Prozess einwenden, dass die Beschlussaufhebung im Anfechtungsurteil zu Unrecht erfolgt sei.[1055] Schlimmstenfalls wäre im Endeffekt der erfolgreich anfechtende Gesellschafter bzw. die erfolgreich anfechtende Gesellschafterin die einzige, welcher bzw. welche die erhaltene Dividende zurückerstatten müsste, was nicht als erwünschtes Ziel betrachtet werden kann.

98 Auch **Dritte** sind vom gutheissenden Anfechtungsurteil – zumindest von der Gestaltungswirkung – betroffen. Grundsätzlich führt das Urteil dazu, dass für

10 Huguenin/Mahler, S. 140; Riemer, N. 208; Schott, § 4 N. 8; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 99.

10 Messer, N. 584.

10 Vgl.: Ritter, N. 20 f.

10 Ramer, S. 24; Ritter, N. 54; Senn, N. 56; Sogo, S. 249. Wohl auch BGer 4A_177/2011 vom 2.9.2011 E. 3.2.3.

10 Die Erstreckung der materiellen Rechtskraft lässt sich auch nicht mit den in Art. 77 ZPO vorgesehenen Einredemöglichkeiten relativieren (Senn, N. 107 Fn. 430; vgl. auch: KuKo ZPO-Domej, Art. 76 N. 12).

10 Guidoum, N. 669; Messer, N. 643.

sämtliche Beteiligten die Lage gilt, wie wenn der Beschluss gar nie gefasst worden wäre.[1056]

IV. NICHTIGKEITSKLAGE

Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit **gravierenden Mängeln** sind bereits **von Anfang an ungültig** und werden nicht erst durch eine gutgeheissene Anfechtungsklage mit Wirkung *ex tunc* ungültig (vgl. oben N. 10 und N. 96). Mit der Nichtigkeitsklage als **Feststellungsklage** kann jedoch die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung verlangt werden. 99

In der Lehre werden von nichtigen Beschlüssen teilweise **Schein- und Nichtbeschlüsse** abgegrenzt (vgl. oben N. 7).[1057] Da die Rechtsfolge von Schein- und Nichtbeschlüssen ebenfalls die Nichtigkeit ist,[1058] verzichtet die vorliegende Kommentierung auf diese Unterscheidung.[1059] 100

A. Aktivlegitimation

Jedermann der an der Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung ein **schutzwürdiges Interesse** hat, ist aktivlegitimiert.[1060] Im Gegensatz zur Anfechtungsklage können somit u.a. auch **Dritte** – wie **GläubigerInnen** – aktivlegitimiert sein.[1061] Die Geschäftsführung ist ebenfalls aktivlegitimiert.[1062] Im Gegensatz zur Anfechtungsklage ist jedoch auch jeder Geschäftsführer bzw. jede Geschäftsführerin allein aktivlegitimiert, falls ein schutzwürdiges Interesse besteht (vgl. oben N. 28). 101

Ein **genügendes Feststellungsinteresse** wird vorausgesetzt.[1063] Dieses muss aktuell und praktisch sein.[1064] Ein solches Interesse kann u.a. vorliegen, falls 102

10 Vgl.: Ramer, S. 14; Ritter, N. 53.
10 Dazu: Schenker, S. 39 f.; m.w.H.: Heller, S. 10.
10 Siehe bspw. m.w.H.: BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 17; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 117; Schott, § 7 N. 1 ff.
10 BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 465.
10 So auch: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 117.
10 Von der Crone, N. 1211.
10 Schenker, S. 46; ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 161.
10 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 131; Riemer, N. 295.
10 Handschin/Truniger, § 9 N. 104.

ein Betroffener bzw. eine Betroffene in seiner bzw. ihrer Rechts- oder Interessenstellung direkt beeinträchtigt ist oder wenn die Schranken der Sittlichkeit oder öffentlichen Ordnung verletzt wurden.[1065] Die Absicht, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen, reicht hierbei aus.[1066] Für GläubigerInnen liegt ein solches Interesse u.a. vor, wenn gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstossen wurde (vgl. Art. 793 Abs. 2 OR).[1067]

Da es sich um eine Feststellungsklage handelt, wird vorausgesetzt, dass für den Kläger bzw. die Klägerin eine Ungewissheit über seine bzw. ihre Rechtstellung besteht, deren Fortdauer unzumutbar ist und nicht auf andere Weise – insbesondere durch sofortige Leistungs- oder Gestaltungsklage – behoben werden kann (**Subsidiarität**; siehe die Beispiele unten in N. 137 und N. 139).[1068]

B. Passivlegitimation

Die **Gesellschaft** ist passivlegitimiert.[1069]

Für die **Vertretung im Prozess** siehe unten: N 153 ff.

Zur **im Handelsregister gelöschten Gesellschaft** oben: N. 36.

C. Nichtigkeitsgründe

Damit ein Beschluss **nichtig** ist, muss ein **qualifizierter Mangel** vorliegen. Die Auflistung solcher Mängel in Art. 706b OR ist **nicht abschliessend**.[1070] Bei der Annahme der Nichtigkeit ist jedoch Zurückhaltung geboten. Die Nichtigkeit stellt eine Gefahr für den Rechtsverkehr dar.[1071] Es gilt der Grundsatz der **Subsidiarität der Nichtigkeit**. Es handelt sich um die Ausnahme im Gegensatz zur Anfechtbarkeit als Regel.[1072] Demnach ist ein Beschluss nur nichtig, falls die Anfechtbarkeit keine genügende Rechtsfolge

10 BGer 4A_282/2020 vom 5.8.2020 E. 2.1.
10 Bloch, N. 57.108; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 132; ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 175.
10 Vgl.: BGer 4A_282/2020 vom 5.8.2020 E. 2.1.
10 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 132; ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 175.
10 Vgl.: BGer 4A_282/2020 vom 5.8.2020 E. 2.2; von der Crone, N. 1214.
10 Riemer, N. 296.
107 BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 465; BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.1.
107 Böckli, § 14 N. 204; Schott, § 8 N. 54.
107 Dazu: BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 9.3; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 18.

darstellt.[1073] Die Verletzung einer Statutenbestimmung, welche nicht zugleich einen Gesetzesverstoss darstellt, führt lediglich zur Anfechtbarkeit.[1074]

Art. 706b OR ist **keine exklusive Spezialnorm**. Dies bedeutet, dass ein Beschluss mit einem unmöglichen oder unsittlichem Inhalt aufgrund von Art. 20 Abs. 1 OR nichtig ist (vgl. Art. 7 ZGB). Beschlüsse, welche eine übermässige Bindung der Mitglieder verursachen, unterstehen den Rechtsfolgen von Art. 27 Abs. 2 ZGB.[1075] Dazu zählt m.E. bspw. ein auf unbestimmte Zeit abgegebener Verzicht die Gesellschaft aufzulösen. 10 7

Die **Nichtigkeitsgründe** lassen sich in **formelle** (N. 109 ff.) und **materielle Gründe** (N. 122 ff.) einteilen. Dabei ist zu beachten, dass die Abgrenzung zum Teil fliessend verläuft. Da die Nichtigkeit formeller Gründe jedoch nicht wie bei der Anfechtung von einem Kausalitätserfordernis abhängt (vgl. unten N. 109), ist die Einteilung in formelle oder materielle Nichtigkeitsgründe bloss von theoretischer Bedeutung.[1076] In Art. 706b OR werden in erster Linie materielle Nichtigkeitsgründe ausdrücklich genannt.[1077] 10 8

1. Formelle Nichtigkeitsgründe (Verfahrensmängel)

Formelle Mängel, welche zur Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung führen, können im Beschlussverfahren auftauchen. Erforderlich ist ein schwerwiegender und offensichtlicher formeller Mangel.[1078] Umstritten ist, ob auch bei nichtigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung ein **Kausalitätserfordernis** besteht (vgl. zur Kausalität bei der Anfechtung oben N. 48 f.). Das **Bundesgericht** lehnte betreffend die Nichteinladung an eine Versammlung das Vorliegen eines Kausalitätserfordernisses ab.[1079] Demgegenüber bejahte es das Kausalitätserfordernis im Zusammenhang mit der gemeinsamen Vertretung i.S.v. Art. 690 OR[1080], indem es erwog, dass bei Mängeln betreffend die 10 9

107 Küng/Camp, Art. 808c N. 49; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 8.

107 Vgl.: Böckli, § 14 N. 205; Montavon, S. 442.

107 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 3a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 91 Fn. 88. Vgl. auch: Druey, S. 148.

107 Vgl. auch: Schott, § 3 N. 78 und § 5 N. 4.

107 Küng/Camp, Art. 808c N. 49.

107 BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.1.

107 BGE 137 III 460 S. 467 E. 3.3.2

10 Art. 792 OR aus dem Recht der GmbH ist diesbezüglich mit Art. 690 OR vergleichbar, weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch bei der GmbH zur Anwendung gelangt.

gemeinsame Vertretung entscheidend sei, ob diese sich auf das Beschlussergebnis ausgewirkt haben.[1081] Formell inkorrektes Vorgehen in diesen Konstellationen – ohne Einfluss auf das Beschlussergebnis – bei der Berechnung der Stimmen ist demnach nicht massgebend. Später erwog das Bundesgericht, dass es sich beim Entscheid betreffend die Nichteinladung an eine Versammlung um einen Spezialfall handelt. Ansonsten müsse das Kausalitätserfordernis auch bei formellen Nichtigkeitsgründen gegeben sein.[1082]

Ein Teil der Lehre befürwortet (teilweise mit Verweis auf die soeben zitierte Rechtsprechung) ein Kausalitätserfordernis.[1083] Andere Stimmen verneinen zurecht ein Kausalitätserfordernis.[1084] Bei einem schwerwiegenden Mangel ist eine entsprechende Entlastung der Gesellschaft nicht gerechtfertigt.[1085]

Bei der gemeinsamen Vertretung handelt es sich um ein vorgelagertes Problem der Ausübung der Stimmrechte an Aktien bzw. Stammanteilen von gemeinsam Berechtigten und nicht um einen unmittelbaren Mangel anlässlich der Gesellschafterversammlung. Das Bundesgericht erwog lediglich, dass der fehlerhafte Umgang von Stimmrechten in gemeinschaftlicher Berechtigung nur berücksichtigt werden soll, wenn auch das Beschlussergebnis davon betroffen ist. Demnach sollte aus der oben zitierten Rechtsprechung nicht zwingend abgeleitet werden, dass ein Kausalitätserfordernis notwendig sei. In BGer 4A_141/2020 vom 4. September 2020 E. 3.2 hat sich das Bundesgericht in Dreierbesetzung zudem lediglich kurz geäussert.

11 Diese formellen Mängel werden nachfolgend beispielhaft dargestellt. Im 0 Rahmen dieser Kommentierung kann nicht auf sämtliche Konstellationen

10 BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 E. 6.2 und E. 7.2.1; BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.1 ff. Ausführlich dazu: Wipf/von der Crone, S. 89 ff.

10 BGer 4A_141/2020 vom 4.9.2020 E. 3.2. Es handelt sich um den Streit mit dem sich das Bundesgericht bereits in BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 befasste. Abermals spielte die gemeinsame Berechtigung an Aktien i.S.v. Art. 690 OR eine Rolle (BGer 4A_141/2020 vom 4.9.2020 E. 3.4 und E. 3.4.2).

10 Enz/Hochstrasser, Teil 2, S. 782 (behalten die Nichteinladung an eine Versammlung als Ausnahmefall vor); Huguenin/Mahler, S. 148; ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 122.

10 Schott, § 3 N. 78 und § 5 N. 4; Vischer/Galli, S. 10. Vgl. auch betreffend technischen Problemen während der virtuellen Gesellschafterversammlung: N. 119.

10 Vgl. auch die überzeugende Argumentation von Vischer/Galli, S. 10.

eingegangen werden. Diesbezüglich wird auf die Spezialliteratur[1086] sowie die Kommentierungen der jeweils verletzten Normen verwiesen.

Die nachfolgende Darstellung erfolgt anhand zweier Abschnitte, welche sich am zeitlichen Ablauf orientieren (Mängel bei der Einberufung [N. 111 ff.] und der Durchführung [N. 117 ff.] der Gesellschafterversammlung).

a. Formelle Mängel bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung

Nichtigkeit von Gesellschafterversammlungsbeschlüssen liegt u.a. vor, falls gar nicht von einer Einberufung gesprochen werden kann.[1087] Ein solcher Fall liegt bspw. vor, falls eine **unzuständige Stelle** die Gesellschafterversammlung einberufen hat.[1088] Dazu gehört auch die eigenmächtige Einberufung einer Gesellschafterversammlung durch einen einzelnen Geschäftsführer bzw. eine einzelne Geschäftsführerin ohne entsprechenden Beschluss der Geschäftsführung.[1089] 11 1

Falls ein **Teil der GesellschafterInnen nicht eingeladen** wurde, liegt grundsätzlich Nichtigkeit vor.[1090] Teilweise schränkt die Lehre diesen Grundsatz ein. Riemer verlangt die schuldhafte Nichteinberufung einzelner GesellschafterInnen.[1091] Schott postuliert für die Rechtsfolge der Nichtigkeit lediglich in denjenigen Fällen, wo die Gesellschaft davon wusste bzw. wissen müsste.[1092] Inwiefern das Bundesgericht solche Einschränkungen zulässt, ist noch nicht vollends klar. 11 2

Eine Einberufung auf welcher der **Ort**, die **Zeit** oder die **Verhandlungsgegenstände fehlen**, führt ebenfalls zur Nichtigkeit der darauffolgenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung.[1093] 11 3

Eine Kontroverse besteht in der Literatur bezüglich der Frage, in welchen Fällen die Nichteinhaltung der **Einberufungsfrist** gemäss Art. 805 Abs. 3 OR 11 4

10 Eingehend insbesondere: Schott, § 9 ff.
10 Küng/Camp, Art. 805 N. 38.
10 BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.1; Riemer, N. 264; Schott, § 9 N. 22. Betreffend einen Verein: BGer 5A_205/2013 vom 16.8.2013 E. 4
10 Schott, § 9 N. 29.
10 Vgl. BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 466; BGE 115 II 468 E. 3b S. 473; BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.1; ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 11.
10 Riemer, N. 269.
10 Schott, § 9 N. 5 ff.

zur Nichtigkeit führt (vgl. betreffend Anfechtbarkeit oben N. 53).[1094] Ein Teil der Lehre ist für die Nichtigkeitsfolge, falls die Frist um mehrere Tage verpasst wurde.[1095] Für Handschin/Truniger liegt Nichtigkeit bei klarer Nichteinhaltung vor.[1096] Eine andere Ansicht plädiert nur für Nichtigkeit, falls die GeschäftsführerInnen die Einberufungsfrist offensichtlich und absichtlich verletzt haben.[1097] M.E. sollte die Nichtigkeit auf krasse Fälle beschränkt werden. Betreffend Unterschreitung der Einberufungsfrist sollte auch die Komplexität des traktandierten Geschäfts in Betracht gezogen werden. Je komplexer, desto gravierender ist die Nichteinhaltung der Einberufungsfrist.

11 5 Die **Form der Einberufung** ergibt sich aus den Statuten (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 OR).[1098] Falls die Einberufung in einer anderen Form erfolgt und aus diesem Grund ein Teil der GesellschafterInnen davon keine Kenntnis erlangt, liegt Nichtigkeit vor.[1099]

11 6 Vorbehalten bleibt bei fehlerhafter bzw. mangelhafter Einberufung selbstverständlich die **Universalversammlung** (*«ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften»*; Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 1 und Abs. 2 OR).

b. Formelle Mängel bei der Durchführung der Gesellschafterversammlung

11 7 Ein schwerwiegender Mangel, welcher zur Nichtigkeit führt, ist die bewusste bzw. schuldhafte **Nichtzulassung von teilnahmeberechtigten GesellschafterInnen** an die Gesellschafterversammlung.[1100]

11 8 Beschlüsse von **Universalversammlungen** (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 OR i.V.m. Art. 701 Abs. 1 und Abs. 2) an der nicht sämtliche GesellschafterInnen anwesend waren oder diese vorzeitig verlassen haben, sind nichtig.[1101]

---

10 Böckli, § 8 N. 181; Küng/Camp, Art. 805 N. 38; BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 11.

10 Offen gelassen: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 11.

10 Böckli, § 8 N. 181; Küng/Camp, Art. 805 N. 38. Sehr grosszügig ist Wohlmann wonach lediglich Anfechtbarkeit vorliegt bei einer Einberufung zwei Tage vor der Versammlung (Wohlmann, S. 104). Ebenfalls grosszügig: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 93; Schott, § 9 N. 44 ff.

10 Handschin/Truniger, § 9 N. 17.

10 Montavon, S. 421.

10 Ausführlich: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 805 N. 20.

10 Schott, § 9 N. 38 mit Verweis auf N. 3 f.

110 Riemer, N. 269; Schott, § 11 N. 24.

Als **formeller Nichtigkeitsgrund** vorgesehen sind gemäss einem zurzeit noch überwiegenden Teil der Lehre **technische Probleme während der Gesellschafterversammlung**, sodass diese nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden kann (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701f Abs. 1 OR).[1102] Dazu zählen grundsätzlich nur technische Störungen auf der Seite der Gesellschaft und nicht der GesellschafterInnen.[1103] Dies gilt jedoch nicht bei einer virtuellen Universalversammlung, weil in diesem Fall nicht mehr alle GesellschafterInnen bzw. deren VertreterInnen daran teilnehmen (vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 Abs. 2 OR).[1104] Eine Ausnahme besteht bspw. für den Ausfall eines bedeutenden Telekommunikationsunternehmens.[1105] Zurecht bringen Jutzi/Yousef jedoch vor, dass in einem solchen Fall lediglich **Anfechtbarkeit** besteht. Diese Autoren argumentieren u.a. damit, dass die Anfechtbarkeit die Regel sei, falls es an der Gesellschafterversammlung zu Unregelmässigkeiten kommt. Die Annahme der Nichtigkeit gefährde die Rechtssicherheit zu stark und die GesellschafterInnen seien mit der Anfechtung genügend geschützt.[1106] Ein Teil der Lehre möchte jeweils anhand der konkreten Umstände bestimmen, ob Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit vorliegt.[1107] 11 9

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht, unabhängig von der Frage, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vorliegt, **kein Kausalitätserfordernis**.[1108] Ein Teil der Lehre befürwortet ein Kausalitätserfordernis, weil ansonsten das Risiko der Wiederholung einer virtuellen Gesellschafterversammlung zu gross ist.[1109] Die GesellschafterInnen haben jedoch einen gesetzlichen Anspruch auf eine saubere Durchführung.[1110] Extremen Konstellationen bei denen eine

110 Vgl.: BGE 137 III 460 E. 3.3.2 S. 467; Brugger Daniel, Onlinekommentar zu Art. 701 OR, Art. 701 N. 33.

110 Müller/Akeret, S. 20; Schmidt/Müller, S. 275.

110 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560; Schmidt/Müller, S. 274 f.; Stoll, S. 36.

110 Schmidt/Müller, S. 277.

110 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560. Ausführlich: Enz/Hochstrasser, Teil 1, S. 723 f.; Jutzi/Yousef, S. 294.

110 Ausführlich: Jutzi/Yousef, S. 301.

110 Ballmer/Fischer, S. 177 und S. 186 ff.; Enz/Hochstrasser, Teil 2, S. 785.

110 Siehe: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560; Jutzi/Yousef, S. 301; Reiser, S. 234; Schmidt/Müller, S. 275; Stoll, S. 37.

110 Enz/Hochstrasser, Teil 1, S. 727; Kunz Peter, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 2/2011, S. 155-168, S. 163 Fn. 114. Für ein strenges Kausalitätserfordernis: Forstmoser/Küchler, Art. 701f N. 7.

Wiederholung ein reiner Leerlauf wäre, kann mit dem Rechtsmissbrauchsverbot Abhilfe geschaffen werden (Art. 2 Abs. 2 ZGB).[1111]

Der Gesetzgeber sieht in diesen Fällen eine Wiederholung der Gesellschafterversammlung vor. Der Anspruch auf Wiederholung kann zusammen mit dem Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsbegehren i.S.v. Art. 90 ZPO gehäuft werden.[1112] Die Beschlüsse, welche die Gesellschafterversammlung vor dem Auftreten der technischen Probleme gefasst hat, bleiben gültig (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 2bis i.V.m. Art. 701f Abs. 2 OR). Vorbehalten bleiben selbstverständlich andere Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe.[1113]

Falls die Traktandenliste nicht ergänzt wird, kann die **Wiederholung ohne Einhaltung der Einberufungsfrist** stattfinden, falls nicht von vornherein die Mehrheit der GesellschafterInnen von der Teilnahme ausgeschlossen wird.[1114]

120 Nach Art. 731 Abs. 3 OR sind Beschlüsse zur **Genehmigung der Jahresrechnung** sowie zur **Verwendung des Bilanzgewinns** ohne den erforderlichen Revisionsbericht nichtig. Falls ein *Opting-out* vorgenommen wurde, muss für diese Beschlüsse kein Revisionsbericht vorliegen (vgl. Art. 818 Abs. 1 i.V.m. Art. 727a Abs. 2 OR).[1115] Bei einem mangelhaften Revisionsbericht führen nicht sämtliche Mängel zur Nichtigkeit der Beschlüsse. Nichtigkeit liegt vor, falls anstatt einer ordentlichen lediglich eine eingeschränkte Revision vorgenommen wurde.[1116] Falls überhaupt keine Prüfung vorgenommen wurde, ist ebenfalls von Nichtigkeit auszugehen.[1117] Nichtigkeit liegt ferner vor, falls ein Revisionsbericht nicht spätestens mit der Einladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung den GesellschafterInnen zugestellt wird (vgl. Art. 801a Abs. 1 OR).[1118] Ein nichtiger Beschluss der

111 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560; Reiser, S. 234.
111 Vgl. auch: Jutzi/Yousef, S. 301.
111 Dazu: Böckli, § 14 N. 179; Enz/Hochstrasser, Teil 2, S. 783.Ballmer/Fischer, S. 187).
111 Schmidt/Müller, S. 276. Vgl. auch: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560.
111 Siehe: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 560; Forstmoser/Küchler, Art. 701f N. 8. A.M.: Schmidt/Müller, S. 276 f.
111 Siehe: von der Crone, N. 949.
111 CHK OR-Oertli/Hänni, Art. 731 N. 3a.
111 BSK OR II-Reutter/Rasmussen, Art. 731 N. 8.
111 CR CO II-Peter/Genequand/Cavadini, Art. 731 N. 20 i.V.m. N. 16 (Ausnahme bei Zustimmung sämtlicher GesellschafterInnen).

Gesellschafterversammlung kann nicht durch einen nachgereichten Revisionsbericht geheilt werden.[1119]

Bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung müssen von Gesetzes wegen **öffentlich beurkundet** werden (bspw. Statutenänderungen [Art. 780 OR], Kapitalerhöhungsbeschluss [Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 OR und Art. 75 Abs. 1 HRegV], Kapitalherabsetzungsbeschluss [Art. 782 Abs. 4 i.V.m. Art. 653n OR] und der Auflösungsbeschluss [Art. 821 Abs. 2 OR]). Dafür ist vorausgesetzt, dass die Urkundsperson an der Gesellschafterversammlung anwesend ist.[1120] Weiter ist die korrekte Datierung, d.h. weder Vor- noch Nachdatierung, sowie die korrekte Ortsangabe vorausgesetzt.[1121] Falls keine ordnungsgemässe Beurkundung erfolgt, sind die Beschlüsse nichtig und damit rechtlich inexistent (vgl. auch Art. 11 Abs. 2 OR).[1122] Lediglich Anfechtbarkeit liegt gemäss Haefliger vor, falls eine öffentliche Beurkundung bloss statutarisch verlangt wird.[1123] Mit Blick auf Art. 16 Abs. 1 OR, wonach Parteien bei einem vereinbarten Formvorbehalt vorher nicht gebunden sein wollen, lässt sich möglicherweise auch die Nichtigkeit eines solchen Beschlusses begründen (vgl. Art. 7 ZGB).[1124] Die statutarische Grundlage bildet dabei den Formvorbehalt. Da die Statutenverletzung bloss zur Anfechtbarkeit führt, sollte auch bei einer statutarisch verlangten öffentlichen Beurkundung lediglich von Anfechtbarkeit ausgegangen werden (im Allgemeinen zur Statutenverletzung oben N. 43). 12 1

2. Materielle Nichtigkeitsgründe (Inhaltsmängel)

Im Allgemeinen liegt ein **materieller Nichtigkeitsgrund** vor, wenn mittels Statutenbestimmungen generell-abstrakte Regelungen eingeführt werden, welche zwingendem Recht widersprechen.[1125] Die Rechtsfolge der Nichtigkeit 12 2

111 CHK OR-Oertli/Hänni, Art. 731 N. 3; BSK OR II-Reutter/Rasmussen, Art. 731 N. 8.

112 Müller/Alig, S. 949; Schott, § 11 N. 100; Voser, S. 149. Zur Anwesenheit bei der Fernbeurkundung: Müller/Kaiser/Benz, S. 234 ff.

112 Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2019 4 vom 1.10.2019 E. 4.1; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019 E. 2; Müller/Alig, S. 951 f.

112 Siehe: Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019 E. 2; ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 12; Haefliger, S. 97; Müller, Fehlverhalten, S. 1077; Müller/Alig, S. 952; Müller/Kaiser/Benz, S. 223 f. und S. 247; Voser, S. 135 und S. 149.

112 Haefliger, S. 97 f.

112 Zur Anwendung von Bestimmungen aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts im Gesellschaftsrecht: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 6 N. 2 Fn. 2; Messer, N. 51.

verhindert damit, dass GesellschafterInnen durch Unterlassen der Anfechtung rechtswidrige Bestimmungen in den Statuten verankern können.[1126] Bei **einzelfallweisen Verletzungen** liegt i.d.R. Anfechtbarkeit vor.[1127] Dazu gehört bspw. ein Beschluss, der in missbräuchlicher Art und Weise eine Dividendenausschüttung zugunsten der GesellschafterInnen ablehnt (vgl. oben N. 80).

12 3 Nachfolgend werden die im nicht abschliessenden Art. 706b OR genannten Fälle kurz erläutert (vgl. oben N. 106).

a. Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung und Mindeststimmrecht

12 4 Gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR sind u.a. Beschlüsse nichtig, welche das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung **generell beschränken**. Die Aufhebung des Mindeststimmrecht gemäss Art. 806 Abs. 1 Satz 2 OR stellt einen Nichtigkeitsgrund dar.[1128] Weiter gehört die Aufhebung des Vertretungsrechts hierzu (vgl. Art. 805 Abs. 5 Ziff. 8 i.V.m. Art. 689b ff. OR).[1129] Nichtig wäre auch die Einführung einer Statutenbestimmung, wonach die Gesellschafterversammlung einen Beschluss lediglich auf Antrag der Geschäftsführung fällen kann oder das Stammkapital nur im von der Geschäftsführung vorgeschlagenen Umfang erhöhen darf.[1130] Auch andere generelle Beschränkungen des Antragsrechts der GesellschafterInnen wären nichtig.[1131]

b. Klagerechte und andere den GesellschafterInnen zwingend gewährte Rechte

12 5 Die Klagerechte und anderen den GesellschafterInnen zwingend gewährten Rechte können von der Gesellschafterversammlung ebenfalls nicht generell und dauernd beschränkt bzw. entzogen werden (Art. 706b Ziff. 1 OR).[1132]

---

112 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 8b; Riemer, N. 288.
112 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 109.
112 Vgl.: BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 4; Böckli, § 14 N. 212; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 9 f. und N. 15; Küng/Camp, Art. 808c N. 45 und N. 47 f.
112 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 11.
112 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 94; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 10.
113 Böckli, § 14 N. 214.
113 Handschin/Truniger, § 28 N. 16.
113 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 9.

Nichtig wäre ein Beschluss, welcher die persönliche Haftung der Geschäftsführung für immer ausschliessen würde (vgl. Art. 827 i.V.m. Art. 753 ff. OR).[1133] Bei den persönlichen und unentziehbaren Rechten der GesellschafterInnen gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR *in fine* handelt es sich um eine Generalklausel für weitere nicht explizit im Gesetz genannte Fälle.[1134]

c. Kontrollrechte der GesellschafterInnen

Beschlüsse, welche Statutenbestimmungen einführen, wonach die Kontrollrechte der GesellschafterInnen beschränkt werden, sind nichtig (Art. 706b Ziff. 2 OR). Zu den Kontrollrechten gehören das **Recht auf Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsberichts** (Art. 801a OR) und das **Auskunfts- und Einsichtsrecht** (Art. 802 OR).[1135] 12 6

d. Grundstrukturen der GmbH

Der Begriff *«Grundstrukturen»* wird in der Lehre anhand von Beispielen illustriert. Im Allgemeinen zählen dazu die für die GmbH als Rechtsinstitut konstitutiven Gestaltungsmerkmale.[1136] Nichtig wäre ein Beschluss, welcher die Geschäftsführung auf die Gesellschafterversammlung überträgt (vgl. Art. 810 Abs. 2 OR: *«unübertragbare und unentziehbare Aufgaben»*).[1137] Ebenfalls nicht möglich ist die Einführung nennwertloser Stammanteile (vgl. Art. 774 Abs. 1 OR).[1138] Auch die Schaffung eines Stammanteils ohne Anrecht auf Dividende und Liquidationsanteil wäre nichtig.[1139] 12 7

e. Bestimmungen zum Kapitalschutz

Der in Art. 706b Ziff. 3 OR genannte Kapitalschutz ist ein Beispiel für eine bedeutsame Grundstruktur der GmbH als Kapitalgesellschaft (vgl. Art. 772 Abs. 1 OR).[1140] Dazu zählt bspw. die **Ausgabe von Stammanteilen unter** *pari* (vgl. Art. 774 Abs. 2 OR).[1141] Weiter gehört auch ein Beschluss dazu, welcher 12 8

113 ZK OR-von Steiger, Art. 808 N. 10.
113 Vgl.: von der Crone, N. 1223.
113 Küng/Camp, Art. 808c N. 46.
113 Siehe: von der Crone, N. 1229.
113 ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 64.
113 Böckli, § 14 N. 223; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 15.
113 Handschin/Truniger, § 28 N. 17.
114 ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 48.
114 Von der Crone, N. 1232.

die **Verzinsung der Stammeinlagen** vorsehen würde (vgl. Art. 798 i.V.m. Art. 675 Abs. 1 OR).[1142] Beschlüsse, welche die Kapitalschutzbestimmungen **im Einzelfall** verletzen, sind ebenfalls nichtig.[1143] Dazu zählt bspw. ein Beschluss über die **(teilweise) Rückgewähr des Stammkapitals** (vgl. Art. 793 Abs. 2 OR).[1144] Ferner sind Beschlüsse nichtig, welche Kapitalrückzahlungen unter Missachtung des dafür vorgeschriebenen Kapitalherabsetzungsverfahrens vorsehen (Art. 782 i.V.m. Art. 653j ff. OR).[1145] **Gewinnausschüttungen**, welche die **Sperrquoten** (Stammkapital und gesetzlich gebundene Reserven) verletzen, sind nichtig (vgl. Art. 798 i.V.m. Art. 675 ff. und Art. 801 i.V.m. Art. 671 ff. OR).[1146]

12 Zur **Revisionsstelle** und zum **Revisionsbericht** siehe oben: N. 58, N. 68 und 9 N. 120.

D. Rechtsnatur der Klage

13 Die
0 Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung wird mittels **Feststellungsklage** geltend gemacht.[1147] Möglich ist auch die Nichtigkeit **einrede- oder widerklageweise** durchzusetzen.[1148]

13 Zum **Feststellungsinteresse** oben: N. 101 f.
1

E. Zeitliche Beschränkung

13 Im Gegensatz zur Anfechtungsklage besteht bei der Nichtigkeitsklage **keine**
2 **Verwirkungsfrist** (oben N. 85 ff.).[1149] Da es oftmals schwierig ist einzuschätzen, ob ein Mangel zur Nichtigkeit oder nur zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses führt, empfiehlt es sich die Nichtigkeitsklage innert zwei Monaten einzureichen und eventualiter die Anfechtbarkeit des Beschlusses geltend zu machen (vgl. unten N. 163).[1150]

---

114 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 11; ZK OR-von Steiger, Art. 808 N. 10.
114 Küng/Camp, Art. 808c N. 48.
114 Handschin/Truniger, § 28 N. 18.
114 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 11; ZK OR-Von Steiger, Art. 808 N. 10.
114 Bloch, N. 57.88; Böckli, § 14 N. 228 ff.; ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 66; von der Crone, N. 1231.
114 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 14.
114 Riemer, N. 306 und N. 318.
114 Handschin/Truniger, § 28 N. 21; von der Crone, N. 1217.

Die Schranke des **Rechtsmissbrauchs** kann im Einzelfall jedoch zu einer zeitlichen Beschränkung führen (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).[1151] Ein solcher Fall liegt u.a. vor, falls trotz Vollzug des nichtigen Beschlusses mit der Klage länger zugewartet wurde.[1152] 133

F. Auswirkungen des Nichtigkeitsurteils

Ein **gutheissendes Feststellungsurteil** wirkt – aufgrund einer analogen Anwendung von Art. 706 Abs. 5 OR – *erga omnes* gegenüber allen GesellschafterInnen (zur Anfechtung oben N. 97 f.).[1153] Auch **Dritte** sind von der Wirkung erfasst. Das Gericht stellt in seinem Urteil fest, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung aufgrund der Nichtigkeit *ex tunc* ungültig ist.[1154] Das Gericht kann auch lediglich einen **Teil des Beschlusses** für nichtig erklären (Art. 20 Abs. 2 OR analog; zur Anfechtung oben N. 94).[1155] 134

Ein **abweisendendes Urteil** entfaltet nur zwischen den Parteien Wirkung.[1156] 135

V. ABGRENZUNG UND VERHÄLTNIS ZU ANDEREN GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN KLAGEN

A. Verantwortlichkeitsklage (Art. 827 i.V.m. Art. 753 bis Art. 760 OR)

Das Bundesgericht beschäftigte sich bereits mehrmals mit dem Verhältnis der Anfechtungs- zur Verantwortlichkeitsklage. In älteren Entscheiden erwog das Bundesgericht, dass die Anfechtungsklage unzulässig ist, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane bilden kann.[1157] Neuere Entscheide lassen die Weiterführung dieser Rechtsprechung offen.[1158] Die vom Bundesgericht 136

115 Enz/Hochstrasser, Teil 2, S. 783; Schenker, S. 47; OFK OR-Sommer, Art. 706 N. 2.

115 Riemer, N. 299.

115 ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 169.

115 Bloch, N. 57.68; Riemer, N. 304; Urteil BGer 4A_411/2008 vom 13.8.2010. Im Vereinsrecht: BGE 136 III 345 E. 2.2.2 S. 350 f.

115 ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 157.

115 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N. 5.

115 Riemer, N. 304; von der Crone, N. 1242. Für den Verein: BGE 136 III 345 E. 2.2.2 S. 350. Abweichend: ZK OR-Tanner, Art. 706b N. 155.

115 BGE 100 II 384 E. 2a S. 389; BGE 92 II 243 E. 2 S. 246 f.; BGE 81 II 462 E. III/1b S. 465 f.

(zumindest in der älteren Rechtsprechung) vertretene **Subsidiaritätstheorie** sollte nicht weiter aufrechterhalten werden.[1159] Die Verantwortlichkeitsklage unterscheidet sich grundlegend von der Anfechtungsklage. Die Verantwortlichkeitsklage richtet sich gegen ein **fehlbares Organmitglied** und verlangt **Schadenersatz**. Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die **Gesellschaft** und begehrt die **rückwirkende Aufhebung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung** (vgl. oben N. 35 und N. 10 sowie N. 96).[1160] Die Anfechtungs- und die Verantwortlichkeitsklage sollte, falls die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, gleichzeitig möglich sein.[1161]

13 Die Feststellungsklage eines Gläubigers bzw. einer Gläubigerin auf Nichtigkeit
7 eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung steht neben der Verantwortlichkeitsklage zur Verfügung und kann **parallel** zu dieser geltend gemacht werden.[1162] Falls die Nichtigkeitsklage lediglich eine spätere Verantwortlichkeitsklage vereinfachen soll, ist darauf mangels Feststellungsinteresse nicht einzutreten (vgl. oben N. 101 f.).[1163]

B. Rückerstattungsklage (Art. 800 i.V.m. Art. 678 OR)

13 Falls eine **ungerechtfertigte Leistung** auf einem **anfechtbaren Beschluss**
8 **der Gesellschafterversammlung** beruht, muss dieser zuerst innert zwei Monaten angefochten werden (vgl. Art. 706a Abs. 1 OR; oben N. 85 ff.). Erst nach erfolgreicher Anfechtung kann die Rückerstattung verlangt werden.[1164] Da die Rückerstattungsklage gegebenenfalls bereits drei Jahre nach Kenntnis des Aktionärs bzw. der Aktionärin oder der Gesellschaft verjährt (vgl. Art. 678a Abs. 1 OR),[1165] muss diese bereits eingeleitet werden, falls sich der

115 Siehe: BGE 133 III 453 E. 7.4 S. 460; BGer 4A_630/2012 vom 19.3.2013 E. 3 bis E. 3.3; BGer 4C_45/2006 vom 26.4.2007 E. 7.4.Ein Teil der Lehre sieht in BGer 4A_630/2012 eine Bestätigung der Rechtsprechung (ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 30 Fn. 37; von der Crone, N. 1209). M.E. liess das Bundesgericht diese Frage im letztgenannten Urteil offen (gl.M.: Facincani/Wyss, S. 423).

115 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 7; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 31; von der Crone, N. 1210.

116 Siehe bspw.: Druey, S. 135.

116 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 1; von der Crone, N. 1210.

116 Vgl.: Facincani/Wyss, S. 423; Von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N. 1126.

116 Facincani/Wyss, S. 423.

116 Gaberthüel/Wille, N. 73.56; BSK OR II-Vogt, Art. 678 N. 34a (mit Hinweisen auf abweichende Meinungen). Ausführlich: Spörri, § 20 N. 5 ff.

Anfechtungsprozess in die Länge zieht. Allenfalls kann dieses Verfahren sistiert werden (vgl. Art. 126 Abs. 1 ZPO).

Falls der entsprechende Beschluss der Gesellschafterversammlung jedoch **nichtig** ist, kann die Rückerstattungsklage direkt eingeleitet werden.[1166] Ein nichtiger Beschluss liegt u.a. vor, falls zwingende Ausschüttungssperren nicht beachtet wurden (vgl. oben N. 128).[1167] In solchen Fällen dürfte oftmals das Feststellungsinteresse fehlen, weil die Rückerstattungsklage als Leistungsklage erhoben werden kann (vgl. oben N. 101 f.).[1168] 139

C. Auflösungsklage

Gemäss Art. 821 Abs. 3 OR kann jeder Gesellschafter und jede Gesellschafterin beim Gericht die Auflösung der Gesellschaft aus **wichtigem Grund** verlangen. Da die Auflösungsklage **subsidiär** zu anderen weniger einschneidenden Rechtsbehelfen ist, gehen die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage grundsätzlich vor.[1169] Dafür muss die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage den Missstand jedoch nachhaltig beheben können.[1170] 140

D. Anfechtung nach Art. 106 f. FusG

Das Umstrukturierungsrecht ermöglicht der GmbH an Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen teilzunehmen (vgl. Art. 2 lit. c, Art. 4 Abs. 1, Art. 30, Art. 54 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 1 FusG). Falls **Vorschriften des FusG** verletzt werden, können GesellschafterInnen (vgl. Art. 2 lit. f FusG) der beteiligten Rechtsträger, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben,[1171] diesen anfechten (Art. 106 Abs. 1 FusG).[1172] Die **Geschäftsführung** ist zur Anfechtung nach Art. 106 f. FusG **nicht aktivlegitimiert** (Art. 106 Abs. 1 FusG *e contrario*).[1173] Ob eine Anfechtung 141

116 Eine längere Verjährung ist vorgesehen, falls der Empfänger bzw. die Empfängerin eine strafbare Handlung begangen hat (Art. 678a Abs. 2 OR).

116 Gaberthüel/Wille, N. 73.57; BSK OR II-Vogt, Art. 678 N. 34.

116 BSK OR II-Vogt, Art. 678 N. 34.

116 Spörri, § 20 N. 4.

116 Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 808c N. 17; BSK OR II-Stäubli, Art. 821 N. 16. Für die Aktiengesellschaft: BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280

117 Vgl. Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. 808c N. 16.

117 Vorbehalten bleiben Willensmängel (näher dazu: BSK FusG-Dubs/Frehner, Art. 106 N. 46; Nussbaumer, N. 202).

117 BSK FusG-Dubs/Frehner, Art. 106 N. 4; ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 106 N. 2.

bei der Vermögensübertragung möglich ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert.[1174] Gemäss der herrschenden Lehre geht die Anfechtungsklage nach Art. 106 f. FusG der gewöhnlichen Anfechtungsklage als *lex specialis* vor.[1175] Was das FusG zulässt, kann kein Anfechtungsgrund gemäss Art. 808c i.V.m. Art. 706 OR darstellen.[1176]

14 2 Zu beachten ist dabei, dass die zweimonatige Frist der gewöhnlichen Anfechtungsklage i.d.R. **ab Beschlussfassung** läuft (Art. 706a Abs. 1 OR; ausführlich oben N. 85 ff.), während die Anfechtungsklage nach Art. 106 f. FusG erst zwei Monate nach der **Veröffentlichung im SHAB** angehoben werden muss (Art. 106 Abs. 1 FusG). Wenn keine Veröffentlichung im SHAB notwendig ist, beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt der Beschlussfassung (Art. 106 Abs. 1 letzter Satz FusG).[1177]

VI. PROZESSUALES

A. Zuständigkeit

1. Örtliche Zuständigkeit

14 3 Sowohl für die Anfechtungs- als auch die Nichtigkeitsklage ist das Gericht am **Sitz der GmbH** zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO).[1178] Der Sitz der GmbH ergibt sich aus den Statuten und dem Handelsregistereintrag (Art. 776 Ziff. 1 OR und Art. 73 Abs. 1 lit. c HRegV). Da die Eintragung der Sitzverlegung **konstitutive Wirkung** hat, ist der (im Zeitpunkt der Gesuchs- bzw. Klageinreichung) **im Handelsregister eingetragene Sitz** massgebend.[1179]

---

117 CHK FusG-Hoffmann-Nowotny, Art. 106 N. 13; ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 106 N. 7; Nussbaumer, N. 207.

117 Anstatt vieler: BSK-Dubs/Frehner, Art. 106 N. 3 (zustimmend). Ausführlich: Nussbaumer, N. 108 ff. (ablehnend).

117 ZK FusG-Meier-Dieterle, Art. 106 N. 2; CHK FusG-Hoffmann-Nowotny, Art. 106 N. 2.Inhaltlich verläuft die Abgrenzung nicht immer identisch, weil die einzelnen Autoren von verschiedenen Definitionen der Gesetzesverletzung unter Art. 106 f. FusG ausgehen (Nussbaumer, N. 533 Fn. 1201).

