

Lukas Handschin*

Der KMU-Konzern

Grundlagen und Besonderheiten

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Der Begriff der KMU
 2. Keine rechtliche Kategorie
 3. Der KMU-Konzern
 4. KMU-Konzern-spezifische Fragstellungen
- II. Unternehmensgrösse
 1. Grundlagen
 2. Einfachere Konzernstruktur
 - 2.1 Einheitliche Leitung im Konzern
 - 2.2 Asymmetrie von Leitungsmacht und Leitungsverantwortung im Grosskonzern
 - 2.3 Praktische Lösungsansätze
 - 2.4 Synchronisierung von Konzernleitung und Tochter-VR im KMU-Konzern
 3. Der KMU-Konzern als GmbH-Konzern
 - 3.1 Grundlagen
 - 3.2 Klarheit im Aussen-, Flexibilität im Innenverhältnis
 4. Rechnungslegung und Revision
 - 4.1 Einzelabschlüsse
 - 4.2 Konsolidierte Konzernrechnung
 - 4.3 Revision
- III. Zusammensetzung des Aktionariats
 1. Grundlagen
 2. Minderheitsaktionäre
 - 2.1 Grundlagen
 - 2.2 Stimmrechts- und Stammaktionäre
 3. Insbesondere die «Minderheitenrechte» der Stammaktionäre
 - 3.1 Grundlagen
 - 3.2 Besondere Stimmrechte
 - 3.3 Erhebung der Verantwortlichkeitsklage
 - 3.4 Anspruch auf einen Kategorienvertreter
 4. Mitwirkungsrechte der Minderheitsaktionäre im Konzern
 - 4.1 Grundlagen; Beschränkung der Rechte auf die Muttergesellschaft
 - 4.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte
 - 4.3 Kategorienvertreter der Stammaktionäre im Verwaltungsrat
 - 4.4 Mitwirkungsrechte beim Entscheid über die Konzernbildung
 - 4.5 Verantwortlichkeitsklage
 5. Gestaltungsmöglichkeiten im Streit unter den Gesellschaftern
 - 5.1 Grundlagen
 - 5.2 Auflösung der AG als ultima ratio
 - 5.3 Andere sachgemässe Lösungen
 - 5.4 Weitere Gestaltungsmöglichkeiten im GmbH-Recht
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

1. Der Begriff der KMU

Der Begriff KMU steht für kleinere und mittlere Unternehmen. Der Begriff wird nicht einheitlich verwendet; gleichwohl kann davon ausgegangen werden, dass die Schwelle vom KMU zum Grossunternehmen bei 250 Beschäftigten¹ liegt. Die Schwelle vom KMU zum Grossunternehmen liegt also sowohl oberhalb der in Art. 727 OR für das Erfordernis der ordentlichen Revision und der in Art. 663e OR für das Erfordernis der konsolidierten Konzernrechnung definierten Schwelle von CHF 20 Mio. Umsatz, CHF 10 Mio. Bilanzsumme und 50 (Art. 727 OR) resp. 200 (Art. 663e OR) Mitarbeiter im Jahresdurchschnitt als auch oberhalb des Grenzwerts des Fusionsgesetzes².

Anteilsmässig sind 99.7 % der Unternehmen KMU³; der Anteil der KMU an der Summe aller Beschäftigten ist geringer, beträgt aber immer noch 67.5 %⁴.

2. Keine rechtliche Kategorie

Aus rein rechtlicher, vor allem gesellschaftsrechtlicher Sicht, sind auf KMU, jedenfalls auf die grösseren KMU, die gleichen Vorschriften anwendbar wie auf Grosskonzerne. Die Grenzziehung, welche zu erhöhten Anforderungen im Gesellschafts- und im Revisionsrecht und

* Der Autor ist Professor an der Universität Basel und Rechtsanwalt in Zürich.

¹ URS FUEGLISTALLER (Hrsg.): Jahresbericht 2003 des KMU-HSG, Schweizerisches Institut für Klein- und Mittelunternehmen an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2004, S. 5; THOMAS BÄHLER, Die massgeschneiderte Gesellschaft, Diss. Bern 1999, S. 17.

² Vgl. auch Art. 2 lit. e FusG, der KMU als Unternehmen definiert, die keine Anleiensobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen nicht in den zwei letzten, dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren nicht überschreiten: 1. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, 2. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken und 3.200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

³ Bundesamt für Statistik, KMU-Landschaft im Wandel – Analysen zur Betriebszählung 2005, Neuchâtel 2008, S. 20.

⁴ Bundesamt für Statistik (FN 3), S. 24.

zur Anwendbarkeit von Bestimmungen des Börsengesellschaftsrechts führt, trennt nicht KMU von Grossunternehmen, sondern kleinere von mittleren Unternehmen und liegt somit mitten im Bereich der KMU. Eine Differenzierung, die sich durch die Anwendbarkeit unterschiedlicher Vorschriften auszeichnet, gibt es allenfalls zwischen grösseren und kleineren KMU⁵, aber nicht zwischen KMU und Grossunternehmen.

3. Der KMU-Konzern

Ein Rückschluss auf eine bestimmte Unternehmensgrösse ergibt sich auch nicht durch die Organisationsform Konzern. Diese Organisationsform kommt auch bei kleinsten Unternehmen vor, die umgangssprachlich nicht als Konzern bezeichnet würden, auf die aber die Definition (mehrere Unternehmen, wirtschaftliche Einheit, einheitliche Leitung⁶) ebenfalls zutrifft.

4. KMU-Konzern-spezifische Fragstellungen

Obwohl aus rein rechtlicher Sicht KMU-Konzerne den gleichen Vorschriften folgen wie Grosskonzerne, gibt es Unterschiede, die dazu führen, dass bestimmte Vorschriften und Fragestellungen im KMU-Konzern anders gewichtet werden und daher unsere erhöhte Aufmerksamkeit erfordern, während andere Fragen sich weniger stellen: Auf KMU-Konzerne bezogene Fragestellungen ergeben sich insbesondere durch deren Grösse und durch die Zusammensetzung des Aktionariats.

Durch die *kleinere Unternehmensgrösse* weisen KMU-Konzerne oft eine einfachere Konzernstruktur auf. Diese ermöglicht insbesondere, die faktische und die formelle Konzernstruktur gleichförmig auszugestalten, beispielsweise durch eine Personalunion der Mitglieder der Konzernleitung und der Verwaltungsräte der Töchter⁷. Weiter können sich KMU eher als GmbH inkorporieren. Im GmbH-Recht können der Gesellschafterversammlung Befugnisse eingeräumt werden, auf die Geschäftsführung unmittelbar Einfluss auszuüben. Dadurch entsteht im Konzern die Möglichkeit, die Leitungsmacht der Mutter jedenfalls teilweise zu «legalisieren»⁸. Schliesslich ergeben sich durch die kleinere

Unternehmensgrösse Unterschiede in der Rechnungslegung und Revision⁹.

KMU-Konzerne unterscheiden sich von Grosskonzernen oft auch durch die *Zusammensetzung des Gesellschafterkreises*. In vielen Fällen bestehen Aktionärsgruppen, von denen die eine das Unternehmen kontrolliert, während die andere auf die Rolle des Minderheitsgesellschafters beschränkt ist¹⁰. Vor allem im KMU-Konzern stellt sich die Frage nach den (Minderheiten-)Rechten dieser nicht kontrollierenden Aktionäre¹¹. Auch hier gibt es Gestaltungsmöglichkeiten, die dem Aktienrecht fremd sind und bei KMU-Konzernen sinnvoll sein können, vor allem im Streit unter Gesellschaftern¹².

II. Unternehmensgrösse

1. Grundlagen

KMU-Konzerne bestehen in der Regel aus weniger und kleineren Gesellschaften. Das wirkt sich auf die Struktur der inneren Führung, die Kontrolle und die Rechnungslegung eines Konzerns aus.

2. Einfachere Konzernstruktur

2.1 Einheitliche Leitung im Konzern

Eine der organisatorisch-rechtlichen Schwierigkeiten im Konzernrecht liegt im Umstand, dass die Leitung der Konzerntochtergesellschaft nach zwingendem Gesetzesrecht ihrem eigenen Verwaltungsrat obliegt und nicht der Konzernleitung des Gesamtkonzerns¹³. Gestützt auf Art. 716a OR ist der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft insbesondere für die Oberleitung und die finanzielle Führung der (Tochter-)Gesellschaft zuständig¹⁴. Diese Kompetenzen können in der Aktiengesellschaft¹⁵ nicht an die Generalversammlung und damit an den Aktionär oder die Muttergesellschaft abgetreten werden.