117 BSK FusG-Dubs/Frehner, Art. 106 N. 5 und N. 40. Mit ausführlicher und überzeugender Begründung: Nussbaumer, N. 534 ff.

117 Nussbaumer, N. 177 und N. 523.

117 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 7. Für internationale Verhältnisse: Art. 22 Ziff. 2 LugÜ und Art. 151 Abs. 1 IPRG sowie Ritter, N. 434 f.

117 Zur konstitutiven Wirkung: BGE 84 II 34 E. 3 S. 38 ff.; von der Crone, N. 74.

Der Sitzgerichtsstand ist nicht zwingend.[1180] Eine **Gerichtsstandsvereinbarung** in den Statuten bindet vorab die Gründungsmitglieder und die Gesellschaft.[1181] Neu eintretende GesellschafterInnen werden von der statutarischen Gerichtsstandsvereinbarung durch Unterzeichnung der Statuten oder durch eine Beitrittserklärung unter ausdrücklicher Anerkennung der Statuten gebunden.[1182] Art. 17 Abs. 2 ZPO sieht als Formvorschrift **Schriftlichkeit** oder eine **andere Form, welche den Nachweis durch Text ermöglicht**, vor.[1183] 14 4

Ein Sitzwechsel der Gesellschaft – während der laufenden Anfechtungsfrist – kann rechtsmissbräuchlich sein und würde somit bezüglich der Anfechtung keine Wirkung entfalten.[1184] Eine Sitzverlegung nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage lässt die örtliche Zuständigkeit unberührt (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO; *perpetuatio fori*). 14 5

2. Sachliche Zuständigkeit

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO können die Kantone das **Handelsgericht** für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften für zuständig erklären. Sämtliche **Handelsgerichtskantone**[1185] haben davon Gebrauch gemacht. Klagen auf Anfechtung und Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung sind in den Kantonen Aargau und St. Gallen unabhängig vom Streitwert beim Handelsgericht einzureichen (§ 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO AG und Art. 11 Abs. 1 lit. b EG ZPO SG). In den Kantonen Bern und Zürich ist das Handelsgericht zuständig sofern der 14 6

118 Ritter, N. 435. Im internationalen Verhältnis legt Art. 22 Ziff. 2 LugÜ lediglich die zwischenstaatliche bzw. internationale Zuständigkeit zwingend fest und schliesst die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit innerhalb des zuständigen Vertragsstaats gemäss Art. 5 IPRG nicht aus (m.w.H.: Ritter, N. 435 Fn. 1268; Buhr Axel/Gabriel Simon/Schramm Dorothée, in: Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 5 N. 25).

118 BSK ZPO-Infanger, Art. 17 N. 18.

118 ZK ZPO-Hedinger/Hostettler, Art. 17 N. 23.

118 Vgl. auch: DIKE ZPO-Füllemann, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 17 N. 17. Im internationalen Kontext ist Art. 5 IPRG massgebend (vgl. Ritter, N. 437 Fn. 1272 und oben Fn. 346).

118 Siehe: BSK ZPO-Infanger, Art. 10 N. 35; Riemer, N. 221.

118 Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich.

massgebende Streitwert CHF 30'000 übersteigt (Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ BE und § 44 lit. b GOG ZH; zum Streitwert unten N. 174).

1417 Gemäss Bundesgericht ist für die Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ein Handelsregistereintrag der Parteien nicht von Belang.[1186] Die nach Art. 6 Abs. 4 ZPO begründete sachliche Zuständigkeit ist zwingend und demzufolge ist eine **kantonalrechtliche Beschränkung** des Anwendungsbereichs entsprechend Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO nicht zulässig. Somit kommt auch das auf den fehlendenden Handelsregistereintrag des Klägers zugeschnittene Klägerwahlrecht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 ZPO nicht zur Anwendung. Die Zuweisung der Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage an das Handelsgericht ist somit – abgesehen von der zulässigen **Einführung einer Streitwertgrenze** (oben N. 146) – zwingend.[1187]

1418 Das Handelsgericht ist auch für **vorsorgliche Massnahmen** vor und nach Eintritt der Rechtshängigkeit zuständig (vgl. Art. 6 Abs. 5 ZPO).[1188] Zu den vorsorglichen Massnahmen unten: N. 179 ff.

1419 In den **anderen Kantonen** befassen sich zuerst **erstinstanzliche Gerichte** mit Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen.[1189] Anschliessend erfolgt gegebenenfalls ein **kantonales Rechtsmittelverfahren** (vgl. unten N. 178).

B. Schlichtungsverfahren

1420 Falls das Handelsgericht zuständig ist, entfällt nach Art. 198 lit. f ZPO das Schlichtungsverfahren (vgl. oben N. 146 ff.). Weiter ist kein Schlichtungsverfahren erforderlich, falls eine Prosequirungsfrist angesetzt wurde (vgl. unten N. 180). Die Verwirkungsfrist der Anfechtungsklage ist keine solche Frist (vgl. oben N. 85 ff.). In den übrigen Fällen ist grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren erforderlich (vgl. Art. 197 ZPO). Eine Klageanerkennung und ein Vergleich sind jedoch nur beschränkt zulässig (dazu unten N. 170 ff.). Zulässig ist hingegen die Erledigung des Anfechtungsprozesses durch **Klagerückzug**.[1190]

---

118 Vgl.: BGer 4A_358/2020 vom 25.8.2020 E. 2.2.2.

118 Siehe zum Ganzen: BGer 4A_358/2020 vom 25.8.2020 E. 2.2.2; KuKo ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 6 N. 2.

118 BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 6 N. 17.

118 Vgl.: Bloch, N. 57.104.

119 Frey/Christen, N. 27.32; Lehmann, N. 204; Riemer, N. 234.

Nach Art. 199 Abs. 1 ZPO können die Parteien bei einem **Streitwert von mindestens CHF 100'000 gemeinsam** auf die **Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten**.[1191] Falls die Gesellschafterversammlung nicht gewillt ist, eine Klageanerkennung oder ein Vergleich zu genehmigen, sollte – um einen unnötigen Leerlauf zu verhindern und schneller Klarheit über die endgültige Gültigkeit des Beschlusses zu verschaffen – auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werden. Zusätzlich sollte auch die Möglichkeit der **direkten Klage im Einverständnis mit der beklagten Partei beim oberen Gericht des betreffenden Kantons** gemäss Art. 8 ZPO in Betracht gezogen werden. Auch dadurch lässt sich schneller Klarheit über die endgültige Gültigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung herstellen (vgl. oben N. 16). 15 1

Falls es zu keiner Einigung kommt, erteilt die Schlichtungsbehörde dem Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitskläger die Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Anschluss hat der Kläger bzw. die Klägerin **drei Monate Zeit zur Klageeinreichung** (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Die Frist von zwei Monaten i.S.v. Art. 706a Abs. 1 OR gelangt hierbei nicht zur Anwendung.[1192] Während den **Gerichtsferien** steht diese Frist still (Art. 145 Abs. 1 ZPO).[1193] 15 2

C. Vertretung der GmbH

1. Geschäftsführung

Im Falle einer Anfechtungs- und/oder Nichtigkeitsklage wird die Gesellschaft als Beklagte durch die **Geschäftsführung** vertreten (vgl. Art. 706a Abs. 2 OR*e contrario*).[1194] Falls nur einzelne Mitglieder der Geschäftsführung als GesellschafterInnen den Beschluss anfechten, wird die Gesellschaft durch den Rest der Geschäftsführung vertreten.[1195] Die **klagenden GesellschafterInnen** haben in den **Ausstand** zu treten.[1196] 15 3

119 Die einseitige Verzichtsmöglichkeit der klagenden Partei i.S.v. Art. 199 Abs. 2 ZPO dürfte bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen kaum zur Anwendung gelangen.

119 Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, N. 441 Fn. 1459. Vgl. zu Art. 75 ZGB: BGE 140 III 561 E. 2 S. 562 ff.

119 Vgl.: BGE 138 III 615 E. 2.4 S. 620.

119 Druey, S. 155.

119 ZK OR-Tanner, Art. 706a N. 56.

119 ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 57; Druey, S. 155; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706a N. 8.

15 In einigen Fällen tauchte die Frage auf wie vorzugehen ist, wenn Gegenstand
4 des Verfahrens die **Gültigkeit eines Wahlbeschlusses** ist. Der klagende Gesellschafter bzw. die klagende Gesellschafterin bringt vor, dass das Mitglied der Geschäftsführung, welches die Gesellschaft im Zivilverfahren vertritt nicht gültig (wieder-)gewählt wurde. Fraglich ist nun, ob das umstritten gültig (wieder-)gewählte Mitglied der Geschäftsführung der beklagten GmbH, die Gesellschaft gültig vertreten bzw. zur Vertretung einen Anwalt bzw. eine Anwältin gültig bevollmächtigen kann. Der klagende Gesellschafter bzw. die klagende Gesellschafterin könnte in solchen Situation u.a. einwenden, dass auf die Klageantwort und eine allfällige Duplik der Gesellschaft nicht abgestellt werden kann.[1197]

Die Prozessfähigkeit ist das prozessrechtliche Korrelat zur zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Juristische Personen sind handlungs- und damit prozessfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB).[1198] Bei einer Anfechtungs- und/oder Nichtigkeitsklage betreffend die Gültigkeit eines Wahlbeschlusses bzw. mehrerer Wahlbeschlüsse kann somit die Frage der Prozessfähigkeit nicht ohne die materiellrechtliche Beurteilung beantwortet werden.[1199]

Eine solche Situation löste das Handelsgericht des Kantons Bern durch Herbeiziehung des Konzepts der **doppelrelevanten Tatsachen**.[1200] Doppelrelevante Tatsachen sind solche, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die materielle Begründetheit einer Klage relevant sind. Werden solche Tatsachen bestritten, sind sie für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung der Klage untersucht und diesbezügliche Einwände der Gegenseite sind im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung unbeachtlich.[1201] Falls doppelrelevante Tatsachen im Zusammenhang mit der Prozessfähigkeit vorliegen, ist im Verfahren von der Prozessfähigkeit auszugehen.[1202] Aus

119 Vgl.: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 10.
119 Siehe: BGE 141 III 80 E. 1.3 S. 81.
119 Vgl.: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 10.3.
12 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 10.2.
12 Siehe dazu: BGer 4A_93/2015 vom 22.9.2015 E. 1.2.3.1.
12 Urs H. Hoffmann-Nowotny, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010, N. 155; Sutter-Somm Thomas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N. 185.

diesem Grund kann das Gericht bei der Zulässigkeitsprüfung darauf verzichten bereits die Gültigkeit des Wahlbeschlusses der beklagten Gesellschaft zu prüfen.[1203] Damit erübrigt sich auch die Bestellung einer Vertretung für die Gesellschaft in analoger Anwendung von Art. 706a Abs. 2 OR.[1204] In einem Organisationsmängelverfahren schützte das Obergericht des Kantons Zug die Begründung der Vorinstanz, wonach bis zur materiellen Prüfung des Organisationsmangels des Fehlens eines vorgeschriebenen Organs (Verwaltungsrat) i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR von der Prozessfähigkeit der beklagten juristischen Person i.S. einer doppelrelevanten Tatsache auszugehen sei.[1205]

2. Vertretung i.S.v. Art. 706a Abs. 2 OR

Falls die Geschäftsführung als Exekutivorgan Klage erhebt (oben N. 28 ff. und N. 101), hat das Gericht gemäss Art. 706a Abs. 2 OR der beklagten Gesellschaft eine **Vertretung** zu bestellen. Wenn alle Mitglieder der Geschäftsführung in ihrer Eigenschaft als GesellschafterInnen klagen, ist ebenfalls eine Vertretung zu bestellen (zum Ausstand der klagenden GesellschafterInnen oben N. 153).[1206] 15 5

Gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 10 ZPO wird die Vertretung im **summarischen Verfahren** bestellt. Es handelt sich m.E. um einen **Zwischenentscheid**, welcher einen Einfluss auf das Verfahren hat.[1207] Nach einer anderen Ansicht liegt eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Demnach ist gemäss Art. 19 ZPO zwingend das Gericht am Sitz der Gesellschaft zuständig.[1208] Da der Gerichtsstand der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage nicht zwingend ist (oben N. 144) und die Zuständigkeit für die Bestellung der Vertretung am Ort der Hauptsache liegen soll, ist eine Qualifikation als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit unpraktikabel. 15 6

Gemäss Schenker wird die Vertretung nach Eingang der Klage durch das **erstinstanzliche Gericht** bestimmt.[1209] Nach Hüsser hat die 15 7

12 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 10.4.

12 Vgl.: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 10.2.

12 Vgl.: Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z2 2020 6 vom 10.6.2020 E. 5.1.

12 ZK OR-Tanner, Art. 706a N. 56; von der Crone, N. 1178.

12 BSK ZPO-Mazan, Art. 250 N. 30; Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, § 21 N. 34.

Geschäftsführung der betreffenden Gesellschaft ein Gesuch zu stellen.[1210] Falls ein Handelsgericht zuständig ist, fällt dieser Entscheid in dessen Zuständigkeit.

Da eine Vertretung u.U. aufzeigen kann, dass die Klage aussichtslos wäre, ist es wünschenswert, wenn die Gesellschaft bereits im Schlichtungsverfahren eine Vertretung i.S.v. Art. 706a Abs. 2 OR erhält.[1211] Die Geschäftsführung hat sich in diesen Fällen an das Gericht zu wenden, weil das Schlichtungsverfahren im summarischen Verfahren entfällt (vgl. Art. 198 lit. a ZPO). Die Schlichtungsbehörde ist zur Bestellung einer Vertretung nach Art. 706a Abs. 2 OR m.E. nicht legitimiert. Die Gerichtspraxis hat Schlichtungsgesuche des Exekutivorgans betreffend Anfechtungsklagen zuständigkeitshalber an das erstinstanzliche Gericht weitergeleitet.[1212]

15 Die Aufgabe der Vertretung ist es die Interessen der Gesellschaft zu
8 verteidigen.[1213] Die Vertretung muss von den Organen der Gesellschaft unabhängig sein.[1214] Die Geschäftsführung ist gegenüber der Vertretung nicht weisungsbefugt.[1215] Die Vertretung steht m.E. in einem **organschaftlichen Verhältnis** *sui generis* zur Gesellschaft und haftet demzufolge u.U. der Gesellschaft für allfälligen zugefügten Schaden.

15 Gemäss der Lehre hat die Geschäftsführung der Gesellschaft der Vertretung
9 die gewünschten Unterlagen und Informationen zu geben.[1216] Diese **Herausgabepflicht** hat ihre Wurzeln im materiellen Recht. Aus diesem Grund genügt es, wenn die Vertretung glaubhaft darlegt, dass sie die Informationen und Dokumente für die sachgerechte Verteidigung der Gesellschaft als Beklagte benötigt.[1217] Die Herausgabepflicht kann gerichtlich durchgesetzt werden.[1218] Das Gericht kann die Gesellschaft auch verpflichten

12 Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit: Hüsser, S. 129; KuKo ZPO-Jent-Sørensen, Art. 250 N. 29; ZK ZPO-Pesenti, Art. 250 N. 3; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 22 23 vom 12.4.2022 E. 1.1.

121 Hüsser, S. 128.

121 Vgl. auch: Hüsser, S. 128.

121 Siehe: Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 22 23 vom 12.4.2022 Sachverhalt B.

121 Schenker, S. 23.

121 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706a N. 7.

121 Böckli, § 14 N. 155.

121 Rohrer, S. 98; Schenker, S. 24; ZK OR-Tanner, Art. 706a N. 54.

121 Schenker, S. 24.

der Vertretung einen angemessen **Vorschuss** zu entrichten.[1219] Beide Male sollte m.E. das **summarische Verfahren** zur Anwendung gelangen (Art. 250 lit. c Ziff. 10 ZPO analog).[1220]

D. Prozessmaximen

1. Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime?

Das Bundesgericht befasste sich in einem älteren Entscheid mit der Frage, ob im Anfechtungsverfahren der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt werden müsse. Das Bundesgericht erwog, dass der Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt werden müsse, damit die Geschäftsführung sich nicht zugunsten des anfechtenden Gesellschafters bzw. der anfechtenden Gesellschafterin verhält.[1221] Zwar hält das Bundesgericht die Untersuchungsmaxime aufgrund der Interessen von nicht am Prozess beteiligten Betroffenen eigentlich für gerechtfertigt. Das Gesetz sehe eine solche Pflicht aber nicht vor (vgl. auch Art. 55 Abs. 2 ZPO).[1222] Die übrigen GesellschafterInnen haben sich gegebenenfalls mittels einer Nebenintervention zu wehren (siehe unten N. 171 ff.).[1223] Somit gilt die **Verhandlungsmaxime**.[1224] Als Folge der Verhandlungsmaxime ist denkbar, dass die Geschäftsführung, als Vertretung der Gesellschaft,[1225] Behauptungen des Anfechtungsklägers bzw. der Anfechtungsklägerin nicht bestreitet und damit implizit anerkennt. Daraufhin hat das Gericht u.U. einen Mangel des Beschlusses der Gesellschafterversammlung anzunehmen, obwohl dieser eigentlich mangelfrei wäre (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO).[1226] Gemäss früherer Ansicht von Böckli steht dem Gericht im Einzelfall die Möglichkeit und Pflicht zu von der Verhandlungsmaxime abzuweichen, wenn offensichtlich

16 0

121 ZK OR-Bürgi, Art. 706 N. 56; Schucany, Art. 706 N. 4.

121 Schenker, S. 25; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 22 23 vom 12.4.2022 E. 3 (mit Gedanken zu Art. 99 ZPO betreffend Sicherheit der Parteientschädigung, wonach diese Bestimmung der Vertretung keine adäquate Sicherheit für ihre Entschädigung bringt, weil nicht klar ist, ob das Gericht einem entsprechenden Antrag folgen würde).

12 Die Auflistung in Art. 250 ZPO ist nicht abschliessend (*«insbesondere»*; vgl. BGer 4A_364/2017 vom 28.2.2018 E. 6).

12 BGE 80 I 385 E. 4 S. 390 f.

12 BGE 80 I 385 E. 4 S. 390 (*«Or la loi n'impose pas une telle obligation au juge.»*).

12 BGE 80 I 385 E. 4 S. 390 f.

12 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 73; Vock, S. 156.

12 Dazu oben N. 153 f.

12 Siehe auch: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 73; Heller, S. 6.

eine Vereitelung eines materiell zweckmässigen Urteils erfolgt.[1227] Eine solche Abweichung ist m.E. lediglich gemäss der Beweiserhebung von Amtes wegen i.S.v. Art. 153 Abs. 2 ZPO möglich.[1228] Neustens verwirft Böckli diese Ansicht, weil die ZPO keine gesetzliche Bestimmung vorsieht, wonach die Untersuchungsmaxime gelten soll (vgl. auch Art. 55 Abs. 2 ZPO).[1229] Von der Crone weist diesbezüglich auf die Gefahr der Verantwortlichkeit hin, falls Mitglieder des Verwaltungsrats missbräuchlich auf den Prozess einwirken.[1230]

16 1 Bei der **Nichtigkeitsklage** gilt ebenfalls die **Verhandlungsmaxime**. Die Umstände, welche die Nichtigkeit begründen müssen vom Kläger bzw. der Klägerin behauptet und falls streitig bewiesen werden (vgl. Art. 150 Abs. 1 und Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO; zur Beweislast unten N. 167).[1231]

2. Dispositions- oder Offizialmaxime?

16 2 Da es keine gesetzliche Bestimmung gibt, wonach das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist, gilt im Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren die **Dispositionsmaxime** (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO).[1232]

16 3 Der Kläger bzw. die Klägerin hat somit im Rechtsbegehren die Beschlüsse, welche er bzw. sie anficht zu bezeichnen (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO).[1233] Da eine Abgrenzung zur Nichtigkeit schwierig ist, empfiehlt sich eine **Kombination aus Haupt- und Eventualbegehren**. Die Nichtigkeit eines Beschlusses kann allerdings auch von Amtes wegen festgestellt werden, falls der entsprechende Beschluss der Gesellschafterversammlung Gegenstand des Verfahrens bildet und die entsprechenden Tatsachen in das Verfahren eingeführt wurden.[1234] Dies ist bspw. von Bedeutung, falls die Anfechtungsfrist[1235] verpasst wurde.[1236]

---

12 Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16 N. 142.

12 Dazu im Allgemeinen: BSK ZPO-Guyan, Art. 153 N. 10 ff.; ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 153 N. 9 ff.

12 Böckli, § 14 N. 197.

123 Von der Crone, N. 1207.

123 Druey, S. 143; Knobloch, S. 120 und S. 144; Vock, S. 135; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120081 vom 16.1.2014 E. 3.2.1.1.

123 Vgl. auch: Böckli, § 14 N. 197 Fn. 591; Schwander/Dubs, S. 357; Vock, S. 157.

123 Siehe für Beispiele: Bloch, N. 57.127; Courvoisier/Schnyder, § 34 N. 8; Vock, S. 113 f.

123 Bühler/von der Crone, S. 572; Druey, S. 143; Riemer, N. 313. Zum Verein: BGer 4A_364/2017 vom 28.2.2018 E. 7.2.2. Dagegen: Knobloch, S. 120.

123 Dazu oben N. 85 ff.

123 Vgl.: BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 3 und E. 4; BGer 5A_482/2014 vom 14.1.2015 E. 2 und E. 5 (im Zusammenhang mit einem Vereinsbeschluss).

Bezüglich der **Klageanerkennung** und dem **Vergleich**: unten N. 170. 164

E. Beweisrecht

Mangels einer abweichenden Regelung gilt bezüglich der Beweislast Art. 8 ZGB.[1237] Der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin trägt die Beweislast für die **Aktivlegitimation** (oben N. 19 ff.),[1238] die **Verletzung des Gesetzes und/oder der Statuten** (oben N. 41 ff.)[1239] sowie die **Einhaltung der Verwirkungsfrist** (oben N. 85 ff.)[1240]. Auch für einen allfälligen Willensmangel trägt der Kläger die Beweislast (vgl. oben N. 20 und N. 89).[1241] Die Zustimmung des Anfechtungsklägers bzw. der Anfechtungsklägerin, welche eine allfällige Aktivlegitimation ausschliesst, ist als rechtshindernde Tatsache von der beklagen Gesellschaft zu beweisen (vgl. oben N. 20).[1242] 165

Falls der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin eine Ungleichbehandlung nachweist, trägt die Gesellschaft die Beweislast für den **Rechtfertigungsgrund**.[1243] Die Geschäftsführung muss somit beweisen, dass die Ungleichbehandlung im **Interesse der Gesellschaft** liegt. Der Beschluss kann auch anfechtbar sein, falls es dem Anfechtungskläger bzw. der Anfechtungsklägerin gelingt zu beweisen, dass die Interessen der Gesellschaft auch durch einen Beschluss, welcher die Gleichbehandlung beachtet, hätte erreicht werden können.[1244]

Die mangelnde **tatsächliche Ergebniskausalität** (oben N. 49 und N. 51). ist von der beklagten Gesellschaft zu beweisen (Art. 691 Abs. 3 OR).[1245] Demgegenüber ist die **normative Kausalität** (oben N. 49 und N. 51) vom Kläger bzw. der Klägerin zu beweisen.[1246] 166

Der Kläger einer Nichtigkeitsklage trägt grundsätzlich die Beweislast für die **zur Nichtigkeit führenden Tatsachen**.[1247] Grundsätzlich gilt die Vermutung, 167

123 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 74.
123 BGE 123 III 60 E. 3a S. 62.
123 BGE 131 III 38 E. 4.2.4 S. 45; BSK ZGB I-Lardelli/Vetter, Art. 8 N. 54; Riemer, N. 76; Rohrer, S. 91.
12 ZK OR-Tanner, Art. 706a N. 41.
12 Handschin/Truniger, § 9 N. 105.
12 Riemer, N. 143; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 55; Vock, S. 97.
12 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 74; Schenker, S. 36; Schott, § 18 N. 31.
12 Schenker, S. 37.
12 Schott, § 18 N. 32.

wonach mangelhafte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung lediglich anfechtbar sind.[1248] Dem Kläger bzw. der Klägerin obliegt es auch sein bzw. ihr **Feststellungsinteresse** zu beweisen.[1249]

16 Im Zusammenhang mit der Beweislast ist u.U. das **Protokoll der**
8 **Gesellschafterversammlung** von grosser Bedeutung (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 7 i.V.m. Art. 702 OR). Darin sind bei korrekter Protokollführung u.a. relevante technische Probleme aufgeführt (vgl. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6 OR). Das Bundesgericht lehnt bei einem nicht ordnungsgemäss erstellten Protokoll die Annahme einer Beweisnot und eine damit einhergehende Herabsetzung des Beweismasses ab.[1250]

GesellschafterInnen können verlangen, dass ihnen das Protokoll innerhalb von dreissig Tagen nach der Gesellschafterversammlung zugänglich gemacht wird (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 7 i.V.m. Art. 702 Abs. 4 OR). Ein Anspruch auf eine Kopie des Protokolls besteht jedoch nicht.[1251] Ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin kann über den Inhalt des Protokolls entweder im **Beweisverfahren über die Anfechtungsklage mittels Urkundenedition** oder als **Hilfsbegehren im Rahmen einer Stufenklage** Kenntnis erlangen.[1252]

Im **Beweisverfahren über die Anfechtungsklage** ist das Protokoll durch die beklagte Gesellschaft herauszugeben und nicht nur i.S.v. Art. 702 Abs. 4 OR zugänglich zu machen (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO), falls entsprechende Beweisanträge gestellt und vom Gericht gutgeheissen werden.[1253] Ein solcher zivilprozessualer Beweisantrag auf Edition des Protokolls setzt jedoch grundsätzlich Behauptungen darüber voraus, welche Tatsachen das betreffende Protokoll beweisen soll (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO).[1254] Falls die Beklagte die Edition verweigert, wird dies im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt (vgl. Art. 164 ZPO).[1255] Wenn der

12 Wohl ebenso: Knobloch, S. 131.
12 BGer 4A_10/2012 vom 2.10.2012 E. 4.
12 BGer 4A_282/2020 vom 5.8.2020 E. 2.1.
125 Näher: BGE 140 III 610 E. 4.3.3. S. 614 f.
125 Haefliger, S. 96; CR CO II-Peter/Cavadini, Art. 702 N. 38.
125 Siehe: Baumann Wey, N. 409. Zur Stufenklage auch: Druey, S. 141 f.; ZK OR-Tanner, Art. 706 N. 159.
125 Vgl.: Druey, S. 141.
125 Vgl. BGE 144 III 43 E. 4.1 S. 52 f. Siehe auch das konkrete Beispiel bei: Courvoisier/Schnyder, § 34 N. 8 Ziff. 21.

Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin an der Gesellschafterversammlung nicht teilgenommen hat oder bspw. wegen Verweigerung der Teilnahme nicht teilnehmen konnte, ist es ihm bzw. ihr nicht möglich das Rechtsbegehren genau anzugeben. In dieser Konstellation rechtfertigt es sich anfänglich eine **unbestimmte Gestaltungsklage** zuzulassen. Erst nach Kenntnis des Protokolls hat der Kläger bzw. die Klägerin diejenigen Beschlüsse, welche Gegenstand der Anfechtungsklage sind, anzugeben.[1256]

Bei der **Stufenklage** handelt es sich um eine **objektive Klagenhäufung** i.S.v. Art. 90 ZPO.[1257] Vorausgesetzt wird u.a. die gleiche Verfahrensart (vgl. Art. 90 lit. b ZPO).[1258] Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage finden entweder im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren statt (vgl. Art. 219 und Art. 243 Abs. 1 ZPO). Fraglich ist, ob das Einsichtsrecht im summarischen Verfahren geltend gemacht wird. Im Kanton Zürich wurde in einem solchen Fall ein summarisches Verfahren durchgeführt.[1259] Für diese Verfahrensart spricht zum einen die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 250 ZPO (*«insbesondere»*)[1260] und zum anderen sind sogar weitergehende Informationsansprüche wie Art. 802 OR gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO dem summarischen Verfahren zugewiesen (*argumentum a maiore ad minus*). Aufgrund der umfangreichen und nicht abschliessenden Auflistung und der vielen denkbaren Konstellationen ist durch das Fehlen von Art. 702 Abs. 4 OR in der Aufzählung in Art. 250 ZPO nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen. Aus diesem Grund empfiehlt es sich das Einsichtsrecht wie im vorderen Abschnitt erläutert zur Sicherheit im Rahmen des Beweisverfahrens geltend zu machen. Andernfalls müsste ein paralleles Summarverfahren angestrengt werden, wobei in Bezug auf die Anfechtungsklage die zweimonatige Verwirkungsfrist zu beachten ist (Art. 706a Abs. 1 OR; oben N. 85 ff.).

---

125 KuKo-Schmid/Baumgartner, Art. 164 N. 1.

125 Zum Ganzen: Baumann Wey, N. 409.

125 BSK ZPO-Dorschner, Art. 85 N. 23; KuKo ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 85 N. 15.

125 Im Detail: ZK ZPO-Bopp/Bessenich, Art. 85 N. 14.

125 Das Bezirksgericht Winterthur behandelte ein solches Einsichtsbegehren im summarischen Verfahren (vgl.: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF180045 vom 23.10.2018 E. 1.1 und E. 3.1). Das Obergericht des Kantons Zürich ging im Berufungsverfahren bei der Bestimmung der Gerichtskosten ebenfalls von einem summarischen Verfahren aus (siehe: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF180045 vom 23.10.2018 E. 5.2).

12 BGE 138 III 166 E. 3.3 S. 169.

Weiter zu beachten ist, dass gemäss Bundesgericht innerhalb der zweimonatigen Verwirkungsfrist i.S.v. auch die Anfechtungsgründe vorgebracht werden müssen (oben N. 85). Falls diese Gründe erst mit dem Protokoll der Gesellschafterversammlung angegeben werden können, sollte von dieser Rechtsprechung eine Ausnahme gewährt werden, wonach vorerst die Einleitung der Anfechtungsklage genügt.

169 Falls über die Gesellschafterversammlung eine **öffentliche Urkunde** ausgestellt wurde, erbringt diese für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis so lange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO).[1261] Der **Notar bzw. die Notarin** stellt im Übrigen betreffend die beurkundeten Vorgänge **unparteilicher Zeuge bzw. unparteiliche Zeugin** dar.[1262] Die Prozessparteien können den Notar bzw. die Notarin als Zeugen bzw. Zeugin befragen lassen. Die Parteien können die Urkundsperson von der Geheimhaltungspflicht entbinden[1263] oder die Aufsichtsbehörde[1264] kann diese aufheben. Der Notar bzw. die Notarin ist in diesem Falle grundsätzlich zur Aussage verpflichtet. Die Urkundsperson kann sich nicht auf ein umfassendes berufsrechtliches Aussageverweigerungsrecht berufen, wie dies bei RechtsanwältInnen der Fall ist (Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 13 Abs. 1 BGFA).

F. Klageanerkennung und Vergleich

170 Nach Art. 241 Abs. 2 ZPO hat eine Klageanerkennung oder ein Vergleich die gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiger Entscheid. Für die Gesellschaft kann

12 ZK OR-Tanner, Art. 702 N. 234.

12 Näher zur Zeugenstellung, u.a. auch bei Unregelmässigkeiten: Müller, Fehlverhalten, S. 1079 f.

12 Zu beachten ist, dass sämtliche am Beurkundungsgeschäft beteiligten Parteien den Notar bzw. die Notarin von der Geheimhaltungspflicht entbinden müssen (vgl. bspw. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 16 1 vom 26.6.2017 E. 4c).

12 Das kantonale Notariatsrecht regelt die Details. Das Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis ist grundsätzlich vom Notar bzw. der Notarin bei der Aufsichtsbehörde einzureichen (vgl. Art. 40 Abs. 3 lit. b NG/VS; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 25.1.2008 E. 3a; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen des Kantons Luzern AU 99 11 vom 29.11.1999 E. 6.4). Im Kanton Bern geht die Aufsichtsbehörde – im Einklang mit der (bernischen) Lehre – davon aus, dass mangels gesetzlicher Grundlage keine Befreiung vom Berufsgeheimnis möglich ist (ausführlich mit Hinweisen auf die Lehre: Entscheid der damaligen Justiz-, Gemeinde und Kirchendirektion [heute: Direktion für Inneres und Justiz] vom 20.5.2014 E. 4, abgedruckt in: ZBGR 98 (2017), S. 113 ff.).

ein solches Vorgehen bspw. in aussichtslosen Situationen sinnvoll sein, um weitere Kosten zu vermeiden.[1265] Fraglich ist inwiefern eine Anfechtungsklage von der Gesellschaft als beklagte Partei anerkannt werden kann. Klar ist, dass die Gesellschaft vertreten durch die Geschäftsführung (Art. 706a Abs. 2 OR), nicht befugt ist die Anfechtungsklage ohne Weiteres anzuerkennen.[1266] Die Geschäftsführung ist über den Streitgegenstand nicht verfügungsberechtigt.[1267] Allerdings wäre eine von der Gesellschafterversammlung **genehmigte Klageanerkennung** oder ein **genehmigter Vergleich** nach der hier vertretenen Meinung möglich.[1268] Durch diese Genehmigung lässt sich das Kompetenzproblem, wonach die Geschäftsführung in Angelegenheiten der Gesellschafterversammlung nicht zuständig ist (vgl. Art. 804 Abs. 2 OR), lösen.[1269] Um die Genehmigung der Gesellschafterversammlung einzuholen, kann das Verfahren sistiert werden (vgl. Art. 126 Abs. 1 ZPO)

G. Nebenintervention

Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass ein rechtshängiges Verfahren zugunsten der einen Partei entschieden werde, kann jederzeit als **Nebenpartei** intervenieren (Art. 74 ZPO). Ein solches rechtliches Interesse hat ein Gesellschafter bzw. eine Gesellschafterin, weil er bzw. sie vom gutheissenden Urteil ebenfalls betroffen wäre (oben N. 97 und N. 134).[1270] 17 1

Die Prozesshandlungen der intervenierenden Person, welche mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch stehen, sind im Prozess grundsätzlich unbeachtlich (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Dies gilt gemäss Bundesgericht nicht im Fall einer **streitgenössischen Nebenintervention**. Eine solche liegt vor, falls das materielle Recht nicht nur zwischen den Hauptparteien, sondern auch gegenüber den NebenintervenientInnen direkte Wirkungen entfaltet.[1271] Der bundesgerichtlich beurteilte Fall betraf ein Organisationsmängelverfahren 17 2

12 Schenker, S. 41.
12 BGE 80 I 385 E. 4 S. 390; BGE 122 III 279 E. 3c/aa S. 283.
12 BGE 122 III 279 E. 3c/aa S. 283; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 27; Schenker, S. 41.
12 BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N. 27; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N. 73 Fn. 69; Handschin/Truniger, § 28 N. 14; Jutzi, S. 506 f.Lehmann, N. 203. Dieser Autor zieht diese Möglichkeit bloss in Betracht, wenn sämtliche Gesellschafter einem Vergleich zustimmen (Lehmann, N. 203 Fn. 183).
12 Vgl. Jutzi, S. 506.
127 Siehe auch: Riemer, N. 183; Vock, S. 104 f.
127 BGE 142 III 629 E. 2.3.6 S. 636 f.

i.S.v. Art. 731b OR. Diese Norm ist gemäss Art. 819 OR auf die GmbH ebenfalls anwendbar. Da das Bundesgericht im selben Atemzug auch die Anfechtungsklage erwähnt, kann davon ausgegangen werden, dass auch in solchen Verfahren GesellschafterInnen als NebenintervenientInnen nicht durch Art. 76 Abs. 2 ZPO eingeschränkt werden.[1272] Falls die Geschäftsführung bspw. den Tatsachenvortrag des Anfechtungsklägers bzw. der Anfechtungsklägerin nicht oder mangelhaft bestreitet, können andere GesellschafterInnen an deren Stelle Tatsachenbehauptungen in den Prozess einbringen und Tatsachenbehauptungen des Anfechtungsklägers bzw. der Anfechtungsklägerin bestreiten (siehe auch oben N. 160 f.).

17 3 Fraglich ist, ob die **übrigen GesellschafterInnen** über den Prozess durch das Gericht oder die Gesellschaft **informiert** werden müssen. Eine explizite gesetzliche Grundlage fehlt. Ein Teil der Lehre leitet aus dem Gehörsanspruch (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) eine Orientierungspflicht des Gerichts ab.[1273] Für einen anderen Teil der Lehre existiert kein solcher Informationsanspruch.[1274] Im deutschen und österreichischen Recht hat der Vorstand der beklagten Gesellschaft die Pflicht zur Bekanntmachung, wobei gemäss dem deutschen Bundesgerichtshof auch das Gericht zur Gehörswahrung besorgt sein muss.[1275]

Im Organisationsmängelverfahren – dessen Entscheid auch Wirkungen für die übrigen GesellschafterInnen entfaltet[1276] – ist gemäss Bundesgericht den übrigen GesellschafterInnen nicht von Amtes wegen Parteistellung einzuräumen bzw. das rechtliche Gehör zu gewähren.[1277] Daraus lässt sich schliessen, dass das Bundesgericht einen solchen Informationsanspruch wohl auch bei der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage verneinen würde.

Das neue Aktienrecht verlangt von einer Gesellschaft, falls für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten ein Schiedsgericht vorgesehen wird, dass

---

127 Vgl. BGE 142 III 629 E. 2.3.2 S. 632 und E. 2.3.4 S. 634.

127 KuKo ZPO-Domej, Art. 70 N. 16; Senn, N. 122; KuKo ZPO-Weber/Oberhammer, Art. 236 N. 60 f. Ausführlich: Sogo, S. 367 ff.

127 Böckli, § 14 N 192; Frey/Christen, N. 27.40. Vgl. auch: BGE 122 III 279 E. 3c.aa.

127 Näher dazu: Senn, N. 123 Fn. 488. Kritisch zur Überbindung der Benachrichtigungspflicht an die Parteien: Sogo, S. 372.

127 BGE 142 III 629 E. 2.3.2 S. 632 f.; Schönbächler Marcel, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 2013, S. 437 (= SSHW 316).

127 BGE 142 III 629 E. 2.3.7 S. 637; BGer 4A_321/2008 vom 5.8.2010 E. 5.2.

die Statuten sicherstellen, dass die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt Betroffenen über die Einleitung und Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts als IntervenientInnen am Verfahren beteiligen können (Art. 797a i.V.m. Art. 697n Abs. 3 OR). Dadurch sollen die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien gewährleistet werden.[1278] Da diese Garantien auch in der staatlichen Gerichtsbarkeit gelten, spricht das neue Aktienrecht m.E. umso mehr für eine Mitteilung an die übrigen GesellschafterInnen. Eine gesetzliche Grundlage wurde allerdings nicht eingeführt.

H. Prozesskosten

Für die Bestimmung der Prozesskosten und der Verfahrensart[1279] von grosser Bedeutung ist der Streitwert.[1280] Der **Streitwert** einer Anfechtungsklage richtet sich nach dem **Gesamtinteresse der Gesellschaft**.[1281] Bei einer Kapitalerhöhung ist dies der Kapitalerhöhungsbetrag.[1282] Der Streitwert übersteigt für viele MinderheitsgesellschafterInnen somit die Bedeutung ihrer Beteiligung, wodurch es für diese oftmals zu riskant ist den Rechtsweg zu beschreiten.[1283] 17 4

Gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann das Gericht einen Teil der Kosten auf die Gesellschaft abwälzen, falls diese obsiegt und **besondere Umstände** vorliegen, welche eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Die Gerichte nutzen diese Möglichkeit allerdings kaum.[1284] Ebenfalls eine Abweichung ist möglich, falls ein Gesellschafter **in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst** wurde (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). 17 5

---

127 Ausführlich: Vogt Hans-Ueli/Hirsiger Meier Valentina/Hofer Thomas, Statutarische Schiedsklauseln, Zürich 2019, N. 261 ff.

127 Bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 gelangt bei einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In den Kantonen Aargau und St. Gallen, deren Handelsgericht unabhängig von einem allfälligen Streitwert über eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage entscheidet (oben N. 146), gelangt das vereinfachte Verfahren nicht zur Anwendung (vgl. Art. 243 Abs. 3 ZPO).

12 BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 91 N. 1.

12 BGE 133 III 368 E. 1.3.2 S. 372; BGE 75 II 149 E. 1 S. 152.

12 Schenker, S. 44.

12 BGE 133 III 368 E. 1.3.2 S. 372; Courvoisier/Schnyder, § 34 N. 4.

12 Siehe: Schenker, S. 45.

17 Eine Anfechtungsklage kann auch angehoben werden, falls ein Gesellschafter
6 bzw. eine Gesellschafterin einem Willensmangel unterlegen ist (vgl. oben N. 20, N. 89 und N. 165). Im Vertragsrecht sieht Art. 26 Abs. 1 OR vor, dass der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt und den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens verpflichtet ist. Dieser Gedanke ist m.E. insofern analog auf die Anfechtungsklage anzuwenden als ein **fahrlässig irrender Gesellschafter** bzw. eine **fahrlässig irrende Gesellschafterin** auch die diesbezüglich entstandenen Kosten zu tragen hat (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

17 Nach Art. 108 ZPO hat **unnötige Kosten** zu bezahlen, wer sie verursacht hat.
7 Gestützt auf diese Bestimmung können auch Dritten, welche nicht Partei des Verfahrens Kosten auferlegt werden. Einem Aussenstehenden bzw. einer Aussenstehenden, der bzw. die eine Gesellschafterversammlung einberuft, können die Kosten des darauffolgenden Verfahrens auferlegt werden.[1285] Das Handelsgericht des Kantons Zürich legte die Kosten zweien Mitgliedern des Verwaltungsrats auf, die sich bei der Abstimmung betreffend die Entlastung entgegen Art. 695 OR nicht der Stimme enthielten, obwohl die Anfechtungsklägerin darauf hinwies.[1286]

I. Rechtsmittel

17 Gegen die Entscheide des Handelsgerichts steht die **Beschwerde in**
8 **Zivilsachen** ans Bundesgericht offen. In den anderen Fällen ist ab einem Streitwert von CHF 10'000 eine **Berufung** gegen den erstinstanzlichen Entscheid möglich (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). In den seltenen Fällen eines Streitwerts von unter CHF 10'000 ist lediglich die Beschwerde an das **obere kantonale Gericht** möglich (vgl. Art. 319 lit. a ZPO). Gegen den Entscheid der zweiten Instanz ist anschliessend unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. BGG eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht möglich.