⁵ Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 15 N 46 ff.; zur Revisionspflicht vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 10., vollständig neu bearbeitete Auflage, Bern 2007, § 16 N 489.

⁶ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 51 N 190 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S. 43 ff.; zum Konzernbegriff insb. KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Konzernrecht, Diss. Zürich 2004, S. 3 ff.

⁷ Vgl. dazu unten Ziff. II/2.4 lit. a.

⁸ Vgl. dazu unten Ziff. II/3.2 lit. a.

⁹ Vgl. dazu unten Ziff. II/4.

¹⁰ Vgl. dazu unten Ziff. III/2.

¹¹ Vgl. dazu unten Ziff. III/2 ff.

¹² Vgl. dazu unten Ziff. III/5.

¹³ PETER FORSTMOSER, Die Haftung im Konzern in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern 2000, S. 97; BÖCKLI spricht vom grossen (Konzern-) Paradoxon, BÖCKLI (FN 5), § 11 N 27; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, S. 93.

¹⁴ BSK OR II-WATTER, Art. 716a OR N 1 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 24 N 47; PETER FORSTMOSER, Die Haftung im Konzern, S. 95; zur Umsetzung des Art. 716a OR ins Konzernrecht siehe: BÖCKLI (FN 5), § 11 N 290 ff.; DRUEY/VOGEL (FN 6), S. 32.

¹⁵ Zur GmbH vgl. Art. 811 OR.

2.2 Asymmetrie von Leitungsmacht und Leitungsverantwortung im Grosskonzern

In vielen vor allem grossen Konzernen bestehen diese Strukturen nur formell; das heisst, der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft ist zwar besetzt und führt auch seine Sitzungen durch; die effektive Oberleitung liegt aber nicht bei ihm, sondern bei der Konzernleitung. Besonders ausgeprägt ist diese Situation in Konzernen, die sektoriell organisiert sind, in denen die Verantwortlichen einzelner Unternehmensteile nicht an ihren Verwaltungsrat, sondern an ihr Pendant auf einer höheren Konzernstufe rapportieren. Beispielsweise rapportiert der Verkaufschef der Tochtergesellschaft nicht an seinen Verwaltungsrat, sondern an den Verkaufschef im Konzern. Es ergibt sich eine Diskrepanz zwischen faktischen und formellen Leitungsstrukturen. Diese Asymmetrie von Leitungsmacht und Leitungsverantwortung wird in der Lehre kritisiert, und ihre Behebung ist eines der wichtigsten Postulate an den Gesetzgeber im Rahmen einer allfälligen Konzernrechtsgesetzgebung¹⁶.

2.3 Praktische Lösungsansätze

Die Praxis versucht auf verschiedene Weisen, mit diesem Problem umzugehen. Beispielsweise befolgen die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften im Rahmen eines «autonomen Nachvollzugs»¹⁷ die Weisungen der Muttergesellschaft. Dabei überprüft der Verwaltungsrat lediglich, ob die Weisungen der Muttergesellschaft im Einklang mit den Bestimmungen des Aktienrechts stehen, insbesondere mit den Normen über das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen.

Die Synchronisierung zwischen Konzern- und Tochtergesellschaftsinteresse kann auch dadurch erreicht werden, dass der Zweck der Tochtergesellschaft auf die Verfolgung des Konzerninteresses gerichtet wird¹⁸. Eine absolute Abhängigkeit der Tochter- von der Muttergesellschaft wird so allerdings nicht erreicht. Im Konflikt zwischen dem Konzerninteresse und den zwingenden Bestimmungen des Gläubigerschutzes, insbesondere im Zusammenhang mit Leistungen der Tochter- an die Muttergesellschaft, gehen die Bestimmungen des Gläubiger- und Kapitalschutzes immer vor.

2.4 Synchronisierung von Konzernleitung und Tochter-VR im KMU-Konzern

a. Grundlagen

Das Problem des Widerspruchs zwischen der Konzernleitung und den Kompetenzen des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaften besteht grundsätzlich auch im KMU-Konzern, doch ist hier eine organisatorische Struktur aufgrund der einfacheren (Grössen-)Verhältnisse möglich, die Leitungsmacht und Leitungsverantwortung synchronisiert: Im KMU-Konzern mit nur wenigen Konzerngliedern (vor allem, wenn der KMU-Konzern keine oder nur wenige Auslandstöchter hat) kann eine Personalunion zwischen den Mitgliedern der Konzernleitung und den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften geschaffen werden.

b. Konzernleitung als Tochter-VR

Die Personalunion zwischen der Konzernleitung und den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften ergibt sich dadurch, dass die Mitglieder der Konzernleitung oder des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft zugleich Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften sind. Das stellt sicher, dass die Konzernleitung in der Lage ist, Entscheide, die zu den zwingenden Kompetenzen einer Tochtergesellschaft gehören, als Verwaltungsrat dieser Tochter zu fällen. Auch in diesem Fall müssen selbstverständlich die inhaltlichen Grenzen der Konzernleitung beachtet werden. Der kombinierte Verwaltungsrat der Mutter- und der Tochtergesellschaft muss gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der jeweiligen Gesellschaft, für die er entscheidet, in guten Treuen wahren. Bei einem Konflikt zwischen den Interessen der Tochter- und denjenigen der Muttergesellschaft muss sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft zugunsten seiner Gesellschaft entscheiden¹⁹.

c. Praktische Handhabung (Einladung, Protokollierung)

In der Einladung zu den Sitzungen und der Protokollierung kommt diese Struktur dadurch zum Ausdruck, dass mit der Einladung zur Sitzung der Konzernleitung oder des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft zugleich auch zu den Verwaltungsratssitzungen der Tochtergesellschaften eingeladen wird und dass die Beschlüsse auch als Beschlüsse des jeweiligen Verwaltungsrats protokolliert werden. Meistens wird ein Gesamtprotokoll erstellt, das alle Beschlüsse aufführt.

¹⁶ Vgl. zum Ganzen: JEAN NICOLAS DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, in: ZSR 1980, S. 300 ff.

¹⁷ Vgl. BÖCKLI (FN 5), § 11 N 264, der die Konzernweisung nicht als Befehl, sondern als Aufforderung zur eigenständigen Umsetzung definiert.

¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 60 N 35. Der Gesellschaftszweck kann beliebig festgelegt werden, sofern die Zweckverfolgung als solche erlaubt ist. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 1 N 108. Zur Frage, ob in dieser Zweckbestimmung eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB liegt, vgl. LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 86 ff., insb. S. 90.

¹⁹ Vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 60 N 30; FLURIN VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988, S. 55 und S. 153 ff.

3. Der KMU-Konzern als GmbH-Konzern

3.1 Grundlagen

Seit der Reform des GmbH-Rechts²⁰ besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH, der sich potenziell zu Ungunsten der GmbH auswirkt, praktisch nur noch im Umstand, dass die GmbH aufgrund der Ausgestaltung der Mitgliedschaftsanteile nicht an einer Börse kotiert werden kann²¹. Die Nachteile des früheren Rechts – die subsidiäre Haftung²², das nach oben limitierte Gesellschaftskapital²³ und die Unklarheiten in Bezug auf die innere Organisation²⁴ – bestehen nicht mehr. Abwehrreflexe gegen diese Rechtsform sind eher psychologisch als rational erklärbar, und auch die fehlende Möglichkeit der Börsenkotierung spricht erst dann gegen die GmbH, wenn der Börsengang unmittelbar bevorsteht. Durch die Möglichkeit, die GmbH ohne weiteres in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln²⁵, ist die Wahl dieser Rechtsform im Hinblick auf einen allfälligen Börsengang nicht nötig. Für als Konzerne organisierte Unternehmen in der Grössenordnung der KMU, die nicht börsenkotiert sind, ist die GmbH eigentlich ideal, vor allem auch wegen der GmbH-Recht-spezifischen Möglichkeit, die Konzernleitung zu «legalisieren»²⁶.

3.2 Klarheit im Aussen-, Flexibilität im Innenverhältnis

Im Aussenverhältnis sind die GmbH und die AG in Bezug auf ihre Struktur und die Haftung gegenüber Dritten gleichwertig: Bei beiden handelt es sich um juristische Personen; für Gesellschaftsschulden haftet das

Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung besteht aber für Organe, wenn diese ihre Pflichten schuldhaft verletzen und dadurch der Gesellschaft oder Dritten ein Schaden entsteht²⁷.

Unterschiede bestehen im Innenverhältnis. Mit Art. 810 OR kennt zwar auch das GmbH-Recht eine Art. 716a OR entsprechende Regelung, welche unübertragbare Befugnisse der Geschäftsführer bezeichnet. Diese Strenge wird aber mit Art. 811 OR durchbrochen. Nach dieser Bestimmung kann statutarisch vorgesehen werden, dass Geschäftsführungsentscheide in statutarisch definierten Bereichen nur zustande kommen können, wenn die Gesellschafterversammlung diesen zustimmt. Weiter sieht Art. 807 OR vor, dass bestimmten Gesellschaftern (zum Beispiel auch der Muttergesellschaft) die Befugnis eingeräumt wird, gegen Entscheide der GmbH das Veto zu erheben²⁸. Diese beiden Möglichkeiten führen im Ergebnis dazu, dass in der GmbH die Beziehung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung flexibler ausgestaltet werden kann als im Aktienrecht.

a. Genehmigungsvorbehalt

Gemäss Art. 811 Abs. 1 OR besteht in der GmbH die Möglichkeit, statutarisch vorzusehen, dass die Geschäftsführer bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung (welche im Konzern durch die Muttergesellschaft verkörpert wird) vorlegen müssen oder vorlegen können²⁹. Im GmbH-Konzern kann die Konzernleitung der Mutter formalisiert werden, indem in den Statuten der Tochter-GmbH ein entsprechendes Weisungsrecht der Muttergesellschaft vorbehalten wird³⁰. Damit wird eine rechtlich gültige Grundla-

²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2001, S. 3148 ff.; umfassender Überblick bei LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich 2006; PETER BÖCKLI, Das neue schweizerische GmbH-Recht: was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1 ff.; FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT, Das neue Recht der GmbH. Einführung und synoptische Darstellung, Zürich 2006; LUKAS HANDSCHIN, Finanzierung und Haftung bei der GmbH – altes und geplantes Recht, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Die GmbH und ihre Reform-Perspektiven aus der Sicht der Praxis, Zürich 2000; kurze Stellungnahmen bei: MATHIEU BLANC, La répartition des compétences entre les associés et et les gérants dans le droit révisé de la Sàrl, SJZ 102, 221 ff.; PASCAL MONTAVON, Das neue Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, TREX 2006, 216 ff.

²¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (FN 20), S. 3154.

²² Vgl. Bestimmungen im alten Recht: Art. 772 Abs. 2 OR, Art. 802 OR; Kurze Übersicht bei: HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 25 N 5; FORSTMOSER/PEYER/SCHOTT (FN 20), S. 34 N 55.

²³ Vgl. Art. 773 OR vor der Revision; HERBERT WOHLMANN, GmbH-Recht (Das Recht in Theorie und Praxis), Basel 1997, S. 12.

²⁴ HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 11 N 11 ff.

²⁵ Einfache Möglichkeit der Umwandlung nach Art. 54 Ziff. 1 FusG (SR 221.301).

²⁶ Vgl. dazu Ziff. 3.2 lit. a.

²⁷ Betreffend Aktiengesellschaft: Art. 752–760 OR; betreffend GmbH: Art. 827 OR.

²⁸ Das Vetorecht ist auf Beschlüsse beschränkt, die in den Statuten umschrieben sind; vgl. HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 13 N 79; Amtl. Bull. NR (2005) 101 m.w.H. Ein unmittelbares Vetorecht gegen Entscheide der Geschäftsführer ist demgegenüber ausgeschlossen. Jedoch ist die Möglichkeit eines mittelbaren Vetorechts zu beachten; vgl. LUKAS HANDSCHIN, Gesellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht, Peter Böckli/Peter Forstmoser (Hrsg.), Zürich 2006, S. 93. Zum Vetorecht auf Zeit und zum sog. Kollektivveto: SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Handkommentar zum GmbH-Recht, Art. 807 OR N 6 ff. Der juristischen Person kann das Vetorecht zeitlich unbegrenzt eingeräumt werden, vgl. BBl 2002, S. 3209.

²⁹ Auch im Recht der GmbH gilt die sog. Paritätstheorie, wonach jedem Organ bestimmte unentziehbare Aufgaben zukommen, so ausdrücklich für die GmbH: BBl 2001, S. 3204; Dem personalistischen Charakter der GmbH wird jedoch mit der Möglichkeit der Kompetenzverschiebung Rechnung getragen, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 18 N 106 ff.; FORSTMOSER/PEYER, Die Einwirkung der Gesellschafterversammlung auf geschäftsführende Entscheide in der GmbH, in: SJZ 103 (2007), S. 399 ff.; PASCUAL GEMA OLIVAR/ANDREA PETRA ROTH, Organisation der GmbH gemäss revidiertem Recht, in: Der Schweizer Treuhänder 6-7/2007, S. 472, sprechen unter der Geltung des neuen Rechts von einem relativen Paritätsprinzip.

³⁰ LUKAS HANDSCHIN, Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern, in: Thomas Sutter-Somm/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler, 2004, S. 76.

ge dafür geschaffen, dass sich die Muttergesellschaft in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft verbindlich einmischen und im Ergebnis die Oberleitung im Konzern über Tochtergesellschaften ausüben kann. Die Haftung der (Tochter-)Geschäftsführer gegenüber Dritten beim Vorliegen einer Pflichtverletzung bleibt bestehen³¹. Die Beibehaltung der Haftung der Tochter-Geschäftsführer soll sicherstellen, dass die formellen Organe der GmbH keine Weisungen der Konzernmuttergesellschaft umsetzen, die zur Schädigung der Tochtergesellschaft führen könnten. Diese strukturelle Legalisierung der Konzernleitung ist nur im GmbH-Konzern möglich, nicht im Aktien-Konzern.

b. Die Muttergesellschaft als Geschäftsführerin der Tochter im verantwortlichkeitsrechtlichen Sinn

Durch diese formalisierte Einbindung der Muttergesellschaft in die Entscheidungsprozesse bei der Tochtergesellschaft «befasst» sich die Mutter mit der Geschäftsführung der Tochter. Dabei stützt sie sich nicht nur auf faktisch begründete Befugnisse ab, wie beim faktischen Organ, sondern sie nimmt am Entscheidungsprozess innerhalb der Tochter auch gestützt auf formelle Grundlagen teil. Sie ist nicht nur mit der Geschäftsführung «befasst»³², sondern wie ein formelles Organ auch damit betraut. Diese Formalisierung der Geschäftsführungskompetenzen der Mutter innerhalb der Tochtergesellschaft führt formal nicht zu einer strengeren Verantwortlichkeit, denn die Anknüpfung an das «Befasst»sein und nicht, wie unter dem früheren Wortlaut, an das «Betraut»sein³³ führt dazu, dass faktische und formelle Organe in Bezug auf deren Verantwortlichkeit gleich behandelt werden. Unterschiede ergeben sich allerdings auf der Ebene der prozessualen Umsetzung allfälliger Haftungsansprüche: Der Gläubiger eines Anspruchs aus formeller Organhaftung muss das Vorliegen der materiellen Haftungsvoraussetzungen nachweisen; der Gläubiger einer faktischen Organhaftung zudem auch noch die faktische Organschaft. Die «Legalisierung» der Konzernleitung in der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft kann dazu führen, dass die Schwelle zur Haftung der Muttergesellschaft gesenkt wird, weil der Kläger die faktische Organschaft nicht mehr nachweisen muss. Aber auch das Umgekehrte ist denkbar: Bei der Haftung des faktischen Organs besteht immer das Risiko, dass der Richter aus einzelnen Einmischungen in die Angelegenheiten der Tochtergesellschaft eine allgemeine faktische Organschaft entwickelt, die auch Bereiche abdeckt, die von dieser teilweisen Einmischung nicht erfasst waren. Vor allem bei Unterlassungen besteht diese Gefahr.

Wird der Einfluss der Muttergesellschaft formalisiert und beschränkt sie sich auf die vereinbarten Leitungsbereiche, ist die Gefahr geringer, dass sie für ein Verhalten innerhalb der Tochtergesellschaft verantwortlich gemacht wird, das ausserhalb ihrer Kompetenzen liegt.

c. Die Muttergesellschaft als Geschäftsführerin der Tochter im organisationsrechtlichen Sinn?