J. Vorsorgliche Massnahmen

17 Beschlüsse der Gesellschafterversammlung können bereits vor der
9 Anfechtung Wirkung entfalten.[1287] Mittels vorsorglicher Massnahmen kann

12 BGE 141 III 426 E. 2.4 S. 429 ff.

ein Anfechtungskläger bzw. eine Anfechtungsklägerin die **Ausführung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung** durch die Geschäftsführung verhindern (vgl. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 6 OR; vgl. oben N. 12 und unten N. 203). Damit ein Anfechtungskläger bzw. eine Anfechtungsklägerin nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird, sollte er bzw. sie in den meisten Fällen versuchen vorsorgliche Massnahmen zu erwirken (zur Rückabwicklung der Beschlussfolgen unten N. 200 ff.).[1288]

Ein Massnahmegesuch wirkt sich i.d.R. nicht auf den Ablauf der **zweimonatigen Verwirkungsfrist** i.S.v. Art. 706a Abs. 1 OR aus (vgl. oben N. 85 ff.).[1289] Falls die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist, sollte das Gericht bei der Ansetzung der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO die Verwirkungsfrist gemäss Art. 706a Abs. 1 OR berücksichtigen, weil ansonsten die Klage ohnehin aussichtslos ist. Die Anfechtungsklage muss auf jeden Fall vor Ablauf der Verwirkungsfrist aufgegeben werden. Falls die Anträge im Anfechtungsverfahren sowie die Anfechtungsgründe bereits im Massnahmengesuch enthalten sind, wäre eine Einhaltung der Verwirkungsfrist denkbar. Dazu würde eine vorläufige Ungültigerklärung des Beschlusses gehören.[1290] 1800

Demgegenüber besteht bei der Nichtigkeitsklage grundsätzlich **keine Befristung** (oben N. 132 f.). Um schnell Klarheit über die Gültigkeit des Beschlusses zu verschaffen, hat das Gericht jedoch auch bei der Nichtigkeitsklage eine nicht allzu lange Prosequierungsfrist anzusetzen.

Die Ansetzung einer solche Prosequierungsfrist führt zudem dazu, dass das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. h ZPO; zum Schlichtungsverfahren oben N. 150 ff.).[1291]

Nach Art. 264 Abs. 2 ZPO haftet der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Falls der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin beweist, dass das Gesuch in guten Treuen gestellt wurde, 1801

12 Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG210082 vom 22.9.2021 E. 4.1 (mit Verweis auf den in Fn. 476 zitierten Bundesgerichtsentscheid).

12 Courvoisier/Schnyder, § 34 N. 5; Müller/Rizzi, S. 179.

12 Mezger, N. 580; Müller/Fancelli, S. 20; ZK OR-Tanner, Art. 706a N. 20.

12 Siehe: BGE 110 II 387 E. 2c S. 391 (*«prononcer une annulation provisoire de la décision de l'assemblée générale»*).

12 Vgl. BSK ZPO-Sprecher, Art. 263 N. 33.

kann[88] das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden (Art. 264 Abs. 2 ZPO). Der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin unterliegt somit u.U. einem grossem Kostenrisiko. Falls bspw. die Durchführung einer Erhöhung des Stammkapitals verhindert wird, schuldet der Anfechtungskläger bzw. die Anfechtungsklägerin Schadenersatz für den Schaden, der sich bspw. aus der Aufnahme von Fremdkapital ergeben kann.[1292]

1. Allgemeine Anordnungsvoraussetzungen

18 2 Vorausgesetzt wird gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO einerseits, dass ein Obsiegen mittels der Anfechtungsklage wahrscheinlich ist (lit. a; Verfügungsanspruch; N. 183) und anderseits, dass die Umsetzung des angefochtenen Beschlusses nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann (lit. b; Verfügungsgrund; N. 184).[1293] Weiter wird für die Anordnung vorausgesetzt, dass die Dringlichkeit (N. 185 f.) sowie die Verhältnismässigkeit (N. 187) gegeben sind.[1294] Diese Voraussetzungen hat der Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin glaubhaft zu machen (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO).[1295]

a. Verfügungsanspruch (Hauptsacheprognose)

18 3 Der Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin muss glaubhaft machen können, dass der Beschluss an einem **Mangel** leidet, welcher mittels Anfechtungsklage zur Ungültigkeit führt oder, dass der Beschluss sogar nichtig ist. Hierbei muss beachtet werden, dass die Begriffe *«unsachlich»* und *«nicht gerechtfertigt»* in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 und Ziff. 3 durch das Gericht im Hauptverfahren auszulegen sind und ein gewisser (gerichtlicher) Ermessensspielraum gegeben ist.[1296] Es genügt demnach, falls ein Anfechtungsgrund plausibel erscheint.[1297]

b. Verfügungsgrund (Nachteilsprognose)

18 4 Damit das Gericht das Massnahmegesuch gutheisst, muss dem Gesuchsteller bzw. der Gesuchstellerin ein **nicht leicht wiedergutzumachender**

12 Mit weiteren Bsp.: Schenker, S. 43.
12 Schenker, S. 42 f.
12 ZK ZPO-Huber, Art. 261 N. 22 ff.
12 Vischer/Hoffmann, S. 506.
12 Dazu oben N. 79 ff.
12 Siehe dazu: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE120205 vom 26.7.2012 E. 7.

Nachteil drohen, falls die vorsorgliche Massnahme nicht angeordnet wird.[1298] Ein solcher ist immer gegeben, falls ein Beschluss mit konstitutiver Wirkung ins Handelsregister eingetragen werden soll. Ein deklaratorischer Eintrag im Handelsregister zieht die in Art. 936b OR vorgesehenen Wirkungen nach sich und kann somit ebenfalls von Bedeutung sein.[1299]

c. Dringlichkeit

Weiter setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme voraus, dass **Dringlichkeit** gegeben ist. Dringlichkeit liegt bspw. vor, falls ein Beschluss mit konstitutiver Wirkung im Handelsregister eingetragen werden soll.[1300] An der Dringlichkeit fehlt es, falls dasselbe Ziel durch den Entscheid im Hauptprozess erreicht werden kann.[1301] 18 5

Bei **besonderer Dringlichkeit**, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin muss eine **superprovisorische Massnahme** explizit beantragen.[1302] Falls mehrere Tage zugewartet wird, kann die besondere Dringlichkeit regelmässig verneint werden.[1303] 18 6

d. Verhältnismässigkeit

Die Verhältnismässigkeit als weitere Voraussetzung lässt sich implizit aus Art. 262 ZPO (*«geeignet»*) entnehmen. Eine Massnahme ist verhältnismässig, wenn sie **geeignet** und **erforderlich** ist sowie wenn eine **Abwägung der relevanten Interessen** für deren Anordnung spricht.[1304] 18 7

2. Gerichtliche Handelsregistersperre

Von zentraler Bedeutung als vorsorgliche Massnahme ist die **gerichtliche Handelsregistersperre** (Art. 262 lit. c ZPO). Die Handelsregistersperre, die unmittelbar durch schriftlichen Einspruch beim Handelsregisteramt erwirkt 18 8

12 Müller/Fancelli, S. 11; Vischer/Hofmann, S. 505.
12 Müller/Fancelli, S. 11 f.
13 Müller/Fancelli, S. 13.
13 BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N. 39.
13 BSK ZPO-Sprecher, Art. 265 N. 5.
13 Courvoisier/Schnyder, § 35 N. 8.
13 Vischer/Hofmann, S. 506.

werden konnte, existiert seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr (vgl. Art. 162 f. aHRegV).[1305] Es handelt sich um eine (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme zur Anweisung an eine Registerbehörde i.S.v. Art. 262 lit. c ZPO.[1306] Da in den handelsregisterrechtlichen Eintragungsprozess auch das **EHRA**[1307] (aufgrund der Genehmigung, der in das kantonale Tagesregister aufgenommenen Anmeldungen) und das **SECO**[1308] (aufgrund der Publikation im SHAB) involviert sind, empfiehlt sich auch eine entsprechende Anweisung an diese Behörden zu beantragen.[1309] Eine gerichtliche Handelsregistersperre bezweckt, dass der umstrittene Beschluss der Gesellschafterversammlung **vorsorglich nicht im Handelsregister eingetragen** wird und demnach auch **keine Publikation im SHAB** erfolgt.[1310] Die Handelsregistersperre sichert den *status quo*.[1311] Eine gerichtliche Handelsregistersperre ist sowohl bei Einträgen mit konstitutiver als auch bei Einträgen mit deklaratorischer Wirkung möglich.[1312]

18 Da die Anmeldung und Eintragung eines Beschlusses der
9 Gesellschafterversammlung bei entsprechender Vorbereitung im Vorfeld rasch erfolgen kann, empfiehlt es sich die Handelsregistersperre **superprovisorisch** zu beantragen (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO; auch oben N. 186). Bei einer konstitutiv wirkenden Eintragung ist diese Dringlichkeit per se gegeben. Bei den deklaratorischen Einträgen sollte zusätzlich die **besondere Dringlichkeit** begründet werden.[1313] Bei der Eintragung eines neuen Mitglieds der Geschäftsführung liegt bspw. kein Nachteil vor, wenn ein anderes Mitglied der Geschäftsführung mit Einzelunterschrift dem neuen Mitglied der Geschäftsführung sowieso jederzeit eine Spezialvollmacht erteilen könnte.[1314]

---

13 Zur altrechtlichen Handelsregistersperre: Mezger, N. 307 ff.

13 Mezger, N. 355; Müller/Fancelli, S. 4

13 Siehe: Art. 32 HRegV und Mezger, N. 540 ff. Müller/Fancelli halten das EHRA für einen nicht geeigneten Vollzugsadressaten (Müller/Fancelli, S. 26).

13 Dazu: Art. 35 HRegV und Mezger, N. 545 ff. Zur möglichen Wirkung, falls lediglich die Publikation im SHAB verhindert werden kann: Mezger, N. 543 Fn. 1039 mit Verweis auf N. 273 ff.

13 Ausführlich: Mezger, N. 533 ff.

131 Wyss/Jenal, N. 67.05.

131 Urteil des Handelsgerichts das Kantons Zürich HE180279 vom 27.8.2018 E. 5; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE120205 vom 26.7.2012 E. 7; Mezger, N. 3 und N. 305; Müller/Fancelli, S. 27.

131 Mezger, N. 366 ff.; Müller/Fancelli, S. 8 und S. 11 f.

131 Dazu: Müller/Fancelli, S. 13.

Damit eine Anmeldung durch das Handelsregisteramt nicht eingetragen wird, empfiehlt es sich, wenn der **Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin** und/oder das **Gericht** bei Eingang des Gesuchs das **Handelsregisteramt** telefonisch oder per E-Mail vom superprovisorischen Massnahmegesuch in Kenntnis setzt.[1315] Der Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin sollte neben dem (elektronisch eingereichten) Gesuch ebenfalls das **Gericht** per E-Mail oder telefonisch auf die superprovisorisch beantragte gerichtliche Handelsregistersperre hinweisen, damit dieses das Verfahren mit der gebührenden Dringlichkeit an Hand nimmt. Das Gericht sollte seinen Massnahmeentscheid dem kantonalen Handelsregisteramt, dem EHRA und gegebenenfalls dem SECO vorab telefonisch oder per E-Mail mitteilen.[1316] 1910

Eine Handelsregistersperre kann für die Gesellschaft ärgerlich sein. Eine Gesellschaft kann sich gegen eine Handelsregistersperre präventiv verteidigen, wenn sie beim Gericht eine **Schutzschrift** deponiert (vgl. Art. 270 ZPO).[1317] 1911

Im Zusammenhang mit der Eintragung im Handelsregister schlägt Müller die *«Schutzschrift»* im Verfahren vor dem Handelsregisteramt vor. Dieser Autor legt dar, dass beim kantonalen Handelsregisteramt eine Schutzschrift bzw. eine präventive Stellungnahme eingereicht werden kann, um das Einparteienverfahren der Eintragung im Handelsregister zu beeinflussen. Darin soll der Sachverhalt bzw. der Standpunkt eines Gesellschafters oder einer Gesellschafterin dargelegt werden, um die potenzielle Handelsregistereintragung zu verhindern. Damit soll vermieden werden, dass eine Eintragung erfolgt, die auf einem materiell unrichtigen Sachverhalt beruht (vgl. Art. 929 Abs. 1 OR).[1318] Da die Personen, die eine Schutzschrift beim Handelsregisteramt einreichen, nicht darauf vertrauen können, dass die Schutzschrift bzw. eine präventive Stellungnahme eine Handelsregistereintragung verhindert, empfiehlt sich parallel auch die 1912

131 Siehe: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE130248 vom 12.9.2013 E. 5. Ähnlich auch: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE110533 vom 29.8.2011 E. 3.

131 Vgl.: Müller/Fancelli, S. 7 f. Gemäss Mezger ist eine solche faktische Sperre durch das kantonale Handelsregisteramt mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig (Mezger, N. 610 ff.). Man könne es jedoch durchaus versuchen (Mezger, N. 613 Fn. 1145).

131 M.w.H.: Mezger, N. 438 und N. 550. Dies sollte im Rechtsbegehren beantragt werden (vgl. Mezger, N. 534).

131 Näher: Mezger, N. 415 ff.; Müller/Fancelli, S. 25.

131 Zum Ganzen: Müller, Schutzschrift, S. 290.

Einleitung eines Verfahrens zur Erwirkung der soeben dargelegten gerichtlichen Handelsregistersperre.[1319]

3. Verbot

19 3 Weiter als vorsorgliche Massnahme in Betracht fällt ein **Verbot** (Art. 262 lit. a ZPO). Denkbar wäre bspw. ein Verbot wonach ein angefochtener Beschluss von der Gesellschaft nicht ausgeführt werden darf.[1320] Ein Verbot kann mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verknüpft werden.[1321] Da die Gesellschaft als juristische Person nicht von Art. 292 StGB erfasst ist, hat sich das Verbot gegen die Organpersonen zu richten.[1322] Damit bei Verletzung des Verbots eine Strafe ausgesprochen werden kann, sind die entsprechenden Personen vom Verbot in Kenntnis zu setzen.[1323]

4. Rechtsmittel gegen Massnahmeentscheide

19 4 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit **Berufung** anfechtbar, sofern der Streitwert CHF 10'000 übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Ansonsten ist eine **Beschwerde** möglich. In beiden Fällen beträgt die **Rechtsmittelfrist zehn Tage** (Art. 314 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO). Ein Rechtsmittel hat **keine aufschiebende Wirkung**, solange die Rechtsmittelinstanz diese nicht erteilt (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 sowie Art. 325 ZPO).

19 5 Gegen **Entscheide über vorsorgliche Massnahmen** eines Handelsgerichts oder Rechtsmittelentscheide des oberen kantonalen Gerichts ist die **Beschwerde in Zivilsachen** an das Bundesgericht nur zulässig, wenn der Entscheid einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken kann.[1324] Dieser Nachteil muss in der Beschwerdeschrift dargelegt werden.[1325] In der Beschwerde kann lediglich die **Verletzung verfassungsmässiger Rechte** gerügt werden (Art. 98 BGG).

---

131 Vgl.: Müller, Schutzschrift, S. 283.

132 Jösler Maja D., Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Diss. St. Gallen, Bern 1998, S. 230.

132 BSK ZPO-Sprecher, Art. 262 N. 15.

132 ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N. 16. Die einzelnen Personen müssen nicht namentlich erwähnt sein (BGer 1B_250/2008 vom 13.5.2009 E. 6).

132 BSK ZPO-Zinsli, Art. 343 N. 15.

132 Vgl.: Courvoisier/Schnyder, § 35 N. 11.

132 BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 328 f.

K. Schiedsgerichtsbarkeit

Seit dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision am 1. Januar 2023 verweist Art. 797a OR betreffend statutarischen Schiedsklauseln auf Art. 697n OR verwiesen.[1326] Demnach kann für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz statutarisch vorgesehen werden (Art. 697n Abs. 1 OR).[1327] Für die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel ist das qualifizierte Beschlussquorum vorgesehen (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 10bis OR). In Art. 697n Abs. 2 OR wird auf Art. 353 ff. ZPO verwiesen und die Anwendbarkeit von Art. 176 ff. IPRG ausgeschlossen.[1328] 19 6

Das mit der Anfechtungsklage befasste Schiedsgericht kann auch die **Prozessvertretung i.S.v. Art. 706a Abs. 2 OR** ernennen (vgl. oben N. 155 ff.).[1329] Es empfiehlt sich bei der Formulierung der Schiedsklausel in den Statuten explizit Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie bspw. die Bestellung einer Prozessvertretung zu erstrecken.[1330] 19 7

Auch das Schiedsgericht ist – vorbehalten einer abweichenden Parteiabrede – zum Erlass **vorsorglicher Massnahmen** befugt (Art. 374 Abs. 1 ZPO).[1331] Obwohl nicht explizit in Art. 374 ZPO erwähnt, kann ein Schiedsgericht auch superprovisorische Massnahmen treffen.[1332] Auch die gerichtliche Handelsregistersperre kann, falls dies zeitlich möglich (bspw. durch einen *emergency arbitrator*), m.E. schiedsgerichtlich angeordnet werden.[1333] Falls sich eine betroffene Person einer vom Schiedsgericht angeordneten Massnahme nicht freiwillig unterzieht, hat das staatliche Gericht auf Antrag des Schiedsgerichts oder einer Partei[1334] die erforderlichen Anordnungen zu treffen (Art. 374 Abs. 2 ZPO). 19 8

---

132 Zu den übergangsrechtlichen Fragestellungen: Aus der Au Roman/Brand Patric/Heller Jan, Kommentar zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19.6.2020, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar, N. 189 ff.

132 Vgl.: Böckli, § 14 N. 341.

132 OFK OR-Hirsiger, Art. 697n N. 7; Meier, N. 528.

132 Meier, N. 77.

133 Meier, N. 250.

133 Meier, N. 448.

133 BSK ZPO-Habegger, Art. 374 N. 4.

133 Göksu Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, N. 1901; Meier, N. 451 Fn. 1497. A.M.: Mezger, N. 634 f.

133 Diese Partei muss die Zustimmung des Schiedsgerichts einholen (Art. 374 Abs. 2 ZPO *in fine*).

Nach Art. 697n Abs. 3 OR haben die Statuten sicherzustellen, dass Personen die von der Rechtswirkung des Schiedsspruchs betroffen sein können (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR; siehe oben N. 97 f. und N. 134 sowie zur Nebenintervention oben N. 171 ff.), über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als IntervenientInnen am Verfahren beteiligen können.

VII. RÜCKABWICKLUNG DER BESCHLUSSFOLGEN

Fraglich ist der **Umgang mit Beschlussfolgen** deren **Rechtsgrundlage entweder gar nie bestand** (im Falle der Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung; oben N. 11 und N. 134) oder deren **Rechtsgrundlage nachträglich** *ex tunc* **weggefallen ist** (im Falle der erfolgreichen Anfechtung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung; oben N. 10 und N. 96). Eine solche Situation kann bspw. auftreten, falls basierend auf einem nichtigen oder anfechtbaren Kapitalerhöhungsbeschluss neue Stammanteile gezeichnet wurden und eine entsprechende Eintragung im Handelsregister erfolgte. Diese Problematik kann sich auch bei nichtigen oder anfechtbaren Wahlbeschlüssen von Mitgliedern der Geschäftsführung ergeben.[1335] Um den Rahmen vorliegender Kommentierung nicht zu sprengen, schildert dieser Abschnitt leidglich ein paar Anhaltspunkte zu dieser Thematik.[1336]

Bei erfolgreicher Anfechtung ergeht ein **Gestaltungsurteil**, welches den Beschluss der Gesellschafterversammlung rückwirkend aufhebt, womit dieser Beschluss *ex tunc* ungültig wird (oben N. 10 und N. 96). Bei Gutheissung einer Nichtigkeitsklage erklärt das Gericht im **Feststellungsurteil** den Beschluss *ex tunc* für ungültig (oben N. 11 und N. 134). Sowohl Gestaltungs- als auch Feststellungsurteile sind der Vollstreckung nicht zugänglich.[1337] Nach dem Urteil können jedoch **Folgehandlungen** notwendig sein, welche keinen Vollstreckungscharakter aufweisen.[1338] Dazu gehört die Rückabwicklung der

133 Dazu auch: Kunz, N. 36 ff.

133 Weiterführend: Heller, S. 21 ff. Für die Rückabwicklung im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen: Messer, N. 647 ff.; Heller, S. 27 ff. Für die mögliche Rückerstattung ausbezahlter Dividenden: Hess, S. 119; Messer, N. 293 und N. 643 ff. Betreffend Wahlbeschlüssen: Messer, N. 634 ff.; Heller, S. 33 ff.

133 ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 315 N. 45; ZK ZPO-Staehelin, Art. 335 N. 8.

133 ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 315 N. 45.

einzelnen Beschlussfolgen (vgl. oben N. 17 f.). Der Beschluss selbst bedarf keiner Rückabwicklung.[1339] Falls es dem Kläger bzw. der Klägerin mittels vorsorglicher Massnahmen[1340] gelingt den Eintritt gewisser Beschlussfolgen zu verhindern, kann die Rückabwicklung vermieden werden.[1341]

Es kann zwischen der **Rückabwicklung i.e.S.** und der **Rückabwicklung i.w.S.** unterschieden werden. Die Rückabwicklung i.e.S. führt dazu, dass diejenige Situation hergestellt wurde, wie wenn der Beschluss der Gesellschafterversammlung nie gefällt worden wäre. In den meisten Situationen liegt jedoch eine Schranke vor, welche eine Rückabwicklung i.e.S. verhindert.[1342] Das Gestaltungsurteil einer gutgeheissenen Anfechtungsklage und das Feststellungsurteil einer gutgeheissenen Nichtigkeitsklage wirkt auch gegenüber nicht am Verfahren beteiligten GesellschafterInnen sowie Dritten (oben N. 97 f. und N. 134 ff.). Deren Vertrauen auf die Gültigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung wird oftmals von der Rechtsordnung geschützt (bspw. heilende Wirkung des Handelsregistereintrags [Art. 779 Abs. 2 OR analog] sowie öffentlicher Glaube des Handelsregisters [Art. 936b Abs. 3 OR]).[1343] Solche Schranken verhindern, dass eine Rückabwicklung i.e.S. möglich ist.[1344] In diesen Fällen kann lediglich eine Rückabwicklung i.w.S. erfolgen. Dabei werden die Beschlussfolgen lediglich mit **Wirkung** *ex nunc* aufgehoben. Diese Art von Rückabwicklung erfolgt mittels spiegelbildlicher Massnahme (*contrarius actus*). Eine Kapitalerhöhung wäre demzufolge mittels einer Kapitalherabsetzung rückabzuwickeln.[1345] Falls die Gesellschaft zur Rückabwicklung nicht gewillt ist, sollte den GesellschafterInnen die Möglichkeit zugestanden werden auf Rückabwicklung zu klagen (sog. Rückabwicklungsklage). Das Urteil einer Rückabwicklungsklage sollte auch gewisse Anweisungen an das Handelsregisteramt enthalten können (vgl. auch unten N. 204). 20 2

Nach Art. 810 Abs. 2 Ziff. 6 OR hat die **Geschäftsführung** die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung **auszuführen**. Aus dieser Kompetenz leitet die Lehre ab, dass die Geschäftsführung auch zuständig ist denjenigen Zustand 20 3

133 Implizit auch: Messer, N. 595 und N. 610. Vgl. zum Ganzen: Heller, S. 21.
134 Oben N. 179 ff.
134 Heller, S. 21.
134 M.w.H.: Heller, S. 22.
134 Zu diesen Schranken: Messer, N. 222 ff. und N. 650 ff.; Heller, S. 14 ff.
134 Vgl.: Heller, S. 22.
134 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 52 N. 195; Lehmann, N. 532 f.

herzustellen, der bestanden hätte, wenn die Ungültigkeit des Beschlusses von Anfang an beachtet worden wäre.[1346] Dabei ist die Geschäftsführung an die rechtliche Begründung des Urteils gebunden.[1347] Die Geschäftsführung hat somit auch festzulegen, ob eine Rückabwicklung i.e.S. möglich ist. Falls eine Rückabwicklung i.e.S. nicht möglich ist, hat die Geschäftsführung für die spiegelbildliche Massnahme wie bspw. die Kapitalherabsetzung eine Gesellschafterversammlung einzuberufen (zur Rückabwicklung i.w.S. oben N. 202).

20 Grundsätzlich fraglich ist, inwiefern **Gerichte** und **Handelsregisterämter** 4 betreffend die handelsregisterrechtlichen Auswirkungen in die Rückabwicklung involviert sind. Bspw. ist unklar, ob das Gericht ein Urteil, welches die Anfechtungs- bzw. die Nichtigkeitsklage gutheisst an das Handelsregisteramt weiterzuleiten hat bzw. ob dem Handelsregisteramt bestimmte Anweisungen erteilt werden können. Nach Art. 240 ZPO erfolgt eine Mitteilung des Urteils an Behörden und betroffene Dritte, falls eine gesetzliche Grundlage dafür besteht oder die Mitteilung der Vollstreckung dient.[1348] Eine gesetzliche Grundlage besteht nicht. Gestaltungs- und Feststellungsurteile bedürfen zudem keiner Vollstreckung (vgl. oben N. 201). Somit ist eine Anweisung an das kantonale Handelsregisteramt nach Ansicht des Kommentators nicht möglich.[1349] Das Handelsgericht des Kantons Bern hat ein entsprechendes Urteil dem bernischen Handelsregisteramt – ohne bestimmte Anweisungen – zu erteilen, mittgeteilt und erwähnt, dass dies die gleiche Wirkung wie eine förmliche Anweisung zeitigen wird.[1350] Das Handelsgericht des Kantons Zürich führt aus, dass die Anfechtungsklage unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung erzeugt, weshalb sich eine Anweisung an das Handelsregisteramt erübrige. Somit sei das Urteil lediglich mitzuteilen. [1351] In einem anderen Fall erwähnte das Handelsgericht des Kantons Zürich, dass das entsprechende Urteilsdispositiv dem Handelsregisteramt nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, vorbehältlich einer aufschiebenden Wirkung der

134 Messer, N. 626; Rohrer, S. 116; Vock, S. 151.

134 Riemer, N. 210; Vock, S. 151. Für den Verein auch: BGE 136 III 345 E. 2.2.2.

134 In Deutschland (§ 248 Abs. 1 dAktG) und in Österreich (§ 198 Abs. 1 öAktG) ist der Vorstand verpflichtet das Urteil dem Handelsregister in Deutschland bzw. dem Firmenbuch in Österreich einzureichen.

134 Messer, N. 627; Heller, S. 24. Aufgrund ihres Beispiels wohl für eine Anweisung an das Handelsregisteramt: Courvoisier/Schnyder, § 34 N. 8 (Rechtsbegehren).

135 Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 25.

135 Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160030 vom 31.8.2017 E. 2.4.

Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a oder Abs. 3 BGG) wegen einer Handelsregistersperre mittgeteilt wird.[1352] Diese Urteile stehen grundsätzlich im Widerspruch zu Ar. 19 Abs. 1 HRegV, wonach das Gericht ein Urteil dem Handelsregisteramt einreicht, falls es die Eintragung bestimmter Tatsachen anordnet. Es ist problematisch, dass die Rechtsprechung die handelsregisterrechtlichen Folgen dem Handelsregisteramt überlässt und keine gerichtliche Anordnung vorsieht. Des Weiteren ist zu beachten, dass Handelsregisterämter rechtsvollziehende Behörden sind. Diese können nur jene Rechtsgeschäfte eintragen, die eindeutig und klar dokumentiert sind. Anderes zu behaupten, würde die Funktion des Handelsregisters vereiteln, die gerade darin besteht, dass jede beliebige Person ohne besonderen Interessennachweis zu jeder Handelsregistereintragung die entsprechenden Eintragungen und Belege beim Handelsregisteramt einsehen kann (Art. 936 OR und Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 HRegV). Schliesslich gilt es zu beachten, dass wenn ein Rechtsgeschäft – erst einige Jahre später – mit der rechtskräftigen Klärung eines Streits endlich im Handelsregister berücksichtigt werden soll, in der Zwischenzeit andere Beschlüsse den früheren Streit obsolet gemacht haben könnten.

Aufgrund der Dispositionsmaxime (oben N. 162 f.) sollte der Kläger bzw. die Klägerin, falls eine Mitteilung an das Handelsregisteramt überhaupt zulässig ist – wie im zuvor genannten Entscheid – ein entsprechendes Begehren stellen.[1353] Nach hier vertretener Auffassung hätte die klagende Partei selbst das Urteil dem Handelsregisteramt mitzuteilen, weil eine Mitteilung durch das Gericht nicht möglich ist. Bei einer solchen Mitteilung enthält das Urteil keine konkrete Anweisung an das Handelsregisteramt. Das Handelsregisteramt befindet sich (u.a. aus staatshaftungsrechtlichen Gründen) in einer unbequemen Situation, weil sich die verstrittenen GesellschafterInnen über die Konsequenzen des Urteils im Handelsregister u.U. nicht einig sind. *De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber diesbezüglich Klarheit schaffen.

Das Handelsregisteramt hat die Nichtigkeit im Rahmen seiner Kognition von Amtes wegen zu beachten (vgl. oben N. 13).[1354] Demnach kann das Handelsregisteramt lediglich in denjenigen Fällen eingreifen, wenn zwingende Gesetzesbestimmungen zu beachten sind, die im öffentlichen Interesse oder

135 Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200002 vom 18.5.2021 E. 6 *in fine*.
135 Vgl.: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 20 103 vom 16.8.2021 E. 2.
135 BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808c N. 14.

zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind. Dabei ist die Gesetzesauslegung grundsätzlich dem Gericht zu überlassen.[1355] Das Handelsregisteramt hat somit nur in Ausnahmefällen von Amtes wegen einzugreifen.

VIII. ANFECHTBARKEIT UND NICHTIGKEIT IM ZUSAMMENHANG MIT DER COVID-19-PANDEMIE

Die speziellen Regelungen zu Versammlungen im Gesellschaftsrecht aufgrund der Covid-19-Pandemie waren bis am 31. Dezember 2022 in Kraft. Die entsprechenden Normen sind bei Verfahren zu beachten, die sich auf Beschlüsse von Gesellschafterversammlungen in diesem Zeitraum abstützen (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Gemäss Art. 8 aCovid-19-Gesetz[1356] konnte der Bundesrat zur Ausübung von Rechten in Versammlungen von Gesellschaften soweit erforderlich abweichende Bestimmungen erlassen über die Ausübung der Rechte auf schriftlichem Weg oder in elektronischer Form (lit. a) oder durch eine unabhängige Stimmrechtsvertretung (lit. b). In Art. 27 Abs. 1 aCovid-19-Verordnung 3[1357] sah der Bundesrat vor, dass der Veranstalter bzw. die Veranstalterin bei Gesellschafterversammlungen ungeachtet der voraussichtlichen Teilnehmeranzahl vorsehen kann, dass die GesellschafterInnen ihre Rechte auf schriftlichem oder elektronischem Form (lit. a) oder durch eine vom Veranstalter bzw. der Veranstalterin bezeichnete unabhängige Stimmrechtsvertretung ausüben können (lit. b). Diese Anordnung musste **spätestens vier Tage vor der Gesellschafterversammlung** schriftlich mitgeteilt oder elektronisch veröffentlicht werden (Art. 27 Abs. 2 aCovid-19-Verordnung 3). Massgebend ist dabei das Datum der Postaufgabe wie bei der regulären Einberufungsfrist (vgl. oben N. 87).[1358] Dieser Tag wie auch jener der Gesellschafterversammlung sollen dabei nicht mitgezählt werden (siehe oben N. 87). Vorübergehend war somit eine **Einschränkung des Teilnahmerechts** der GesellschafterInnen zulässig.[1359] Der Zugang zu einer virtuellen Gesellschafterversammlung durfte jedoch nicht verweigert oder unverhältnismässig erschwert werden.[1360] Je nach Schweregrad lag

135 Vgl.: BGer 4A_363/2013 vom 28.4.2014 E. 2.1.

135 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25.9.2020 (SR 818.102).

135 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 19.6.2020 (Covid-19) (SR 818.101.24).

135 Reiser, S. 238. Zur Einberufungsfrist i.S.v. Art. 805 Abs. 3 OR: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 805 N. 23.

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vor. Bei der Mitteilungsfrist von vier Tagen dürfte m.E. ein **unabsichtliches Verpassen der Frist um einen Tag** lediglich zur Anfechtbarkeit führen (vgl. zur Einberufungsfrist oben N. 53 und N. 114). Gemäss Bundesgericht ist die Verweigerung zur Zulassung eines Antrags bei der Durchführung einer schriftlichen Generalversammlung anfechtbar.[1361] Bei den formellen Anfechtungsgründen wird in diesem Zusammenhang die **normative Kausalität** vorausgesetzt (oben N. 48 f.).

LITERATUR-UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Amstutz Marc/Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172-189.

Baumann Wey Sabine, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich 2013 (= LBR 75).

Bloch André, Schutzrechte des Aktionärs, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2022.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff. (zit. Botschaft GmbH 2001).

135 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, FAQ Coronavirus und Generalversammlungen, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/coronavirus.html> (zuletzt besucht am 20.8.2022), Nr. 14.

13 Reiser, S. 240.

13 Ausführlich: BGer 4A_380/2022 vom 30.1.2023 E. 7.1 ff. und E. 9 ff.

Bühler Simon/von der Crone Hans Caspar, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 5 (2014), S. 564-572.

Bürgi Wolfhart F., Zürcher Kommentar, Aktiengesellschaft: Art. 698-738 OR, Zürich 1969 (zit. ZK OR-Bürgi, Art. x N. y).

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 34: Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 35: Vorsorgliche Massnahmen bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131-162.

Dubs Dieter, Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 445-469.

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 14 (2021), S. 719-728 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 1).

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 15 (2021), S. 778- 785 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 2).

Facincani Nicolas/Wyss Dominic, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 3 (2013), S. 416-424.

Feuz Christoph, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Diss. Bern, Zürich 2017 (= SSHW 340).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frey Harold/Christen Severin, Besonderheiten bei spezifischen Streitigkeiten, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020.

Gaberthüel Tino/Wille Alex, Stamm- und Kapitalschutz, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Guidoum Sammy, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Konzeptionelle Aspekte, Voraussetzungen und Verletzungsfolgen, Diss. St.Gallen, Zürich 2023 (= SSHW 360).

Haefliger Peter, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1977, Bern 1978 (= ASR 455).

Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698-726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Heller Jan, Die Auswirkungen der Anfechtungsklage auf den Beschluss der Generalversammlung und dessen Beschlussfolgen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2020.

Hess Beat, Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 1977 (= SSHW 24).

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014 (zit. KuKo OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Huguenin Claire/Mahler Bruno, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des

Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 131-151.

Hüsser Manuel, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 247).

Jutzi Thomas, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 4 (2014), S. 500-512.

Jutzi Thomas/Yousef Luca, Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR, GesKR 3 (2023), S. 292-302.

Knobloch Stefan, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011.

Koller Alfred, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 2 (1988), S. 51-58.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OFK Kommentar OR, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Küng Manfred/Camp Raphaël, GmbH-Recht, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. Küng/Camp, Art. x N. y).

Kunz Peter V., Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, Jusletter vom 29.6.2015.

Lehmann Peter, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000 (= SSHW 198).

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2016, Zürich 2017 (= SSHW 338).

Messer Rémy, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Diss. Bern 2013 (= ASR 792).

Mezger Nick, Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, Diss. Basel 2022, Zürich 2023 (= SSZ 43).

Montavon Pascal, Droit Suisse de la SARL, Lausanne 2008.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Diss. St. Gallen 2020, Zürich 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren, Gedanken anlässlich der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1.1.2021, SSZP 3 (2022), S. 281-296 (zit. Müller, Schutzschrift).

Müller Lukas, AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG, AJP 8 (2020), S. 1075-1082 (zit. Müller, Fehlverhalten).

Müller Lukas/Alig Jennifer, AK 2018 11: Fehlverhalten einer Urkundsperson bei öffentlicher Beurkundung von GV-Beschlüssen einer AG, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019, § 10 BeurkG/ZG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft, AJP 7 (2020), S. 947-953.

Müller Lukas/Fancelli Alina, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, REPRAX 1 (2021), S. 1-30.

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217-269.

Müller Lukas/Rizzi Natascha, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4 (2018), S. 179-201.

Müller Roland/Akeret Fabian, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1 (2021), S. 7-21.

Nater Christoph, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel 2009, Zürich 2010.

Nussbaum Martin F./Sanwald Reto/Scheidegger Markus, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 20017 (zit. Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. x N. y).

Nussbaumer Annemarie, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 249).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Okur Yigit Tahsin, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, Diss. Genf, Neuenburg 1965.

Ramer Paul, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Diss. Zürich 1973.

Reiser Nina, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, GesKR 2 (2020), S. 229-244.

Riemer Hans Michael, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998.

Rohrer Kuno Walter, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979.

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf 2022.

Schenker Urs, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 17-48.

Schmidt Patrick/Müller Matthias P.A., Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), APARIUZ – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich 2019, S. 261-281.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 (= SSHW 285).

Schucany Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1960 (zit. Schucany, Art. x N. y).

Schwander Ivo/Dubs Dieter, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 343-361.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.

Senn Daniel, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, Zürich 2018.

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern 2008 (zit. SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. x N. y).

Sogo Miguel, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007 (= ZStV 152).

Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (= SSHW 171).

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Stoll Jean-Pascal, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 1 (2021), S. 28-39.

Strub Armin, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1963.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. ZK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Markus/Galli Dario, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 1 (2019), S. 5-14.

Vischer Markus/Hofmann Dieter, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung, SZW 5 (2016), S. 503-511.

Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530-771 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vito Roberto/ Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 772-1186 OR und BEG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vock Dominik, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Eine Darstellung nach Züricherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2000 (= ZStV 114).

Von Büren Roland/Bähler Thomas, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 1 (1996), S. 17-28.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.).

Von Steiger Werner, Zürcher Kommentar, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Teilband V5c, Art. 772-827 OR, Zürich 1965 (zit. ZK OR-von Steiger, Art. x N. y).

Voser Peter, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich/Basel/Genf 2016.

Wipf Olivia/von der Crone Hans Caspar, Aktien im Gesamteigentum, Bundesgerichtsurteil 4A_516/2016 vom 28.8.2017, SZW 1 (2018), S. 83-95.

Wohlmann Herbert, GmbH-Recht, Basel 1997.

Wyss Christian/Jenal Florian, Vorbereitung und Einladung zur Beschlussfassung, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

KOMMENTIERUNG ZU

Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020

Eine Kommentierung von Roman Aus der Au / Patric Brand / Jan Heller

ZITIERVORSCHLAG

Roman Aus der Au/Patric Brand/Jan Heller, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Kurzzitat: OK-Aus der Au/Brand/Heller, N. XXX zu Übest Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020.

Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020

A. Allgemeine Regel

Art. 1

[1] Die Artikel 1–4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches gelten für die Änderung vom 19. Juni 2020, soweit die folgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen.

[2] Die Bestimmungen des neuen Rechts werden mit seinem Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar.

B. Anpassung von Statuten und Reglementen

Art. 2

[1] Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen.

[2] Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts in Kraft.

C. Genehmigte Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Art. 3

Für genehmigte Kapitalerhöhungen und Kapitalerhöhungen aus bedingtem Kapital, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, kommt das bisherige Recht zur Anwendung. Die Beschlüsse der Generalversammlung können nicht mehr verlängert oder geändert werden.

D. Vertretung der Geschlechter

Art. 4

[1] Die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht gemäss Artikel 734*f* gilt für den Verwaltungsrat spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt.

[2] Die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht gemäss Artikel 734*f* gilt für die Geschäftsleitung spätestens ab dem Geschäftsjahr, das zehn Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt.

E. Konkursaufschub

Art. 5

Auf einen Konkursaufschub, der vor Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligt worden ist, kommt bis zu dessen Abschluss das bisherige Recht zur Anwendung.

F. Anpassung altrechtlicher Verträge

Art. 6

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bestehenden Verträge sind innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen Rechts anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften des neuen Rechts auf alle Verträge anwendbar.

G. Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Art. 7

Die Artikel 964*d*–964*h* finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt.

Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2020

Die Vorschriften des 6. Abschnitts und des 8. Abschnitts des 32. Titels finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 beginnt.

GLIEDERUNG

I. Einleitung 444
II. Entstehungsgeschichte der ÜBest 444
III. Allgemeine übergangsrechtliche Grundregeln der ÜBest (Art. 1 ÜBest) 445
A. Bedeutung von Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB (Art. 1 Abs. 1 ÜBest) 447
1. Grundsatz der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB) 448
2. Die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung i.S.v. Art. 1 SchlT ZGB gemäss Art. 2 bis Art. 4 SchlT ZGB 449
a. Rückwirkung zugunsten der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit (ordre public; Art. 2 SchlT ZGB) 450
b. Schutz bestimmter Vertrauenspositionen (Art. 3 und Art. 4 SchlT ZGB) 450
B. Anwendung auf bestehende Gesellschaften (Art. 1 Abs. 2 ÜBest) 451
IV. Die einzelnen Übergangsbestimmungen der Aktienrechtsrevision 452
A. Anpassung von Statuten und Reglementen (Art. 2 ÜBest) 452
1. Ausgangslage und Rückblick 452
2. Anwendungsbereich von Art. 2 ÜBest 455
a. Persönlicher Anwendungsbereich 455
b. Sachlicher Anwendungsbereich 456
3. Übergangsfrist 457
a. Grundmechanismus 457
b. Statutarische Wiedergabe von altrechtlichen (zwingenden) Bestimmungen 458
4. Statuten 463
a. Anpassungsbedarf 463
b. Ablauf der Statutenanpassungen 468
5. Reglemente 474
a. Anpassungsbedarf 474
b. Ablauf der Reglementsanpassung 476
B. Genehmigte Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 3 ÜBest) 477
1. Genehmigte Kapitalerhöhung 477
2. Bedingte Kapitalerhöhung 479
C. Vertretung der Geschlechter (Art. 4 ÜBest) 479
D. Konkursaufschub (Art. 5 ÜBest) 481
E. Anpassung altrechtlicher Verträge (Art. 6 ÜBest) 482
F. Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 7 ÜBest) 484
G. Übergangsbestimmung betreffend Transparenz über nichtfinanzielle Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative) 485

V. Nicht explizit legiferierte übergangsrechtliche Fragen 488
A. Gründung und Statutenänderung einer Genossenschaft 488
B. Sachübernahmen 489
C. Aktienkapital in Fremdwährung 490
D. Nachträgliche Statutenpublizität 491
E. Kapitaltransaktionen 491
1. Kapitalerhöhung 493
2. Kapitalherabsetzung 494
F. Vergütungsrecht 495
1. Vergütungsbericht 495
2. Prospektive Abstimmung über variable Vergütungen 496
3. Zusatzbetrag 497
4. Dauer der Verträge über Vergütungen 498
G. Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie Sonderuntersuchung 498
H. Tagungsort im Ausland 499
I. Stichentscheid in der Generalversammlung 500
J. Zwischenabschluss 501
K. Reservenbildung und Dividende 503
L. Sanierungsrecht 503
1. Drohende Zahlungsunfähigkeit 504
2. Kapitalverlust 504
3. Überschuldung 506
M. Aktienrechtliche Klagen 507
1. Rückerstattungsklage 508
2. Verantwortlichkeitsklage 512
3. Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage 514
4. Auflösungsklage 515
N. Schiedsgerichtsbarkeit 516
Literaturverzeichnis 520
Materialienverzeichnis 527

I. EINLEITUNG

1 Die meisten Bestimmungen des neuen Aktienrechts sind am **1. Januar 2023** in Kraft getreten. Einige Bestimmungen traten bereits am **1. Januar 2021** in Kraft (unten N. 88 und N. 101). Im Hinblick auf den Übergang vom alten zum neuen Aktienrecht sind die *«Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020»* von zentraler Bedeutung. Diese Bestimmungen sind auch für andere Gesellschaftsformen wie die GmbH und die Genossenschaft relevant. Als sog. **intertemporales Recht** widmen sie sich der Abgrenzung zeitlich aufeinanderfolgender Aktienrechtsordnungen.[1362] Der Begriff **Übergangsrecht** wird synonym verwendet.[1363] Das intertemporale Recht bestimmt, ob das alte oder das neue Aktienrecht auf einen bestimmten Sachverhalt zur Anwendung gelangt.[1364]

2 Im vorliegenden Kommentar wird *«Art. x ÜBest»* verwendet, um auf entsprechende Normen des hier kommentierten Übergangsrechts zu verweisen. Bei Verweisen auf das Aktienrecht vor dem 1. Januar 2023 wird *«Art. x aOR»* verwendet. Das neue Aktienrecht wird mit *«Art. x nOR»* referenziert (ebenso Bestimmungen, die in anderen Gesetzen geändert wurden). Auf eine Norm des OR ohne Voranstellung eines *«a»* oder *«n»* wird verwiesen, falls sowohl altes als auch neues Recht erfasst sind.

3 Falls nicht auf Besonderheiten der GmbH oder der Genossenschaft verwiesen wird, werden jeweils die aktienrechtlichen Normen angegeben ohne zusätzlich auf deren Pendants im GmbH- sowie im Genossenschaftsrecht hinzuweisen.

II. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER ÜBEST

4 Regelmässig stehen die Übergangsbestimmungen eines Gesetzesentwurfs weder im Fokus des Parlaments noch der öffentlichen Wahrnehmung. So war es auch bei der Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020. Das Parlament passte die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Übergangsbestimmungen lediglich in zweierlei Hinsicht minimal an: Zum einen spricht Art. 3 ÜBest von *«Kapital-*

13 Im Allgemeinen: BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.
13 Vischer, Diss., S. 23.
13 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 7.

erhöhung aus bedingtem Kapital» während im Entwurf von *«bedingter Kapitalerhöhung»* die Rede war (vgl. Art. 3 E-ÜBest). Zum anderen weitete das Parlament Art. 6 E-ÜBest von *«Anpassung altrechtlicher Arbeitsverträge»*[1365] zu *«Anpassung altrechtlicher Verträge»* aus (vgl. Art. 6 E-ÜBest). Dieser Eingriff ist begrüssenswert, weil die Norm so auch andere Vertragsverhältnisse wie Auftrag oder Rangrücktritt erfasst (vgl. unten N. 97 und N. 99).[1366] Betreffend Art. 4 ÜBest wurden Änderungen zum Gesetzesentwurf diskutiert (kürzere Übergangsfristen; automatische Ausserkraftsetzung nach zehn Jahren [Sun-set-Klausel[1367]]).[1368]

Die Gründung einer Genossenschaft sowie die Änderung von deren Statuten setzt neu – wie bei der AG[1369] und der GmbH[1370] – eine öffentliche Beurkundung voraus (Art. 830 und Art. 838a nOR; *«level playing field»*). Die Möglichkeit einer erleichterten Gründung konnte sich im Parlament nicht durchsetzen. Aus diesem Grund strich das Parlament auch Art. 7 E-ÜBest, der während zwei Jahren eine erleichterte (einfache) schriftliche Statutenänderung bei Genossenschaften vorsah. Damit verzichtete das Parlament auf eine übergangsrechtliche Erleichterung. 5

III. ALLGEMEINE ÜBERGANGSRECHTLICHE GRUNDREGELN DER ÜBEST (ART. 1 ÜBEST)

Die Auswirkungen eines neuen bzw. revidierten Rechts auf bestehende Rechtspositionen sind ein wesentlicher Aspekt von Übergangsbestimmungen.[1371] Die Übergangsbestimmungen der Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020 zielen auf Gesellschaften, die einer alten Rechtsordnung entspringen, mithin vor dem 1. Januar 2023 gegründet wurden. Sie bezwecken einerseits, dass diese sich innert vernünftiger Zeit an die neue Rechtsordnung anpassen, 6

13 Hervorhebung von den Kommentatoren hinzugefügt.

13 Vgl.: Forstmoser/Küchler, Art. 6 ÜBest N. 3.

13 Zu diesem Begriff bspw.: Kradolfer Matthias, Intertemporales öffentliches Recht, Zürich 2020, N. 48.

13 Siehe: Votum Markwalder, AB 2018 NR S. 1109 und Votum Rielle, AB 2018 NR S. 1111.

13 Art. 629 Abs. 1 und Art. 647 OR.

137 Art. 777 Abs. 1 und Art. 780 OR.

137 Uhlmann Felix, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich et al. 2014, S. 33–51, S. 42.

sodass diese uneingeschränkt Anwendung findet.[1372] Andererseits gilt es unter einer alten Rechtsordnung entstandene Rechtsverhältnisse zu schonen und nach Treu und Glauben in die neue Rechtsordnung zu überführen.[1373] Damit der Gesetzgeber seine legislatorischen Ziele[1374] möglichst effizient erreicht, ist eine Orientierung an den Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen entscheidend.[1375] Unerwünschte Nebenwirkungen sind dabei zu minimieren. Der Gesetzgeber ist daher u.U. gehalten, angemessene Übergangsbestimmungen zu legiferieren[1376] – wenngleich aufgrund von Art. 190 BV auch diesen Grundsätzen widersprechende Bundesgesetze anwendbar bleiben. Wenn mehrere Auslegungen der Übergangsbestimmungen möglich sind, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht. Allerdings ist eine derartige Auslegung durch den klaren Wortlaut einer Übergangsbestimmung begrenzt.[1377]

7 Das Übergangsrecht zum neuen Aktienrecht wird mit einer Grundregel eingeleitet. Gemäss Art. 1 Abs. 1 ÜBest gelten grundsätzlich die Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB.[1378] Diese Regelungen gelten, soweit die übrigen ÜBest *«nichts anderes vorsehen»* (dazu unten N. 24 ff.). Hierbei handelt es sich um den **allgemeinen Teil des schweizerischen intertemporalen Rechts** (Marginalie bei Art. 1 SchlT ZGB: *«Allgemeine Bestimmungen»*).[1379] Im intertemporalen Recht bilden die Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB den allgemeinen Teil. Sie werden herangezogen, falls intertemporalrechtliche

137 Bereits: von Steiger, S. 8.

137 Dies gebietet das verfassungsrechtliche Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben, das auch den Gesetzgeber bindet (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV) (BGE 128 II 112 E. 10a/bb S. 126). Der Gesetzgebungsleitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes verweist auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (N. 1038) (Bundesamt für Justiz, 2019, N. 1038, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/legistik/ hauptinstrumente/gleitf-d.pdf.download.pdf/gleitf-d.pdf [zuletzt besucht am 8.8.2023]).

137 Gemäss Botschaft Aktienrecht 2016, S. 401, geht es darum, die *«Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze zu überführen sowie das Aktienrecht zu modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der nächsten Jahre anzupassen»*.

137 Vgl. Towfigh Emanuel V./Petersen Niels, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017, N. 40.

137 M.w.H.: BGer 2C_694/2011 vom 19.12.2011 E. 4.9.2.

137 Im Allgemeinen zur verfassungskonformen Auslegung: BGE 143 III 385 E. 4.1 S. 391.

137 Vgl. demgegenüber Art. 1 der ÜBest der Revision vom 4.10.1991, die am 1.7.1992 in Kraft trat, wonach *«der Schlusstitel des Zivilgesetzbuches»* vorbehaltlos galt (vgl. Homburger Eric, Leitfaden zum neuen Aktienrecht, Zürich 1991, S. 116).

137 BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.

Sondervorschriften fehlen (**Heranziehung zur Lückenfüllung**) oder bei unklaren intertemporalrechtlichen Sondervorschriften (**Heranziehung zur Auslegung**).[1380] Auch ohne diesen Legalverweis würden Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB zur Anwendung gelangen, sofern keine intertemporalrechtlichen Sondervorschriften bestehen.[1381] Der Verweis in Art. 1 Abs. 1 ÜBest ist demnach deklaratorischer Natur. Die Art. 2 bis Art. 7 ÜBest gehen den Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB als Spezialbestimmungen vor.[1382] Als besonderes Übergangsrecht sind sie jedoch mithilfe von Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB auszulegen.[1383]

Wer sich auf altes Recht beruft, trägt für die diesbezüglichen Tatsachen bzw. Tatsachenbehauptungen die **Beweislast**. Es gilt die Vermutung der Ausschliesslichkeit des neuen Rechts.[1384] 8

Nach zutreffender Ansicht handelt es sich beim intertemporalen Recht – soweit nicht eine gesetzliche Ausnahme besteht[1385] – um **zwingendes Recht**. Eine intertemporale Rechtswahl ist demnach nicht möglich.[1386] Möglich sind jedoch terminierte bzw. bedingte Statutenänderungen, die oftmals ebenfalls im Zusammenhang mit der intertemporalen Rechtswahl diskutiert werden (siehe unten N. 59).[1387] Da sich die Wirkung des neuen Rechts von Gesetzes wegen erst ab dem 1. Januar 2023 entfalten kann, handelt es sich bei terminierten bzw. bedingten Statutenänderungen nicht um eine intertemporale Rechtswahl. Das neue Recht konnte von der Generalversammlung nicht vor dem 1. Januar 2023 angewandt werden. 9

A. Bedeutung von Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB (Art. 1 Abs. 1 ÜBest)

Art. 1 SchlT ZGB statuiert die **Regel der Nichtrückwirkung in der objektiven Fassung**. Hierbei handelt es sich um eine starre Formel ohne Berücksichtigung bestimmter Wertungen.[1388] Wertungen treten jedoch mit 10

13 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 29; BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 2. Siehe auch: BGE 116 II 63 E. 3a S. 66; BGer 5A_841/2017 vom 18.12.2018 E. 5.6.

13 Vgl.: BGE 133 III 105 E. 2.1 S. 108 und E. 2.3 S. 111; BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 2.

13 Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 29.

13 Vgl.: BGer 5A_841/2017 vom 18.12.2018 E. 5.6; BGE 116 II 63 E. 3a S. 66.

13 Dazu: CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 92.

13 Bspw. Art. 10*b* SchlT ZGB betreffend güterrechtliche Unterstellung unter das neue Recht (für weitere Bsp.: BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 4).

13 Märki, S. 173; CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 98.

13 Siehe: Böckli, 4. Aufl., § 19 N. 30 ff.

Art. 2 bis Art. 4 SchlT ZGB hinzu, welche die **Regel der Nichtrückwirkung in der subjektiven Fassung** darstellen.[1389] Die Art. 2 bis Art. 4 SchlT ZGB regeln die Ausnahmen zum Grundgedanken der Nichtrückwirkung i.S.v. Art. 1 SchlT ZGB.[1390]

1. Grundsatz der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB)

11 Der in Art. 1 SchlT ZGB enthaltene Grundsatz der Nichtrückwirkung sieht im Allgemeinen vor, dass neue Bestimmungen nicht auf Sachverhalte angewendet werden, die sich vor deren Inkrafttreten ereignet haben.[1391] Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB hält in Bezug auf altrechtliche Tatsachen fest, dass diese nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin nach altem Recht zu beurteilen sind.[1392] Es gilt der **Grundsatz** *«alte Tatsache – altes Recht»*.[1393]

12 Der Begriff *«Tatsache»* ist umstritten. Die herrschende Lehre versteht unter *«Tatsache»* jeden Vorgang, der eine Rechtswirkung nach sich zieht.[1394] Eine Rechtswirkung bedeutet die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses.[1395] Eine andere Ansicht subsumiert unter *«Tatsachen»* alle Gegebenheiten der Sinneswelt.[1396] Die so verstandenen *«Tatsachen»* lassen sich in **alt-**[1397] oder **neurechtliche**[1398] **Tatsachen** einteilen.[1399]

13 Der Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt lediglich für **abgeschlossene Sachverhalte**. Sachverhalte, die unter altem Recht beginnen und unter neuem Recht andauern, werden davon nicht erfasst (sog. **Dauersachverhalte**). Solche liegen u.a. in der Organisation einer Gesellschaft als auch in der Rechtsstellung, der an ihr beteiligten Personen

13 Ausführlich: BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 14.
13 KuKo-Pfaffinger, Vorb. Art. 1–50 SchlT ZGB N. 2; Vischer, Diss., S. 46.
13 Siehe: CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 45 und N. 50; Tuor/Schnyder/Schmid, § 120 N. 5.
13 Vgl.: CHK-Brändli, Art. 1 SchlT ZGB N. 6.
13 BGE 136 III 14 E. 5.5.1 S. 19; auch «*grandfathering*» genannt (vgl. Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 4 und N. 35).
13 Forstmoser, SJZ, S. 147; Meier, S. 318; Tuor/Schnyder/Schmid, § 120 N. 8.
13 CHK-Brändli, Art. 1 SchlT ZGB N. 8.
13 KuKo-Pfaffinger, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.
13 BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 5; Vischer, Diss., S. 33 f.; Mönnich, S. 291.
13 *Facta praeterita*.
13 *Facta futura*.
13 Siehe: BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 5.

vor. Hier gilt ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens grundsätzlich das neue Recht (vgl. auch Art. 3 SchlT ZGB).[1400]

Unter **Handlungen**[1401] i.S.v. Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB sind diejenigen Tatsachen zu verstehen, die vom Willen einer Person abhängig sind.[1402] Es handelt sich dabei um eine Unterart der Tatsachen. Diejenigen Tatsachen, die sich unabhängig vom menschlichen Willen verwirklichen, werden als **Ereignisse** bezeichnet.[1403] Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB wiederholt diesbezüglich lediglich die Aussage von Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB explizit für altrechtliche Handlungen (vgl. oben N. 11).[1404] 14

Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB hält den Grundsatz fest, wonach neurechtliche Tatsachen nach neuem Recht beurteilt werden (*lex posterior derogat legi priori*).[1405] Ausnahmen bleiben vorbehalten. Dazu gehören *leges speciales* sowie die Fälle von Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 SchlT ZGB.[1406] Eine neurechtliche Tatsache, die lediglich Grundlage eines altrechtlichen unselbständigen Änderungs- oder Untergangstatbestandes ist, untersteht ebenfalls altem Recht.[1407] Dazu zählt gemäss Bundesgericht die Ausübung eines altrechtlichen Kaufrechts nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Dieser Fall beurteilte sich gemäss Bundesgericht nach alten Recht.[1408] 15

2. Die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung i.S.v. Art. 1 SchlT ZGB gemäss Art. 2 bis Art. 4 SchlT ZGB

Der soeben dargestellte Grundsatz der Nichtrückwirkung wirkt nicht, falls eine der in Art. 2 bis Art. 4 SchlT ZGB dargestellten Ausnahmen vorliegt.[1409] Art. 2 SchlT ZGB betrifft Sachverhalte der **öffentlichen Ordnung und** 16

14 Zum Ganzen: Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 S. 3148, S. 3247. M.w.H. für Organisationsmängel: Hofer/Pfäffli, S. 347. Zum öffentlichen Recht anstatt vieler: BGE 122 II 113 E. 3b.dd S. 124.

14 *Facta humana.*

14 CHK-Brändli, Art. 1 SchlT ZGB N. 9.

14 Vgl.: BSK-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N. 5; Vischer, Diss., S. 34 und S. 41.

14 CHK-Brändli, Art. 1 SchlT ZGB N. 10.

14 Broggini, S. 436.

14 KuKo-Pfaffinger, Art. 1 SchlT ZGB N. 2; Vischer, Diss., S. 42 f.

14 CHK-Brändli, Art. 1 SchlT ZGB N. 11.

14 BGE 90 II 135 E. 3 S. 139 f.

14 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 50.

Sittlichkeit (unten N. 17 f.). Die Art. 3 f. SchlT ZGB betreffen den Schutz **bestimmter Vertrauenspositionen**. Diese Tatsachen sind entweder unabhängig (Art. 3 SchlT ZGB) oder abhängig vom Willen der Beteiligten (Art. 4 SchlT ZGB).[1410] Es handelt sich bei Art. 3 und Art. 4 SchlT ZGB um ein einheitliches Konzept,[1411] weshalb diese nachfolgend gemeinsam behandelt werden (unten N. 19 ff.).

a. Rückwirkung zugunsten der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit (ordre public; Art. 2 SchlT ZGB)

17 Art. 2 SchlT ZGB räumt Bestimmungen, die um der **öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit** willen aufgestellt sind, eine besondere Stellung ein. Eine Rückwirkung ist gemäss Art. 2 SchlT ZGB in diesen Bereichen zulässig.[1412] Ob es sich um eine solche Norm handelt, ist eine Frage der Auslegung der rechtspolitischen Motive, die zur Gesetzesrevision geführt haben.[1413] Allein der Umstand, dass eine neue Vorschrift zwingendes Recht darstellt, genügt nicht.[1414]

18 Die Aktienrechtsrevision sollte das Institut der Aktiengesellschaft (bzw. teilweise auch der GmbH und der Genossenschaft) hauptsächlich modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen anpassen.[1415] Die Botschaft enthält keine Hinweise dafür, dass die neuen Regelungen aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit erlassen wurden.[1416] Falls das neue Recht lediglich eine bundesgerichtliche Praxis kodifiziert, ist diese (weiterhin) unmittelbar anwendbar.[1417]

b. Schutz bestimmter Vertrauenspositionen (Art. 3 und Art. 4 SchlT ZGB)

19 Art. 3 und Art. 4 SchlT ZGB schützen bestimmte Vertrauenspositionen. Art. 3 SchlT ZGB gelangt zur Anwendung, falls das Rechtsverhältnis nicht vom

---

141 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 99.
141 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 52.
141 BGE 140 III 404 E. 4.2 S. 406.
141 BGE 140 III 404 E. 4.2 S. 406; BGE 138 III 659 E. 3.3 S. 663.
141 BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109; Mönnich, S. 294. Tendenziell anderer Ansicht: BSK-Vischer, Art. 2 SchlT ZGB N. 4; Vischer, Diss., S. 97 f.
141 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 401. Dazu oben Fn. 13.
141 Siehe: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 626.
141 Vgl.: Forstmoser, SJZ, S. 159.

Willen der Beteiligten abhängt. Demgegenüber ist für die Anwendung von Art. 4 SchlT ZGB der Wille der Beteiligten massgebend.[1418]

Falls der Inhalt eines Rechtsverhältnisses gesetzlich umschrieben wird, hängt dieses nicht vom Willen der Parteien ab. Die Beurteilung erfolgt gemäss Art. 3 SchlT ZGB anhand des neuen Rechts. Die Regel der Nichtrückwirkung gilt lediglich für den Erwerb bzw. die Entstehung von Rechtsverhältnissen. Der Inhalt dieser Rechte ist jedoch dem künftigen Recht unterworfen, soweit zwingendes Recht in Frage steht.[1419] Von dieser Regelung erfasst sind u.a. Gesellschaften.[1420] Zwingendes Gesellschaftsrecht gilt – soweit nichts Abweichendes vorgesehen ist – ab dessen Inkrafttreten.[1421] So richtet sich das Verhältnis zwischen Aktionär bzw. Aktionärin und der Gesellschaft ab dem 1. Januar 2023 grundsätzlich nach neuem zwingendem Recht, auch wenn die Aktionärsstellung vor dem 1. Januar 2023 begründet wurde (bereits oben N. 13; siehe auch Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Vorbehalten bleiben die speziellen ÜBest, wozu bspw. die Regelungen in Art. 2 und Art. 6 ÜBest betreffend zweijähriger Weitergeltung altrechtlicher Statuten, Reglemente oder Verträge zählen (betreffend Statuten und Reglemente unten N. 25 ff. und betreffend Verträge unten N. 97 ff.). 20

Art. 4 SchlT ZGB sieht vor, dass **nicht erworbene Rechte** bei einer Rechtsänderung nicht zu schützen sind.[1422] Falls unter altem Recht eingetretene Tatsachen noch keine subjektiven Rechtspositionen geschaffen haben, beurteilen sich ihre Wirkungen nach neuem Recht.[1423] Im Umkehrschluss bedeutet diese Bestimmung, dass wohlerworbene Rechte vor der Rückwirkung geschützt sind.[1424] 21

B. Anwendung auf bestehende Gesellschaften (Art. 1 Abs. 2 ÜBest)

Art. 1 Abs. 2 ÜBest hält fest, dass die Bestimmungen des neuen Rechts am 1. Januar 2023 auf **bestehende Gesellschaften** anwendbar werden. Deren 22

141 CR-Pichonnaz/Piotet, Art. 1–4 SchlT CC N. 99.
141 Dazu: Broggini, S. 436; Forstmoser, SJZ, S. 147; BSK-Huguenin/Giampaolo, Art. 6*b* SchlT ZGB N. 3; von Steiger, S. 22.
14 BSK-Vischer, Art. 3 SchlT ZGB N. 1.
14 Vgl.: BGE 120 II 393 E. 3 S. 396.
14 BSK-Vischer, Art. 4 SchlT ZGB N. 3.
14 KuKo-Pfaffinger, Art. 4 SchlT ZGB N. 1.

Statuten und Reglemente enthalten oftmals einige Bestimmungen des alten Rechts. Diesbezüglich gelangt jedoch aufgrund von Art. 2 ÜBest eine Ausnahme zur Anwendung (näher unten N. 25 ff.).[1425] Bestehende Gesellschaften sind solche, die spätestens am 31. Dezember 2022 Rechtspersönlichkeit erlangt haben, d.h. im Handelsregister eingetragen wurden (vgl. Art. 643 Abs. 1, Art. 779 Abs. 1 und Art. 838 Abs. 1 OR).

23 Das in Art. 1 Abs. 2 ÜBest Erwähnte, wonach für bestehende Gesellschaft ab dem 1. Januar 2023 das neue Recht zur Anwendung gelangt, gilt bereits aufgrund der allgemeinen übergangsrechtlichen Regelungen. Es handelt sich bei der Organisation der Gesellschaft sowie der Rechtsstellung der daran Beteiligten um einen **Dauersachverhalt**, für den die Regel der Nichtrückwirkung keine Anwendung findet (vgl. oben N. 13). Weiter schreibt Art. 3 SchlT ZGB vor, dass der Inhalt der Rechtsverhältnisse, der unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten durch das neue Recht zu beurteilen ist (vgl. oben N. 20). Für **juristische Personen** ergibt sich dies weiter konkret aus Art. 6*b* Abs. 3 SchlT ZGB, der einen Anwendungsfall des allgemein gehaltenen Art. 3 SchlT ZGB darstellt.[1426]

IV. DIE EINZELNEN ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN DER AKTIENRECHTSREVISION

24 Dieses Kapitel befasst sich mit den explizit geregelten Themenbereichen der ÜBest.

A. Anpassung von Statuten und Reglementen (Art. 2 ÜBest)

1. Ausgangslage und Rückblick

25 Art. 2 ÜBest ist ein Klassiker gesellschaftsrechtlicher Revisionen. Wie nachfolgend chronologisch gezeigt wird, kannten bereits diverse intertemporale Normen vorgängiger Revisionen ähnliche Bestimmungen wie Art. 2 ÜBest. Es fällt auf, dass die neueren Übergangsbestimmungen in der Systematik des OR weiter oben angesiedelt sind als die beiden erstgenannten,

14 Tuor/Schnyder/Schmid, § 120 N. 12.
14 BGE 138 III 659 E. 3.3 S. 663.
14 BSK-Huguenin/Giampaolo, Art. 6*b* SchlT ZGB N. 10.

was nicht der chronologischen Abfolge der Übergangsbestimmungen im OR entspricht.

Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV-XXXIII[1427]

B. Anpassung alter Gesellschaften an das neue Recht
I. Im Allgemeinen

Art. 2

[1] Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften, die im Zeitpunkte des Inkrafttretens dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, haben binnen einer Frist von fünf Jahren ihre Statuten den neuen Bestimmungen anzupassen.

[2] Während dieser Frist unterstehen sie dem bisherigen Rechte, soweit ihre Statuten den neuen Bestimmungen widersprechen.

[3] Kommen die Gesellschaften dieser Vorschrift nicht nach, so sind sie nach Ablauf der Frist durch den Handelsregisterführer von Amtes wegen als aufgelöst zu erklären.

[4] (...)

Schlussbestimmungen zum XXVI. Titel[1428]

B. Anpassung an das neue Recht
I. Im Allgemeinen

Art. 2

[1] Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innert fünf Jahren ihre Statuten den neuen Bestimmungen anpassen.

[2] (...)

[3] Andere statutarische Bestimmungen, die mit dem neuen Recht unvereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch fünf Jahre, in Kraft.

---

14 Revision vom 18.12.1936, die am 1.7.1937 in Kraft trat.
14 Revision vom 4.10.1991, die am 1.7.1992 in Kraft trat.

28. Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005[1429]

B. Anpassungsfrist

Art. 2

[1] Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen.

[2] Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch zwei Jahre in Kraft.

[3] (...)

[4] (...)

Übergangsbestimmung der Änderung vom 12. Dezember 2014[1430]

B. Anpassung von Statuten und Reglementen

Art. 2

[1] Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 12. Dezember 2014 im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen.

[2] Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bleiben bis zur Anpassung, längstens aber noch zwei Jahre in Kraft.

26 Während die ersten beiden Revisionen Übergangsfristen von fünf Jahren vorsahen, entspricht eine zweijährige Übergangsfrist der heutigen Best Practice im Gesellschaftsrecht. Auch das neue Rechnungslegungsrecht und Art. 28 VegüV sahen eine zweijährige Übergangsfrist vor.[1431] Die fünfjährige

14 Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 16.12.2005, die am 1.1.2008 in Kraft trat.

143 Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 12.12.2014, das am 1.7.2015 in Kraft trat.

Übergangsfrist der Revision vom 4. Oktober 1991, die am 1. Juli 1992 in Kraft trat, hat sich gemäss Forstmoser/Küchler als unnötig lang erwiesen.[1432] Zu bedenken ist zudem, dass eine zunehmende Kadenz an Gesetzesänderungen im Aktienrecht zu beobachten ist,[1433] was durch überlange Übergansfristen komplizierter würde. Im Übrigen gehen längere Übergangsfristen schneller vergessen.[1434]

Ungeachtet dessen wurde auch in der jüngsten Aktienrechtsrevision eine Übergangsfrist von sogar zehn Jahren diskutiert. Diese sah Romano in seinem erfolglosen Vorschlag einer Anpassung des französischen und des italienischen Begriffs für Aktiengesellschaft vor. Zugunsten der Wahrung des Finanzplatzes begehrte er die Streichung des Teils, der auf die Anonymisierung hindeutet (von *«société anonyme»* zu *«société par actions»* und von *«società anonima»* zu *«società per azioni»*). Die Abkürzung wäre weiterhin *«SA»* geblieben.[1435] 27

Aufgrund der (funktionalen) Ähnlichkeit der vorliegenden Bestimmung mit Art. 2 ÜBest der letzten Revisionen kann die damals ergangene Literatur auch vorliegend bei Art. 2 ÜBest berücksichtigt werden. Der Mechanismus ist derselbe; teilweise unterscheidet sich der Wortlaut minim: So sprachen frühere Übergangsbestimmungen noch von *«unvereinbar»* während neuere Übergangsbestimmungen von *«nicht vereinbar»* sprechen. 28

2. Anwendungsbereich von Art. 2 ÜBest

a. Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 2 ÜBest gelangt auf Gesellschaften zur Anwendung, die **am 1. Januar 2023 im Handelsregister eingetragen** waren. Hierbei handelt es sich um die bestehenden Gesellschaften i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ÜBest (vgl. oben N. 22). 29

143 Art. 2 Abs. 1 Übergangsbestimmungen der Änderung vom 23.12.2011, die am 1.1.2013 in Kraft trat.

143 Forstmoser/Küchler, Art. 2 ÜBest N. 4. Anderer Ansicht zum Entwurf aus dem Jahr 2007: Kunz Peter V., Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision, Kurzbeitrag zu ausgewählten Neuerungsvorschlägen bei Art. 620–636 E-OR und bei Art. 1–5 ÜBest E-OR, GesKR 2008 (Sondernummer), S. 9–14, S. 14.

143 Rouiller/Bauen/Bernet/Lasserre Rouiller, N. 740. Dazu zählen bspw. das GAFI-Gesetz, Global-Forum Gesetz, die VegüV oder das Rechnungslegungsrecht.

143 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 626.

143 Ausführlich: Votum Romano, AB 2018 NR S. 1112.

Bereits in anderen Übergangsbestimmungen sprach Art. 1 Abs. 2 von bestehenden Gesellschaften und Art. 2 Abs. 1 von im Zeitpunkt des Inkrafttretens im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften.[1436] Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass damit eine Differenzierung zu den bestehenden Gesellschaften i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ÜBest beabsichtigt ist.

30 Aus Art. 2 ÜBest *e contrario* ergibt sich, dass für **nach dem 1. Januar 2023 gegründete Gesellschaften**, ausschliesslich das neue Aktienrecht zur Anwendung gelangt. Massgebend ist der Eintrag im Tagesregister des Handelsregisters,[1437] auch wenn die öffentliche Beurkundung vorher erfolgt sein sollte. Dasselbe ergibt sich bereits aus Art. 1 Abs. 1 ÜBest i.V.m. Art. 4 SchlT ZGB. Falls vor dem 1. Januar 2023 noch gar keine Aktiengesellschaft bestanden hat, kann altes Recht keine Anwendung finden (vgl. oben N. 21).

b. Sachlicher Anwendungsbereich

31 Bereits der Marginalie kann entnommen werden, dass sich Art. 2 ÜBest auf **Statuten** und **Reglemente** bezieht. In den Statuten werden diejenigen Normen festgelegt, die die Gesellschaft neben den gesetzlichen Bestimmungen beherrschen.[1438] Die Statuten sind als Belege im Internet gebührenfrei zugänglich (vgl. Art. 936 Abs. 1 und Abs. 2 OR sowie Art. 22 Abs 3 und Art. 43 Abs. 2 lit. b HRegV). Mit Reglementen ist u.a. das weit verbreitete Organisationsreglement erfasst. Daneben können auch andere Reglemente wie bspw. Vergütungs- oder Eintragungsreglemente[1439] von Änderungen betroffen sein. Solche Reglemente bestehen i.d.R. bei börsenkotierten Gesellschaften, während bei KMU häufig nur ein Organisationsreglement erlassen wird, falls ein solches überhaupt besteht.

---

143 Siehe Übergangsbestimmungen zum Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12.12.2014 und zur Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 16.12.2005 (teilweise oben N. 25).

143 Siehe: EHRA, Praxismitteilung 1/21 vom 10.2.2021, Präzisierungen bezüglich Eintragungen in das Handelsregister, Ziff. 2.

143 Vgl.: BSK OR II-Schenker, Art. 629 N. 3.

143 Der Verwaltungsrat bestimmt in einem Eintragungsreglement Regelungen über die Anerkennung und Eintragung (oder deren Verweigerung) eines Erwerbers bzw. einer Erwerberin von Aktien in das Aktienbuch. Es ist insbesondere im Zusammenhang mit Übertragungsbeschränkungen, d.h. vinkulierten Namenaktien, bedeutsam.

3. Übergangsfrist

a. Grundmechanismus

Art. 2 Abs. 1 ÜBest sieht vor, dass Gesellschaften, die am 1. Januar 2023 im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen Vorschriften nicht entsprechen, ihre Statuten und Reglemente **innerhalb von zwei Jahren** den neuen Bestimmungen anpassen müssen. Diese Bestimmung ist als klare Anweisung bzw. Befehl formuliert. Nach Art. 2 Abs. 2 ÜBest bleiben Statuten und Reglemente, die mit dem neuen Recht nicht vereinbar sind, bis zur Anpassung, längstens aber noch bis am **31. Dezember 2024** in Kraft. Am 1. Januar 2025 treten die dem neuen Recht widersprechenden Bestimmungen automatisch ausser Kraft.[1440] Die dem neuen Recht widersprechenden Bestimmungen gelten damit als nicht geschrieben. Es handelt sich dabei um eine Teilnichtigkeit analog zu Art. 20 Abs. 2 OR. Dieser Automatismus führt dazu, dass die Gesellschaften grundsätzlich nicht zu einer Statutenänderung gezwungen werden.[1441] Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 ÜBest klingt demzufolge zu imperativ. Demnach besteht bei den Gesellschaften regelmässig kein zwingender Anpassungsbedarf (näher unten N. 48 ff.). Nichtsdestotrotz dürfte es in vielen Fällen angezeigt sein, die Statuten dem neuen Recht anzupassen, sei es, um von neuen Möglichkeiten unter dem revidierten Recht Gebrauch zu machen (z.B. virtuelle Generalversammlung, Nennwerte kleiner als ein Rappen oder Kapitalband), sei es, um schlicht dem geltenden Recht nicht zu widersprechen und im alltäglichen Umgang mit gesellschaftsrechtlichen Dokumenten keine unnötigen Rechtsunsicherheiten zu schaffen. 32

Betreffend Änderungen der Statuten und Reglemente sieht der Gesetzgeber eine *«Einbahnstrasse»* vor. Es sind nur Änderungen an das neue Recht und zwar bereits vor Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist zulässig. Die Neueinführung einer nach bisherigem Recht zulässigen Regelung ist nach dem 1. Januar 2023 unzulässig – ungeachtet der Übergangsfrist.[1442] 33

14 Heller, S. 5.

14 Siehe auch: Votum Caroni, AB 2018 SR S. 995; Forstmoser, EF, S. 321; Forstmoser/Küchler, Art. 2 ÜBest N. 5; Jutzi/Meier, S. 27; Plüss/Caldoro, S. 837; Walter/Joho-Menotti/Fischer/Wyss, S. 10. Ebenfalls zu keinem Zwang mit wenigen Ausnahmen führte, die Aktienrechtsrevision, die am 1.7.1992 in Kraft trat (vgl. oben N. 25; Meier, S. 319). Demgegenüber führte die Einführung der VegüV zu zwingenden Statutenanpassungen (BSK-Kägi, Art. 27 VegüV N. 7 ff.).

40.

b. Statutarische Wiedergabe von altrechtlichen (zwingenden) Bestimmungen

34 Die Statuten zahlreicher Gesellschaften geben einzelne Gesetzesbestimmungen eins zu eins wieder.[1443] Es handelt sich dabei um **fakultative Statuteninhalte**.[1444] So werden vielfach die Kompetenzen der Generalversammlung i.S.v. Art. 698 Abs. 2 aOR und des Verwaltungsrats i.S.v. Art. 716*a* Abs. 1 aOR in einem gesetzesähnlichen Katalog abgebildet.[1445] Schwellenwerte für die Einberufung und Traktandierung an der Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 3 aOR sind ebenfalls regelmässig in den Statuten festgehalten wie auch ein Katalog der Beschlüsse, für die zwingend das qualifizierte Quorum i.S.v. Art. 704 Abs. 1 aOR vorgesehen ist.[1446] Diese statutarische Abbildung wird gerade von internationalen, mit dem schweizerischen Recht nicht vertrauten, InvestorInnen geschätzt (vgl. jedoch unten N. 38 und N. 50 betreffend das Beispiel von Art. 699 Abs. 3 aOR, wonach auf die Statuten nicht zwingend Verlass ist).

35 Bei den unübertragbaren Befugnissen i.S.v. Art. 698 Abs. 2 und Art. 716*a* Abs. 1 OR handelt es sich um zwingende Kompetenzen, von denen eine Gesellschaft statutarisch nicht abweichen darf.[1447] Die Voraussetzungen des Einberufungs- und Traktandierungsrechts können statutarisch nur erleichtert, nicht aber erschwert werden.[1448]

36 In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die statutarischen Abbildungen von zwingendem altrechtlichem Gesetzesrecht, das neuem zwingendem Gesetzesrecht widerspricht, – wie vom Grundmechanismus von Art. 2 Abs. 2 ÜBest vorgesehen – noch während zwei Jahren, d.h. bis am **31. Dezember 2024**, in Kraft bleiben[1449] oder ob diese von neuem zwingendem Gesetzesrecht derogiert werden. In diesem bzw. ähnlichem Zusammenhang werden verschiedene Ansichten vertreten. Da sich bereits in früheren

14 Dazu: Forstmoser/Küchler, Art. 2 ÜBest N. 8; Jutzi/Meier, S. 78 f.
14 Vgl.: Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 31; Weber/Hubli/Ah Choon/Houdrouge, Ziff. 4.
14 Jutzi/Meier, S. 23; von der Crone, § 10 N. 162.
14 OFK-Zürcher/Berweger, Art. 626 OR N. 1.
14 Siehe auch: Jutzi/Meier, S. 27.
14 Vgl.: ZK-Bühler, Art. 716*a* OR N. 6 ff.; ZK-Tanner, Art. 698 OR N. 92.
14 Betreffend das alte Recht: BSK-Dubs/Truffer, Art. 699 OR N. 25; ZK-Tanner, Art. 699 OR N. 19 f. und N. 77.
14 Vgl.: oben N. 32.

Revisionen des Gesellschaftsrechts ähnliche Fragen stellten, kann auch die damalige Doktrin berücksichtigt werden (vgl. oben N. 25).

37 Einige Stimmen gehen davon aus, dass die Statutenbestimmungen, die das alte Regime wiedergeben, spätestens bis am 31. Dezember 2024 in Kraft bleiben. Die **neuen Schwellenwerte und Quoren** würden demnach erst gelten, wenn mittels (vorgezogener) Statutenänderung reagiert wird.[1450] Laut Botschaft steht die unmittelbare Anwendbarkeit der revidierten Normen unter dem Vorbehalt des Übergangsrechts,[1451] dessen Art. 2 Abs. 2 ÜBest als *lex specialis*[1452] gelten kann. *E contrario* lässt sich somit argumentieren, dass während der zweijährigen Übergangsfrist die Statutenbestimmungen in Kraft und somit anwendbar bleiben. Dieser Standpunkt gründet im Gesetzeswortlaut von Art. 2 Abs. 2 ÜBest.[1453] Aus praktischer Sicht spricht dafür, dass die AktionärInnen u.U. auf die entsprechenden Statutenbestimmungen vertrauen. So werden die Statuten u.a. vor einem Aktienkauf im Rahmen der Legal Due Diligence geprüft.[1454]

38 Ein solches allfällig erwecktes Vertrauen kann jedoch auch erschüttert werden, wie das folgende Beispiel zeigt: Das Bundesgericht hielt im Einklang mit der herrschenden Lehre[1455] fest, dass auch AktionärInnen mit einem Anteil von mindestens 10 % des Aktienkapitals ein Traktandierungsrecht haben.[1456] Weiter hält ein Teil der Lehre fest, dass AktionärInnen mit Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. auch ein Einberufungsrecht haben. Die

145 Gericke Dieter/Häusermann Daniel/Anceschi Fabio, Shareholder Activism: New Year, New Challenges, Homburger Bulletin vom 19.1.2023; Walter/Joho-Menotti/Fischer/Wyss, S. 10; Weber/Hubli/Ah Choon/Houdrouge, Ziff. 4. In diese Richtung wohl auch Kläy, S. 314 f. für die Aktienrechtsrevision vom 4.10.1991, die am 1.7.1992 in Kraft trat.

145 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 626.

145 Vgl. dazu Nobel, N. 66, wonach die Art. 2 bis 7 ÜBest als *leges speciales* zu den für anwendbar erklärten Art. 1 bis 4 SchlT ZGB gälten.

145 Vgl. auch zur selben Thematik der Revision vom 18.12.1936, die am 1.7.1937 in Kraft trat: Hürlimann, S. 68.

145 Siehe: Höhn Jakob, Einführung in die rechtliche Due Diligence, Zürich 2003, S. 69 f.; Meier Eric Olivier, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010 (= SSHW 286), S. 110 f. Ein Käufer bzw. eine Käuferin einer Mehrheitsbeteiligung vertraut u.U. auf die schärferen Schwellenwerte betreffend Einberufungs- und Traktandierungsrecht. Es wird darauf gesetzt, dass nur MinderheitsgesellschafterInnen mit mindestens 10 % des Aktienkapitals eine Einberufung verlangen können (Art. 699 Abs. 3 aOR; vgl. N. 38).

145 Unter anderem: Böckli, 4. Aufl., § 12 N. 61 ff.; BSK-Dubs/Truffer, Art. 699 OR N. 23; Meier-Hayoz/ Forstmoser/Sethe, § 16 N. 485; ZK-Tanner, Art. 699 OR N. 73.

145 BGE 142 III 16 E. 2.3 S. 19.

Schwellenwerte würden mithin – entgegen dem zu restriktiven Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 aOR – alternativ in beide Richtungen gelten.[1457]

39 In der Aktienrechtsrevision vom 4. Oktober 1991, die am 1. Juli 1992 in Kraft trat, sah Art. 6 der dazugehörigen Übergangsbestimmungen vor, dass eine Gesellschaft, die durch blosse Wiedergabe von Bestimmungen des bisherigen Rechts für bestimmte Beschlüsse Vorschriften über qualifizierte Mehrheiten in die Statuten übernommen hat, binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten mit absoluter Mehrheit aller an einer Generalversammlung vertretenen Aktien stimmen die Anpassung an das neue Recht beschliessen kann.[1458] Diese Vorschrift galt auch für die damals im Gesetz verankerten Präsenzquoren.[1459] Ohne diese Bestimmung würden entsprechende Statutenbestimmungen auch nach der damaligen Aktienrechtsrevision unverändert als statutarisches Recht weitergelten. Bei grösseren Gesellschaften wäre eine Anpassung an das neue Recht schwierig geworden, weil ansonsten das zu beseitigende Quorum hätte eingehalten werden müssen.[1460] Hierbei handelte es sich um Quorumsbestimmungen, die statutarischen Regelungen zugänglich waren (vgl. Art. 627 Ziff. 11 aOR; siehe zur statutarischen Zugänglichkeit unten N. 41).

40 Jäggi und Rapp vertraten bei früheren Revisionen den Standpunkt, dass Statutenbestimmungen, die lediglich den bisherigen Gesetzestext wiedergeben, automatisch dahinfallen, wenn nachgewiesen werden kann, dass bei deren Erlass die Meinung bestand, den jeweiligen Gesetzestext wiederzugeben.[1461] Jäggi verlangte dabei, dass die GründerInnen auf diese Verhältnisse eingegangen waren. Die blosse Übernahme des Gesetzeswortlauts genügte ihm zufolge nicht. Falls neue AktionärInnen hinzutraten, galt laut Jäggi aufgrund des Vertrauensprinzips das alte Recht.[1462] Capitaine ging davon aus, dass ohne Beweis eines gegenteiligen Willens, eine Statutenbestimmung, die lediglich den altrechtlichen Gesetzestext wiedergab,

145 Böckli, 4. Aufl., § 12 N. 61 ff.; BSK-Dubs/Truffer, Art. 699 OR N. 12.

145 Ausführlich zu den (teils tückischen) Details dieser Norm: Böckli, 2. Aufl., N. 2184 ff.; Forstmoser, SJZ, S. 166 f.; Tanner, S. 772 f.