Die weitgehende Gleichstellung der Muttergesellschaft mit einem formellen Geschäftsführer beschränkt sich auf das Verantwortlichkeitsrecht. Der weitere Schritt, nämlich die Bestimmung der Muttergesellschaft als formelles Organ der Tochtergesellschaft im organisationsrechtlichen Sinn, wird von der herrschenden Lehre nicht zuletzt aufgrund des klaren Wortlauts der Handelsregisterverordnung (Art. 120 HRegV) abgelehnt³⁴. Für den Praktiker stellt sich diese Frage also nicht. Ob das Verbot, eine juristische Person als Geschäftsführerin einer GmbH einzusetzen, sachlich richtig ist und auch ob es sich auf das Gesetz abstützen kann, steht aber keinesfalls fest und könnte richtigerweise auch anders gesehen werden³⁵.

4. Rechnungslegung und Revision

4.1 Einzelabschlüsse

Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung unterliegen den gleichen rechnungslegungsrechtlichen Vorschriften³⁶. Vorgeschrieben ist ein Abschluss gestützt auf die Rechnungslegungsvorschriften des Aktienrechts³⁷. Diese Vorschriften bestehen unabhängig von der Grösse des Unternehmens und gelten somit für KMU und für Grossunternehmen gleichermaßen.

Eine Differenzierung in der Rechnungslegung nach Grösse des Unternehmens kann sich nach geplantem Recht³⁸ insbesondere auch für den Einzelabschluss ergeben, wenn dieser neu nach den Vorschriften anerkannter Standards der Rechnungslegung angefertigt werden darf oder muss³⁹. Diese Möglichkeit wird dazu führen, dass der Einzelabschluss der Muttergesellschaft und der einzelnen Konzerngesellschaften nach den gleichen Vorschriften erstellt wird, wie die konsolidierte

³¹ Art. 811 Abs. 2 OR; FORSTMOSER/PEYER (FN 20), S. 429 ff.

³² Art. 754 Abs. 1 OR.

³³ Art. 754 Abs. 1 OR (alte Fassung).

³⁴ Art. 120 Satz 1 HRegV: «Einzelunternehmen, Handelsgesellschaften, juristische Personen sowie Institute des öffentlichen Rechts dürfen als solche nicht als Mitglied der Leitungs- oder Verwaltungsorgane oder als Zeichnungsberechtigte in das Handelsregister eingetragen werden.» Vgl. zur Kontroverse: HANDSCHIN, Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern (FN 30), S. 77.

³⁵ Vgl. HANDSCHIN, Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern (FN 30), S. 77 ff.

³⁶ Art. 801 bzw. Art. 818 OR verweisen auf die aktienrechtlichen Vorschriften; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 35 N 1 ff.

³⁷ Art. 662 ff. sowie Art. 957 ff. OR.

³⁸ BBL 2008, S. 1751 ff.

³⁹ Art. 962 Abs. 1 OR-Entwurf.

Konzernrechnung⁴⁰. Diese Synchronisierung von Einzelabschluss und Konzernrechnung vereinfacht den Konsolidierungsprozess stark.

4.2 Konsolidierte Konzernrechnung

a. Grundlagen

Konzerne sind verpflichtet, eine konsolidierte Konzernrechnung zu erstellen (Art. 663e OR). Ausgenommen von dieser Pflicht sind kleine Konzerne, die von drei genannten Grössen – Bilanzsumme von CHF 10 Mio., Umsatz von CHF 20 Mio. und 200 Vollzeitstellen – in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nur eine erreichen, und Teilkonzerne, die in die Konzernrechnung einer Obergesellschaft einbezogen sind, die nach schweizerischen oder gleichwertigen ausländischen Vorschriften erstellt worden ist⁴¹.

Nach geplantem Recht soll diese Schwelle zur Pflicht, eine konsolidierte Konzernrechnung zu erstellen, gleich liegen wie die Schwelle zur Pflicht zur ordentlichen Revision, mit der Folge, dass Unternehmen, die im Konzern 50 (statt 200) Mitarbeiter beschäftigen, eine konsolidierte Konzernrechnung erstellen müssen, wenn die übrigen Umsatz- und Bilanzsummen-Grenzwerte überschritten werden⁴². Diese Synchronisierung ist sachlich nicht nachvollziehbar, denn die 50-Personen-Schwelle für die ordentliche Revision bezieht sich auf die Mutter- und jede einzelne Tochtergesellschaft, während der Schwellenwert für die Vornahme der Konzernrechnung an die Summe der im Konzern tätigen Personen anknüpft.

Konzerne, die kleiner sind, müssen nur dann eine konsolidierte Konzernrechnung erstellen, wenn diese für die zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Muttergesellschaft nötig ist⁴³. Das ist richtigerweise immer der Fall, wenn unter den Konzerngliedern Leistungen ausgetauscht werden, die nicht nach Marktbedingungen («at arm's length») festgelegt worden sind⁴⁴. Konzerne, die keine konsolidierte Konzernrechnung als Teil ihres Jahresberichts vorlegen müssen, können gleichwohl zur Erstellung einer (internen) konsolidierten Konzernrechnung verpflichtet sein, wenn dies für das Verständnis der Finanzlage der Muttergesellschaft nötig ist⁴⁵.

b. Abschluss nach OR oder nach Rechnungslegungsstandard

Aktiengesellschaften mit in der Schweiz börsenkotierten Aktien müssen die Konzernrechnung in den meisten Fällen nach den Vorschriften der IAS/IFRS⁴⁶ oder US GAAP⁴⁷ erstellen⁴⁸. Kleinere, nichtbörsenkotierte Konzerne können ihre Konzernrechnung entweder nach den Vorschriften des OR oder nach Swiss GAAP FER erstellen.

Für nicht an der Börse kotierte KMU-Konzerne ist die Konsolidierung nach Swiss GAAP FER sinnvoll. Anders als die Vorschriften des OR, welche nur die Grundsätze der Konsolidierung beschreiben, sind die Swiss GAAP FER-Vorschriften detaillierter formuliert und somit auch einfacher in der Anwendung⁴⁹.

4.3 Revision

a. Grundlagen

Gemäss Art. 727 OR sind Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten, ordentlich zu revidieren: Bilanzsumme von CHF 10 Mio., Umsatzerlös von CHF 20 Mio. oder 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt⁵⁰. Gesellschaften unterhalb dieser Grösse unterliegen der Pflicht zu einer eingeschränkten Revision⁵¹; wenn sie weniger als 10 Vollzeitstellen aufweisen und alle Aktionäre zustimmen, kann sogar auf die Revisionsstelle verzichtet werden⁵².

b. Ordentliche Revision, eingeschränkte Revision

Gemäss Art. 728a Abs. 1 OR prüft die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision, ob die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Rechnungslegungsstandard entsprechen. Das Prüfungsverfahren der ordentlichen Revision knüpft weitgehend an die Revision nach bisherigem Recht an⁵³. In Ergänzung zum bisherigen Recht bestehen zusätzliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit der Prüfer⁵⁴, und es wird die Prüfung des internen Kontrollsystems und der Risikobeurteilung des Verwaltungsrats vorgeschrieben⁵⁵. Die Revisionsstelle führt

⁴⁰ Art. 962a Abs. 2 OR-Entwurf.

⁴¹ Art. 663f Abs. 1 OR.

⁴² Vgl. Art. 963a OR-Entwurf (FN 38), S. 1801.

⁴³ Art. 663e Abs. 3 Ziff. 4 OR.

⁴⁴ Vgl. dazu auch Art. 963a Abs. 2 OR-Entwurf; PETER BRÜLSAUER, Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Verhältnis, in: Der Schweizer Treuhänder, 9/2005, S. 720.

⁴⁵ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁴⁶ International Financial Reporting Standards (IFRS), 2005, <<http://www.iasb.org>>.

⁴⁷ <<http://www.fasb.org>> und <<http://www.sec.gov>>.

⁴⁸ Finanzberichterstattungsrichtlinie (RLFB), N 10; <<http://www.swx.com>>.

⁴⁹ Vgl. dazu: CONRAD MEYER, Grundlagen zu Swiss GAAP FER, in: Der Schweizer Treuhänder, 5/2008, S. 289 ff.

⁵⁰ Vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁵¹ Vgl. Art. 729 OR.

⁵² Art. 727a Abs. 2 OR.

⁵³ LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegungs- und Revisionsrecht in a Nutshell, Zürich 2008, S. 127.

⁵⁴ Art. 728, 729 OR; Art. 4 ff., 11 RAG (SR 221.302).

⁵⁵ Vgl. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

ihre Prüfung so durch, dass wesentliche Fehlaussagen in der Jahresrechnung mit angemessener Sicherheit erkannt werden⁵⁶.