145 Forstmoser, SJZ, S. 166; Tanner, S. 772.

14 Kläy, S. 314 f.; Tanner, S. 772.

14 Jäggi, S. 235; Rapp, S. 110 f. Anderer Ansicht: Böckli, 2. Aufl., N. 2058(2).

14 Ausführlich: Jäggi, S. 235.

unbeachtlich ist.[1463] Alle diese Auffassungen scheinen nur schwerlich praktikabel.

Böckli,[1464] Forstmoser,[1465] Stauffer und Vischer äusserten sich zu früheren Revisionen dahingehend, dass die zwingenden Bestimmungen des neuen Aktienrechts vorgingen, falls die Statuten lediglich die zwingenden Regelungen des alten Rechts wiedergaben. Statuten sollten demnach bei Angelegenheiten, die sie gar nicht zu regeln haben, keinen Vorrang haben. Dieser Auffassung nach galt sofort das neue Recht, falls der Geltungsgrund nicht in den Statuten, sondern im Gesetz lag (bspw. bei Art. 698 Abs. 2 und Art. 716*a* Abs. 1 OR [vgl. oben N. 35]).[1466] Hürlimann kritisierte die Ansicht von Stauffer zur Revision vom 18. Dezember 1936, die am 1. Juli 1937 in Kraft trat. Zum einen erachtete er es als schwierig, diejenigen Bereiche, deren Geltungsgrund im Gesetz liegt, zu bestimmen.[1467] Dem kann entgegengehalten werden, dass es (zumindest heutzutage) i.d.R. klar ist, ob eine gesellschaftsrechtliche Norm zwingend oder dispositiv ist. Zum anderen bemängelte Hürlimann die fehlende gesetzliche Grundlage für diese Differenzierung.[1468] Dem kann entgegengehalten werden, die gesetzliche Grundlage ergebe sich aus der teleologischen Auslegung der Übergangsbestimmung. 41

Zentral ist somit die Frage, ob bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 ÜBest das **grammatikalische Element** dominiert und man zum Schluss gelangt, die Zweijahresfrist gelte auch für die statutarische Wiedergabe von zwingendem Gesetzesrecht[1469] oder aber ob **teleologische Argumente** überwiegen und man annimmt, zwingendes Gesetzesrecht sei sofort, d.h. ab dem 1. Januar 2023, anwendbar[1470]. 42

14 Capitaine Georges, Le droit de vote à l'assemblée générale d'une S.A. pour l'adaption des statuts au C.O. revisé, SAG 4 (1946), S. 89–98, S. 93 ff.

14 In der neuen Auflage seines Werks äussert sich Böckli nicht mehr eingehend dazu (Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 31 und N. 33). Zu seiner in der Vorauflage vertretenen Auffassung nimmt er keine Stellung.

14 Das neue Werk von Forstmoser/Küchler behandelt diese Thematik nicht.

14 Zum Ganzen: Böckli, 4. Aufl., § 19 N. 14 und N. 18 f.; Böckli, 2. Aufl., N. 2058(1); Forstmoser, SJZ, S. 159; BK-Stauffer, Art. 2 N. 9 und N. 39; BSK-Vischer, Art. 2 SchlT AG OR N. 3 und N. 7 f. In diese Richtung auch: Plüss/Caldoro, S. 838; Rapp, S. 108; Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 65 und N. 67 Fn. 165.

14 Hürlimann, S. 67.

14 Hürlimann, S. 68.

14 Erste Auffassung gemäss obiger N. 37.

43 Nachfolgende Argumente sprechen dafür, dass sich die zweite Auffassung wohl fundierter begründen lässt. Bereits bei der ersten Ansicht wurde gezeigt, dass AktionärInnen u.a. wegen der Rechtsprechung, nicht vollends auf die entsprechenden Statutenbestimmungen bzw. deren Wortlaut vertrauen können (vgl. oben N. 38). Zudem kann nicht mit den Statuten eine Ordnung geschaffen werden, die der Gesetzgeber sich selbst vorbehält. Weiter stimmt diese Ansicht mit dem Grundgedanken des zur Auslegung heranzuziehenden Art. 3 SchlT ZGB überein (siehe den allerdings deklaratorischen Verweis in Art. 1 Abs. 1 ÜBest [vgl. oben N. 7]). Art. 3 SchlT ZGB sieht vor, dass die zwingenden Regelungen des neuen Rechts betreffend den Inhalt eines Rechts verhältnisses unmittelbar mit Inkraftsetzung anwendbar sind. Dies gilt u.a. auch bei Gesellschaften (vgl. auch Art. 6*b* Abs. 3 SchlT ZGB und oben N. 20 und N. 23).

44 Das Bundesgericht entschied betreffend der Sonderprüfung[1471], die in der Revision vom 4. Oktober 1991 eingeführt wurde und am 1. Juli 1992 in Kraft trat, dass diese für die Untersuchung von Sachverhalten vor deren Inkrafttreten zur Anwendung gelangt. Da es sich um ein gesetzlich gewährleistetes Informationsrecht handle, sei dieses Einschränkungen oder abweichenden Regelungen durch die Statuten entzogen. Aus diesem Grund liess das Bundesgericht den Einwand, wonach die Übergangsbestimmung betreffend Statutenbestimmungen zur Anwendung gelangt, nicht gelten.[1472] Die **rechtliche Beurteilung des Sachverhalts** untersteht jedoch aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1473] nach dem alten Recht.[1474] Dieser Entscheid des Bundesgerichts spricht ebenfalls für die zweite Ansicht.

45 Die fünfjährige Übergangsbestimmung der Revision vom 4. Oktober 1991, die am 1. Juli 1992 in Kraft trat,[1475] galt gemäss Forstmoser für den absolut und den bedingt notwendigen Statuteninhalt.[1476] Derartige Inhalte nach altem Recht ergeben sich aus Art. 626 f. aOR. Art. 626 aOR führte den Mindestinhalt der

147 Zweite Auffassung gemäss obiger N. 41.

147 Das neue Recht spricht von Sonderuntersuchung (vgl. Art. 697*c* ff. nOR; Forstmoser/Küchler, Einleitung N. 146).

147 BGE 120 II 393 E. 3 S. 395 f.

147 Dazu oben N. 11 ff.

147 BGE 120 II 393 E. 3 S. 396.

147 Siehe oben N. 25.

147 Forstmoser, SJZ, S. 158.

Statuten abschliessend auf. Die Auflistung in Art. 627 aOR war nicht abschliessend.[1477] Auch die nicht in Art. 627 aOR erfassten Themenbereiche des notwendigen Statuteninhalts sind von der zweijährigen Übergangsfrist erfasst. Art. 627 aOR wurde aufgehoben, weil er unvollständig war und dessen Ergänzung zu mühselig erschien.[1478] Der bedingt notwendige Statuteninhalt ergibt sich jedoch wie im alten Recht aufgrund der jeweils einschlägigen Gesetzesbestimmungen.[1479]

Falls die Statuten auf das Gesetz verweisen, kann davon ausgegangen werden, dass die blosse Verweisung einer Statutenbestimmung auf das Gesetz als Verweis auf die jeweils geltende Rechtsordnung gilt (sog. **dynamische Verweisung**).[1480] Diesbezüglich besteht *a priori* kein Vertrauen in den Bestand einer bestimmten gesellschaftsrechtlichen Rechtsordnung. Diesbezüglich empfiehlt sich aus Transparenzgründen in Zukunft in den Statuten direkt auf das Gesellschaftsrecht zu verweisen anstatt dieses (zumindest inhaltlich) eins zu eins abzuschreiben. 46

Weiter kann argumentiert werden, dass die statutarische Verankerung der Art. 698, Art. 704 und Art. 716*a* aOR nicht abschliessend ist und jederzeit zusätzlich durch neues Recht ergänzt werden kann. 47

4. Statuten

a. Anpassungsbedarf

Wie bereits oben erwähnt soll die Aktienrechtsrevision keinen Zwang zur Statutenänderung auslösen (vgl. oben N. 32). Dies ist v.a. für KMU oder Gruppengesellschaften eine Entlastung, weil eine Statutenänderung neben einem Beschluss der Generalversammlung auch eine öffentliche Beurkundung erfordert (vgl. Art. 647 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Aus Gründen der Rechtssicherheit und Klarheit empfiehlt sich jedoch i.d.R. eine Anpassung. Dabei kann man sich an den verschiedenen Vorlagen der 48

147 BSK-Schenker, Art. 627 OR N. 1.
147 Dazu: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 486 f.
147 Vgl.: Forstmoser/Küchler, Art. 627 N. 5.
14 Forstmoser, SJZ, S. 158.

kantonalen Handelsregisterämter orientieren.[1481] Vom Grundsatz der Zwanglosigkeit der Statutenanpassung gibt es jedoch folgende **Ausnahmen**:

48

49 Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR schreibt vor, dass die Statuten kotierter Gesellschaften Bestimmungen über die Anzahl der Tätigkeiten, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in vergleichbaren Funktionen bei anderen Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck ausüben dürfen, vorsehen (sog. *«Drittmandate»*[1482]). Neu werden auch Mandate in der Geschäftsleitung anderer Unternehmen erfasst (vgl. noch Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV: *«in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen»*[1483]). Dafür erfolgt eine Einschränkung auf Mandate mit *«wirtschaftlichem Zweck»* (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR).[1484] Die Vorgaben von Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR sind u.E. zwingend innert der zweijährigen Übergangsfrist i.S.v. Art. 2 ÜBest, d.h. bis am 1. Januar 2025, anzupassen. Im Übrigen macht sich strafbar, wer als Mitglied des Verwaltungsrats verhindert, dass die Statuten entsprechende Bestimmungen i.S.v. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 OR enthalten (Art. 154 Abs. 2 lit. c nStGB). Dabei wird **direkter Vorsatz** vorausgesetzt; Eventualvorsatz genügt nicht (vgl. Art. 154 Abs. 3 nStGB).[1485] Da direkter Vorsatz hier selten erfüllt sein dürfte, wird sich weisen, ob dieser Straftatbestand nicht toter Buchstabe ist.[1486]

50 Nach Art. 10 und Art. 26 KR SIX[1487] und Ziff. 4.1 und Ziff. 19.1 KR BX[1488] setzt eine Kotierung an der SIX Swiss Exchange bzw. der BX Swiss sowie deren Aufrechterhaltung voraus, dass u.a. die Statuten der **börsenkotierten Gesellschaften** dem nationalen Recht, welchem der Emittent unterliegt, entsprechen. Das Kotierungsrecht der Börsen in der Schweiz bezweckt u.a. Transparenz hinsichtlich der Qualität des Emittenten (Art. 1 KR SIX und Ziff. 1.1 KR BX).[1489] Aus diesem Grund ist u.E. von börsenkotierten Gesellschaften

14 Siehe bspw. die Musterstatuten des Handelsregisteramts des Kantons Zürich (abrufbar unter https://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/handelsregister.html; zuletzt besucht am 8.8.2023).

14 Böckli, 5. Aufl., § 10 N. 174.

14 Dazu: PK-Lambert/Müller, Art. 12 VegüV N. 16, N. 31 und N. 239.

14 Siehe: Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 338; Gnos/Hohler/Kummer/Brazerol, S. 66. Ein wirtschaftlicher Zweck liegt vor, wenn das Unternehmen einen ökonomischen Vorteil (geldwerter Nutzen) zugunsten der GesellschafterInnen anstrebt (Botschaft Aktienrecht 2016, S. 486; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 4 N. 7 f.).

14 Forstmoser/Küchler, Art. 154 StGB N. 5; Gnos/Hohler/Kummer/Brazerol, S. 70.

14 Siehe auch: Forstmoser/Küchler, Art. 626 N. 29.

14 Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange AG vom 15.7.2022, Stand am 1.5.2023.

14 Kotierungsreglement der BX Swiss AG, Stand vom 1.5.2023.

zu verlangen, dass ihre Statuten keine ungültigen Bestimmungen enthalten.[1490] Gleiches dürfte für anderweitig, bspw. durch die FINMA, beaufsichtigte Gesellschaften gelten. Damit werden u.a. ausländische InvestorInnen geschützt, die mit dem schweizerischen Aktienrecht wenig vertraut sind. An dieser Auffassung ändert auch der Geist der Aktienrechtsrevision – wonach die Gesellschaften zu keinerlei Statutenänderungen gezwungen werden (vgl. oben N. 32) – nichts, weil das Kotierungsrecht eigene Zwecke verfolgt. Eine Bereinigung der Statuten ist somit erforderlich.[1491] Die oben erwähnte Rechtsprechung und Lehre zu Art. 699 Abs. 3 aOR wurde von diversen börsenkotierten Gesellschaften in den Statuten nicht abgebildet (vgl. oben N. 38). Dies dürfte dafür sprechen, dass die Börsen nicht mit aller Konsequenz prüfen werden, ob die Statuten dem neuen Recht entsprechen. U.E. ist zu erwarten, dass die meisten börsenkotierten Gesellschaften ihre Statuten an der **ordentlichen Generalversammlung 2023 oder 2024** anpassen werden. Einigen Gesellschaften ist es wichtig, bereits im Jahr 2023 über dem neuen Recht entsprechende Statuten zu verfügen. Andere Gesellschaften warten zuerst ab, was die anderen Gesellschaften tun.

Weiter drängt sich sowohl bei nichtkotierten als auch kotierten Gesellschaften 51
eine Statutenänderung auf, falls von einer **Möglichkeit des neuen Rechts** Gebrauch gemacht werden soll und hierfür eine **statutarische Grundlage** erforderlich ist.[1492] Die zweijährige Übergangsfrist gilt hierbei nicht, weil das neue Recht grundsätzlich ab dem 1. Januar 2023 zur Anwendung gelangt und es sich um neue Möglichkeiten – ohne Grundlage im bisherigen Recht – handelt (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 ÜBest).[1493]

Zu den **Möglichkeiten des neuen Rechts** zählen u.a.: 52

- Reduktion des Mindestnennwerts unter einen Rappen (Art. 622 Abs. 4 nOR);
- Aktienkapital in einer Fremdwährung (Art. 621 Abs. 2 und Art. 626 Abs. 1 Ziff. 3 nOR);

14 Bezüglich Transparenz auch: Art. 1 Abs. 2 FinfraG.

14 Ferner verkünden auch die StimmrechtsberaterInnen (*Proxy Advisors*) generelle Empfehlungen betreffend Statutenanpassungen; vgl. bspw. von Glass Lewis (Switzerland-Voting-Guidelines-GL-2023.pdf (glasslewis.com) (zuletzt besucht am 8.8.2023).

14 Bereits: Heller, S. 5.

14 Vgl.: Forstmoser, EF, S. 321; Plüss/Caldoro, S. 838; Walter/Joho-Menotti/Fischer/Wyss, S. 10.

- Einführung eines Kapitalbands (Art. 653*s* Abs. 1 nOR);
- Einführung einer statutarischen Schiedsklausel (Art. 697*n* nOR);
- Ausländischer Tagungsort für eine Generalversammlung (Art. 701*b* Abs. 1 nOR);
- Virtuelle Generalversammlung (allenfalls ohne unabhängige Stimmrechtsvertretung; Art. 701*d* nOR).[1494]

53 U.U. erfordert das neue Recht auch ein sofortiges Eingreifen. Gemäss Art. 716*b* Abs. 1 nOR kann der Verwaltungsrat – sofern die Statuten nichts anderes vorsehen – die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil einzelnen Mitgliedern oder

14 Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 26; EHRA, Faktenblätter, S. 152, S. 164, S. 166, S. 170 und S. 172; Forstmoser/ Küchler, Art. 2 ÜBest N. 6.Fraglich ist die Rechtsnatur der Faktenblätter des EHRA. Normalerweise erlässt das EHRA Praxismitteilungen, die es auf seiner Webseite ohne Kostenschranke publiziert (https://ehra.fenceit.ch/de/praxismitteilungen/; zuletzt besucht am 8.8.2023). Die Kompetenz des EHRA zum Erlass von Weisungen ergibt sich aus Art. 943 OR i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. a HRegV. Diese Praxismitteilungen haben keine Gesetzeskraft und richten sich als Verwaltungsverordnungen nur an die kantonalen Handelsregisterämter. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist von solchen Verwaltungsverordnungen nicht ohne Not abzuweichen, soweit sie eine langjährige, rechtsgleiche Praxis kodifizieren (BVGer B-633/2013 vom 12. November 2014 E. 3.2; BVGer B-4719/2010 vom 31.8.2010 E. 3.3). Das Bundesverwaltungsgericht forderte einmal eine Konsultation aller interessierten Kreise (BVGer B-633/2013 vom 12.11.2014 E. 3.2). Dies dürfte oftmals nicht bzw. nicht öffentlich geschehen sein.Demgegenüber befinden sich die Faktenblätter in der kostenpflichtigen Zeitschrift REPRAX. Die EHRA, Praxismitteilung 1/23 hat auf die Faktenblätter bereits (ohne Angabe der Fundstelle) verwiesen (siehe EHRA, Praxismitteilung 1/23, S. 5). Somit stellt sich die Frage, ob auf die erwähnte Rechtsprechung auch bei den Faktenblättern zur Anwendung gelangt. Dies ist unseres Erachtens zu verneinen. Es handelt sich bei diesen Faktenblättern um einen Zeitschriftenbeitrag, der zwar vom EHRA publiziert wurde, aber nicht denselben rechtlichen Status hat, wie eine behördeninterne Verwaltungsverordnung. Somit sind die Faktenblätter für die Auslegung nach Art. 1 Abs. 3 ZGB im Falle von Gesetzeslücken zu berücksichtigen, sofern sich diese als bewährte Lehre und Überlieferung etablieren

14 Im Zuge der Covid-Pandemie wurde es ermöglicht, Generalversammlungen in besonderer Form unter Ausschluss der physischen Präsenz der Aktionäre durchzuführen (*«Covid-Generalversammlungen»* i.S.v. Art. 27 aCovid-19-Verordnung 3 [SR 818.101.24]). Da bei *Covid-Generalversammlungen* das Prinzip der Unmittelbarkeit nicht zwingend eingehalten werden musste, dürfen diese Ausnahmeformen nicht mit dem Modus der virtuellen Generalversammlung verwechselt werden. Seit dem 1.1.2023 sind *Covid-Generalversammlungen* nicht mehr zulässig, da die entsprechende Bestimmung durch das Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision aufgehoben wurde (Art. 29 Abs. 5 aCovid-19-Verordnung 3).

Dritten übertragen (Art. 716*b* Abs. 1 nOR). Demgegenüber war vorher für die Übertragung der Geschäftsführung eine statutarische Grundlage erforderlich (Art. 716*b* Abs. 1 aOR). Das dispositive Recht wurde somit umgekehrt.[1495] Falls eine Übertragung der Geschäftsführung ab dem 1. Januar 2023 nicht erwünscht ist, muss proaktiv eine entsprechende prohibitive Statutenbestimmung erlassen werden.[1496]

54 Das alte Aktienrecht liess die Vertretung an der Generalversammlung ausschliesslich durch andere AktionärInnen nur bei entsprechender **statutarischer Vorschrift** zu (vgl. Art. 627 Ziff. 10 und Art. 689 Abs. 2 aOR). Neu wird bei einer solchen Regelung in den Statuten einer nichtkotierten Gesellschaft verlangt, dass der Verwaltungsrat auf Verlangen eines Aktionärs oder einer Aktionärin eine unabhängige Stimmrechtsvertretung oder eine Organstimmrechtsvertretung bezeichnet (Art. 689*d* Abs. 2 nOR). Die Einzelheiten werden in den Statuten geregelt (Art. 689*d* Abs. 3 nOR *in fine*). Demnach erfordert das neue Recht eine entsprechende Statutenanpassung. Da es sich nicht um den Ersatz von altem durch neues zwingendes Recht handelt, sondern um eine neue Regelung, die das alte Recht nicht vorsah, gelangt diesbezüglich die zweijährige Übergangsfrist i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ÜBest zur Anwendung (dazu oben N. 32 ff.).[1497]

55 Ab dem 1. Januar 2023 werden bestimmte Vergütungen ohne statutarische Grundlage unzulässig sein, weil der Katalog unzulässiger Vergütungen von Art. 735*c* nOR neu auch bestimmte Vergütungen an **frühere Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung** sowie **ihnen nahestehende Personen** erfasst (vgl. zum Vergütungsrecht auch N. 127 ff.).[1498] Diesbezüglich kann eine Anpassung der Statuten nötig werden.

56 Eine **genehmigte Kapitalerhöhung** i.S.v. Art. 651 ff. aOR ist nach dem 1. Januar 2023 nur möglich, falls der entsprechende Statutenänderungsbeschluss vor dem 1. Januar 2023 gefällt wurde (vgl. Art. 3 ÜBest; siehe unten N. 81).

57 Zu **Schiedsklauseln**, die vor dem 1. Januar 2023 in den Statuten enthalten sind, vgl. unten N. 194.

14 Forstmoser/Küchler, Art. 716*b* N. 7.
14 Vgl.: Weber/Hubli/Ah Choon/Houdrouge, Ziff. 2.1.
14 Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 22.
14 Forstmoser/Küchler, Art. 735*c* N. 11; Heller, S. 4.

98.

b. Ablauf der Statutenanpassungen

58 Falls die Gesellschaft bzw. deren Verwaltungsrat einen Anpassungsbedarf identifiziert, erfolgt eine Statutenanpassung durch **Beschluss der Generalversammlung** (vgl. Art. 698 Abs. 2 lit. a OR).[1499] Der **Verwaltungsrat** wird dabei den Entwurf ausarbeiten und die entsprechende Generalversammlung einberufen (vgl. Art. 699 Abs. 1 und Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 6 OR). Der Beschluss der Generalversammlung muss **öffentlich beurkundet** werden und das neue Statutendatum **in das Handelsregister eingetragen** werden (vgl. Art. 647 OR und Art. 22 Abs. 1 lit. b HRegV; zu den Statuten als Belege oben N. 31). Die Generalversammlung untersteht dabei, falls sie nach dem 1. Januar 2023 erfolgt, als neue Tatsache dem neuen Recht (Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB; vgl. oben N. 15). Zwingende Gesetzesbestimmungen zur Generalversammlung können nicht aufgrund von Statutenbestimmungen, welche das alte zwingende Recht enthalten, missachtet werden (vgl. oben N. 34 ff.). Eine Einberufung vor dem 1. Januar 2023 für eine Generalversammlung nach dem 1. Januar 2023 richtet sich u.E. nach Art. 700 aOR.[1500] Einberufungen von börsenkotierten Gesellschaften müssen demnach keine kurze Begründung zu den Anträgen des Verwaltungsrats enthalten (vgl. Art. 700 Abs. 2 Ziff. 3 nOR).

59 Das **EHRA** publizierte betreffend Statutenänderungen im Hinblick auf das Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision eine **Praxismitteilung**.[1501] Diese beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern Statutenänderungen vor dem 1. Januar 2023 im Hinblick auf das neue Recht beschlossen und im Handelsregister eingetragen werden konnten.[1502] Dabei wird unterschieden zwischen **terminierten** und **bedingten Statutenänderungen**. Sofern es sich um nicht-publikationspflichtige Tatsachen handelt, konnten diese terminiert beschlossen werden. Solche Statutenbestimmungen konnten seit der Verabschiedung des definitiven Texts der nHRegV, d.h. seit dem **2. Februar 2022**, beim Handelsregisteramt zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.[1503] Die **publikationspflichtigen Tatsachen** ergeben sich bei der Aktiengesellschaft aus Art. 45 nHRegV.[1504] Zu

14 Zum Anpassungsbedarf der Statuten oben N. 48 ff.

15 Siehe zur ähnlichen Problematik mit zusammenhängenden Tatsachen unten N. 118 ff.

15 EHRA, Praxismitteilung 1/22 vom 17.1.2022, Statutenänderungen im Hinblick auf die Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19.6.2020.

15 EHRA, Praxismitteilung 1/22, Ziff. 1.

15 EHRA, Praxismitteilung 1/22, Ziff. 2.1.

den terminierten Statutenänderungen zählt u.a. eine Bestimmung betreffend die virtuelle Generalversammlung (vgl. Art. 701*d* nOR) sowie für nicht kotierte Gesellschaften bestimmte Bestimmungen des Vergütungsrechts in Art. 732 ff. nOR (vgl. Art. 732 Abs. 2 nOR).[1505] In den Statuten muss klar zum Vorschein treten, welche Regelung wann zum Tragen kommt.[1506] Demgegenüber konnten publikationspflichtige Statutenänderungen nicht vor dem 1. Januar 2023 beim Handelsregisteramt angemeldet werden. Vor dem 1. Januar 2023 war jedoch ein **bedingter Statutenänderungsbeschluss** unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Aktienrechtsrevision in Kraft tritt, möglich. Als Statutendatum gilt der Tag der Beschlussfassung und nicht das Datum des Inkrafttretens des neuen Rechts, d.h. der 1. Januar 2023, oder der Tag der Handelsregisteranmeldung (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b HRegV). Folgende Statutenänderungen gehören dazu:[1507]

- Herabsetzung des Nennwerts unter einen Rappen, wobei der Nennwert grösser als null zu sein hat (Art. 622 Abs. 4 nOR und Art. 45 Abs. 1 lit. h nHRegV);
- Kapital in Fremdwährung (Art. 621 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 629 Abs. 3 und Art. 632 Abs. 2 nOR sowie Art. 45 Abs. 1 lit. h nHRegV);
- Einführung eines börsenkotierten Partizipationskapitals gemäss den revidierten Bestimmungen (Art. 656*b* Abs. 1 nOR und Art. 45 Abs. 1 lit. j nHRegV);
- Kapitalband (Art. 653*s* ff. nOR und Art. 59*a* Abs. 2 nHRegV);
- Schiedsklausel (Art. 697*n* nOR und Art. 45 Abs. 1 lit. u nHRegV).

Für die Anpassung des Nennwerts kann auf die Gesetzesanpassung vom 1. Mai 2001 verwiesen werden, wonach der Nennwert einer Aktie grösser als einen Rappen sein muss (Art. 622 Abs. 4 aOR). Diesbezüglich bestand ebenfalls die Möglichkeit bereits vor dem 1. Mai 2001 einen bedingten Statutenänderungsbeschluss betreffend die Herabsetzung des Nennwerts zu fassen.[1508] Ein unbedingter Beschluss war gemäss EHRA nichtig, weil er dem damals geltenden Recht widersprochen hätte.[1509] Der Eintritt der Bedingung, 60

15 Für die GmbH aus Art. 73 nHRegV und die Genossenschaft aus Art. 87 nHRegV.
15 Betreffend Vergütungsrecht: Forstmoser/Küchler, Art. 732 N. 8.
15 Mit Formulierungsvorschlägen: EHRA, Praxismitteilung 1/22, Ziff. 2.1.
15 Zum Ganzen: EHRA, Praxismitteilung 1/22, Ziff. 2.2.

d.h. das Inkrafttreten der Gesetzesänderung, gilt aufgrund der Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung als allgemein bekannt und muss demnach nicht durch öffentliche Beurkundung festgestellt werden.[1510] Die damaligen Überlegungen des EHRA betreffend Nichtigkeit sowie öffentliche Beurkundung können *tel quel* auf die Praxismitteilung EHRA 1/22 übertragen werden.

61 Im Zusammenhang mit der Einberufung der Generalversammlung muss der Verwaltungsrat sicherstellen, dass die Verhandlungsgegenstände die **Einheit der Materie** wahren (Art. 700 Abs. 3 nOR). Dieses auch im Verfassungsrecht bekannte Prinzip[1511] galt bereits im alten Aktienrecht.[1512] Der Grundsatz der **Einheit der Materie** ist im Besonderen bei Statutenanpassungen zu beachten.[1513] Er ist gemäss Müller verletzt, falls Elemente unterschiedlicher **Kernbeschlussgegenstände**[1514] verknüpft werden.[1515] Dadurch wird verhindert, dass AktionärInnen einem Antrag zustimmen, obwohl sie damit bloss teilweise einverstanden sind.[1516] AktionärInnen sollen ihren Willen frei und unverfälscht bilden und übermitteln können.[1517] Vorausgesetzt wird demnach, dass die einzelnen Bestandteile eines Traktandums einen sachlichen bzw. engen Zusammenhang aufweisen.[1518] Auch bei den Anträgen gilt die Einheit der Materie.[1519] Demnach ist es nicht zulässig, den AktionärInnen aufzuzwingen, einem Teil des Antrags wider Willen

15 EHRA, Mitteilung 2001, S. 2 mit Verweis auf Bericht und Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats zur Parlamentarischen Initiative Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien vom 11.9.2000, BBl 2000 S. 5501, S. 5505.

15 EHRA, Mitteilung 2001, S. 3.

151 EHRA, Mitteilung 2001, S. 3.

151 «*Der Grundsatz der Einheit der Materie verlangt, dass zwei oder mehrere Sachfragen und Materien nicht in einer Art und Weise miteinander zu einer einzigen Abstimmungsvorlage verbunden werden, die die Stimmberechtigten in eine Zwangslage versetzen und ihnen keine freie Wahl zwischen den einzelnen Teilen belassen.*» (BGer 1P.223/2003 vom 27.8.2003 E. 2.2 im Zusammenhang mit Art. 34 Abs. 2 BV).

151 Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 15.

151 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 554; Schenker/Schenker, S. 218.

151 Dazu: Müller, N. 460 ff.

151 Müller, N. 501.

151 Vgl.: Schott, § 10 N. 38 und N. 41.

151 Müller, N. 422.

151 Böckli, 5. Aufl., § 8 N. 167; Dubs, Dieter, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich 2008, N. 85; Schott, § 10 N. 41.

151 Böckli, 5. Aufl., § 8 N. 167.

zuzustimmen, nur damit sie den zweiten Teil des Antrags annehmen können.[1520]

Es wird zwischen **Teil-** und **Totalrevision der Statuten** differenziert. Bei einer Totalrevision verlangen die Handelsregisterämter, dass sämtliche Bestimmungen dem neuen Recht entsprechen.[1521] Demgegenüber wird bei einer Teilrevision nur die geänderte bzw. neu hinzugefügte Statutenbestimmung geprüft.[1522] In einer **Teilrevision der Statuten** können Themenblöcke für eine Beratung und Abstimmung gebildet werden, die allenfalls auch voneinander inhaltlich abhängen können. Über jeden dieser Themenblöcke muss – im Einklang mit dem Grundsatz der Einheit der Materie – separat beraten und abgestimmt werden. Bei der Zusammenstellung der Themenblöcke verfügt der Verwaltungsrat über einen gewissen Ermessensspielraum.[1523] Die Anforderung an die Einheit der Materie sollte nicht zu eng ausgelegt werden.[1524] Der Gesetzgeber beabsichtigt keine unsachgemässe Fragmentierung der Traktanden.[1525] 62

Denkbar sind folgende **Themenblöcke**: 63

- Vergütungsrechtliche Bestimmungen (vgl. Art. 626 Abs. 2 nOR);[1526]
- Bestimmungen über ein Kapitalband (vgl. Art. 653*s* ff. nOR);[1527]
- Bestimmungen über die Generalversammlung;
- Bestimmungen über den Verwaltungsrat;
- Bestimmungen über die Revisionsstelle.[1528]

---

152 Müller, N. 448. Aus diesem Grund dürfen AktionärInnen nur Anträge *«im Rahmen der Verhandlungsgegenstände stellen»* (Art. 700 Abs. 4 aOR und Art. 699*b* Abs. 5 nOR). Verhandlungsgegenstände ist der Begriff des Gesetzgebers für Traktanden (vgl. anstatt vieler: Böckli, 5. Aufl., § 8 N. 165).

152 EHRA, Faktenblätter, S. 155.

152 EHRA, Faktenblätter, S. 155 f. und S. 167.

152 Zum Ganzen: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 554.

152 Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 16.

152 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 12 N. 50.

152 Enger sachlicher Zusammenhang bejahend bei allen Bestimmungen, die der Umsetzung der VegüV dienen: Kummer Angela, Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich von «Say on Pay», Zürich et al. 2019 (= SSHW 348), N. 70 m.w.H.

152 Schenker/Schenker fordern eine separate Abstimmung über den Entzug des Bezugsrechts im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung, weil es sich dabei um einen starken Eingriff in die Rechte der AktionärInnen handelt (Schenker/Schenker, S. 218).

152 Allgemein: Müller, N. 537.

64 Grundsatzbeschlüsse wie die Einschränkung des Stimmrechts[1529] oder der Übertragbarkeit von Namenaktien (Vinkulierung; Art. 685*a* ff. OR) sollten jeweils separat gefällt werden.[1530] Eine Anpassung bzw. Bereinigung von Statutenbestimmungen, die lediglich zwingendes Recht wiedergeben, kann als einzelner Themenblock gestaltet werden, da die AktionärInnen über diese Themen sowieso nicht via Statuten vom Gesetz abweichend verfügen können (vgl. oben N. 41 ff.). Somit muss nicht über jede einzelne Bereinigung separat abgestimmt werden. Ihnen obliegt lediglich die Entscheidung, ob die Statuten das *«unrichtige»* zwingende Gesetzesrecht wiedergeben oder nicht (dazu oben N. 34 ff.). Da die Aktienrechtsrevision zu keinen obligatorischen Statutenänderungen führen soll (vgl. oben N. 32), dürfen u.E. die Handelsregisterämter bei einzelnen Statutenänderungen nicht zusätzlich verlangen, dass generell eine formale Bereinigung erfolgt.[1531]

65 Der Grundsatz der Einheit der Materie verlangt indes nicht, dass bei einer **Totalrevision der Statuten** über jede Bestimmung einzeln abgestimmt werden muss.[1532] Der Gesetzgeber beabsichtigt mit dem Grundsatz der Einheit der Materie nicht die Einführung eines *«Basar über jede einzelne Statutenbestimmung»*.[1533] Selbstverständlich steht es einem Aktionär bzw. einer Aktionärin jeweils frei den Antrag als Ganzes abzulehnen.[1534] Zudem können die AktionärInnen zu jeder Bestimmung entsprechende Anträge stellen (Art. 700 Abs. 4 aOR bzw. Art. 699*b* Abs. 5 nOR). Bei umstrittenen Themen kann es sinnvoll sein über diese separat abzustimmen und anschliessend das Ergebnis einer Gesamtabstimmung zu unterwerfen.[1535]

66 Der Grundsatz der Einheit der Materie darf nicht dadurch umgangen werden, dass eine Teilrevision unter dem Titel der Totalrevision durchgeführt wird. In diesem Zusammenhang kann von der **formellen** und der **materiellen Totalrevision** gesprochen werden. Eine formelle Totalrevision liegt vor, falls die alte Version der Statuten voll und ganz durch eine neue Version ersetzt

152 Vgl.: Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR.

153 Müller, N. 538.

153 Ebenso: EHRA, Faktenblätter, S. 156. Eine zwingende statutarische Bereinigung betreffend die Umwandlung von Inhaber- zu Namenaktien von Gesetzes wegen sieht Art. 5 Abs. 2 zu den Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21.6.2019 (Global-Forum-Gesetz) vor.

153 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 554; Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 17; Müller, N. 452 f.

153 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 554.

153 Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 17.

153 Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 18.

wird. Bei einer erheblichen Anzahl an Statutenbestimmungen, die materiell geändert wurden, liegt zugleich auch eine materielle Totalrevision vor. Gemäss Müller befindet sich die Grenze der Erheblichkeit zwischen fünf und zehn Einzelabstimmungen, wobei die Grenze sich je nach Umfang der Statuten erhöht.[1536] Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger geben als *«Daumenregel»* ebenfalls zehn Änderungen an.[1537]

Ob über ein Thema in einer einzigen Abstimmung Beschluss zu fassen ist oder ob mehrere Themen zu einem Block zusammengefasst werden sollen, hängt von verschiedenen Überlegungen ab. Einerseits sollen die Themen so zusammengefasst werden, dass der Wille der Generalversammlung möglichst unverfälscht zum Ausdruck gebracht werden kann. Das bedeutet, dass über ein möglicherweise umstrittenes Thema nicht zusammen mit unbestrittenen Themen abgestimmt werden sollte. Andernfalls besteht das Risiko, dass der gesamte Themenblock abgelehnt wird. Andererseits ist das erforderliche Beschlussquorum zu beachten. Eine einzelne Abstimmung empfiehlt sich, falls für einen Beschluss ein qualifiziertes Quorum[1538] vorgesehen ist.[1539] Ansonsten gilt das qualifizierte Quorum für den gesamten Themenblock, obwohl ihm nur ein Teil des Themenblocks unterstellt wäre. 67

Falls die **Einheit der Materie verletzt** ist, kann der entsprechende Beschluss der Generalversammlung **angefochten** werden (Art. 706 f. OR).[1540] Gemäss Müller ist für die Durchsetzung des Grundsatzes der Einheit der Materie erforderlich, dass ein Aktionär bzw. eine Aktionärin in der Generalversammlung auf dessen Einhaltung durch Beantragung einer separaten Abstimmung hinwirkt.[1541] Mangels einer gesetzlichen Grundlage besteht u.E. kein Grund für eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach bei 68

153 Zum Ganzen: Müller, N. 455 ff.

153 Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger, S. 4.

153 Ein qualifiziertes Quorum ergibt sich aus Art. 704 aOR bzw. nOR sowie gegebenenfalls aus einer Statutenbestimmung (vgl. Art. 703 aOR bzw. Art. 703 Abs. 1 nOR; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N. 355).

153 Vgl.: Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger, S. 4.

154 Böckli, 5. Aufl., § 8 N. 169; EHRA, Faktenblätter, S. 170; Forstmoser/Küchler, Art. 700 N. 19; Schenker/Schenker, S. 220. Vgl. auch: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 554 (*«zumindest anfechtbar»*). Eisenring geht – wie die Botschaft – ebenfalls davon aus, dass der entsprechende Beschluss *«zumindest anfechtbar»* ist (OFK-Eisenring, Art. 700 OR N. 7).

154 Müller, N. 468 und N. 500. In diese Richtung auch: Knobloch Stefan, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, S. 401 f.

formellen Mängeln im Aktienrecht – vorbehältlich missbräuchlicher Verhaltensweisen – keine Rügeobliegenheit besteht.[1542]

69 Das **Handelsregisteramt** hat lediglich **anfechtbare Beschlüsse** ebenfalls vorbehältlich anderer Mängel einzutragen.[1543] Demnach sind Beschlüsse betreffend Statutenbestimmungen, welche die Einheit der Materie verletzen im Handelsregister einzutragen. Vorbehalten bleiben vorsorgliche Massnahmen, die zu einer Registersperre führen (vgl. Art. 261 ff. ZPO).[1544]

5. Reglemente

a. Anpassungsbedarf

70 Für **Reglemente** gilt derselbe Mechanismus wie für die Statuten. Am **1. Januar 2025** dem neuen Recht widersprechende Bestimmungen treten gemäss Art. 2 Abs. 2 ÜBest automatisch ausser Kraft (vgl. N. 32). Obwohl sich das Parlament dazu im Gegensatz zu den Statuten nicht explizit äusserte, ist anzunehmen, dass auch Reglementsänderungen nicht obligatorisch sind.[1545]

71 In N. 50 wurde dargelegt, dass **börsenkotierte Gesellschaften** aufgrund der Kotierungsreglemente ihre Statuten anpassen müssen. Analoge Bestimmungen, wonach Reglemente dem schweizerischen Recht entsprechen müssen, finden sich zwar nicht (vgl. Art. 10 und Art. 26 KR SIX sowie Ziff. 4.1 und Ziff. 19.1 KR BX). Jedoch publizieren viele kotierte Gesellschaften im Minimum das Organisationsreglement freiwillig online,[1546] weshalb in diesen Fällen auch dort eine Anpassung zu empfehlen ist.

72 In erster Linie ist das häufig bestehende **Organisationsreglement** auf Anpassungsbedarf zu prüfen. In diesem regelt der Verwaltungsrat im Wesentlichen die Delegation der Geschäftsführung vom Verwaltungsrat an eine Geschäftsleitung (Art. 716*b* Abs. 1 nOR). Ferner werden regelmässig auch

---

154 Gegen einer allgemeine Rügeobliegenheit bei Verfahrensmängeln: Böckli, 5. Aufl., § 14 N. 150; Schott, § 18 N. 27 f. Anders im Vereinsrecht: BGE 132 III 503 E. 3.3 S. 508 f.

154 BGE 114 II 68 E. 2 S. 70; BSK-Dubs/Truffer, Art. 706 OR N. 26; Mezger Nick, Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, Zürich et al. 2023 (= SSZ 43), N. 180; Müller Lukas/Rizzi Natascha, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4/2018, S. 179–201, S. 183.

154 Dazu: Böckli, 5. Aufl., § 14 N. 199; von der Crone, § 5 N. 71.

154 Betreffend Statuten siehe Fn. 80.

154 Vgl.: ZK-Bühler, Art. 716*b* OR N. 31; der Handelsregisterpublizität unterliegen derlei Reglemente nicht.

die Sitzungen und Beschlussfassungen des Verwaltungsrates dort geregelt. Auch die Arbeitsweise und Kompetenzen allfällig bestehender Ausschüsse des Verwaltungsrates (*Committees*) werden vielfach dort festgelegt, wobei auch häufig separate Reglemente (*Committee Charters*) anzutreffen sind.

Gegebenenfalls kann sich eine Reglementsänderung aufdrängen.[1547] Dies in erster Linie, wenn das Reglemente auf angepasste Statuten- oder Gesetzesbestimmungen verweist. Auch selbständige Anpassungen können jedoch angezeigt sein, wie nachfolgende Beispiele zeigen. 73

Gemäss Art. 701*e* Abs. 1 nOR regelt der Verwaltungsrat die **Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung**. Dies ist insbesondere bei der Durchführung einer virtuellen,[1548] hybriden[1549] oder multilokalen[1550] Generalversammlung relevant. Es wird empfohlen, entsprechendes im Organisations- oder einem separaten Reglement bzw. einer separaten Weisung zu regeln.[1551] Ebenfalls zu empfehlen, ist die Aufnahme von Bestimmungen zur elektronische Beschlussfassung des Verwaltungsrats in das Organisationsreglement.[1552] 74

Denkbar ist auch, dass sich der Verwaltungsrat durch eine für ihn unpassende dispositive Gesetzesnorm zu einer abweichenden Regelung im Organisationsreglement veranlasst sieht. Gemäss Art. 713 Abs. 2 Ziff. 3 nOR ist bei elektronischen **Zirkularbeschlüssen**[1553] keine Unterschrift erforderlich, sofern nicht eine anderslautende, schriftliche Festlegung des Verwaltungsrats vorliegt. Um davon abzuweichen ist erforderlich, dass der Verwaltungsrat – sofern nicht bereits vorhanden – einen entsprechenden Passus bspw. in das Organisationsreglement aufnimmt. 75

154 Anders als die Statuten werden die Reglemente der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat und nicht durch die Generalversammlung geändert (Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR). Entsprechend ist der Grundsatz der Einheit der Materie nicht zu beachten.