Bei der eingeschränkten Revision (Art. 729a OR) prüft die Revisionsstelle, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht, und ob der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht⁵⁷. Die Prüfung umfasst Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen. Die angemessenen Detailprüfungen beziehen sich vor allem auf Bestand und Bewertung der einzelnen Aktiven⁵⁸. Die eingeschränkte Revision soll weniger weit gehen als die Revision nach bisherigem Recht oder die ordentliche Revision und KMU eine preisgünstigere Revision ermöglichen⁵⁹.

c. Revision des konsolidierungspflichtigen Kleinkonzerns

Die Schwelle zur ordentlichen Revision knüpft grundsätzlich an die Verhältnisse der revidierten Gesellschaft an, nicht an die des Konzerns. Es ist also denkbar, dass die Muttergesellschaft eines KMU-Konzerns die Schwellenwerte von Art. 727 OR nicht erreicht, der von ihr beherrschte Konzern aber die Werte von Art. 663e OR. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn die Muttergesellschaft nur wenige Arbeitnehmer hat und wenig Umsatz erzielt. Trotz hoher Bilanzsumme und Pflicht zur konsolidierten Konzernrechnung müsste diese Muttergesellschaft ihren Abschluss lediglich eingeschränkt revidieren. Aus diesem Grund legt Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 OR fest, dass Gesellschaften, die zur Durchführung einer konsolidierten Konzernrechnung verpflichtet sind, in jedem Fall ordentlich revidiert werden müssen.

III. Zusammensetzung des Aktionariats

1. Grundlagen

KMU unterscheiden sich von Grossunternehmen in vielen Fällen durch die Art der Zusammensetzung des Aktionariats. Die meisten KMU sind nicht börsenkotiert; sie sind entweder durch ein einheitlich handelndes Aktionariat beherrscht oder sie weisen ein diffuses Aktionariat auf mit Minderheitsaktionären, die auf die

Geschäftsführung der Gesellschaft und die Entscheidungsfindung in der Generalversammlung nur einen geringen Einfluss haben. Die Aktiengesellschaft mit einem einheitlichen Aktionariat führt zu keinen speziellen Fragestellungen, wohl aber die Aktiengesellschaft mit uneinheitlichem Aktionariat, insbesondere im Zusammenhang mit der Rolle und den Rechten der Minderheitsaktionäre. Ganz besonders ist dies der Fall, wenn das KMU als KMU-Konzern organisiert ist und die (Minderheits-)Aktionäre nur an der Holdinggesellschaft beteiligt sind⁶⁰.

2. Minderheitsaktionäre

2.1 Grundlagen

Minderheitsaktionäre sind Aktionäre, die weder allein noch in Absprache mit anderen Aktionären die Generalversammlung bestimmen können⁶¹. Ihre Position ist besonders dann schwierig, wenn es in ihrer Gesellschaft Aktionäre gibt, welche die Mehrheit auf sich vereinigen. Die Minderheitsaktionäre können in diesen Fällen nicht im Rahmen wechselnder Mehrheiten von Fall zu Fall (mit-)bestimmend sein. Ihre Stimmkraft ist vielmehr regelmässig und strukturell weitgehend irrelevant, jedenfalls solange sich die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft nicht ändern.

Vinkulierungsvorschriften und ein fehlender Markt verhindern oft, dass der Minderheitsaktionär seine Beteiligung veräussern kann. In vielen Fällen sind die Aktionäre auch durch Familienbande gebunden und befinden sich in dieser Situation als Folge eines Erbgangs. In KMU-Konzernen kommen solche Konstellationen vor, sind sie vielleicht sogar typisch. Auch in Grosskonzernen gibt es Minderheitsaktionäre; viele Grosskonzerne sind aber börsenkotiert, und der Minderheitsaktionär hat die Möglichkeit, seine Beteiligung jederzeit zu einem Marktwert zu veräussern. Das führt zwar nicht zu einem Abbau der Minderheitenrechte, nimmt ihnen aber oft die existentielle Relevanz.

2.2 Stimmrechts- und Stammaktionäre

Die Kontrolle der Gesellschaft wird in KMU oft durch die Strukturierung der Aktien in Stamm- und Stimmrechtsaktien sichergestellt. Gemäss Art. 693 OR kann in den Statuten vorgesehen werden, dass jeder Aktie eine Stimme zukommt, unabhängig vom Nennwert⁶².

⁵⁶ PS 120 Ziff. 7, abrufbar unter <<http://www.treuhand-kammer.ch>>.

⁵⁷ Vgl. Standard zur eingeschränkten Revision, Ziff. 1.6, abrufbar unter: <<http://www.treuhand-kammer.ch>>.

⁵⁸ Vgl. Standard zur eingeschränkten Revision, Ziff. 6.1.3 (FN 57).

⁵⁹ Vgl. dazu: Art. 728, 729 OR; Art. 4 ff., 11 RAG.

⁶⁰ Vgl. dazu Ziff. III/4.

⁶¹ FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 3 N 43.

⁶² Vgl. dazu: MAX WALTER GERSTER, Stimmrechtsaktien, Diss. Zürich 1997, § 1 S. 9; BÖCKLI (FN 5), § 4 N 128 ff.; vgl. auch CAROLE LEA GEHRER, Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Zürich 2003, § 26; zur Bedeutung der Stimmrechtsaktien bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage und die Wahl des Prozessvertreters: BGE 132 III 707 E. 3.

Die Grenze dieser Privilegierung liegt im 10-fachen Nennwert⁶³, das heisst, neben Stimmrechtsaktien mit beispielsweise einem Nennwert von CHF 100 können Stammaktien mit einem Nennwert von maximal CHF 1000 mit gleichem Stimmrecht vorgesehen werden. Die Schaffung von Stimmrechtsaktien erfolgt oft im Rahmen der Erbfolge, mit dem Ziel, einem Stamm ohne die Verletzung von Pflichtteilsvorschriften die Kontrolle des Unternehmens zu ermöglichen. Ob Stimmrechtsaktien dieser Zielsetzung gerecht werden, ist allerdings fraglich, denn richtigerweise muss im Rahmen der Erbteilung der Kontrollwert⁶⁴ berücksichtigt und ausgeglichen werden, sodass der Privilegierung einzelner Stämme enge Grenzen gesetzt sind.

Liegen Stimmrechts- und Stammaktien vor, bestehen innerhalb der Gesellschaft mehrere Kategorien von Aktionären: Stimmrechts- und Stammaktionäre. Diese Privilegierung einzelner Aktionäre kommt in Grosskonzernen nur ausnahmsweise vor⁶⁵, ist aber in KMU-Konzernen verbreitet und führt zu zahlreichen zusätzlichen Fragestellungen. Das ist besonders dann der Fall, wenn die Stimmverhältnisse derart sind, dass die Stimmenmehrheit und die Kapitalmehrheit durch Gruppen mit unterschiedlichen Interessenlagen kontrolliert werden.

3. Insbesondere die «Minderheitenrechte» der Stammaktionäre

3.1 Grundlagen

Grundlage sind die allgemeinen Vorschriften des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, die selbstverständlich auch im KMU-Konzern gelten, also insbesondere die Bestimmungen über die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft⁶⁶, das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen⁶⁷, die Frage- und Einsichtsrechte⁶⁸ die Möglichkeit der Anfechtung oder Nichtigerklärung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 ff. OR⁶⁹, die Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 752 ff.⁷⁰, die Auflösungsklage aus wichtigem Grund⁷¹ und das Recht,

die Durchführung einer ordentlichen Revision zu verlangen⁷².

Aktionäre, die zusammen die Kapitalmehrheit vertreten, nicht aber die Stimmenmehrheit, geniessen zusätzliche Minderheitenrechte; zum einen gibt es Abstimmungen, bei denen auch oder ausschliesslich die Kapitalmehrheit massgebend ist⁷³, zum anderen bestehen in deren Interesse zusätzliche Mitwirkungsrechte⁷⁴.

3.2 Besondere Stimmrechte

Die Bestimmungen über die Willensbildung in der Generalversammlung sehen eine Reihe von Beschlüssen vor, die auch oder ausschliesslich mit der Kapitalmehrheit zustande kommen. Gemäss Art. 704 OR (Aktien-gesellschaft⁷⁵) resp. Art. 808b OR (GmbH⁷⁶) ergehen wichtige Beschlüsse in der Aktiengesellschaft mit der Mehrheit sowohl des Kapitals wie auch (zwei Drittel) der Stimmen. Das bedeutet beispielsweise, dass eine Zweckänderung ohne die Zustimmung der Mehrheit der Stammaktionäre nicht möglich ist.

Weiter sieht Art. 693 Abs. 3 OR vor, dass für die Bestimmung der Revisionsstelle, den Beschluss über die Durchführung einer Sonderprüfung oder die Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile und schliesslich den Beschluss über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage ausschliesslich die Kapitalmehrheit massgebend ist. Analoge Vorschriften kennt das GmbH-Recht⁷⁷. In einem Unternehmen, in dem Stimmrechtsaktionäre die Stammaktionäre dominieren, haben diese die Möglichkeit, durch die Generalversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung zu verlangen oder sogar die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen den von den Stimmrechtsaktionären dominierten Verwaltungsrat zu beschliessen. Dieses Recht geht soweit, dass die Stammaktionäre nicht nur über die Durchführung der Klage beschliessen, sondern auch eine Person bestimmen kön-

⁶³ Im Gegensatz zum Recht vor 1992 (Aktienrechtsrevision), unter dessen Geltung die Verstärkung der Stimmkraft theoretisch in beliebiger Höhe erfolgen konnte, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE (FN 5), § 3 N 62.

⁶⁴ Vgl. zum Ganzen: BÖCKLI (FN 5), § 7 N 241.

⁶⁵ Immerhin besteht in diesen Fällen dank der Börsenkotierung regelmässig die Möglichkeit, sich durch Veräusserung der Aktien dieser Situation zu entziehen, vgl. oben unter Ziff. 2.1.

⁶⁶ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR; vgl. FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 2 N 50 ff.

⁶⁷ BÖCKLI (FN 5), § 12 N 553; zum Rückerstattungsanspruch: RETO HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001, S. 90 f.

⁶⁸ BSK OR II-WEBER, Art. 697 OR N 2 ff., 16 ff.

⁶⁹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 OR N 1 ff.

⁷⁰ BSK OR II-WATTER, Art. 752 OR N 1 ff.

⁷¹ Art. 736 Abs. 4 OR.

⁷² Art. 727 Abs. 2 OR.

⁷³ Vgl. dazu Ziff. III/3.2.

⁷⁴ Vgl. dazu Ziff. III/3.4.

⁷⁵ Gemäss Art. 704 OR sind dies insbesondere: die Änderung des Gesellschaftszwecks, die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien, die genehmigte oder bedingte Kapitalerhöhung, die Kapitalerhöhung als Eigenkapital gegen Sacheinlage oder Zwecks Sachübernahme und die Gewährung von besonderen Vorteilen, die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts, die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft sowie die Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation.

⁷⁶ Insbesondere die Änderung des Gesellschaftszweckes, die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechtes, den Antrag an das Gericht, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschliessen, den Ausschluss eines Gesellschafters aus in den Statuten vorgesehenen Gründen, die Auflösung der Gesellschaft (vgl. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 1–11 OR).

⁷⁷ Art. 806 Abs. 3 OR.

nen, die im Interesse der Gesellschaft diesen Prozess durchführt⁷⁸.

Die praktische Relevanz dieser Bestimmung in einer Gesellschaft, in der die nicht geschäftsführenden Gesellschafter die kapitalmässige Mehrheit auf sich vereinigen, darf nicht unterschätzt werden. Die ersten drei Entscheide – die Wahl der Revisionsstelle, die Bestimmung eines Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung sowie die Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung – ermöglichen den Minderheitsaktionären, Personen ihres Vertrauens zu bestimmen, welche Vorgänge innerhalb der Gesellschaft überprüfen können und Bericht erstatten. Wenn die Einsetzung eines Sonderprüfers in der Praxis oft sehr schwierig ist, weil diese Einsetzung beim Richter beantragt und zu diesem Zweck die Verletzung von Aktionärsrechten glaubhaft dargestellt werden muss⁷⁹, so genügt in der hier besprochenen Konstellation der in der Generalversammlung zum Ausdruck gebrachte Wille der Aktionäre, welche die Kapitalmehrheit, aber nicht die Stimmenmehrheit auf sich vereinigen. Diese «Minderheitsaktionäre», die nicht im Unternehmen mitwirken, können mit diesem Instrument eine Person ihres Vertrauens bestimmen, die auf Kosten der Gesellschaft mit allen Rechten eines Sonderprüfers diejenigen Fragen untersucht, welche durch diese Aktionärsgruppe frei bestimmt werden. Die Grenze dieses Recht liegt im Rechtsmissbrauch⁸⁰.

Diese Machtmittel geben den nicht im Unternehmen tätigen Aktionären ein sehr griffiges Instrument in die Hand, um die Geschäftsführung des Unternehmens zu kontrollieren, insbesondere um festzustellen, ob verdeckte Gewinnausschüttungen zugunsten einzelner Stimmrechtsaktionäre stattfinden oder stattgefunden haben.

3.3 Erhebung der Verantwortlichkeitsklage

a. Grundlagen

Die oben in Ziff. 3.2 genannten Entscheide betreffen die Gewinnung von Informationen zur Feststellung potentiell widerrechtlicher Vorgänge im Unternehmen. Der Ausschluss der Stimmrechtsprivilegierung bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage geht weiter. Er führt dazu, dass allein gestützt auf die Kapitalmehrheit durch die Generalversammlung beschlossen werden kann, dass durch die

Gesellschaft gegen bestimmte oder alle Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage ergriffen wird. Ergeht ein solcher Beschluss mit der Mehrheit des Kapitals, dann muss die Gesellschaft gegen ihren eigenen Verwaltungsrat auf Kosten der Gesellschaft einen Verantwortlichkeitsprozess führen. Diese Situation führt zu einem existentiellen Konflikt innerhalb der Gesellschaft⁸¹.

b. Vertretung der Gesellschaft im Verantwortlichkeitsprozess

Kommt es zu einem Beschluss der Generalversammlung, gegen alle oder bestimmte Verwaltungsräte Verantwortlichkeitsklage zu erheben, muss von der Gesellschaft ein besonderer Vertreter bestellt werden, welcher die Klage für die Gesellschaft einreicht und den Prozess führt. Der Verwaltungsrat der betroffenen Gesellschaft ist dazu nicht in der Lage, denn entweder befindet er sich in einem Interessenkonflikt (wenn sich die Klage gegen ihn richtet) oder er hat durch seine Passivität gezeigt, dass er nicht willens ist, den Prozess ernsthaft zu führen. Das Bundesgericht hat dazu erkannt, dass die Generalversammlung nicht nur über die Anhebung einer Klage befinden, sondern auch deren Durchsetzung mittels Bestellung eines Prozessvertreters sicherstellen kann. Hätte die Generalversammlung lediglich die Kompetenz über die Anhebung, nicht aber über die Durchführung der Klage zu befinden, läge es in der Hand der beklagten Verwaltungsräte, die gerichtliche Durchsetzung zu unterlassen bzw. zu vereiteln⁸².

Im Rahmen der sogenannten kleinen Aktienrechtsrevision wurde die Bestimmung von Art. 393 Ziff. 4 ZGB durch Art. 731b OR ersetzt, mit der Folge, dass bei Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht mehr

⁷⁸ Vgl. HANDSCHIN, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft (FN 78).

⁸² BGE 132 III 707 E. 3.2: «Es ist offensichtlich, dass der Beschluss, mit dem eine Verantwortlichkeitsklage angehoben werden soll, und die Wahl des dazu nötigen Prozessbeistandes sachlich eng zusammenhängen. Hat sich die Generalversammlung – mit der Kapitalmehrheit – entschieden, den Verwaltungsrat gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen, so bedeutet dies, dass die Gesellschaft den folgenden Prozess als Klägerin zu führen hat. Sie ist dabei darauf angewiesen, dass ihr Prozessvertreter alle Obliegenheiten erfüllt, welche in einem von der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime beherrschten Zivilprozess anfallen. Der Prozessvertreter hat sich uneingeschränkt für die Interessen seines Auftraggebers einzusetzen. [...] Würde der Prozessvertreter dagegen durch diejenigen Stimmrechtsaktionäre gewählt, die gegen eine Verantwortlichkeitsklage waren, läge die Möglichkeit einer Instrumentalisierung auf der Hand. In diesem Fall bestünde die Gefahr, dass die von der Kapitalmehrheit angestrebte Verurteilung des Verwaltungsrates verhindert oder zumindest erschwert würde, indem sich der Prozessvertreter an den Interessen der Stimmrechtsaktionäre, die ihn ernannt haben, ausrichtet. Damit könnte der Beschluss der Generalversammlung, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben, unterlaufen und letztlich das vom Gesetzgeber der Kapitalmehrheit zugewiesene Recht, über die rechtliche Kontrolle und Verantwortlichkeit der Gesellschaft zu entscheiden, in Frage gestellt werden. Das würde dem Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR widersprechen.»