154 Art. 701*d* nOR.

154 Art. 701*c* nOR.

155 Art. 701*a* Abs. 3 nOR.

155 Vgl.: Müller Roland/Akeret Fabian, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1/2021, S. 7–21, S. 20; siehe das Musterreglement von Müller Roland/Horber Felix, Neues Aktienrecht: Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung, SJZ 1 (2023), S. 43–56, S. 53 ff.

155 M.w.H.: Reiser Nina, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 5/2022, S. 401–415, S. 410.

155 Auch Zirkulationsbeschlüsse genannt (Forstmoser/Küchler, Art. 713 N. 9 *in fine*).

g.

76 Betreffend **Interessenkonflikte** tritt mit der Aktienrechtsrevision Art. 717*a* nOR als rudimentäre Regelung in Kraft. Gemäss Art. 717*a* Abs. 2 nOR hat der Verwaltungsrat bei Vorliegen von Interessenkonflikten Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen. Entsprechende Regelungen können im Organisationsreglement vorgesehen werden, falls nicht bereits vorhanden.[1554] Dies ist jedoch nicht zwingend. Massnahmen im Einzelfall genügen,[1555] gerade auch weil Art. 716*b* Abs. 2 Ziff. 4 E-OR, wonach das Organisationsreglement den Umgang mit Interessenkonflikten regelt, vom Parlament nicht übernommen wurde.

77 Soweit vorhanden können auch Änderungen des **Eintragungsreglements**[1556] ratsam sein. Gemäss Art. 685*d* Abs. 2 nOR kann die Gesellschaft börsenkotierter Namenaktien ErwerberInnen ablehnen, wenn diese auf ihr Verlangen nicht erklären, dass sie die Aktien **im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben** haben, dass keine **Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien**[1557] besteht und dass sie das **mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko** tragen. Es handelt sich hierbei um eine Kann-Vorschrift.[1558] Eine entsprechende Regelung ist somit nicht erforderlich. Gleichwohl kann es im Sinne einer Abwehrmassnahme ratsam sein, diese Neuerung[1559] im Eintragungsreglement, allenfalls auch in den Statuten, abzubilden.

78 Nach Art. 686 Abs. 2bis nOR haben börsenkotierte Gesellschaften sicherzustellen, dass die EigentümerInnen oder NutzniesserInnen das Gesuch um
Eintragung in das Aktienbuch auf elektronischem Weg stellen können. Das **Eintragungsreglement** ist somit in dieser Hinsicht zu prüfen.

b. Ablauf der Reglementsanpassung

79 Falls ein Anpassungsbedarf ausgemacht wird, ist das entsprechende Reglement zu ändern. Zuständig dafür ist der **Verwaltungsrat**, da ihm die

155 Forstmoser/Küchler, Art. 717*a* N. 9.
155 Forstmoser/Küchler, Art. 717*a* N. 9.
155 Siehe: Fn. 78.
155 *Securities lending* und Repo-Geschäft.
155 Böckli, 5. Aufl., § 5 N. 90; Forstmoser/Küchler, Art. 685*d* N. 7.

Festlegung der Organisation der Gesellschaft unübertragbar und unentziehbar obliegt (vgl. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 2 OR).[1560] Demnach kann und darf die Generalversammlung diesbezüglich keine Anpassung beschliessen.[1561]

B. Genehmigte Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Art. 3 ÜBest)

Art. 3 ÜBest regelt den übergangsrechtlichen Umgang mit der **genehmigten Kapitalerhöhung** (unten N. 81 ff.) und der **Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital** (unten N. 86 f.). 80

1. Genehmigte Kapitalerhöhung

Das Kapitalband nach Art. 653*s* ff. nOR ersetzt die altrechtliche genehmigte Kapitalerhöhung nach Art. 651 ff. aOR.[1562] Für eine genehmigte Kapitalerhöhung, die vor dem 1. Januar 2023 beschlossen wurde, gelangt das bisherige Recht zur Anwendung (Art. 3 ÜBest). Dabei stellt Art. 3 ÜBest auf den Beschlusszeitpunkt ab (*«beschlossen wurden»*). Demnach ist auch eine Eintragung eines beschlossenen genehmigten Kapitals im Januar 2023 denkbar. Die Anmeldung des Ermächtigungsbeschlusses beim Handelsregisteramt ist möglichst unverzüglich vorzunehmen.[1563] Eine genehmigte Kapitalerhöhung ist für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren möglich (Art. 651 Abs. 1 aOR). Diese Frist beginnt erst ab der Handelsregistereintragung zu laufen.[1564] In der Praxis wurde jedoch regelmässig ein massgebliches Enddatum in den Statuten verankert.[1565] 81

Verlängerungen und Änderungen der genehmigten Kapitalerhöhung nach dem 1. Januar 2023 sind nicht mehr möglich (vgl. Art. 3 ÜBest *in fine*; siehe auch Ziff. 2.1 Anhang RLCG[1566]). Entsprechende Überbleibsel der 82

155 Gemäss Bieri handelt es sich dabei bloss um eine Konkretisierung des bereits bestehenden Rechts (Bieri Adrian, Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien, Zürich 2011, N. 531 (= SSHW 303)).

156 Böckli, 5. Aufl., § 9 N. 136.

156 Vgl.: Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, §16 N. 627.

156 Von der Crone, § 14 N. 582; Blattmann Julia, Kapitalband – quo vadis?, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022, S. 5.

156 M.w.H.: Tagmann Adrian, in: Siffert/Turin (Hrsg.), SHK Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, Art. 49 N. 6.

156 Anstatt vieler: BSK-Zindel/Isler, Art. 651 OR N. 5.

156 CHK-Müller, Art. 651 OR N. 4.

genehmigten Kapitalerhöhung sind vom Verwaltungsrat aus den Statuten zu streichen (vgl. Art. 651*a* Abs. 2 aOR).

83 Aus Praktikabilitätsgründen sollte es u.E. bei einer **Totalrevision der Statuten** nach dem 1. Januar 2023 zulässig sein, die Regelung betreffend das genehmigte Kapital zu verschieben bzw. erneut in den Statuten aufzunehmen. Dabei kann sich die Artikelnummer ändern oder die Regelung kann erneut im selben Artikel aufgenommen werden. Die Regelung darf jedoch weder formell noch materiell verändert werden (vgl. oben N. 82). Das entsprechende Vorgehen sollte zur Sicherheit zuerst mit dem zuständigen Handelsregisteramt abgesprochen werden.[1567] Falls dieses Vorgehen nicht zulässig wäre, müsste eine umfangreiche Teilrevision der Statuten beschlossen und beim Handelsregisteramt angemeldet werden, was einen deutlich höheren administrativen Aufwand verursacht.

84 Wird ein Kapitalband beschlossen, dann erfolgt die Weiterführung eines bereits beschlossenen genehmigten Kapitals gemäss Forstmoser/Küchler unter dem Regime des Kapitalbands.[1568] Demgegenüber fordert das EHRA[1569] im Einklang mit Büchler[1570], von der Crone/Dazio[1571] und Gericke/Lambert[1572], dass die Statutenbestimmung betreffend das genehmigte Kapital formell aufgehoben wird. Ein Nebeneinander der beiden Instrumente ist nicht vorgesehen, zumal das Kapitalband die genehmigte Kapitalerhöhung ersetzt (vgl. oben N. 82).[1573] Eine formelle Aufhebung ist u.E. bereits aus redaktionellen Gründen sicherlich empfehlenswert.

85 Bei der **Börse SIX Swiss Exchange** gilt der neue Art. 14 RLAE[1574] bei genehmigter Kapitalerhöhung sinngemäss (Art. 26 Abs. 2 RLAE). Die Regelung

156 Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance vom 29.6.2022, Stand am 1.1.2023.

156 Das EHRA verlangt grundsätzlich bei einer Totalrevision, dass sämtliche Bestimmungen dem neuen Recht entsprechen (EHRA, Faktenblätter, S. 155 f.).

156 Forstmoser/Küchler, Art. 3 ÜBest N. 6.

156 EHRA, Praxismitteilung 1/23, S. 3.

157 Noch zum alten Entwurf vom 21.12.2007: Büchler Benjamin, Das Kapitalband, Zürich 2012, N. 250 (= ZStP 242).

157 Von der Crone/Dazio, S. 517.

157 Gericke Dieter/Lambert Claude, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, Kapitalband, Art. 650-657 OR, § 3 N. 45, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023).

157 EHRA, Praxismitteilung 1/23, S. 3; von der Crone/Dazio, S. 517.

157 Richtlinie betr. Ausgestaltung von Effekten vom 6.12.2022, Stand am 1.1.2023.

bleibt dieselbe. Es ist eine zusätzliche Globalurkunde über den Betrag, um welchen das Kapital erhöht wurde, zu erstellen und der Sammelverwahrungsstelle bei der die bisherige Globalurkunde hinterlegt war, einzureichen. Eine ähnliche Regelung bei genehmigter Kapitalerhöhung ist in Art. 16*a* Abs. 2 RLRMP[1575] und Art. 24 Abs. 2 RLVB[1576] vorgesehen.

2. Bedingte Kapitalerhöhung

Die bedingte Kapitalerhöhung bleibt inhaltlich weitgehend unverändert.[1577] Jedoch wurde der Anwendungsbereich des bedingten Kapitals in Art. 653 Abs. 1 nOR aufgrund der Bedürfnisse der Praxis erweitert.[1578] Sodann kann der Verwaltungsrat die Bestimmungen über das bedingte Kapital auch aus den Statuten streichen, falls gar kein solches ausgegeben wurde (Art. 653*i* Abs. 1 Ziff. 2 nOR). Da kaum etwas geändert hat, ist Art. 3 ÜBest betreffend das bedingte Kapital von geringer Bedeutung. Auf jeden Fall darf nach dem 1. Januar 2023 existierendes bedingtes Kapital nur unter den Voraussetzungen des neuen Rechts geändert und auch aufgehoben werden.[1579] Möglich ist auch ein Beschluss der Generalversammlung vor dem 1. Januar 2023 mit bedingtem Kapital nach neuem Recht, sofern die Wirksamkeit der Statutenbestimmung auf den 1. Januar 2023 terminiert wird (vgl. auch oben N. 59).[1580] 86

Für die Regularien der **Börse SIX Swiss Exchange** siehe die entsprechenden Normen oben in N. 85. 87

C. Vertretung der Geschlechter (Art. 4 ÜBest)

734*f* nOR betreffend die Geschlechtervertretung in **Verwaltungsrat** und **Geschäftsleitung** ist bereits am **1. Januar 2021** zusammen mit Art. 4 ÜBest in Kraft getreten. Art. 734*f* nOR schreibt börsenkotierten Gesellschaften,[1581] welche die Schwellenwerte i.S.v. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR überschreiten und die Geschlechterrichtwerte nicht erfüllen vor, im Vergütungsbericht 88

157 Richtlinie betr. Regelmeldepflichten für Emittenten mit Beteiligungsrechten (Beteiligungspapieren), Anleihen, Wandelrechten, Derivaten und kollektiven Kapitalanlagen vom 6.12.2022, Stand am 1.1.2023.

157 Richtlinie betr. Verfahren für Beteiligungsrechte vom 6.12.2022, Stand am 1.4.2023.

157 Forstmoser/Küchler, Vorb. zu Art. 653–653*i* N. 3.

157 Böckli, 5. Aufl., § 2 N. 115, Forstmoser/Küchler, Vorb. zu Art. 653–653*i* N. 4; Reutter/Hammer, S. 304; Schenker/Schenker, S. 90 ff.

157 Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 326.

158 Reutter/Hammer, S. 307.

anzugeben, weshalb nicht jedes Geschlecht zu mindestens 30 % im Verwaltungsrat und mindestens 20 % in der Geschäftsleitung vertreten ist und Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts zu publizieren (*comply or explain*-**Ansatz**).[1582]

89 Art. 4 ÜBest enthält lange Übergangsfristen:

- Betreffend die **Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat** ist eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen. Demnach gilt die Berichterstattungspflicht erstmals für das Geschäftsjahr, das am oder nach dem **1. Januar 2026** beginnt. Die entsprechenden Publikationen werden somit ab dem ersten Semester 2027 erfolgen.
- Betreffend die **Geschlechtervertretung in der Geschäftsleitung** ist sogar eine zehnjährige Übergangsfrist vorgesehen. Demnach gilt die Berichterstattungspflicht erstmals für das Geschäftsjahr, das am oder nach dem **1. Januar 2031** beginnt. Die entsprechenden Publikationen werden somit ab dem ersten Semester 2032 erfolgen.[1583]

Es lässt sich jedoch beobachten, dass einzelne Unternehmen freiwillig oder auf Druck des Kapitalmarkts (insbesondere der Proxy Advisors) diese Berichterstattungspflicht bereits früher befolgen.

90 Die Übergangsfristen ermöglichen die Erreichung der Geschlechterrichtwerte über die natürliche Fluktuation und vermeiden überstürzte Neubesetzungen.[1584] Die Übergangsfrist für die Geschäftsleitung ist doppelt so lang, weil die Rekrutierung schwieriger ist und die Anforderungen an die Branchenkenntnisse oftmals höher sind als beim Verwaltungsrat.[1585]

91 Art. 734*f* nOR geht von **zwei**, d.h. dem **männlichen** und dem **weiblichen**, **Geschlechtern** aus.[1586] Zwei im Nationalrat eingereichte Postulate[1587]

158 Siehe den Anwendungsbereich in Art. 732 Abs. 1 nOR. Denkbar ist auch eine Unterstellung unter Art. 734*f* nOR (vgl. Art. 732 Abs. 2 nOR; OK-Forrer/Müller, Art. 734*f* OR N. 26; Forstmoser/Küchler, Art. 734*f* N. 11).

158 Näher dazu: OK-Forrer/Müller, Art. 734*f* OR N. 19 ff.

158 Dazu: Forstmoser/Küchler, Art. 734*f* N. 12 und Art. 4 ÜBest N. 5.

158 OFK-Müller, Art. 734*f* OR N. 11.

158 Stojanovic, S. 179. Müller weist zudem daraufhin, dass die Tätigkeit in der Geschäftsleitung nach traditionellem Verständnis eher in einem Vollzeitpensum ausgeübt wird (OFK-Müller, Art. 734*f* N. 7).

158 Siehe: OK-Forrer/Müller, Art. 734*f* OR N. 30 f.; Schenker/Schenker, S. 256; Stojanovic, S. 179; Bericht des Bundesrates zum dritten Geschlecht, S. 6 f.

forderten die Einführung eines dritten Geschlechts, was vom Bundesrat[1588] jedoch abgelehnt wurde. Falls sich die Rechtslage zukünftig ändert, besteht gegebenenfalls noch vor Ablauf der Übergangsfristen gemäss Art. 4 ÜBest ein Anpassungsbedarf von Art. 734*f* nOR und gegebenenfalls auch Art. 4 ÜBest.[1589]

Die **Börse SIX Swiss Exchange** erklärt in der aufgrund der Aktienrechtsrevision angepassten RLCG[1590] die Geschlechterrichtwerte bzw. die Offenlegungspflichten im Vergütungsbericht (*comply or explain*-Ansatz) auch für **ausländische Emittenten** für anwendbar (Ziff. 3.8 und Ziff. 4.5 Anhang RLCG). Auf die längeren Übergangsbestimmungen von Art. 4 ÜBest nimmt auch die RLCG Rücksicht und schafft somit gleiche Bedingungen für schweizerische und ausländische Emittenten (*level playing field*). Gemäss Art. 11 Abs. 7 RLCG gilt Ziff. 3.8 Anhang RLCG betreffend den Verwaltungsrat erstmals für die Berichtsperiode, die am oder nach dem **1. Januar 2026** beginnt. Ziff. 4.5 Anhang RLCG betreffend die Geschäftsleitung gilt erstmals für die Berichtsperiode, die am oder nach dem **1. Januar 2031** beginnt (Art. 11 Abs. 7 RLCG; vgl. oben N. 89 betreffend dieselben Fristen für inländische Emittenten). 92

D. Konkursaufschub (Art. 5 ÜBest)

Gemäss Art. 725*a* Abs. 1 aOR konnte das Gericht auf Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers die **Konkurseröffnung aufschieben**, falls **Aussicht auf Sanierung** besteht. In diesem Fall traf das Gericht die Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens. Weiter konnte das Gericht einen Sachwalter bzw. eine Sachwalterin bestellen und dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen (Art. 725*a* Abs. 2 aOR). Der Konkursaufschub musste nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich war (Art. 725*a* Abs. 3 aOR). 93

158 Postulat 17.4121 von Arslan Sibel vom 13.12.2017, Drittes Geschlecht im Personenstandsregister, angenommen im Nationalrat am 17.12.2018; Postulat 17.4185 von Ruiz Rebecca Ana vom 14.12.2017, Einführung einer dritten Geschlechtsidentität. Folgen für die Rechtsordnung und für Infostar, angenommen im Nationalrat am 17.12.2018.

158 Bericht des Bundesrates zum dritten Geschlecht, S. 18.

158 Vgl.: OK-Forrer/Müller, Art. 734*f* OR N. 30; Kunz Peter V., Zum «Aktienrecht 4.0»: Einordnung und Überblick zur neuen schweizerischen Aktienrechtsordnung, recht 4 (2021), S. 195–210, S. 201.

159 Siehe: Fn. 205.

g.

94 Die Aktienrechtsrevision liess den Konkursaufschub im **Nachlassverfahren** aufgehen. Die Vorteile des Konkursaufschubs wurden in das Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG integriert.[1591] Auf einen Konkursaufschub, der vor dem 1. Januar 2023 bewilligt worden ist, kommt bis zu dessen Abschluss das bisherige Recht zur Anwendung (sog. *«grandfathering»*;[1592] Art. 5 ÜBest). Möglich ist auch eine Verlängerung des Konkursaufschubs oder die Überführung des hängigen Verfahrens in ein Nachlassstundungsverfahren, sofern dessen Voraussetzungen gegeben sind.[1593] Gleiches gilt für Nachlassstundungen (ÜBest SchKG zur Änderung vom 19. Juni 2020).

95 Ebenfalls mit der Aktienrechtsrevision verabschiedet wurde eine Ergänzung von Art. 293*a* Abs. 2 SchKG betreffend die **provisorischen Nachlassstundung**. In begründeten Fällen kann auf Antrag des Sachwalters bzw. der Sachwalterin oder, wenn keiner bzw. keine eingesetzt wurde, der Schuldnerin die provisorische Nachlassstundung **um höchstens vier Monate verlängert** werden. Aufgrund der Covid-19-Pandemie wurde die Bestimmung bereits am **20. Oktober 2020** in Kraft gesetzt.[1594] Die vier Monate des alten Rechts reichten erfahrungsgemäss nicht immer für eine erfolgreiche Sanierung.[1595] Auch vor dem 20. Oktober 2020 bewilligte provisorische Nachlassstundungen profitierten von der neuen Verlängerungsmöglichkeit.[1596]

96 Zu weiteren **sanierungsrechtlichen Fragen** unten N. 155 ff.

E. Anpassung altrechtlicher Verträge (Art. 6 ÜBest)

97 Art. 6 ÜBest ähnelt Art. 28 VegüV, erfasst jedoch sämtliche Verträge (vgl. oben N. 4). Demgegenüber erfasst Art. 28 VegüV lediglich die Arbeitsverträge und somit u.a. nicht Mandats- und Beraterverträge.[1597] Insbesondere bei Verträgen

159 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 465.

159 Vgl.: Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 37.

159 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 627; Hunkeler Daniel/Wohl Georg/Schönmann Zeno, Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust, Überschuldung, Art. 725-725c, § 17 N. 111, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023.

159 BSK-Bauer/Luginbühl, Art. 293*a* SchKG N. 1a und N. 7.

159 Vgl.: BSK-Bauer/Luginbühl, Art. 293*a* SchKG N. 7.

159 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 635; Forstmoser/Küchler, Art. 293*a* N. 6 und SchKG ÜBest N. 3.

159 PK-Oser/Müller, Art. 28 VegüV N. 11.

mit Mitgliedern des Verwaltungsrats liegt oftmals gerade kein Arbeitsvertrag vor.[1598] Bei Aufträgen dürfte sich jedoch kein Problem ergeben haben, weil diese jederzeit kündbar sind (vgl. Art. 404 OR).[1599]

98 Art. 6 ÜBest dürfte insbesondere im Hinblick auf die Dauer der Verträge (bzw. Kündigungsfristen) mit Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung über deren Vergütungen nach Art. 735*b* nOR relevant sein, weil der ins Gesetz überführte Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV etwas detaillierter gehalten und leicht angepasst wurde.[1600] Für Mitglieder des Verwaltungsrats gilt neu eine maximale Vertragsdauer von einer Amtsdauer und nicht wie in Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV von einem Jahr (Art. 735*b* Abs. 1 nOR*)*. Allerdings wurde bereits unter dieser Norm die Periode zwischen zwei Generalversammlungen subsumiert.[1601] Diesbezüglich wurde eine Klarstellung in den Statuten empfohlen.[1602] Nach Ablauf der in Art. 6 ÜBest vorgesehenen zweijährigen Frist gelten für rechtswidrige Klauseln direkt die gesetzlichen Bestimmungen.[1603]

99 Obwohl Art. 6 ÜBest für das Vergütungsrecht geschaffen wurde, kann er bei anderen Verträgen zur Anwendung gelangen. Ein Beispiel dafür ist die **Rangrücktrittsvereinbarung** (vgl. Art. 725*b* Abs. 4 Ziff. 1 nOR). Während einer Übergangsfrist von zwei Jahren ist es zulässig, dass der Rangrücktritt keine Subordination hinsichtlich der **Zinsen** vorsieht. Ab dem **1. Januar 2025** muss der Vertrag jedoch auch die ab diesem Tag auflaufenden Zinsen während der Überschuldung subordinieren.[1604] Ohne Art. 6 ÜBest als *lex specialis* hätte der Rangrücktritt ab dem 1. Januar 2023 den Anforderungen von Art. 725*b* Abs. 4 Ziff. 1 nOR entsprechen müssen (vgl. Art. 1 Abs. 2 ÜBest).[1605] Aus eigenen Risikoüberlegungen fordern Revisionsstellen u.U. bereits vor dem 1.

159 Vgl.: Forstmoser/Küchler, Art. 6 ÜBest N. 3.

159 Siehe: PK-Oser/Müller, Art. 28 VegüV N. 11.

16 Forstmoser/Küchler erkennen dieser Bestimmung indes geringe Relevanz zu und gehen davon aus, dass die Verträge längst VegüV-konform seien (Forstmoser/Küchler, Art. 6 ÜBest N. 4). Vgl. auch Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 32.

16 BSK-Kägi, Art. 12 VegüV N. 65; PK-Lambert/Müller, Art. 12 VegüV N. 86.

16 Siehe: PK-Lambert/Müller, Art. 12 VegüV N. 86 und N. 90 f.

16 Nobel, N. 67. Der Gesetzgeber verzichtete auf eine explizite Regelung der Rechtsfolgen und überlässt diese den Gerichten im konkreten Einzelfall (siehe: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 627).

16 Vgl.: Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N. 141; Glanzmann, S. 125. Anderer Ansicht: Vischer, iusNet, S. 1.

16 So aber: Vischer, iusNet, S. 1.

Januar 2025 eine Anpassung des Rangrücktritts.[1606] Aus diesem Grund empfiehlt ein Teil der Lehre eine unverzügliche Anpassung.[1607]

100 Bei der Überschuldung handelt es sich um einen **Dauersachverhalt**, der sich ab dem 1. Januar 2023 grundsätzlich nach neuem Recht beurteilt (vgl. oben N. 13 und unten N. 162). Falls keine Anpassung erfolgt, genügt der Rangrücktritt nicht mehr, um gemäss Art. 725*b* Abs. 4 Ziff. 1 nOR die Benachrichtigung des Gerichts zu vermeiden.

F. Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 7 ÜBest)

101 Die Regelungen zur Transparenz bei Rohstoffunternehmen befanden sich ursprünglich in den Art. 964*a* bis Art. 964*f* nOR und traten bereits am **1. Januar 2021** in Kraft. Mit dem Inkrafttreten des indirekten Gegenvorschlags zur Konzernverantwortungsinitiative am 1. Januar 2022 verschoben sich die entsprechenden Regelungen in Art. 964*d* bis Art. 964*i* nOR (vgl. unten N. 102 ff.).[1608] Diese Regelungen finden gemäss Art. 7 ÜBest erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das am oder nach dem **1. Januar 2022** beginnt. Mit den ersten Berichten über die Zahlungen an staatliche Stellen ist somit im **ersten Semester 2023** zu rechnen (vgl. Art. 964*g* Abs. 1 nOR).[1609] Bereits für das Geschäftsjahr 2022 mussten die betroffenen Unternehmen demnach die notwendigen Informationen bereitgestellt haben.[1610]

16 ExpertSuisse, Übergangsbestimmungen zu den neuen Schweizer Standards zur Abschlussprüfung (SA-CH) vom 12.7.2022, S. 4.

16 Ayranova Tatiana/Guidoum Sammy/Rüegg Charlotte, Die Aktienrechtsrevision aus dem Blickwinkel von Finanzierungstransaktionen, Was bei Finanzierungstransaktionen infolge des neuen Aktienrechts zu beachten ist, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht vom 27.4.2023, S. 10.

16 Siehe dazu die Koordinationsbestimmungen in Änderung des Obligationenrecht (Indirekter Gegenvorschlag «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt») vom 19.6.2020, AS 2021 846, S. 6 f.

16 Dazu: Forstmoser/Küchler, Art. 7 ÜBest N. 4; Schenker/Schenker, S. 396 f.

161 Forstmoser/Küchler, Vorb. zu OR 964*a*–964*l* N. 12. Ebenso in Bezug auf den Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative: Fischer J., S. 18. Dazu auch unten N. 103.

G. Übergangsbestimmung betreffend Transparenz über nichtfinanzielle Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative)

Der Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative führt die Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange sowie Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit ein (Art. 964*a* ff. nOR).[1611] Die Sorgfalts- und Berichterstattungspflichten bezüglich Mineralien und Metallen aus Konflikt- und Hochrisikogebieten und Kinderarbeit (Art. 964*j*–964*l* OR) werden in der Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr[1612]) konkretisiert. Diese Bestimmungen traten am **1. Januar 2022** in Kraft. Die Berichterstattung über nichtfinanzielle Belange bezieht sich mitunter auf Umweltbelange (Art. 964*b* Abs. 1 nOR). Ein Teilaspekt der Umweltbelange sind die Klimabelange, welche in der Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange präzisiert werden.[1613] Diese Verordnung wird am **1. Januar 2024** in Kraft treten. 10 2

Übergangsrechtlich ist vorgesehen, dass diese neuen Transparenzregelungen auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten beginnt, d.h. **Geschäftsjahr 2023**, zur Anwendung gelangen (Berichtsperiode). Mit den ersten Berichten ist demnach im **ersten Semester 2024** zu rechnen.[1614] Für den Bericht über nichtfinanzielle Belange ist **keine ausdrückliche Frist** zur Veröffentlichung vorgesehen – dies im Gegensatz zum Bericht über 10 3

161 Im Schlussabstimmungstext waren die Bestimmungen zur Transparenz über nichtfinanzielle Belange noch als Art. 964bis bis Art. 964^{quater} nOR aufgeführt. Die Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit waren in Art. 964^{quinquies} bis Art. 964^{septies} im Schlussabstimmungstext enthalten

161 Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vom 3.12.2021 (SR 221.433).

161 Die weiteren Umweltbelange werden von der Verordnung nicht erfasst (vgl. Erläuterungen zur Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vom 23.11.2022, Ziff. 4).

161 Siehe: Brand Patric, Auslegeordnung zu den CSR-Berichterstattungs- und Sorgfaltsprüfungspflichten, GesKR 3/2021, S. 344–367, S. 363.

Zahlungen an staatliche Stellen und die Berichterstattung betreffend Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit. Jene Berichte müssen innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres elektronisch veröffentlicht werden (Art. 964*g* Abs. 1 und Art. 964*l* Abs. 3 Ziff. 1 nOR). Im Gegensatz dazu muss der Bericht über nichtfinanzielle Belange durch die Generalversammlung genehmigt werden (Art. 964*c* Abs. 1 nOR).[1615] Der Bericht ist anschliessend umgehend vom Verwaltungsrat zu veröffentlichen (Art. 964*c* Abs. 2 Ziff. 1 nOR). Da die Generalversammlung spätestens sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres stattfinden soll (Art. 699 Abs. 2 OR),[1616] sollte die Frist lediglich etwas länger als sechs Monate dauern. Falls die Genehmigung verweigert wird, kann die Frist u.U. nicht eingehalten werden.

10 4 Bereits im **Geschäftsjahr 2023** ist jedoch sicherzustellen, dass die für die Berichterstattung notwendigen Informationen vorhanden sind.[1617] Da die Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange am **1. Januar 2024** – mithin nachdem die erste Berichtsperiode bereits abgeschlossen ist – in Kraft tritt, ist diese Verordnung u.E. erst für das Geschäftsjahr 2024 (Berichtsperiode) zu beachten und gilt somit erst für den im **ersten Semester 2025** zu veröffentlichenden Bericht über Klimabelange.[1618] Da der Bericht über nichtfinanzielle Belange – inkl. dem Bericht über Klimabelange – über

161 Unklar ist, ob es sich dabei um eine bindende Genehmigung handelt oder um eine Konsultativabstimmung. Das Bundesamt für Justiz äussert sich in seinem Bericht nicht explizit zu dieser Frage (Bericht des Bundesamts für Justiz zur Transparenz bezüglich nichtfinanzieller Belange und Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit vom 19. November 2019). Böckli zieht eine Analogie zur Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht bei prospektiv im Vorjahr genehmigten variablen Vergütungen (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 nOR) und postuliert für diesen Bericht ebenfalls lediglich eine Konsultativabstimmung (Böckli, 5. Aufl., § 6 N. 714; ebenfalls in diese Richtung: Forstmoser/Küchler, Art. 964c N 5). Demgegenüber vertreten Kaufmann/Biggoer die Auffassung, dass es sich nicht um eine Konsultativabstimmung handle, weil der Gesetzgeber diese nicht explizit vorgesehen hat (Kaufmann Christine/Biggoer Serge, Konzernverantwortung, Art. 964a-c, Art. 964j-l, § 29 N. 34, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023).

161 Hierbei handelt es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift (näher: BSK-Dubs/Truffer, Art. 699 OR N. 22; CHK-Tanner, Art. 699 OR N. 3).

161 Fischer J., S. 18; Forstmoser/Küchler, OR ÜBest KVI N. 4.

161 Für eine Einhaltung bereits für das Geschäftsjahr 2023 (Publikation im ersten Semester 2024): Lenz & Staehelin, Corporate ESG reporting: Latest developments, Update Newsflash January 2023, S. 2.

das Geschäftsjahr 2023 bereits im ersten Semester 2024 veröffentlicht wird, könnte argumentiert werden, dass die Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange bereits in diesem Zeitpunkt einzuhalten ist. Wer diesem Verständnis folgt muss jedoch beachten, dass bereits in der Berichtsperiode – für die meisten Gesellschaften im Geschäftsjahr 2023 – also vor Inkrafttreten der Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange – die notwendigen Daten für die Klimaberichterstattung erhoben werden müssen. U.E. darf jedoch nicht von einer Vorwirkung dieser Verordnung ausgegangen werden. Erfordernisse, die sich nur aus der Verordnung und nicht direkt aus dem Gesetz ergeben, können erst ab dem 1. Januar 2024 (Berichtsperiode) und somit für die Berichterstattung im Jahr 2025 Wirkung entfalten. Diesbezügliche Übergangsbestimmungen fehlen. Immerhin schreibt Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vor, dass die elektronische Veröffentlichung i.S.v. Art. 964*c* Abs. 2 Ziff. 1 OR mindestens in je einem für Menschen und einem für Maschinen lesbaren, international verbreiteten elektronischen Format zu erfolgen hat und diese Pflicht gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 5 erst ein Jahr nach Inkrafttreten, d.h. am **1. Januar 2025**, zu erfüllen ist.

Für **ausländische Emittenten**, sofern sie nicht einen gleichwertigen Bericht nach ausländischem Recht erstellen, verlangt die **Börse SIX Swiss Exchange** ebenfalls für die Berichtsperiode, die am oder nach dem 1. Januar 2023 beginnt, einen Bericht über nichtfinanzielle Belange analog zu Art. 964*b* OR (Art. 11 Abs. 7 und Ziff. 7*a* Anhang RLCG[1619]). Demgegenüber verlangt die **Börse SIX Swiss Exchange** keine Berichterstattung bezüglich Zahlungen an staatliche Stellen für Rohstoffunternehmen und Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit. 10 5

In diesem Bereich könnte es bereits mittelfristig zu Änderungen kommen. Die Europäische Union plant möglicherweise die Einführung einer zivilrechtlichen Haftung von Unternehmen. Am 10. März 2021 wurde vom Europäischen Parlament eine Entschliessung betreffend einen Entwurf einer Richtlinie über die Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen.[1620] Daraufhin erliess die Europäische Kommission am 23. Februar 2022 einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von 10 6

161 Siehe: Fn. 205.

16 Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_DE.html#title1 (zuletzt besucht am 8.8.2023).

Unternehmen im Hinblick auf die Nachhaltigkeit.[1621] Deren Art. 22 sieht eine zivilrechtliche Haftung vor.

V. NICHT EXPLIZIT LEGIFERIERTE ÜBERGANGSRECHTLICHE FRAGEN

Die einzelnen oben dargestellten Übergangsbestimmungen regeln nicht sämtliche übergangsrechtlichen Aspekte. Aus diesem Grund werden nachfolgend weitere Bereiche aus intertemporaler Perspektive beleuchtet. Dabei ist auf den allgemeinen Teil des Übergangsrechts, d.h. Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB, abzustellen (Art. 1 Abs. 1 ÜBest; oben N. 6 ff.). Die entsprechenden Fragestellungen müssen mittels dieser Formeln bzw. Mechanismen entschlüsselt werden.

A. Gründung und Statutenänderung einer Genossenschaft

Gemäss Art. 830 nOR ist für die **Errichtung einer Genossenschaft** im neuen Recht eine **öffentliche Beurkundung** erforderlich. Bis anhin reichte die Schriftform aus (vgl. Art. 834 Abs. 1 OR).[1622] Der **öffentlichen Beurkundung** unterstehen zudem auch **sämtliche Statutenänderungen** (Art. 838*a* nOR). In diesen Bereichen wurde das Recht der Genossenschaft mit dem Recht der Aktiengesellschaft und GmbH harmonisiert (vgl. Art. 629 Abs. 1, Art. 647, Art. 777 und Art. 780 OR). Der **Auflösungsbeschluss einer Genossenschaft** ist weiterhin – im Gegensatz zur Aktiengesellschaft und GmbH (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 821 Abs. 2 OR) – nicht öffentlich zu beurkunden (vgl. Art. 911 Ziff. 2 OR).[1623]

Für die Gründung und die Statutenänderungen sind **keine Übergangsfristen** vorgesehen (vgl. auch oben N. 5).[1624] Demnach stellt sich die Frage was bei Gründungen und Statutenänderungen geschieht, die vor dem 1. Januar 2023 beschlossen wurden, deren Anmeldung bzw. Eintragung erst nach dem 1. Januar 2023 erfolgt.

Gemäss EHRA ist korrekterweise das **Datum der Beschlussfassung** massgebend. Falls die Beschlussfassung vor dem 1. Januar 2023 erfolgte, führt

16 Abrufbar unter EUR-Lex - 52022PC0071 - EN - EUR-Lex (europa.eu) (zuletzt besucht am 8.8.2023).

16 Vgl.: Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 19 N. 143.

16 EHRA, Faktenblätter, S. 173.

eine Anmeldung bzw. Eintragung nach dem 1. Januar 2023 nicht zu einer nachträglichen Beurkundungspflicht.[1625] Die Auffassung des EHRA lässt sich damit begründen, dass betreffend Formvorschriften das Recht im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes gilt (*tempus regit actum quoad formam*).[1626] Art. 50 SchlT ZGB hält diesen Grundsatz für Verträge explizit fest. Diese Norm verwirklicht damit den Grundsatz der Nichtrückwirkung i.S.v. Art. 1 SchlT ZGB.[1627] Selbiges sollte somit auch für Gründungen und Statutenänderungen bei Genossenschaften gelten. Dies entspricht auch der unten in N. 118 ff. vertretenen Möglichkeit der Zerlegung einzelner Schritte einer Transaktion.

Denkbar wäre auch folgende gegenteilige Ansicht: Die Genossenschaft entsteht mit der Eintragung in das Handelsregister (Art. 838 Abs. 1 OR). Dabei wird auf das Datum der Eintragung im Tagesregister abgestellt (vgl. Art. 8 Abs. 3 lit. b HRegV).[1628] Falls die Statuten vor dem 1. Januar 2023 schriftlich abgefasst wurden, die Anmeldung jedoch zu einem Zeitpunkt erfolgt, indem eine Eintragung in das Tagesregister vor dem 1. Januar 2023 zeitlich nicht mehr möglich ist, kann nicht darauf vertraut werden, dass die Formvorschriften der Gründung eingehalten wurden. Der Grund dafür ist, dass die Schriftform selbst noch nicht zur Entstehung der Genossenschaft führt (vgl. Art. 838 Abs. 1 OR), mithin noch gar kein Recht bzw. Rechtsverhältnis – vor dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision am 1. Januar 2023 – erworben wurde (vgl. Art. 4 SchlT ZGB). Diese Ansicht entspricht jedoch nicht einmal der hier abgelehnten organischen Auffassung (vgl. unten N. 118 ff.). Bei der einheitlichen Anknüpfung des gesamten Tatbestands kommt nur das alte Recht in Betracht. Ansonsten wäre der Grundsatz der Nichtrückwirkung verletzt (siehe unten N. 118). U.E. ist somit der ersten Ansicht, die auch das EHRA vertritt, zu folgen (vgl. oben N. 110). 11 1

B. Sachübernahmen

Im neuen Aktienrecht werden die Vorschriften zur Sachübernahme abgeschafft (vgl. u.a. Art. 628, Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 11 2

16 EHRA, Praxismitteilung 1/22, Ziff. 3; Meisterhans, S. 439.
16 EHRA, Faktenblätter, S. 173. Auch: Meisterhans, S. 439.
16 Vgl.: Broggini, S. 462; Forstmoser, SJZ, S. 147.
16 BSK-Däppen, Art. 50 SchlT ZGB N 1.

635 Ziff. 1, Art. 642, Art. 650 Abs. 2 Ziff. 5 aOR).[1629] Die Sachübernahme ist jedoch bei einer **gemischten Sacheinlage und Sachübernahme** weiterhin anzugeben (vgl. Art. 634 Abs. 4 und Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 nOR: *«allfällige weitere Gegenleistung»*).[1630]

11 3 Für aktienrechtlich relevante Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 2023 ereignet haben, gilt auch nach diesem Datum das alte Recht (**Grundsatz der Nichtrückwirkung**[1631]).[1632] Die unter bisherigem Recht begangene Verletzung der Sachübernahmebestimmungen wird demnach durch das Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision nicht geheilt (vgl. Art. 1 Abs. 1 ÜBest i.V.m. Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB).[1633]

11 4 Aus dem alten Recht stammende Sachübernahmebestimmungen in den Statuten kann die Generalversammlung u.E. demnach erst nach zehn Jahren oder bei endgültigem Verzicht auf die Sachübernahme aufheben (Art. 628 Abs. 4 aOR).[1634] Das **EHRA** vertritt demgegenüber die Auffassung, dass eine Löschung infolge der Aufhebung von Art. 628 aOR bereits vor Ablauf von zehn Jahren möglich ist.[1635]

C. Aktienkapital in Fremdwährung

11 5 Ab dem 1. Januar 2023 ist auch ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zulässig (Art. 621 Abs. 2 nOR). Die zulässigen Währungen sind GBP, EUR, USD und JPY (Art. 45*a* und Anhang 3 HRegV). Nach der Gründung kann die Generalversammlung einen Währungswechsel mit qualifiziertem Quorum beschliessen (Art. 621 Abs. 3 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 nOR). Der Wechsel erfolgt gemäss Botschaft

16 Siehe: EHRA, Praxismitteilung 1/21 vom 10.2.2021, Präzisierungen bezüglich Eintragungen in das Handelsregister, Ziff. 2.

16 In Art. 652*f* Abs. 2 OR hat der Gesetzgeber wohl vergessen, die Sachübernahme zu streichen. Es handelt sich dabei um ein offensichtliches gesetzgeberisches Versehen (vgl. Schenker/Schenker, S. 12).

16 Vischer, SJZ, S. 175.

16 Dazu oben N. 11 ff.

16 EHRA, Faktenblätter, S. 160.

16 Druey/Druey Just/Glanzmann, § 9 N. 40. Zu den Konsequenzen bspw.: Böckli, 4. Aufl., § 1 N. 445; Forstmoser/Küchler, Art. 753 N. 6.

16 Forstmoser/Küchler, Art. 628 N. 16; Meisterhans, S. 434; Walter/Joho-Menotti/Fischer/Wyss, S. 2.

16 EHRA, Faktenblätter, S. 160. Wie das EHRA auch Vischer mit der Begründung der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Aktienrechts gemäss Art. 1 Abs. 2 ÜBest: Vischer, SJZ, S. 181 f.

entweder rückwirkend auf den Beginn des laufenden Geschäftsjahres oder prospektiv auf den Beginn des zukünftigen Geschäftsjahres.[1636] Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr deckungsgleich ist, kann u.E. kein rückwirkender Währungswechsel auf ein Datum vor dem 1. Januar 2023 beschlossen werden. Das neue Recht gilt grundsätzlich erst ab dessen Inkrafttreten (vgl. Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Der **Grundsatz der Nichtrückwirkung**[1637] verbietet grundsätzlich eine Anwendung des neuen Rechts auf einen Zeitpunkt hin vor dessen Inkrafttretens. Es gibt keine Hinweise, wonach die in der Botschaft erwähnte Rückwirkung übergangsrechtlichen Charakter hat.

D. Nachträgliche Statutenpublizität

Das revidierte Recht sieht neu vor, dass **Verrechnungsliberierungen** (*debt-equity-swaps*) in den Statuten abzubilden sind (Art. 634*a* Abs. 3 nOR). Es ist zu fragen, ob diese neue Statutenpublizität auch für Sachverhalte gilt, die sich vor dem 1. Januar 2023 zugetragen haben. Unter Berufung auf den **Grundsatz der Nichtrückwirkung**[1638] ist dies zu verneinen. Auch mit Blick auf das Risiko einer Falschbeurkundung wäre eine nachträgliche Statutenpublizität in diesen Fällen nicht zu rechtfertigen.[1639] 11 6

Ebenfalls müssen vor dem 1. Januar 2023 vorgenommene Kapitalerhöhungen durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (sog. **Erhöhung aus Eigenkapital**; Art. 652*d* nOR) nicht nachträglich in den Statuten abgebildet werden.[1640] 11 7

E. Kapitaltransaktionen

Das Aktienkapital kann in verschiedenen Verfahren erhöht oder herabgesetzt werden. Diese Transaktionen lassen sich in einzelne Schritte bzw. Beschlüsse unterteilen. Zu diesen Schritten zählen u.a.: Beschlüsse der Generalversammlung und/oder des Verwaltungsrats, Aktienzeichnung, Liberierung, Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbestätigung, Erstellung eines 11 8

16 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 482.
16 Dazu oben N. 11 ff.
16 Dazu oben N. 11 ff.
16 Zum Ganzen: Aus der Au, N. 530 ff. Das EHRA gelangt ohne Begründung zum selben Ergebnis (EHRA, Faktenblätter, S. 158).
16 EHRA, Faktenblätter, S. 158.