⁷⁸ Vgl. LUKAS HANDSCHIN, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, insb. S. 245 ff.; BGE 132 III 707 E. 3.2. Siehe auch unten Ziff. III/3.3 lit. b.

⁷⁹ Art. 697c OR; BSK OR II-WEBER, Art. 697c OR N 3.

⁸⁰ Art. 2 Abs. 2 ZGB; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 16 N 249 ff.; zum Grundsatz, dass Treu und Glauben die Schranke aller Rechtsausübung ist: BGE 102 II 265, 268 E. 2.

die Vormundschaftsbehörde einen Beistand, sondern der Richter einen besonderen Vertreter ernannt⁸³. Die Reform führte bei Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu einer Kompetenzverlagerung von der Vormundschaftsbehörde zum Zivilrichter. Die inhaltlichen Voraussetzungen für den staatlichen Eingriff (Vormundschaftsbehörde resp. Zivilrichter) blieben unverändert⁸⁴. An der Kompetenz der Generalversammlung, den besonderen Vertreter mit den Stimmen der Kapitalmehrheit zu wählen, hat diese Reform nichts geändert, denn der staatliche Eingriff in den Entscheidungsprozess innerhalb der Aktiengesellschaft ist richtigerweise subsidiär.

c. Exkurs: Erhebung der Verantwortlichkeitsklage nicht durch die Gesellschaft, sondern durch einzelne Aktionäre

Neben der Gesellschaft kann auch der Aktionär berechtigt sein, Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsräte zu erheben. Ist der Aktionär unmittelbar geschädigt, kann er den bei ihm entstandenen Schaden bei den verantwortlichen Verwaltungsräten unabhängig davon geltend machen, ob über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist oder nicht⁸⁵. Dieses Klagerecht steht individuell jedem einzelnen Aktionär zu, also nicht der Gesellschaft, und besteht unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen anderer Aktionäre, von Gläubigern oder der Gesellschaft.

Der Aktionär kann unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur den bei ihm selber unmittelbar entstandenen Schaden geltend machen, sondern auch denjenigen Schaden, der bei ihm als Aktionär nur mittelbar, bei der Gesellschaft aber unmittelbar entstanden ist⁸⁶. Es klagt der Aktionär, doch geht die Klage nicht auf Leistung von Schadenersatz an ihn selber, sondern an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR)⁸⁷.

Diese Klage des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft ist in ihrer Rechtsnatur und in den Auswirkungen stark umstritten. Ein Teil der Lehre⁸⁸ erkennt in der Klage des Aktionärs eine gesetzlich vorgesehene Prozessstandschaft. Liegt Prozessstandschaft vor, dann handelt der Aktionär für die Gesellschaft. Das

führt zur Rechtshängigkeit des Verantwortlichkeitsanspruchs und insbesondere auch dazu, dass das Urteil eine *res iudicata* gegenüber der Gesellschaft und allfälligen anderen klagewilligen Aktionären begründet⁸⁹. Die Stellung der Gesellschaft und des Beklagten ist nicht anders, als sie es im direkten Schadenersatzprozess der Gesellschaft gegen ihre Organe wäre.

Diese Konsequenzen, die sich aus dem Verständnis der Klage auf Leistung einer Gesellschaft als Prozessstandschaft ergeben, sind sachfremd und schränken das Recht auf Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Minderheitenrecht stark ein⁹⁰. Richtigerweise liegt keine Prozessstandschaft vor, sondern ein eigenes Recht des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft⁹¹. Das bedeutet, dass die Klage des Aktionärs in Bezug auf den Verantwortlichkeitsanspruch keine *res iudicata* schafft und auch, dass der beklagte Verwaltungsrat dem klagenden Aktionär gegenüber persönlich zustehende Einreden erheben kann, nicht aber Einreden, die ihm gegenüber der Gesellschaft zustehen (zum Beispiel die Einrede der Verrechnung). Die Situation ist vergleichbar mit dem Vertrag zugunsten eines Dritten, welcher dem Promissar gegenüber dem Promittenten einen selbstständigen Anspruch zugunsten des Dritten verschafft⁹². Ein Urteil oder ein Vergleich bindet lediglich den Aktionär und den Verwaltungsrat. Die Gesellschaft ist nur insoweit gebunden, als der beklagte Verwaltungsrat sich die gestützt auf einen Entscheid oder Vergleich geleisteten Beiträge anrechnen lassen kann. Das Risiko, dass ein Aktionär durch ein unsachgemässes Vorgehen den Anspruch der Gesellschaft und der anderen Aktionäre leichtfertig verspielt, ist bei diesem Verständnis der Klage auf Leistung an die Gesellschaft als Anspruch des Aktionärs auf Leistung an einen Dritten ausgeschlossen⁹³.

3.4 Anspruch auf einen Kategorienvertreter

a. Grundlagen

Gemäss Art. 709 OR haben Aktionäre einer bestimmten (Aktien-) Kategorie das Recht, einen «Vertreter» in den

⁸³ BBl 2002, S. 3231 («Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts sollen vormundschaftliche Massnahmen auf natürliche Personen beschränkt werden. Die Möglichkeit der Ernennung eines Beistandes für juristische Personen nach Art. 393 Ziff. 4 ist daher zu ersetzen.»).

⁸⁴ Siehe Fn. 83. Verändert wurde lediglich der Regelungsort, an den inhaltlichen Voraussetzungen hat sich nichts geändert.

⁸⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 21; zur Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Schädigung siehe § 36 N 12 ff.

⁸⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 15 ff.; BÖCKLI (FN 5), § 18 N 226.

⁸⁷ Indirekter Schaden wird indirekt ersetzt: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 23.

⁸⁸ So insb. BÖCKLI (FN 5), § 18 N 225 ff.

⁸⁹ So ausdrücklich BÖCKLI (FN 5), § 18 N 228; Behandlung der Thematik auch in BSK OR II-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR N 9 ff.

⁹⁰ Vgl. zur Kritik ausführlich HANDSCHIN, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft (FN 78), S. 238 ff.; vgl. auch zur Theorie des materiellen Forderungsrechts des Aktionärs: BSK OR II-WIDMER/BANZ, Art. 756 OR N 11 ff.

⁹¹ So auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 41 ff.; vgl. auch PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, S. 92 ff.

⁹² Vgl. INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 86.04 ff.

⁹³ Der Zweck des Verantwortlichkeitsrechts liegt darin, den Schutz der Aktionäre zu verstärken, was bei Annahme einer Prozessstandschaft gerade nicht erreicht würde, vgl. PETER V. KUNZ (FN 91), S. 97.

Verwaltungsrat der Gesellschaft zu bestellen⁹⁴. Kategorienvertreter sind gleichberechtigte und -verpflichtete Verwaltungsräte. Sie sind gegenüber den Aktionären ihrer Kategorie genau gleich zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet wie gegenüber Dritten⁹⁵. Sie geniessen insbesondere die gleichen Informations- und Einsichtsrechte wie die übrigen Verwaltungsräte⁹⁶.

b. Wahl

Die Bestimmung des Kategorienvertreters erfolgt durch eine Sonderversammlung innerhalb der entsprechenden Kategorie⁹⁷. Diese Sonderversammlung bestimmt ihren Vertreter, der in der Folge durch die Generalversammlung insgesamt gewählt werden muss, es sei denn, dass wichtige Gründe gegen seine Wahl sprechen, zum Beispiel wenn der bestimmte Vertreter nicht fähig ist, das Amt auszuüben⁹⁸. Wird ein geeigneter Kategorienvertreter durch die Generalversammlung nicht in den Verwaltungsrat gewählt, ist der Beschluss anfechtbar, und der Richter kann an Stelle der Generalversammlung durch Urteil die Wahl des vorgeschlagenen Kategorienvertreters vornehmen⁹⁹.

c. Funktion

Der Kategorienvertreter ist vollwertiger Verwaltungsrat und nimmt am Geschäftsführungs- resp. Oberleitungsprozess der Gesellschaft gleichberechtigt teil¹⁰⁰. Er muss nicht, wie ein auskunftsberechtigter Aktionär, Informationen «holen», sondern es werden ihm auch Informationen «gebracht», die im Zusammenhang mit der Leitung des Unternehmens relevant sind. Allein durch die gleichberechtigte Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen erfährt der Kategorienvertreter, «was läuft», und kann er gestützt auf dieses Wissen im Rahmen seines Auskunftsrechts weitere gezielte Informationen verlangen und erhalten. Er ist nicht darauf angewiesen, von aussen her zu mutmassen, in der Hoffnung, eine seiner Fragen treffe ins Schwarze.