Zwischenabschlusses, Schuldenruf und die Handelsregisteranmeldung. Diese Schritte können sowohl vor als auch nach dem 1. Januar 2023 erfolgen. Fraglich ist nun, ob an das alte oder das neue Recht angeknüpft werden soll. Ebenfalls in Betracht fällt eine übergangsrechtliche Anknüpfung an den jeweiligen Einzelschritt. Die Gesamtheit der Tatsachen bei deren Vorliegen die Rechtsfolge eintreten soll, wird traditionellerweise als Tatbestand bezeichnet.[1641] Möglich ist nun eine Zerlegung in die einzelnen Tatsachen (**atomistische Auffassung**). Ebenfalls denkbar ist eine einheitliche Anknüpfung des gesamten Tatbestands (**organische Auffassung**).[1642] Bei der organischen Auffassung kann lediglich eine Anknüpfung an das alte Recht erfolgen, weil ansonsten der Grundsatz der Nichtrückwirkung verletzt werden würde.[1643] Für die organische Auffassung spricht deren Einfachheit und Praktikabilität.[1644]

11 Da Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB von *«Tatsachen»* spricht, bedeutetet, dass der
9 intertemporale Gesetzgeber die Zerlegung in die einzelnen Tatsachen, d.h. eine Spaltung, zulässt.[1645] Grundsätzlich soll, sobald als möglich, das neue Recht zur Anwendung gelangen (Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Auf Dauersachverhalte gelangt nämlich der Grundsatz der Nichtrückwirkung nicht zur Anwendung (vgl. oben N. 13). Somit geht es u.E. – mangels intertemporalrechtlicher Spezialregelung – nicht an, die ganze Transaktion dem alten Recht zu unterstellen, nur weil der erste Schritt vor dem 1. Januar 2023 erfolgte.

12 U.E. gilt demnach grundsätzlich, dass die jeweiligen Schritte nach dem 1.
0 Januar 2023 dem neuen Aktienrecht unterstehen. Es kommt mithin zu einer Spaltung der Kapitaltransaktionen in deren einzelne Schritte (**atomistische Auffassung**).[1646] Die Gültigkeit derjenigen Schritte, die vor dem 1. Januar 2023 erfolgten, beurteilt sich weiterhin nach altem Recht.[1647] Dabei handelt es sich um Tatsachen, die sich bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrecht, d.h. bis am 31. Dezember 2022, ereigneten. Schritte ab dem 1.

16 Broggini, S. 432; BK-Mutzner, Art. 1 SchlT ZGB N. 1.
16 Ausführlich: Broggini, S. 432.
16 BK-Mutzner, Art. 1 SchlT ZGB N. 16.
16 Vgl.: BK-Mutzner, Art. 1 SchlT ZGB N. 16.
16 M.w.H.: Broggini, S. 432 f.; BK-Mutzner, Art. 1 SchlT ZGB N. 18 f.
16 Ebenso mit dem Vorbehalt, dass es sich um klar abgrenzbare Etappen handeln müsse: Forstmoser, SJZ, S. 160. Anderer Ansicht: EHRA, Praxismitteilung 3/22, Ziff. 2.1 betreffend Kapitalerhöhungen und Ziff. 2.2 betreffend Kapitalherabsetzungen.
16 Forstmoser wendet dabei Art. 4 SchlT ZGB analog an (Forstmoser, SJZ, S. 160).

Januar 2023 beurteilen sich nach dem neuen Recht (vgl. Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB).

1. Kapitalerhöhung

12 1 Das neue Aktienrecht sieht eine **sechsmonatige Frist zur Anmeldung der Kapitalerhöhung** beim Handelsregisteramt vor (Art. 650 Abs. 3 nOR). Das alte Recht sah lediglich eine dreimonatige Frist zur Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Handelsregisteramt vor (Art. 650 Abs. 3 aOR). Obwohl der Wortlaut von *«eintragen»* spricht, herrschte Einigkeit, dass die Anmeldung beim Handelsregisteramt genügt.[1648] Es handelt sich dabei um **Verwirkungsfristen**.[1649] Es stellt sich somit die Frage, welche Frist zur Anwendung gelangt, wenn der Generalversammlungsbeschluss vor dem 1. Januar 2023 gefasst wurde. Da die besonderen Übergangsbestimmungen keine Antwort liefern,[1650] ist Art. 49 SchlT ZGB anzuwenden.

12 2 In seiner aktuellen Form wurde Art. 49 SchlT ZGB am 1. Januar 2020 anlässlich der Revision des Verjährungsrechts in Kraft gesetzt. Obwohl der Randtitel von Art. 49 SchlT ZGB lediglich von *«Verjährung»* spricht, gelangt diese Norm auch bei intertemporalrechtlichen Problemen von Verwirkungsfristen zur Anwendung.[1651] Der frühere Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB erwähnt denn auch explizit die *«Verwirkung»*. Art. 49 SchlT ZGB gilt in Bezug auf Fristen jeweils, falls keine eigenständige intertemporale Bestimmung im entsprechenden Rechtsgebiet besteht.[1652] Bei Art. 49 SchlT ZGB handelt es sich um eine *lex specialis* im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen nach Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB.[1653]

12 3 Gemäss Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB gilt das neue Recht, wenn dessen Frist länger ist als die Frist des bisherigen Rechts und die Verjährung bzw. Verwirkung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist. Was verjährt bzw. verwirkt ist, bleibt weiterhin verjährt bzw. verwirkt. Der Beginn einer laufenden Verjährungs- bzw. Verwirkungsfrist lässt das Inkrafttreten des

16 Anstatt vieler: BSK-Zindel/Isler, Art. 650 OR N. 36.

16 Böckli, 5. Aufl., § 2 N. 72; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 52 N. 85.

165 EHRA, Praxismitteilung 3/22, Ziff. 2.1.

165 Märki, S. 165. Zum alten Art. 49 SchlT ZGB: BGE 111 II 186 E. 6 S. 191; BSK-Däppen, Art. 49 SchlT ZGB N. 1 und N. 3.

165 Zum alten Art. 49 SchlT ZGB: BSK-Däppen, Art. 49 SchlT ZGB N. 5.

165 Märki, S. 164.

neuen Rechts jedoch unberührt (Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB). Vorliegend wird die Frist zur Anmeldung der Kapitalerhöhung **länger**. Falls eine ordentliche Kapitalerhöhung vor dem 1. Januar 2023 beschlossen wurde und die dreimonatige Anmeldefrist am 1. Januar 2023 noch nicht abgelaufen ist, gilt u.E. die neue sechsmonatige Frist. Die sechsmonatige Frist beginnt jedoch zum Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses, der vor dem 1. Januar 2023 gefällt wurde (Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB). Gemäss **EHRA** gilt bei einer Kapitalerhöhung, welche die Generalversammlung im Jahr 2022 beschlossen hat, lediglich die dreimonatige Frist.[1654] 12 49

Betreffend die übergangsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der **Sachübernahme**, der **Verrechnungsliberierung**, **Aktienkapital in Fremdwährung** und der **Erhöhung aus Eigenkapital** siehe oben N. 112 ff. 12 4

2. Kapitalherabsetzung

Der **Schuldenruf** wurde im neuen Aktienrecht modifiziert. Neu genügt ein **einmaliger Schuldenruf** im SHAB[1655] (Art. 653*k* Abs. 1 nOR). Demgegenüber verlangte das alte Recht einen **dreimaligen Schuldenruf** (Art. 733 aOR). Ebenfalls haben GläubigerInnen neu innerhalb von dreissig Tagen nach der Veröffentlichung im SHAB die Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen (Art. 653*k* Abs. 2 nOR). Früher konnte dies innert zwei Monaten nach der dritten Veröffentlichung im SHAB geschehen. Ein Recht auf Sicherstellung besteht neu lediglich noch im Umfang der Verminderung der bisherigen Deckung (Art. 653*k* Abs. 2 nOR). Die Anmeldung hat gemäss neuem Recht schriftlich unter Angabe des Betrags und des Rechtsgrunds der Forderung zu erfolgen (Art. 653*k* Abs. 1 nOR). Ferner entfällt neu die Pflicht zur Sicherstellung, wenn die Erfüllung einer Forderung durch die Herabsetzung nicht gefährdet wird (Art. 653*k* Abs. 3 nOR). Falls die Prüfungsbestätigung vorliegt, wird vermutet, dass die Erfüllung der Forderung nicht gefährdet wird (Art. 653*k* Abs. 3 nOR). 12 5

Der Schuldenruf einer Kapitalherabsetzung, die vor dem 1. Januar 2023 beschlossen wurde, richtet sich u.E. nach dem Recht zum Zeitpunkt der Publikation im SHAB. In diesem Zeitpunkt verwirklicht sich die entsprechende *«Tatsache»* in übergangsrechtlicher Wirkung. Die rechtlichen 12 6

165 EHRA, Praxismitteilung 3/22, Ziff. 2.1. Das EHRA folgt damit, ohne dies explizit anzusprechen, der organischen Auffassung (vgl. oben N. 118).

165 Schweizerisches Handelsamtsblatt.: https://www.shab.ch/#!/gazette

Wirkungen des Schuldenrufs bestimmen sich gemäss Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB demnach noch nach altem Aktienrecht. Bei einer Publikation im SHAB nach dem 1. Januar 2023 gilt demgegenüber für dessen Modalitäten das neue Aktienrecht. Demgegenüber gilt gemäss **EHRA** das alte Recht, wenn die Generalversammlung die Kapitalherabsetzung im Jahr 2022 beschlossen hat, auch für den Schuldenruf.[1656] Das EHRA folgt damit, ohne dies explizit anzusprechen, der organischen Auffassung (vgl. oben N. 118).

F. Vergütungsrecht

Abgesehen von Art. 6 ÜBest[1657] bestehen für das Vergütungsrecht[1658], das mit wenigen Anpassungen aus der VegüV übernommen wurde,[1659] keine speziellen Übergangsbestimmungen. Im Zusammenhang mit dem Vergütungsrecht stellen sich ebenfalls einige Fragen, die nicht explizit legiferiert wurden. 127

Zum Anpassungsbedarf in den **Statuten** oben N. 48 ff., insbesondere N. 49 und N. 55. 128

Betreffend die Anpassung **altrechtlicher Verträge** oben N. 97 ff. zu Art. 6 ÜBest. 129

1. Vergütungsbericht

Die Statuten börsenkotierter Gesellschaften müssen Bestimmungen enthalten über die Anzahl der Tätigkeiten, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in vergleichbaren Funktionen bei anderen Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck ausüben dürfen (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR; vgl. oben N. 49). Zwar war eine ähnlich lautende Bestimmung bereits in Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV vorgesehen,[1660] doch wird neu auf den **wirtschaftlichen Zweck** des anderen Unternehmens abgestellt und nicht mehr auf dessen Handelsregistereintrag. 130

Über die konkrete Situation dieser Tätigkeiten bei anderen Unternehmen (**Drittmandate**) ist im Vergütungsbericht zu berichten. Der Vergütungsbericht 131

165 EHRA, Praxismitteilung 3/22, Ziff. 2.2.

165 Dazu oben: N. 97 ff.

165 Dieses ist für kotierte Gesellschaften zwingend zu beachten; andere Gesellschaften können es teilweise oder vollständig freiwillig in den Statuten vorsehen (Art. 732 Abs. 2 nOR).

165 Von der Crone, § 18 N. 1552; die Aktienrechtsrevision erfüllt damit auch den Verfassungsauftrag von Art. 95 Abs. 3 BV.

hat die Funktionen der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in anderen Unternehmen gemäss Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR zu nennen (Art. 734*e* Abs. 1 nOR). Die Angaben müssen den Namen des Mitglieds, die Bezeichnung des Unternehmens und die ausgeübte Funktion umfassen (Art. 734*e* Abs. 2 nOR).

13 2 Diese Transparenzvorschrift ist neu beziehungsweise war in der VegüV nicht enthalten.[1661] Daher stellt sich die intertemporale Frage, ob diese neu verlangten Angaben im Vergütungsbericht auch dann bereits zu machen sind, wenn Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR aufgrund der zweijährigen Übergangsfrist noch nicht in der neu verlangten Form – d.h. mit Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Zweck – statutarisch verankert wurde (dazu oben N. 49).

13 3 Die Regel in Art. 734*e* Abs. 1 nOR nimmt direkt Bezug auf den in Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 nOR geforderten Statuteninhalt. Zwei Argumentationen sind somit denkbar. Entweder man argumentiert, dass der Vergütungsbericht erst dann den entsprechenden Inhalt vorweisen muss, wenn die Statuten – freilich innerhalb der zweijährigen Übergangsfrist (Art. 2 ÜBest; oben N. 25 ff.) – angepasst worden sind. Oder aber man erfasst die Transparenzvorschrift als unabhängig vom effektiven Statuteninhalt kraft direkten Gesetzesverweis. Der ersten Argumentation ist der Vorzug zu geben, um Kohäränz zwischen den Statuten und dem Vergütungsbericht herzustellen sowie aus Praktikabilitätsüberlegungen zugunsten der Gesellschaft.

2. Prospektive Abstimmung über variable Vergütungen

13 4 Art. 735 nOR normiert die Abstimmungen der Generalversammlung börsenkotierter Gesellschaften über die Vergütungen. Inhaltlich wurde weitestgehend Art. 18 VegüV ins Gesetzesrecht überführt. Neu ist Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 nOR wonach, falls **prospektiv**[1662] über variable Vergütungen abgestimmt wird, der Generalversammlung im folgenden Jahr der Vergütungsbericht zur **Konsultativabstimmung** vorgelegt werden muss.

---

16 Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, S. 485 f.

16 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 591; zu beachten ist, dass kotierte Gesellschaften gemäss Ziff. 3.2 und Ziff. 4.2 Anhang RLCG zusätzlich noch anderslautende Offenlegungspflichten treffen. Verweisungen im Corporate Governance-Bericht auf den Vergütungsbericht dürften zulässig sein.

16 Dies bedeutet, dass im Voraus über die im folgenden Jahr ausgerichtete Vergütung abgestimmt wird (m.w.H. von der Crone, § 18 N. 1573 ff.).

Während Art. 31 VegüV intertemporale Bestimmungen zum Vergütungsbericht und zu Abstimmungen über die Vergütungen vorsah, fehlt Derartiges zu Art. 735 nOR. Die Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht im Falle der vorherigen prospektiven Abstimmungen über variable Vergütungen ist obligatorisch und gilt als zwingendes Recht auch ohne Aufnahme in die Statuten. Dies bedeutet, dass ab dem 1. Januar 2023 der Vergütungsbericht zwingend einer Konsultativabstimmung durch die Generalversammlung zu unterwerfen ist, wenn die über variable Vergütungen prospektiv abgestimmt wurde (vgl. Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB und Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Weil dies der bisherigen Best Practice unter der VegüV entspricht,[1663] dürfte sich für die Praxis nicht allzu viel ändern. 13 5

Als leicht veränderter[1664] Nachfolger von Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 lit. b VegüV sieht Art. 154 Abs. 2 lit. c Ziff. 3 StGB die Bestrafung von Mitgliedern des Verwaltungsrats vor, die verhindern, dass die Generalversammlung über die Vergütungen, die der Verwaltungsrat für sich, die Geschäftsleitung und den Beirat festgelegt hat, abstimmen kann. Von diesem Straftatbestand ist somit neu auch die Verhinderung der genannten Konsultativabstimmung erfasst. 13 6

3. Zusatzbetrag

Für den Fall, dass die Generalversammlung **prospektiv** über die Vergütungen der Geschäftsleitung **abstimmt**, können die **Statuten** einen **Zusatzbetrag** für die Vergütungen für Personen, die nach der Abstimmung neu als Mitglieder der Geschäftsleitung ernannt werden, vorsehen. Der Zusatzbetrag darf neu nur noch für Vergütungen der **neuen Mitglieder der Geschäftsleitung** eingesetzt werden und nicht wie bis anhin auch für interne Beförderungen (vgl. Art. 19 Abs. 1 VegüV und Art. 735*a* Abs. 1 nOR).[1665] Entsprechende Statutenbestimmungen bleiben jedoch noch während zwei Jahren, d.h. bis am 31. Dezember 2024 in Kraft (Art. 2 Abs. 2 ÜBest). Die zweijährige Übergangsfrist gelangt hier zur Anwendung, weil es sich um einen 13 7

16 Vgl.: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 594; Forstmoser/Küchler, Art. 735 N. 16; Gnos/Hohler/Kummer/Brazerol, S. 60; Heller, S. 4.

16 Unter der VegüV war noch eine Handlung *«wider besseres Wissen»* verlangt, weshalb PK-Richers, Art. 24 VegüV N. 130, eine Verschärfung des Straftatbestands erkennt. Die Botschaft Aktienrecht 2016, S. 641 ff., hält jedoch fest, dass Eventualvorsatz nach wie vor ausscheide.

16 Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 338: dies im Gegensatz zur bisherigen Ansicht in der Wirtschaftsrechtspraxis (Jentsch Valentin/Müller Lia B., Neuregelung der Vergütungen von Organmitgliedern in börsenkotierten Aktiengesellschaften, AJP 1/2023, S. 21–29, S. 28.

Bereich handelt, der vor dem 1. Januar 2023 einer statutarischen Regelung 64 zugänglich war (vgl. ausführlich oben N. 32 ff.). Ab dem 1. Januar 2025 dürfen demnach definitiv keine Vergütungen aus dem Zusatzbetrag für Beförderungen ausgerichtet werden.

4. Dauer der Verträge über Vergütungen

Gemäss Art. 735*b* Abs. 1 nOR darf die Dauer der Verträge, die den Vergütungen 13 für die Mitglieder des Verwaltungsrats zugrunde liegen, die Amtsdauer – *in* 8 *concreto* jeweils ein Jahr – nicht überschreiten. Die Dauer befristeter Verträge und die Kündigungsfrist unbefristeter Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats zugrunde liegen, dürfen höchstens ein Jahr betragen (Art. 735*b* Abs. 2 nOR).[1666] Verträge mit Mitgliedern des Verwaltungsrats über die Vergütung können somit nur wie die Amtsdauer von Generalversammlung zu Generalversammlung gültig geschlossen werden.[1667] Jede Wiederwahl löst diese Frist neu aus.[1668] Übergangsrechtlich bedeutet dies zweierlei. Erstens sind dem widersprechende Statutenbestimmungen innert Zweijahresfrist zu ändern, ansonsten treten sie automatisch ausser Kraft (vgl. Art. 2 Abs. 2 ÜBest; vgl. oben N. 32). Zweitens sind dem widersprechende, bereits bestehende Verträge auch innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen Rechts anzupassen. Möchte man vermeiden, dass die Gesellschaft in Verträge eingebunden ist, die den Statuten widersprechen, sind die beiden genannten Punkte aufeinander abzustimmen. Nach Ablauf dieser Zweijahresfrist sind die Vorschriften des neuen Rechts auf alle Verträge anwendbar (Art. 6 ÜBest). Das bedeutet, dass die genannten Fristen zu zwingendem Recht werden, das den entsprechenden Verträgen vorgeht (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR). Möchte man diesen Eingriff in die Verträge vermeiden, drängt sich eine vorgängige Vertragsanpassung auf.

G. Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie Sonderuntersuchung

Beim Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie der Sonderuntersuchung[1669] gab es 13 ebenfalls Änderungen (bspw. neue Schwellenwerte). Fraglich ist, ob diese 9

16 Vgl. dazu Böckli, 5. Aufl., § 10 N. 259 ff., der vom «*Einjahresprinzip*» spricht.

16 Böckli, 5. Aufl., § 10 N. 260.

16 Forstmoser/Küchler, Art. 735*b* N. 5; Die Botschaft Aktienrecht 2016, S. 595, fordert derweil, dass der Vertrag den Vorbehalt der Wiederwahl enthalten soll.

Modifikationen auch betreffend Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 2023 ereignet haben, gelten. Dies ist zu bejahen. Es gilt das oben in N. 44 erwähnte Bundesgerichtsurteil, wonach die damalige Sonderprüfung auch für Tatsachen galt, die sich vor dem 1. Juli 1992 ereignet hatten. Die rechtliche Beurteilung dieser Tatsachen richtet sich jedoch aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1670] nach altem Recht.[1671]

H. Tagungsort im Ausland

Vor dem 1. Januar 2023 konnte eine Generalversammlung ohne Statutenbestimmung – innerhalb der Schranken des Rechtsmissbrauchsverbots – im Ausland durchgeführt werden.[1672] Seit dem 1. Januar 2023 ist dafür zwingend eine statutarische Grundlage sowie die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung[1673] in der Einberufung notwendig (Art. 701*b* Abs. 1 nOR). Die Einführung dieser Statutenbestimmung bedarf des **qualifizierten Quorums** (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 11 nOR). 140

Hierbei stellt sich die Frage, ob Gesellschaften (aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ÜBest) während zweier Jahre weiterhin Generalversammlungen ohne statutarische Grundlage und ohne unabhängige Stimmrechtsvertretung im Ausland abhalten dürfen. Das neue Recht gilt grundsätzlich ab dem 1. Januar 2023 für bestehende Gesellschaften (Art. 1 Abs. 2 ÜBest; oben N. 22 f.). Die entsprechende Ausnahme in Art. 2 ÜBest gilt nur für Statuten und Reglemente (vgl. oben N. 31). Eine im alten Recht begründete Praxis der Gesellschaft zur Durchführung der Generalversammlung an einem ausländischen Tagungsort ohne unabhängige Stimmrechtsvertretung kann somit ab dem 1. Januar 2023 – ohne statutarische Grundlage – nicht mehr aufrechterhalten werden. Ein Beschluss, welcher die Anforderungen des neuen Rechts verletzt, ist **anfechtbar** (Art. 706 Abs. 1 OR).[1674] Somit hat das Handelsregisteramt einen 141

16 Das alte Recht sprach von Sonderprüfung (vgl. Art. 697*c* ff. aOR; Forstmoser/Küchler, Einleitung N. 146).

167 Dazu oben N. 11 ff.

167 BGE 120 II 393 E. 3 S. 395 f.

167 Forstmoser/Küchler, Art. 701*b* N. 6; Schott, § 16 N. 7.

167 Zur Möglichkeit des Verzichts: Art. 701*b* Abs. 2 nOR und EHRA, Praxismitteilung 1/23, S. 4 f.

167 Vgl.: Schott, § 16 N. 8.

Beschluss einer Generalversammlung mit ausländischem Tagungsort[1675] – vorbehältlich einer Registersperre – einzutragen (dazu oben N. 69).

14 2 Weiter stellt sich die Frage, ob altrechtliche Statutenbestimmungen betreffend einen ausländischen Tagungsort, die **vor dem 1. Januar 2023** mit einfachem Quorum eingeführt wurden, genügen. Aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung** genügt eine solche Statutenbestimmung ab dem 1. Januar 2023.[1676]

I. Stichentscheid in der Generalversammlung

14 3 Gemäss Art. 703 Abs. 2 nOR können die Statuten für den Fall von Stimmengleichheit vorsehen, dass **der bzw. die Vorsitzende** den **Stichentscheid** hat. Eine entsprechende Statutenbestimmung muss mit dem qualifizierten Quorum eingeführt werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 nOR). Bereits unter altem Recht konnte dem bzw. der Vorsitzenden grundsätzlich der Stichentscheid für den Fall der Stimmengleichheit verliehen werden.[1677] Eine entsprechende Statutenbestimmung konnte – im Gegensatz zum neuen Recht – mittels einfachem Quorum eingeführt werden (Art. 704 aOR *e contrario*).[1678]

14 4 In Zusammenhang mit dem Stichentscheid stellt sich die Frage, ob **vor dem 1. Januar 2023** aufgenommene Statutenbestimmungen hinsichtlich des Stichentscheids nach dem 1. Januar 2023 gültig sind, falls diese lediglich mit dem einfachen Quorum eingeführt worden sind. Aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1679] bleibt die Statutenbestimmung auch nach dem 1.

---

167 Der Ort lässt sich dem Protokoll der Generalversammlung entnehmen (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 nOR).

167 Ebenso im Allgemeinen zu Statutenbestimmungen, die ab dem 1.1.2023 dem qualifizierten Quorum unterstehen: Fischer D., S. 19; Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 341. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wird jeweils nicht erwähnt.Siehe zur selben Frage betreffend Stichentscheid in der Generalversammlung und betreffend statutarischen Schiedsklauseln unten N. 144 bzw. N. 194.

167 BGE 143 III 120 E. 3.2 S. 123; BGE 95 II 555 E. 2 S. 559 ff.; BGer 4C.88/2000 vom 27.6.2000 E. 3b. Aus der Lehre anstatt vieler: Böckli, 4. Aufl., § 12 N. 358.

167 ZK-Tanner, Art. 703 OR N. 164. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel argumentieren in sachlicher Hinsicht für die Anwendbarkeit des qualifizierten Quorums, weil sie die Einführung des Stichentscheids mit der Einführung von Stimmrechtsaktien i.S.v. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 aOR vergleichen (heute: Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 nOR) qualifizieren (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24 N. 57 Fn. 23a).

167 Zum Grundsatz der Nichtrückwirkung oben N. 11 ff.

Januar 2023 gültig, falls sie vor diesem Datum mit einfachem Quorum beschlossen wurde.[1680]

Auch im neuen Recht ist der Stichentscheid wie bisher nicht möglich, falls die **kapitalmässige Bemessung des Stimmrechts** zwingend massgebend ist (vgl. Art. 693 Abs. 3 und Art. 704 OR).[1681] Dies ergibt sich u.a. daraus, dass die gesetzliche Grundlage in Abs. 2 von Art. 703 OR, der das einfache Quorum regelt, eingeführt wurde. Art. 703 Abs. 2 nOR wurde erst durch das Parlament eingeführt.[1682] Eine entsprechende Diskussion über die Relativierung des Stichentscheids im Hinblick auf die zwingende kapitalmässige Bemessung des Stimmrechts fand in den Räten nicht statt. 1455

Bei der **GmbH** stellen sich in diesem Zusammenhang keine übergangsrechtlichen Probleme. Bereits im alten Recht war der Stichentscheid in der Gesellschafterversammlung zulässig (Art. 808*a* OR). Wie bei der Aktiengesellschaft gelangt der Stichentscheid jedoch bei der zwingenden kapitalmässigen Bemessung des Stimmrechts nicht zur Anwendung (vgl. Art. 806 Abs. 3 und Art. 808*b* OR).[1683] Die Einführung des Stichentscheids bedarf auch im neuen Recht keines qualifzierten Quorums (vgl. Art. 808*b* nOR). Diese Diskrepanz zum Aktienrecht ist u.E. nicht gerechtfertigt. 1456

J. Zwischenabschluss

Mit Art. 960*f* nOR soll für Zwischenabschlüsse im Gesellschaftsrecht eine gewisse Einheitlichkeit erreicht werden.[1684] Verstreute Spezialbestimmungen 1457

16 Ebenso im Allgemeinen zu Statutenbestimmungen, die ab dem 1.1.2023 dem qualifizierten Quorum unterstehen: Fischer D., S. 19; Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 341. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wird jeweils nicht erwähnt.

16 Vgl.: BGE 143 III 120 E. 3.2 S. 124; Zysset Pascal/Galli Dario, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_579/2016 vom 28.2.2017, recht 2/2017, S. 125–136, S. 130 f.

16 Forstmoser/Küchler, Art. 703 N. 7.

16 Art. 806 Abs. 3 OR ist das Pendant im Recht der GmbH zu Art. 693 Abs. 3 OR im Aktienrecht. Aus diesem Grund hat u.E. auch die dazu ergangene Relativierung des Bundesgerichts zu gelten, wonach diesbezüglich der Stichentscheid nicht möglich ist (vgl. oben N. 145 sowie die an dieser Stelle zitierten Quellen).Betreffend das qualifizierte Quorum i.S.v. Art. 808*b* OR m.w.H.: BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808*b* N. 1.

16 Forstmoser/Küchler, Art. 960*f* N. 5.

wurden im selben Zuge aufgehoben (bspw. Art. 11 Abs. 2, Art. 35 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 aFusG). Die gesetzliche Regelung kann jedoch nicht jede Besonderheit des Zwischenabschlusses, die sich aus dem Erstellungsgrund und Verwendungszweck ergibt, auflisten.[1685] Dem wird man *in praxi* im Einzelfall Rechnung tragen.[1686]

14 8 Zwischenabschlüsse können beispielsweise in folgenden Konstellationen notwendig werden:

- Kapitalherabsetzung (Art. 653*l* nOR[1687]);
- Ausrichtung einer Zwischendividende (Art. 675*a* nOR);
- Fusion (Art. 11 Abs. 1, Art. 80 und Art. 89 FusG);
- Spaltung (Art. 35 Abs. 1 FusG);
- Umwandlung (Art. 58 Abs. 1 FusG);
- Überschuldung (Art. 725*b* nOR).

14 9 Art. 960*f* Abs. 1 nOR schreibt vor, dass der Zwischenabschluss nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen ist. Einfach gehaltene Zwischenabschlüsse sind demnach – trotz den Vereinfachungen und Verkürzungen i.S.v. Art. 960*f* Abs. 2 nOR – nicht mehr möglich.[1688]

15 0 In zeitlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ab wann ein Zwischenabschluss nach Art. 960*f* nOR erstellt werden muss. Für Situationen, die nach dem 1. Januar 2023 eintreten und einen Zwischenabschluss erfordern, gilt klarerweise Art. 960*f* nOR (vgl. Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Für Sachverhalte, die bereits vor dem 1. Januar 2023 begannen, gilt u.E. ebenfalls das bereits bei den Kapitaltransaktionen Gesagte, wonach eine Zerlegung in einzelne Schritte vor genommen werden kann (**atomistische Auffassung**; ausführlich oben N. 118 ff.). Massgebend ist dabei die Unterzeichnung des Zwischenabschlusses durch den Vorsitzenden des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans sowie die für den Zwischenabschluss innerhalb des Unternehmens zuständige Person (vgl.

16 Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, S. 618.

16 Forstmoser/Küchler, Art. 960*f* N. 5.

16 Diese Bestimmung kodifiziert die Praxis des bisherigen Rechts (Botschaft Aktienrecht 2016, S. 508; Böckli, § 6 N. 463; Forstmoser/Küchler, Art. 653*l* N. 4). Revisionsberichte i.S.v. Art. 732 Abs. 2 aOR, die älter als sechs Monate waren, wiesen die Handelsregisterämter i.d.R. zurück (vgl.: Böckli, 4. Aufl., § 2 N. 356; BSK OR II-Küng/Schoch, Art. 732 N. 15).

16 Böckli, 5. Aufl., § 6 N. 465.

Art. 960*f* Abs. 3 nOR). Bei der Prüfung des Zwischenabschlusses handelt es sich wiederum um einen neuen Schritt, der für die Bestimmung des anwendbaren Rechts des Zwischenabschlusses in übergangsrechtlicher Hinsicht nicht relevant ist.

Ein altrechtlicher Zwischenabschluss bzw. Zwischenabschluss, der vor dem 1. Januar 2023 erstellt bzw. unterzeichnet wurde (oben N. 150), behält weiterhin seine Gültigkeit. Das Handelsregisteramt sollte u.E. solche Zwischenabschlüsse bei Kapitalherabsetzungen und Umstrukturierungen demnach auch bei Anmeldungen bzw. Eintragungen nach dem 1. Januar 2023 akzeptieren. 15 1

Bei der **Überschuldung** handelt es sich um einen Dauersachverhalt (oben N. 99 und unten N. 162). Somit gilt grundsätzlich das neue Recht (oben N. 13). Allerdings ist bei der Überschuldung mit der gebotenen Eile zu handeln (Art. 725*b* Abs. 6 nOR). Deshalb wäre es unpraktikabel, einen neuen Zwischenabschluss nach Art. 960*f* nOR zu verlangen, der noch geprüft werden müsste (vgl. Art. 725*b* Abs. 2 nOR). U.E. genügt demnach eine altrechtliche Zwischenbilanz.[1689] 15 2

K. Reservenbildung und Dividende

Neue Bestimmungen über die Reservenbildung und die Festsetzung von Dividenden gelten ab dem 1. Januar 2023 uneingeschränkt, d.h. insbesondere auch für das **Jahresergebnis 2022** (Art. 1 Abs. 2 ÜBest; siehe dazu: Art. 671 ff., Art. 674, Art. 675 Abs. 3 nOR).[1690] 15 3

Somit ist für den im Geschäftsjahr 2022 erwirtschafteten Gewinn eine zweite Zuweisung in die gesetzliche Reserve nicht mehr notwendig, selbst wenn eine Dividende von 5 % als Gewinnanteil ausgeschüttet wurde (vgl. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 aOR).[1691] 15 4

L. Sanierungsrecht

Ab dem **1. Januar 2023** gilt grundsätzlich das neue Sanierungsrecht gemäss Art. 725 ff. nOR (vgl. Art. 1 Abs. 2 ÜBest). Einzig für den **Konkursaufschub** 15 5

16 Art. 725 Abs. 2 aOR spricht von *«Zwischenbilanz»*.

16 EHRA, Praxismitteilung 3/2022, Ziff. 3.

16 Zur Abschaffung der zweiten Zuweisung: Forstmoser/Küchler, Art. 672 N. 9; Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger, S. 6.

i.S.v. Art. 725a aOR besteht mit Art. 5 ÜBest eine Norm, die dem alten Recht auch nach dem 1. Januar 2023 zum Durchbruch verhilft (oben N. 93 ff.).

1. Drohende Zahlungsunfähigkeit

15 Sowohl nach bisherigem als auch nach neuem Recht hat der Verwaltungsrat
6 die Pflicht, die Liquidität und die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu planen, zu steuern und zu überwachen (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR/nOR).[1692] Neu ist hingegen der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach Art. 725 nOR ausdrücklich im Gesetz aufgeführt, womit die Bedeutung der **Liquidität** bzw. **Solvenz** unterstrichen wird.[1693] Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit (Art. 725 Abs. 2 nOR). Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Er reicht nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung ein (Art. 725 Abs. 2 nOR). Diese Pflicht besteht auch dann, wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit aufgrund von Tatsachen eintritt, die sich vor dem 1. Januar 2023 abgespielt haben und weiter andauert. Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit handelt es sich um einen **Dauersachverhalt**, der sich ab dem 1. Januar 2023 nach neuem Recht beurteilt (vgl. oben N. 13).

2. Kapitalverlust

15 Der Kapitalverlust ist neu in Art. 725*a* nOR geregelt. Im Vergleich zum alten
7 Recht wurde die Berechnungsgrundlage explizit auf den nicht ausschüttbaren Teil der gesetzlichen Reserven herabgesetzt (vgl. Art. 725*a* nOR).[1694] Im alten Recht vertrat die herrschende Lehre und Praxis die Ansicht, dass die ganze allgemeine Reserve inkl. deren ausschüttbarer Teil massgebend sind.[1695] Zwar stellt der Gesetzestext für die Feststellung des Kapitalverlusts auf die letzte Jahresrechnung ab, doch herrscht die Auffassung, dass der Kapitalverlust auch

16 Müller Lukas/Musliu Nagihan, Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich et al. 2020, S. 501–518, S. 503 ff. und S. 512 ff.

16 Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N. 106.

16 Böckli, 5. Aufl., § 11 N. 11(2).

16 Vgl. Forstmoser/Küchler, Art. 725*a* N. 8; Zu den verschiedenen Ansichten: Moggi, S. 5.

während des Geschäftsjahres eintreten kann bzw. vom Verwaltungsrat festzustellen ist.[1696] Falls vor dem 1. Januar 2023 ein Kapitalverlust gemäss Berechnung auf der ganzen allgemeinen Reserve, d.h. nach einem Teil der Lehre zu Art. 725 Abs. 1 aOR, bestand, gilt ab dem 1. Januar 2023 mit Sicherheit die neue Berechnungsgrundlage. Falls mit der neuen Berechnung kein Kapitalverlust besteht, treffen den Verwaltungsrat keine Pflichten aufgrund eines Kapitalverlusts.

Das neue Recht sieht keine zwingende Einberufung einer Generalversammlung mehr vor (vgl. Art. 725*a* Abs. 1 nOR).[1697] Eine Generalversammlung ist nur durchzuführen, falls die Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts in deren Kompetenzbereich fallen (Art. 725*a* Abs. 1 nOR *in fine*).[1698] 158

Falls ein Kapitalverlust kurz vor dem 1. Januar 2023 eintrat, ist u.E. nach dem 1. Januar 2023 nicht mehr zwingend eine Einberufung einer Generalversammlung nötig. Beim Vorliegen eines Kapitalverlusts handelt es sich u.E. um einen **Dauersachverhalt**, der sich ab dem 1. Januar 2023 nach neuem Recht beurteilt (vgl. oben N. 13). 159

Bei Vorliegen eines Kapitalverlusts verlangt das neue Recht, dass auch im Falle eines *Opting-out*[1699] die **letzte Jahresrechnung** vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung einer **eingeschränkten Revision** durch einen zugelassenen Revisor oder eine zugelassene Revisorin[1700] unterzogen wird (Art. 725*a* Abs. 2 nOR).[1701] Wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung stellt, entfällt diese Pflicht (Art. 725*a* Abs. 3 nOR). Dies gilt u.E. auch für die Jahresrechnung für das **Geschäftsjahr 2022**, weil der 160

16 Siehe: Böckli, 5. Aufl., § 11 N. 148; von der Crone, § 23 N. 1998.

16 Dazu: Forstmoser/Küchler, Art. 725*a* N. 9; Glanzmann, S. 117; Moggi, S. 23.

16 Glanzmann, S. 117.

16 Eine Gesellschaft mit weniger als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt kann auf die eingeschränkte Revision verzichten, falls sämtliche AktionärInnen zustimmen (Art. 727*a* Abs. 2 OR).

170 Der Verwaltungsrat ernennt *ad hoc* den zugelassenen Revisor oder die zugelassene Revisorin (Art. 725*a* Abs. 2 nOR *in fine*).

170 Moggi, S. 23 f.; Andernfalls sind die auf der Jahresrechnung basierenden Beschlüsse der Generalversammlung nichtig (Art. 731 Abs. 3 OR; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N. 119). Diese Revisionspflicht entfällt, falls der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht (Art. 725*a* Abs. 3 nOR).

Kapitalverlust wie erwähnt einen **Dauersachverhalt** darstellt (vgl. oben N. 159).[1702]

3. Überschuldung

16 1 Das neue Recht regelt die Überschuldung neu in Art. 725*b* nOR. Begriff und Tatbestand der Überschuldung bleiben unverändert.[1703] Dafür wird neu in Art. 725 Abs. 4 Ziff. 2 nOR ausdrücklich die **stille Sanierung**[1704] gesetzlich verankert. Die Benachrichtigung des Gerichts kann unterbleiben, solange begründete Aussicht besteht, (i) dass die Überschuldung innert angemessener Frist, **spätestens aber neunzig Tage** nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und (ii) dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

16 2 Bei der Überschuldung handelt es sich um einen **Dauersachverhalt**.[1705] Somit gelangt grundsätzlich ab dem **1. Januar 2023** das neue Recht zur Anwendung (vgl. oben N. 13 und N. 99 [zur Spezialregelung bei **Rangrücktritten**]). Die Maximalfrist von neunzig Tagen gilt somit auch für Überschuldungen, die vor dem 1. Januar 2023 eintraten.[1706] Vor dem 1. Januar 2023 aufgelaufene Tage besagter Frist sind jedoch anzurechnen.[1707] Erstens handelt es sich um einen Tatbestand, der sich nicht in einzelne Schritte zerlegen lässt, weshalb es in intertemporaler Hinsicht einer einheitlichen Anknüpfung an das neue Recht bedarf (vgl. zur Zerlegung in einzelne Schritte oben N. 118 ff.). Zweitens gelangt man mittels teleologischem Auslegungselement zu diesem Ergebnis. Der Schutz der GläubigerInnen bei Überschuldung der Gesellschaft gebietet es, nicht länger zu warten, indem die vor dem 1. Januar 2023 aufgelaufenen Tage bei der Berechnung der

170 Gleicher Meinung: EHRA, Praxismitteilung 3/22, Ziff. 3.

170 Moggi, S. 25.

170 Vgl. dazu: Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 N. 146 f.; Glanzmann, S. 127 f.

170 Von der Crone spricht von einem «*dauerhaften Unrechtszustand*» (von der Crone, § 23 N. 2008).

170 Es gibt somit kein *grandfathering*, was laut Böckli jedoch angezeigt gewesen wäre (Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 38).

170 Anderer Ansicht: Böckli unter Berufung auf das Rückwirkungsverbot (Böckli, 5. Aufl., § 17 N. 38). Vgl. auch Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB, wonach eine laufende Verjährungsfrist ebenfalls weiterläuft.

neunzigtägigen Maximalfrist i.S.v. Art. 725 Abs. 4 Ziff. 2 nOR nicht eingerechnet werden.

Unter altem Recht war die Gerichtspraxis bei der Gewährung einer Toleranzfrist flexibler und teilweise grosszügiger als die heutige Regelung in Art. 725 Abs. 4 Ziff. 2 nOR mit einer neunzigtägigen Maximalfrist.[1708] In einem komplexen Fall gewährte das Handelsgericht des Kantons Zürich sogar eine Toleranzfrist von acht Monaten.[1709] Die Lehre erachtet die neunzigtägige Maximalfrist für komplexe Fälle als zu kurz.[1710] Im übergangsrechtlichen Kontext ist fraglich wie mit komplexen Fällen umzugehen ist deren Überschuldung vor dem 1. Januar 2023 eintritt und unter neuem Recht andauert. Da hierfür keine übergangsrechtliche Ausnahme besteht, gilt grundsätzlich die neunzigtägige Maximalfrist des neuen Rechts. Es handelt sich bei der Überschuldung wie bereits in N. 162 festgehalten um einen **Dauersachverhalt**, für dessen Beurteilung das neue Recht zur Anwendung gelangt (vgl. auch oben N. 13 und N. 99). 16 3

M. Aktienrechtliche Klagen

Das Aktienrecht sieht diverse Klagen vor. Diese dienen entweder der Beseitigung rechtswidriger Zustände oder der Rückerstattung von Leistungen bzw. dem Ersatz von Schaden. Aus übergangsrechtlicher Perspektive interessieren primär Sachverhalte, die sich vor dem 1. Januar 2023 und somit unter dem alten Recht verwirklicht haben, die jedoch erst nach diesem Datum, mithin unter dem neuen Recht, rechtshängig gemacht werden und demnach von den Gerichten beurteilt werden. 16 4

Nachfolgend werden materielle Aspekte dieser Klagen dargestellt. Mangels Spezialregeln sind zur Lösung der übergangsrechtlichen Fragen die allgemeinen Regelungen gemäss Art. 1 bis Art. 4 SchlT ZGB beizuziehen (vgl. Art. 1 Abs. 1 ÜBest; oben N. 7 ff.). Diese Normen gelten jedoch nicht für das Verfahrensrecht.[1711] Im Zivilprozessrecht gilt, dass hängige Verfahren bei der damit befassten Instanz unter dem alten Prozessrecht weitergeführt werden 16 5

170 Vgl. dazu auch: von der Crone, § 23 N. 2005 ff.

170 Siehe: Handelsgericht des Kantons Zürich HG100052 vom 7.3.2013 (vgl. insbesondere E. III. 3.3).

171 Siehe: Fischer D., S. 17; Forstmoser/Küchler, Art. 725*b* N. 16. Gleichwohl wird die geschaffene Rechtssicherheit begrüsst (von der Crone, § 23 N. 2007).

171 KuKo-Pfaffinger, Vorb. Art. 1–50 SchlT ZGB N. 2.

und in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren das neue Prozessrecht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 404 f. ZPO).[1712] Nachfolgend werden jeweils Aspekte des materiellen Rechts dargestellt, wofür die übergangsrechtliche Regelungen der ZPO nicht zur Anwendung gelangen. Die Aktienrechtsrevision führte lediglich zu kleinen Änderungen in der ZPO (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. g und Art. 250 lit. c nZPO). Aus diesem Grund dürften die übergangsrechtlichen Regelungen der ZPO vorliegend keine allzu grosse Rolle spielen.

1. Rückerstattungsklage

16 Die Aktienrechtsrevision führt zu Änderungen bei der Rückerstattungsklage,
6 was nachfolgende übergangsrechtliche Fragen aufwirft:

16 Der **persönliche Geltungsbereich** bzw. die **Passivlegitimation** der
7 Rückerstattungsklage wird erheblich erweitert. Gemäss Art. 678 Abs. 1 nOR erfasst die Rückerstattungsklage neu auch die Mitglieder der Geschäftsleitung, des Beirats sowie materielle und faktische Organe (*«mit der Geschäftsleitung befasste Personen»*).[1713] Ungerechtfertigte Rückzahlungen von gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven[1714] sowie von unzulässigen Vergütungen werden neu vom **sachlichen Geltungsbereich** der Rückerstattungsklage erfasst (vgl. Art. 678 Abs. 1 nOR).[1715] Der **Grundsatz der Nichtrückwirkung**[1716] i.S.v. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB führt dazu, dass der erweiterte persönliche und sachliche Geltungsbereich erst für Leistungen **ab dem 1. Januar 2023** gilt (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 ÜBest). U.E. liegt auch keine Ausnahme gemäss Art. 2 SchlT ZGB vom Grundsatz der Nichtrückwirkung vor, weil das neue Aktienrecht keine Bestimmungen enthält, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind (vgl. oben N. 18).

16 In **materieller Hinsicht** verzichtet das neue Recht auf das Erfordernis der
8 **Bösgläubigkeit** (vgl. Art. 678 Abs. 1 aOR).[1717] Allerdings verweist Art. 678 Abs. 3 nOR auf Art. 64 OR. Gemäss Art. 64 OR kann der Beklagte der

171 Ausführlich zu den Grundsätzen des intertemporalen Zivilprozessrechts: Schwander, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich et al. 2016, Art. 404 N. 16 ff.

171 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 528; Forstmoser/Küchler, Art. 678 N. 9; von der Crone/Mosch, S. 481.

171 Dazu Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 2 nOR (vgl.: Forstmoser/Küchler, Art. 678 N. 13).

171 Forstmoser/Küchler, Art. 678 N. 12 f.; von der Crone/Mosch, S. 482.

171 Dazu oben N. 11 ff.

171 Forstmoser/Küchler, Art. 678 N. 11 und N. 15.

Rückerstattung **einredeweise** entgegengehalten, dass zur Zeit der Rückforderung keine Bereicherung mehr vorlag ausser die Entäusserung erfolgte nicht im guten Glauben oder mit der Rückerstattung musste nicht gerechnet werden.[1718] Der Umstand der fehlenden Bereicherung ist von der potentiell rückerstattungspflichten Person zu beweisen (Art. 678 Abs. 3 nOR i.V.m. Art. 64 OR: *«nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert»*). Demgegenüber wird der gute Glaube der rückerstattungspflichtigen Person vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB).[1719] Im neuen Recht ist demnach jede im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereicherte Person – unabhängig ob gut- oder bösgläubig – rückerstattungspflichtig.[1720]

Weiter stellt das **offensichtliche Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft** neu kein Tatbestandsmerkmal mehr dar (vgl. Art. 678 Abs. 2 aOR und Art. 678 Abs. 2 nOR).[1721] 169

Für Leistungen, die vor dem 1. Januar 2023 empfangen wurden, gilt betreffend das Erfordernis der Bösgläubigkeit (oben N. 168) und die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft (oben N. 169), das alte Recht. Dies ergibt sich aus dem **Grundsatz der Nichtrückwirkung** (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB; im allgemeinen oben N. 11 ff.). Art. 678 OR spricht vom Bezug. In übergangsrechtlicher Hinsicht ist somit der Bezug der Leistung die massgebende Tatsache und nicht ein allfälliges Verpflichtungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft kommt mangels Vertretungsberechtigung i.d.R. sowieso nicht zustande oder wäre andernfalls nichtig.[1722] 170

Zu einer anderen Auffassung könnte man gelangen, wenn man die Bereicherung, die zur Rückerstattung führt als Dauersachverhalt qualifiziert. Bei Dauersachverhalten gelangt das neue Recht ab dessen Inkrafttreten zur Anwendung (vgl. oben N. 13). Die Bereicherung ist jedoch im Zeitpunkt des Bezugs eingetreten, die entsprechende Tatsache hat sich mithin in diesem 171

171 Vgl.: Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 332.

171 Ausführlich: Chabloz, S. 579.

172 Von der Crone/Mosch, S. 486.

172 Böckli, 5. Aufl., § 14 N. 115; Forstmoser/Küchler, Art. 678 N. 15.

172 Ausführlich: Kägi Urs, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Zürich et al. 2012 (= SSHW 309), § 9 N. 3 ff.; Brand Patric A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und Finanzverkehrs verbundener Unternehmen, Zürich et al. 2015 (= SSHW 326), N. 943 ff.

Zeitpunkt verwirklicht bzw. ist abgeschlossen. Demnach liegt u.E. kein Dauersachverhalt vor.

17 2 Die **Generalversammlung** kann beschliessen, dass die Gesellschaft eine Klage auf Rückerstattung erhebt (Art. 678 Abs. 5 Satz 1 nOR). Dabei kann sie den Verwaltungsrat oder einen Vertreter bzw. eine Vertreterin mit der Prozessführung betrauen (Art. 678 Abs. 5 Satz 2 nOR). Ein **vergleichbarer prozessualer Mechanismus** kann in der Sonderprüfung erblickt werden. Das Bundesgericht hat nach der Einführung der damaligen Sonderprüfung entschieden, dass diese auch für Sachverhalte vor deren Inkrafttreten zur Anwendung gelangt (oben N. 44).[1723] Mittels analoger Betrachtung kann daher argumentiert werden, dass der Generalversammlung diese Kompetenz auch für Rückerstattungsklagen betreffend Tatsachen, die sich vor dem 1. Januar 2023 verwirklicht haben, zusteht. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Rückerstattungsklage beurteilen sich jedoch aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1724] nach altem Recht (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB; vgl. auch oben N. 44).[1725] Zu einem abweichenden Ergebnis könnte man gelangen, indem man argumentiert, dass die rückerstattungspflichtigen Personen darauf vertrauten, nur durch die Gesellschaft verklagt werden zu können, falls der Verwaltungsrat dies selbst entscheidet (vgl. Art. 678 Abs. 3 OR).[1726] Ein solches Vertrauen hatte das Bundesgericht in ähnlich gelagerter Konstellation nicht geschützt. So konnte wie bereits erwähnt ein Sachverhalt, der sich vor Inkrafttreten der damaligen Sonderprüfung ereignet hatte, mittels Sonderprüfung untersucht werden (oben N. 44).[1727]

17 3 Das neue Recht regelt die **Verjährung** nun umfassender und im Einklang mit dem neuen Verjährungsrecht in Art. 678*a* nOR.[1728] Das alte Recht sah in jedem Fall eine Frist von fünf Jahren ab Empfang der Leistung vor (Art. 678 Abs. 4 aOR). Ab Kenntnis besteht neu eine **relative Frist** von **drei Jahren**. Eine zehnjährige absolute Frist ist vorgesehen ab der Entstehung des Rückerstattungsanspruchs (Art. 678*a* Abs. 1 nOR). In Art. 678*a* Abs. 2 nOR

172 BGE 120 II 393 E. 3 S. 395 f.
172 Dazu oben N. 11 ff.
172 Betreffend den von der damaligen Sonderprüfung untersuchten Sachverhalt: BGE 120 II 393 E. 3 S. 396.
172 Zur Aktivlegitimation der Gesellschaft: BSK-Vogt, Art. 678 OR N. 29.
172 BGE 120 II 393 E. 3 S. 395 f.
172 Forstmoser/Küchler, Art. 678*a* N. 4.

wird die Verjährung – wie im Verjährungsrecht üblich[1729] – mit der **strafrechtlichen Verjährung** koordiniert.[1730]

Für intertemporalrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Verjährung gilt **Art. 49 SchlT ZGB** als *lex specialis* (dazu oben N. 121 ff.). Das neue Recht führte mit der relativen dreijährigen Frist eine kürzere Frist als das bisherige Recht ein. Demgegenüber handelt es sich bei der absoluten zehnjährigen Frist um eine längere Frist als diejenige des bisherigen Rechts. Betreffend die kürzere dreijährige Frist gilt das bisherige Recht (Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB). Somit gilt die relative dreijährige Frist erst für ab dem **1. Januar 2023** bezogene ungerechtfertigte Leistungen, weil die fünfjährige Frist gemäss Art. 678 Abs. 4 aOR länger ist. Für die längere zehnjährige Frist sowie gegebenenfalls eine längere Frist aufgrund einer strafbaren Handlung ist Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB massgebend. Sofern die fünfjährige Verjährungsfrist i.S.v. Art. 678 Abs. 4 aOR noch nicht eingetreten ist, gelten diesbezüglich die erwähnten Fristen des neuen Rechts. Im Übrigen beeinflusst das Inkrafttreten der neuen Verjährungsfristen den Beginn der laufenden Verjährung nicht (vgl. Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB; vgl. auch oben N. 123). 17 4

Die Verjährungsfrist **steht** während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und deren Durchführung **still** (Art. 678*a* Abs. 1 nOR *in fine*). Dieser Stillstand wird weder besonders übergangsrechtlich geregelt noch von Art. 49 SchlT ZGB erfasst. Gemäss Art. 49 Abs. 4 SchlT ZGB gilt – sofern nicht besonders geregelt – das neue Recht ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 ÜBest; vgl. oben N. 22 f.). U.E. gilt der Fristenstillstand demnach ab dem 1. Januar 2023 auch, falls die Sonderuntersuchung[1731] vor dem 1. Januar 2023 angeordnet bzw. mit deren Durchführung begonnen wurde (vgl. auch zur ähnlichen Konstellation bei der Verantwortlichkeitsklage unten N. 181). Aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1732] tritt der Stillstand bei einem vor dem 1. Januar 2023 eingeleiteten Verfahren bzw. einer Sonderprüfung sicherlich nicht bereits vor dem 1. Januar 2023 ein (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Weiter handelt es sich auch hierbei um einen **Dauersachverhalt**, weshalb ab dem 1. Januar 2023 grund- 17 5

172 Vgl.: Art. 60 Abs. 2, Art. 760 Abs. 2 und Art. 919 Abs. 2 OR.

173 Dazu: Böckli, 5. Aufl., § 14 N. 140.

173 Vor dem 1.1.2023 sprach das Gesetz noch von Sonderprüfung (vgl. Art. 697a ff. aOR).

173 Dazu oben N. 11 ff.

sätzlich das neue Recht zur Anwendung gelangt und der Grundsatz der Nichtrückwirkung unbeachtlich ist (vgl. oben N. 13).

17 6 Im **Konkurs der Gesellschaft** kommt Art. 757 OR sinngemäss zur Anwendung (Art. 678 Abs. 6 nOR). Diese Bestimmung erleichtert den Erwerb des Klagerechts durch **GesellschaftsgläubigerInnen**. Ein Abtretungsbegehren, ein Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung und eine Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung werden nicht vorausgesetzt. Inhaltlich handelt es sich um dasselbe wie bei einer Klage gestützt auf die Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG.[1733] Erforderlich ist, dass die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet und die Forderung des Gesellschaftsgläubigers bzw. der Gesellschaftsgläubigerin kolloziert ist.[1734] Weiter führt Art. 678 Abs. 6 nOR dazu, dass zukünftig auch **AktionärInnen** eine Rückerstattungsklage erheben können, wenn die Konkursverwaltung darauf verzichtet.[1735] Bei Art. 678 Abs. 6 nOR bzw. dessen Verweis auf Art. 757 OR handelt es sich um einen **prozessualen Modus**, der ab dem 1. Januar 2023 auch für Bezüge gilt, die sich vor dem 1. Januar 2023 ereignet haben. Die materielle Beurteilung basiert aufgrund des Grundsatzes der Nichtrückwirkung auf altem Recht (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB; dazu oben N. 172).

2. Verantwortlichkeitsklage

17 7 Aus Sicht des Übergangsrecht sind die Verantwortlichkeitsklagen im Wesentlichen mit Blick auf die **Verjährung** zu untersuchen. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, namentlich die Gründungshaftung (Art. 753 OR), die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation (Art. 754 OR) und die Revisionshaftung (Art. 755 OR) unterstehen der gemeinsamen Bestimmung von Art. 760 nOR zur Verjährung. Dieser Artikel erfuhr zwei Anpassungen.

17 8 Die relative Verjährungsfrist wurde von fünf auf **drei Jahre** reduziert. Demnach verjährt der Anspruch auf Schadenersatz gegen die verantwortlichen Personen in drei Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte bzw. die Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat (Art. 760 Abs. 1 nOR). Die Botschaft erklärt

173 Harisberger, S. 394 f.
173 Chabloz, S. 581; Harisberger, S. 394 f.
173 Harisberger, S. 396.

diese Anpassung mit Gründen der Vereinheitlichung und Vereinfachung sowie der Anpassung an das Konzept der laufenden Revision des Verjährungsrechts, weshalb dieselbe relative Verjährungsfrist wie bei der Rückerstattungsklage (vgl. oben N. 173) sowie der Verantwortlichkeitsklagen im **Genossenschaftsrecht** (Art. 919 Abs. 1 nOR) drei Jahre daure.[1736] Bei der **GmbH** gilt aufgrund des Verweises in Art. 827 OR die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Es handelt sich dabei um einen dynamischen Verweis auf das jeweils geltende Recht.[1737]

Bei Verjährungsfristen gelangt – mangels übergangsrechtlicher Sonderbestimmung – **Art. 49 SchlT ZGB** zur Anwendung (vgl. bereits oben N. 121 f.). Falls das neue Recht eine kürzere Frist bestimmt, gilt gemäss Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB das bisherige Recht. Die Aktienrechtsrevision verkürzte die relative Verjährungsfrist. Somit gilt für altrechtliche Fälle weiterhin die **fünfjährige Frist**. U.E. liegen altrechtliche Fälle bei Tatsachen vor, die sich vor dem 1. Januar 2023 verwirklicht haben. Dies gilt unabhängig davon, ob der bzw. die Geschädigte davon vor oder nach dem 1. Januar 2023 Kenntnis erlangt. Der aus dem Strafrecht bekannte Grundsatz der *«lex mitior»* i.S.v. Art. 2 Abs. 2 und Art. 389 StGB gilt im Verantwortlichkeitsrecht nicht.[1738] Somit kann ein Schädiger bzw. eine Schädigerin nicht vorbringen ab dem 1. Januar 2023 in den Genuss der kürzeren Verjährungsfrist zu gelangen. 179

Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte, bleibt unverändert (Art. 760 Abs. 1 OR). Ebenfalls unverändert bleibt die Sonderbestimmung zur Verjährung, wenn das schädigende Verhalten eine **strafbare Handlung** darstellt (Art. 760 Abs. 2 OR). In diesem Zusammenhang stellen sich demnach keine übergangsrechtlichen Fragen. 180

Weiter ist neu ein **Fristenstillstand** während des Verfahrens auf Anordnung einer **Sonderuntersuchung** und während deren Durchführung vorgesehen (Art. 758 Abs. 2 *in fine* und Art. 760 Abs. 1 nOR *in fine*). Dies gilt sowohl hinsichtlich der Verwirkung des Klagerechts nach dem Entlastungsbeschluss (Décharge) als auch hinsichtlich der Verjährung. Dieser Fristenstillstand wird übergangsrechtlich nicht besonders geregelt. Gemäss Art. 49 Abs. 4 SchlT 181

173 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 605.

173 Hofer/Pfäffli, S. 342 f.

173 Böckli, 4. Aufl., § 19 N. 8. Art. 389 StGB betrifft die strafrechtliche Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung.

ZGB gilt – sofern nicht besonders geregelt – das neue Recht ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 ÜBest; vgl. oben N. 22 f.). U.E. gilt der Fristenstillstand demnach ab dem 1. Januar 2023 auch, falls die Sonderuntersuchung[1739] vor dem 1. Januar 2023 angeordnet bzw. mit deren Durchführung begonnen wurde (vgl. auch zur ähnlichen Konstellation bei der Rückerstattungsklage oben N. 175). Demnach tritt der Stillstand bei einem vor dem 1. Januar 2023 eingeleiteten Verfahren bzw. einer Sonderprüfung nicht bereits vor dem 1. Januar 2023 ein (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Im Übrigen handelt es sich bei der Sonderuntersuchung um einen **Dauersachverhalt** auf den ab dem 1. Januar 2023 grundsätzlich das neue Recht zur Anwendung gelangt und der Grundsatz der Nichtrückwirkung nicht zu beachten ist (vgl. oben N. 13).

18 2 Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind **Rangrücktritte** bei der Berechnung des mittelbaren Schadens nicht zu berücksichtigen. Somit wurden auch Forderungen, die einem Rangrücktritt unterliegen, zum Gesellschaftsschaden gezählt.[1740] Aufgrund der Kritik an dieser Rechtsprechung verabschiedete der Gesetzgeber Art. 757 Abs. 4 nOR, wonach Forderungen von Gesellschaftsgläubigern, die im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, neu nicht mehr in die Berechnung des Gesellschaftsschadens einzubeziehen sind.[1741]

18 3 Aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1742] gilt diese Regelung jedoch erst für Rangrücktritte nach dem 1. Januar 2023 (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Im Übrigen können sich SchädigerInnen auch hier nicht auf den strafrechtlichen Grundsatz der *«lex mitior»* berufen (vgl. oben N. 179).

3. Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

18 4 Das Regime der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bei Beschlüssen der Generalversammlung sowie der Nichtigkeit bei Beschlüssen des Verwaltungsrats wurde bei der Aktienrechtsrevision **nicht geändert** (vgl. Art. 706 ff. OR).

---

173 Vor dem 1.1.2023 sprach das Gesetz noch von Sonderprüfung (vgl. Art. 697*a* ff. aOR).

174 BGer 4A_277/2010 vom 2.9.2010 E. 2.3.

174 Gemäss Forstmoser/Küchler hätte davon gesprochen werden müssen, dass diese nicht in die Schadenersatzpflicht einzubeziehen sind (Forstmoser/Küchler, Art. 757 N. 8).

174 Dazu oben N. 11 ff.

Die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Beschlüssen, die vor dem 1. Januar 2023 gefällt wurden, kann aufgrund des **Grundsatzes der Nichtrückwirkung**[1743] lediglich mittels dem alten Recht begründet werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB). Nach dem 1. Januar 2023 darf die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit nur dann mit dem alten Recht begründet werden, wenn der Vorgang noch dem alten Recht untersteht. Im Übrigen kann u.E. gegebenenfalls auch die Verletzung von Übergangsrecht zur Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit führen. 1855

Fragen betreffend die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit dürften sich auch bei den neuen Instrumenten des revidierten Aktienrechts wie dem Kapitalband sowie den digitalen Formen der Generalversammlung stellen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um intertemporale Fragen, sondern um die Rechtsfolgen von neuen aktienrechtlichen Bestimmungen. 1856

4. Auflösungsklage

Die Aktivlegitimation zur Auflösungsklage steht ab dem 1. Januar 2023 auch AktionärInnen mit **10% der Stimmen** zu (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 nOR). Es müssen nicht mehr wie vorher in jedem Fall 10% des Aktienkapitals der KlägerInnen vertreten sein (vgl. Art. 736 Ziff. 4 aOR). Die Aktivlegitimation muss bereits bei Einreichung der Auflösungsklage vorliegen.[1744] Somit kann sich ein Aktionär bzw. eine Aktionärin nicht auf den neuen Schwellenwert berufen, wenn er bzw. sie die Auflösungsklage vor dem 1. Januar 2023 eingereicht hat. 1857

Neu sieht Art. 659 Abs. 3 nOR vor, dass beim Erwerb eigener Aktien die Höchstgrenze auch im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage bei 20% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals liegt. Die über 10% hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten (Art. 659 Abs. 3 nOR). Dadurch erhöht sich der Handlungsspielraum für das Gerich und den Verwaltungsrat.[1745] Beim wichtigen Grund, der zur Auflösungsklage führt, handelt es sich u.E. um einen **Dauersachverhalt** (vgl. oben N. 13). Demnach kann Art. 659 Abs. 3 nOR auch 1858

174 Dazu oben N. 11 ff.

174 Böckli, 5. Aufl., § 14 N. 309; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 55 N. 94.

174 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 600.

bei einer Auflösungsklage, die vor dem 1. Januar 2023 eingeleitet wurde, angewandt werden.

N. Schiedsgerichtsbarkeit

188 Nach Art. 697*n* Abs. 1 nOR können die Statuten vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein **Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz** beurteilt werden (sog. **statutarische Schiedsklausel**). Die Schiedsklausel entfaltet die gleichen rechtlichen Wirkungen wie die übrigen Statutenbestimmungen. Das bedeutet, dass sämtliche AktionärInnen und Organe, die an die Statuten gebunden sind, auch von der statutarischen Schiedsklausel erfasst werden.[1746] Dies gilt auch für **neu eintretende AktionärInnen**.[1747] Die subjektive Reichweite der statutarischen Schiedsklausel lässt sich jedoch statutarisch einschränken (vgl. Art. 697*n* Abs. 1 Satz 2 nOR).[1748] Daneben sind (auch in den Statuten) **vertragliche Schiedsklauseln** möglich.[1749] An diese sind ausschliesslich die zustimmenden AktionärInnen und Organpersonen sowie ihre Rechtsnachfolger gebunden.[1750]

190 Art. 697*n* nOR gilt entsprechend auch für die **GmbH** (Art. 797*a* nOR). Bei anderen Körperschaften wie **Vereinen** und **Genossenschaften** fehlt eine entsprechende Regelung, da die Schiedsgerichtsbarkeit bereits im bisherigen Recht als zulässig erachtet wurde.[1751]

191 Eine statutarische Schiedsklausel wird mit der **Eintragung in das Handelsregister** wirksam (vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. h und Art. 73 Abs. 1 lit. v nHRegV).[1752] Da es sich bei der statutarischen Schiedsklausel i.S.v. Art. 697*n* nOR um eine neue Möglichkeit der Aktienrechtsrevision handelt, sind **keine Übergangsfristen** zu beachten.[1753]

---

174 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 35 f. Besteht ein Aktionärbindungsvertrag, der ebenfalls eine Schiedsklausel vorsieht, wären diese aufeinander abzustimmen (Fischer D., S. 12).

174 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 547; EHRA, Faktenblätter, S. 166; OFK-Hirsiger, Art. 697*n* OR N. 6.

174 Forstmoser/Küchler, Art. 697*n* N. 12; Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 36. Mit Beispielen: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 547.

174 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 99.

175 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 31.

175 Botschaft Aktienrecht 2016, S. 546 mit Verweis auf Mauerhofer, S. 26. Ausführlich: Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 53 ff.

175 OFK-Hirsiger, Art. 697*n* OR N. 3; Meier, N. 254. Abweichend: Allemann, S. 346.

175 EHRA, Faktenblätter, S. 166.

Fraglich ist, ob eine statutarische Schiedsklausel auch für die Beurteilung von **Streitigkeiten, die vor der Wirksamkeit der Schiedsklausel entstanden** sind (somit teilweise auch vor dem 1. Januar 2023), gilt. Gemäss Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer gilt die statutarische Schiedsklausel für alle gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, die nach der Wirksamkeit der statutarischen Schiedsklausel (vgl. oben N. 191), rechtshängig gemacht werden.[1754] Allemann und Meier beschränken die Wirkung auf künftige Streitigkeiten.[1755] Allemann begründet seine Ansicht mit dem Wortlaut von Art. 697*n* Abs. 1 nOR, der von *«Schiedsklausel»* spricht. Traditionellerweise (insbesondere im damaligen KSG[1756]) wurde zwischen *«Schiedsverträgen»* für bestehende und *«Schiedsklauseln»* für künftige Streitigkeiten unterschieden.[1757] Meier hat gegenüber einer solchen umfassenden zeitlichen Anwendung verfahrens- und verfassungsrechtliche Bedenken. Eine Wirkung für Streitigkeiten, die vor der Wirksamkeit der Schiedsklausel entstanden sind, ist gemäss Meier nur zulässig, sofern die privatautonome Entscheid- und Handlungsfreiheit der an sie gebundenen Personen berücksichtigt wurde.[1758] Ob der Gesetzgeber sich der Unterscheidung von Schiedsverträgen und Schiedsklauseln bei der Schaffung von Art. 697*n* nOR bewusst war, darf bezweifelt werden. Der Ausdruck *«Schiedsklausel»* wurde viel eher verwendet, weil es sich um eine Klausel in den Statuten handelt und dieser deutlich häufiger ist als der Begriff *«Schiedsvertrag»*. Gegen die Ansicht von Meier spricht, dass der Gesetzgeber in Art. 697*n* nOR keine intertemporalen Vorbehalte berücksichtigt hat. Der Gesetzgeber installierte lediglich den Schutzmechanismus des qualifizierten Quorums (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 nOR). Gegebenenfalls haben sich AktionärInnen mit der Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage zu wehren (Art. 706 ff. OR).[1759] Somit ist von der Zulässigkeit für bereits bestehende Streitigkeiten auszugehen. Ob sich das prozessuale Risiko aufgrund der geteilten Ansichten in der Lehre lohnt, ist fraglich.

19 2

175 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 136.

175 Allemann, S. 347 f.; Meier, N. 515. Eine Streitigkeit gilt als bestehend, sobald erstmals abweichende Positionen bezogen und mitgeteilt werden (Allemann S. 347). Künftige Streitigkeiten sind somit solche, bei welchen nach Wirksamkeit der Schiedsklausel erstmals abweichende Positionen bezogen und kommuniziert werden.

175 Konkordat vom 27.3.1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit.

175 Allemann, S. 347.

175 Meier, N. 515 mit Verweis auf N. 159 f. und N. 254.

175 Im Allgemeinen: Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 91.

19 Fraglich ist, ob die Schiedsklausel sich auch auf ein bereits **vor dem 1. Januar**
3 **2023 hängiges staatliches Gerichtsverfahren** auswirkt. Gemäss Allemann bewirkt eine nach dem 1. Januar 2023 eingeführte Schiedsklausel keine Zuständigkeit eines Schiedsgerichts. Das legitime Vertrauen in die staatliche Gerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus sei zu schützen. Im Übrigen wäre ein solcher Entzug des staatlichen Gerichts und der damit erwirkte Neustart der Rechtsdurchsetzung rechtsmissbräuchlich.[1760] Der Ansicht von Allemann ist zuzustimmen. Der **Grundsatz der Nichtrückwirkung**[1761] schützt vor einem Entzug des staatlichen Gerichts durch eine neu eingeführte Schiedsklausel. Diesbezüglich hat der klagende Aktionär bzw. die klagende Aktionärin ein Vertrauen darauf, dass der eingeleitete (staatliche) Streitbeilegungsmechanismus zur Anwendung gelangt. Es handelt sich um eine bereits erworbene Vertrauensposition, auf die altes Recht zur Anwendung gelangt (Art. 4 SchlT ZGB *e contrario*; oben N. 19 ff.). Für die Weiterführung des staatlichen Verfahrens spricht ferner auch die Sperrwirkung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO.

19 Aus übergangsrechtlicher Perspektive ist fraglich, ob Art. 697*n* nOR auf
4 bereits **bestehende (statutarische) Schiedsklauseln** zur Anwendung gelangt. Auch nach dem 1. Januar 2023 können Schiedsklauseln in den Statuten als **Schiedsklauseln mit vertraglichem Charakter** qualifiziert werden.[1762] Diese Qualifikation führt dazu, dass nur (schriftlich) zustimmende Personen daran gebunden sind.[1763] Allerdings dürften nur wenige Statuten Schiedsklauseln mit vertraglichem Charakter enthalten, weil die Handelsregisterämter die Eintragung solcher (unechter) Statutenbestimmungen regelmässig verweigert haben.[1764] Falls man im Einklang mit einem Grossteil der Lehre und der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung von **statutarischen Schiedsklauseln** ausgeht, besteht u.U. ein Widerspruch zur heutigen Regelung. Dies liegt daran, dass die heutige Regelung spezifische Anforderungen verlangt (qualifiziertes Quorum für die Einführung,[1765] Geltung von Art. 353 ff. ZPO,
[1766] Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz, Gewährleistung besonderer

176 Zum Ganzen: Allemann, S. 348.
176 Dazu oben N. 11 ff.
176 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 99.
176 Allemann, S. 340; Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 31.
176 Vgl.: Botschaft Aktienrecht 2016, S. 546; Allemann, S. 340.

Verfahrensrechte und Hinweis auf die Schiedsklausel im Handelsregistereintrag[1767]).[1768] Falls die bestehende Statutenbestimmung diesen Anforderungen nicht entspricht, ist sie innerhalb von zwei Jahren anzupassen (Art. 2 Abs. 1 ÜBest).[1769] Andernfalls tritt sie automatisch ausser Kraft (Art. 2 Abs. 2 ÜBest; im allgemeinen oben N. 32 ff.). Meier weist daraufhin, dass Schiedsklauseln, die sich vor dem 1. Januar 2023 in den Statuten befanden, nur bei Einhaltung eines hinreichenden Verfahrensrechtsschutz, der nicht über die Anforderungen von Art. 697*n* E-OR 2016 hinausgeht, gültig sind.[1770] Umstritten ist, ob es genügt, wenn das damalige einfache Quorum eingehalten wurde oder, ob eine Bestätigung unter qualifiziertem Quorum erforderlich ist. Gemäss Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer ist das qualifizierte Quorum eine im materiellen Recht gründende Voraussetzung, um den Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit sowie die körperschaftliche Wirkung gegenüber allen AktionärInnen zu rechtfertigen.[1771] Meier argumentiert mit dem Rückwirkungsverbot[1772] dagegen und erachtet demnach eine Schiedsklausel, die unter damaligem gültigem einfachen Quorum eingeführt wurde, grundsätzlich als gültig.[1773] Die zweite Ansicht dürfte die

176 Vgl.: Art. 704 Abs. 1 Ziff. 14 nOR. Das EHRA vertritt die Auffassung, dass bei Nichteinhaltung des qualifizierten Quorums die Schiedsklausel zu beanstanden wäre (EHRA, Faktenblätter, S. 167). Die fehlerhafte Anwendung eines Quorums führt jedoch zur Anfechtbarkeit (Böckli, 5. Aufl., § 8 N. 622 f.; Huguenin Claire/Mahler Bruno, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 131–151, S. 139). Die blosse Anfechtbarkeit ist vom Handelsregisteramt – vorbehältlich einer Registersperre – nicht zu beachten (vgl. oben N. 69).

176 Damit werden gleichzeitig Art. 176 ff. IPRG ausgeschlossen (Art. 697 Abs. 2 nOR).

176 Dazu oben N. 190.

176 Zum Ganzen: Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 64 f.

176 OFK-Hirsiger, Art. 697*n* OR N. 10. (ausführlich: Meier, N. 522).

177 Ausführlich: Meier, N. 522. Das Parlament änderte den Entwurf nicht, sondern ergänzte ihn lediglich um den heutigen Abs. 3 von Art. 697*n* nOR (Forstmoser/Küchler, Art. 697*n* N. 4).Bei einer Totalrevision hätte das Handelsregisteramt eine Schiedsklausel, die nicht Art. 697n OR entspricht, zu beanstanden (EHRA, Faktenblätter, S. 167).

177 Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 66.

177 Zum Grundsatz der Nichtrückwirkung oben N. 11 ff.

177 Meier, N. 521. Ebenso im Allgemeinen zu Statutenbestimmungen, die ab dem 1.1.2023 dem qualifizierten Quorum unterstehen: Fischer D., S. 19; Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, S. 341. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wird jeweils nicht erwähnt. 141 bzw. N. 143.Siehe zur selben Frage betreffend ausländischen Tagungsort und den Stichentscheid bei der Generalversammlung oben N. 142 bzw. N. 144.

richtige sein, weil sie die intertemporalen Grundsätze – wie den Grundsatz der Nichtrückwirkung[1774] – beachtet. Um Risiken zu vermeiden, empfiehlt es sich jedoch die Schiedsklausel von der Generalversammlung (mit dem qualifizierten Quorum) bestätigen zu lassen.[1775]

19 Im Recht der **GmbH** soll die Schiedsklausel bereits vor dem 1. Januar 2023
5 zulässig gewesen sein, weil den GesellschafterInnen statutarisch Pflichten auferlegt werden können (vgl. Art. 796 OR).[1776] Da in Art. 797*a* nOR auf das Aktienrecht verwiesen wird, muss sich die Schiedsklausel künftig, d.h. innert zwei Jahren (vgl. Art. 2 ÜBest; oben N. 32 ff.), an das neue Recht halten (siehe oben N. 194).

LITERATURVERZEICHNIS

Allemann Richard G., Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 3 (2018), S. 339–354.

Aus der Au Roman, Die Verrechnungsliberierung bei der AG, Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, Zürich 2020, Zürich et al. 2021 (= SSHW 354).

Bauer Thomas/Luginbühl Tanja, Kommentierung zu Art. 293*a* SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Bauer/Luginbühl).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022 (zit. Böckli, 5. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. Böckli, 4. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit. Böckli, 2. Aufl.).

177 Dazu oben N. 11 ff.

177 So auch: Meier, N. 521.

177 Mauerhofer, S. 26; Ritter Thomas, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten, Zürich et al. 2015 (= ZStV 181), N. 705. Siehe ferner auch: Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, N. 55.

Brändli Gian, Kommentierung zu Art. 1 SchlT ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich et al. 2016.

Broggini Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in: Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Secrétan Roger/von Steiger Werner (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht I, Basel 1969, S. 353–507.

Bühler Christoph B., Kommentierungen zu Art. 716*a* und 716*b* OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Bühler).

Chabloz Isabelle, Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information, SZW 6 (2021), S. 575–588.

Däppen Robert K., Kommentierung zu Art. 49 und 50 Schlt ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Däppen).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich et al. 2021.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Kommentierungen zu Art. 699 und 706 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Dubs/Truffer).

Eisenring Marlen, Kommentierung zu Art. 700 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Eisenring).

Fischer Damian, Neues Aktienrecht – Ready for Take-off?, Was Sie über das neue Recht wissen sollten, AJP 1 (2023), S. 3–20 (zit. Fischer D.).

Fischer Joel, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR 1 (2021), S. 1 ff. (zit. Fischer J.).

Forrer Lucas/Müller Matthias, Kommentierung zur Art. 734*f* OR, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://

onlinekommentar.ch/de/kommentare/or734f (zit. OK-Forrer/Müller, Art. 734f OR).

Forstmoser Peter, Aktienrechtsreform 2020: Was wurde erreicht? Und was hat man verpasst?, EF 6 (2021), S. 320–323 (zit. Forstmoser, EF).

Forstmoser Peter, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 8 und 9 (1992), S. 137–169 (zit. Forstmoser, SJZ).

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen Gesetzesänderungen, Bern 2021 (zit. Forstmoser/Küchler, Art. x N y).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht, in: Richard-dit-Bressel Marc Jean/Zollinger David (Hrsg.), Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, Zürich 2022, S. 99–134.

Gericke Dieter/Müller Andreas/Häusermann Daniel/Hagmann Nina, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3 (2020), S. 323–341.

Gnos Urs P./Hohler Dominik/Kummer Angela/Brazerol Riccardo, Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2020, Bern 2021.

Harisberger Severin, Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR im Konkurs der Gesellschaft – Ein Beitrag insbesondere zur Bedeutung von Art. 678 Abs. 6 E-OR, in: Forrer Lucas/Zuur Floris/Müller Matthias P.A. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020.

Heller Jan, Aktienrechtsrevision – neue Regelungen für börsenkotierte Gesellschaften, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht vom 10.11.2021.

Hirsiger Valentina, Kommentierung zu Art. 697*n* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Hirsiger).

Hofer Matthias/Pfäffli Daniel, Organisationsmängel bei Personenhandelsgesellschaften, Materiellrechtliche und zivilprozessuale Aspekte von Art. 581*a* OR, GesKR 3 (2022), S. 339–357.

Hubacher Kevin/Sieber Andrea/Vogel Alexander/Baumberger Marc, FAQ zum revidierten Aktienrecht (nichtbörsenkotierte Gesellschaften): auf den Punkt gebracht und umsetzbar, MLL News Portal vom 16.1.2023.

Hubli Pascal/Weber Martin/Ah Choon Jean Jacques/Houdrouge Tarek, Neues Aktienrecht ante portas – Sofortiges Ende der aktuellen Statuten?, Schellenberg Wittmer, Monthly Newsletter October 2022.

Hürlimann Alexander, Das intertemporale Genossenschaftsrecht, Zürich 1946.

Huguenin Claire/Giampaolo Davide, Kommentierung zu Art. 6b SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Huguenin/Giampaolo).

Jäggi Peter, Die Stimmrechtsbeschränkung für die Besitzer mehrerer Aktien im intertemporalen Recht, SAG 10 (1947), S. 229–236.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4.5.2023, Bern 2023, S. 1–83.

Kägi Urs, Art. 12 und 27 VegüV, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015 zit. (BSK-Kägi).

Kläy Hanspeter, Bundesgesetzgebung im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts Stand Oktober 1991, SZW 6 (1991), S. 312–317.

Lambert Claude/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 12 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Lambert/Müller).

Märki Raphael, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern, Bern 2019, Das neue Verjährungsrecht – Übergangsrechtliche Regeln, S. 157–174.

Meier Robert, Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 3 (1992), S. 317–331.

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Zürich et al. 2017 (= SSHW 338).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens, Aktienrechtsrevision und Handelsregister, SZW 5 (2022), S. 430–439.

Moggi Nicolo, Das neue Sanierungsrecht – Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats in Krisensituationen nach neuem Aktienrecht, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022.

Mönnich Ulrike, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich et al. 2014, AGB und intertemporales Recht, S. 287–299.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Zürich et al. 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Kommentierung zu Art. 734*f* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Müller).

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 651 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Müller).

Mutzner Paul, Berner Kommentar zum ZGB, Schlusstitel Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926 (zit. BK-Mutzner).

Nobel Peter, Aktienrecht heute, Jusletter vom 19.11.2022.

Oser David/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 28 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Oser/Müller).

Pfaffinger Monika, Vorb. Art. 1–50 SchlT ZGB und Kommentierungen zu Art. 1 und 4 SchlT ZGB, in: Büchler Andrea/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KuKo-Pfaffinger).

Pichonnaz Pascal/Piotet Denis, Kommentierung zu Art. 1–4 SchlT CC, in: Pichonnaz Pascal/Bénédict Foëx/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Basel 2016 (zit. CR-Pichonnaz/Piotet).

Plüss Adrian/Caldoro Stefan, Auswirkungen des Aktienrechts 2020 auf kleine und mittlere Unternehmen, SJZ 16–17 (2022), S. 834–841.

Rapp Jean-Marc, L'application du nouveau droit de la société anonyme aux sociétés fondées avant son entrée en vigueur – problèmes urgents de droit transitoire, SZW 3 (1992), S. 106–112.

Reutter Thomas/Hammer Annina, Lediglich «Punktuelle Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!, SZW 3 (2021), S. 302–307.

Richers Roman, Kommentierung zu Art. 24 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Richers).

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf et al. 2022.

Schenker Franz, Kommentierungen zu Art. 627 und 629 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Schenker).

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009 (= SSHW 285).

Stauffer Wilhelm, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Bern 1940.

Stojanovic Jansa, in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik,

Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, S. 165–191.

Tanner Brigitte, Neuerungen für die Beschlussfassung in der Generalversammlung, AJP 6 (1992), S. 765–773.

Tanner Brigitte, Kommentierung zu Art. 699 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Tanner).

Tanner Brigitte, Kommentierungen zu Art. 698, 699 und 703 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Tanner).

Truffer Roland/Dubs Dieter, Kommentierung zu Art. 808*b* OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Truffer/Dubs).

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Walter Marc/Joho-Menotti Michèle/Fischer Cedric/Wyss Janica, Aktienrechtsrevision, Eine Darlegung der wichtigsten Anpassungen und Änderungen, Wenger Vieli, Guidelines 11/22.

Vischer Markus, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmevorschriften wirklich ab? SJZ 4 (2022), S. 172–184 (zit. Vischer, SJZ).

Vischer Markus, Pflichten des Verwaltungsrats in finanziellen Krisenlagen nach neuem Aktienrecht, iusNet Gesellschaftsrecht vom 26.1.2023 (zit. Vischer, iusNet).

Vischer Markus, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986 (= ZSP 52) (zit. Vischer, Diss.).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 2 SchlT AG OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vischer).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 1, 2, 3 und 4 SchlT ZGB, in: in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Vischer).

Vogt Hans-Ueli, Kommentierung zu Art. 678 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vogt).

Vogt Hans-Ueli/Hirsiger-Meier Valentina/Hofer Thomas, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich et al. 2019.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

von der Crone Hans Caspar/Dazio Giovanni, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht, SZW 5 (2020), S. 505–518.

von der Crone Hans Caspar/Moschen Corina, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich et al. 2020, S. 479–493.

von Steiger Fritz, Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht, Zürich 1937.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierungen zu Art. 650 und 651 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Zindel/Isler).

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 626 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Zürcher/Berweger).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 17.4121 Arslan vom 13.12.2017 und 17.4185 Ruiz vom 14.12.2017 Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung, 21.12.2022 (zit. Bericht des Bundesrates zum dritten Geschlecht).

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Faktenblätter zum neuen Aktienrecht, REPRAX 4 (2022), S. 151–176 (zit. EHRA, Faktenblätter).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/23 vom 21.3.2023, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/23).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 3/22 vom 19.12.2022, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 3/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/22 vom 17.1.2022, Statutenänderungen im Hinblick auf die Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19.6.2020 (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Mitteilung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Senkung des Nennwerts von Aktien auf einen Rappen vom 22.1.2001 (zit. EHRA, Mitteilung 2001).

Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 683 ff. (zit. Entwurf Aktienrecht 2016).