Die Institution des Kategorienvertreters ist ein starkes «Minderheitenrecht»¹⁰¹. Sogar wenn die Gesellschaft versucht, die Kompetenzen des Verwaltungsrats durch eine starke Geschäftsführung (in welche der Kategorienvertreter nicht Einsitz nimmt) einzuschränken, stellt seine Präsenz im Rahmen der Oberleitung des

operativen Geschäfts in den meisten Fällen sicher, dass die Interessen «seiner» Gruppe nicht verletzt werden.

4. Mitwirkungsrechte der Minderheitsaktionäre im Konzern

4.1 Grundlagen; Beschränkung der Rechte auf die Muttergesellschaft

Die Minderheitsaktionäre sind schon in der Gesellschaft, die nicht als Konzern organisiert ist, in einer ungünstigen Situation. Vereinigen sie die Kapitalmehrheit auf sich, geniessen sie immerhin mit der Möglichkeit, die Sonderprüfung oder die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage zu beschliessen¹⁰² und einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu «entsenden»¹⁰³, wesentliche Minderheitenrechte, die ihre Situation gegenüber denjenigen Aktionären, die auch kapitalmässig in der Minderheit sind, stark verbessern.

Ist das Unternehmen als Konzern organisiert, bestehen diese Minderheitsrechte in demjenigen Unternehmen, an dem die Aktionäre beteiligt sind, also bei der Muttergesellschaft. Formal beschränken sich die Rechte der Minderheitsaktionäre somit auf Angelegenheiten der Muttergesellschaft. Ist diese eine reine Holdinggesellschaft, beschränken sich bei einer formalen Betrachtung die Rechte der Minderheitsaktionäre auf Fragen, die mit der Handhabung der Beteiligungen zusammenhängen.

Es stellt sich die Frage, ob sich gestützt auf diese formale Betrachtungsweise die Minderheitenrechte auf Vorgänge innerhalb der Holdinggesellschaft beschränken lassen oder gleichwohl den ganzen Konzern umfassen.

4.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte

a. Grundlagen

Grundsätzlich beschränkt sich das Auskunftsrecht auf Vorgänge im betreffenden Unternehmen¹⁰⁴. Vorgänge in Drittunternehmen sind nur dann vom Auskunftsrecht erfasst, wenn sie zugleich auch Angelegenheiten desjenigen Unternehmens sind, in dem das Auskunfts- oder Einsichtsrecht besteht. Das gilt sowohl für das Auskunftsrecht des Aktionärs im Rahmen der Generalversammlung als auch für das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Verwaltungsrats. Ein Unterschied zwischen den beiden besteht indessen bei den inhaltlichen Voraussetzungen des Auskunftsrechts: Das Auskunftsrecht des Aktionärs ist an den Nachweis geknüpft, dass die Auskunft für die Ausübung der Aktionärsrechte

⁹⁴ BSK OR II-WERNLI, Art. 709 OR N 1 ff.

⁹⁵ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 162.

⁹⁶ Allg. zur Gleichberechtigung der Verwaltungsratsmitglieder: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 76 ff.

⁹⁷ Art. 709 OR; BSK OR II-WERNLI, Art. 709 OR N 11.

⁹⁸ Zu den allgemeinen Wählbarkeitsvoraussetzungen vgl. BSK OR II-WERNLI, Art. 707 OR N 6 ff., 15 ff.

⁹⁹ Vgl. BSK OR II-WERNLI, Art. 709 OR N 15.

¹⁰⁰ BSK OR II-WERNLI, Art. 709 OR N 18; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 162.

¹⁰¹ Vgl. dazu: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 6 N 103 ff.

¹⁰² Die Stimmkraft bemisst sich nach dem Nominalwert der Aktien, vgl. Art. 693 Abs. 3 OR.

¹⁰³ Vgl. Art. 709 OR, womit die Kontrolle verbessert und ein Mitspracherecht gesichert wird.

¹⁰⁴ BGE 132 III 71.

notwendig ist¹⁰⁵, während das Auskunftsrecht des Verwaltungsrats voraussetzungslos besteht¹⁰⁶.

b. Auskunft über die Konzernleitung

Die Holdinggesellschaft übt die einheitliche Leitung über den Konzern aus, und somit gehört die Konzernleitung zum Geschäftsbereich der Holdinggesellschaft. Fragen, die in einem Zusammenhang mit der Konzernleitung stehen, betreffen Vorgänge im Mutterunternehmen und sind vom Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs oder Verwaltungsrats der Muttergesellschaft erfasst. In einem Konzern, in dem die Konzernleitung alle operativen Bereiche der Töchter umfasst, gehen die Auskunfts- und Einsichtsrechte weit; beschränkt sich die Konzernleitung auf wenige strategische Fragen, gilt dies auch für den Umfang der Informationsrechte.

c. Auskunft über den Konsolidierungsvorgang

Die Muttergesellschaft erstellt eine konsolidierte Konzernrechnung¹⁰⁷. Diese konsolidierte Konzernrechnung ist die Gesamtrechnung aller Konzernglieder. Sie entspricht weitgehend der Rechnung, die vorliegen würde, wenn das Gesamtunternehmen kein Konzern, sondern eine Gesellschaft wäre¹⁰⁸.

Die konsolidierte Konzernrechnung ist nicht eine reine Zusammenfassung aller Einzelrechnungen, und der Konsolidierungsprozess beschränkt sich folglich nicht darauf, die Zahlen aus den Rechnungen der Konzernglieder zusammenzuzählen. Die Muttergesellschaft muss sicherstellen, dass die Zahlen der konsolidierten Konzernrechnung verlässlich und in Übereinstimmung mit den anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften ermittelt worden sind¹⁰⁹. Das bedeutet, dass die Mutter die Verlässlichkeit der Zahlen aus dem Konzern überprüfen muss¹¹⁰. Zu diesem Zweck braucht sie die gleichen Informationen, wie das Tochterunternehmen, deren Zahlen übernommen werden sollen. Dazu gehören Angaben über die zu bewertenden Bilanzposten, wie Bestandteile des Anlagevermögens und das Warenlager, aber auch zu Risiken, die zur Notwendigkeit von Rückstellungen führen¹¹¹. Schliesslich muss die Muttergesellschaft auch prüfen, ob die Prämisse der Fortführung¹¹²,

unter der die Zahlen ermittelt wurden, gerechtfertigt ist. Dazu gehören Liquiditätspläne und weitere Angaben zu den Tochtergesellschaften, die nötig sind, um deren Fortführungsfähigkeit festzustellen¹¹³. Wenn die Konzernrechnung nach anderen Vorschriften erfolgt, als die Abschlüsse der Konzernglieder¹¹⁴, benötigt die Mutter auch alle Informationen, die nötig sind, um die für die Konsolidierung massgebenden Zahlen zu ermitteln.

Die Erstellung der konsolidierten Jahresrechnung ist eine Aufgabe der Muttergesellschaft. Alle Sachverhalte, die die Muttergesellschaft kennen muss, um die konsolidierte Konzernrechnung zu erstellen, sind auch Angelegenheiten der Muttergesellschaft in dem Sinne, dass sie vom Informationsrecht der Aktionäre und des Verwaltungsrats der Mutter¹¹⁵ grundsätzlich erfasst sind. Gegenstand der Auskunfts- und Einsichtsrechte sind aus diesem Grund auch Vorgänge und Sachverhalte innerhalb von Konzerngesellschaften, wenn sie sich in irgendeiner Form auf die konsolidierte Konzernrechnung auswirken.

d. Nachteile des Aktionärs im Konzern in Bezug auf seine Auskunftsrechte

Auch wenn dieser Bezug zur Konzernleitung und Konzernrechnung grosszügig hergestellt wird, wirkt die Ebene zwischen dem Aktionär und den Tochtergesellschaften wie ein Filter, und es ist möglich, dass sich beispielsweise das Fragerecht im einheitlichen Unternehmen auf bestimmte operative Vorgänge beziehen kann, die sich im Konzernzusammenhang weder auf die Konzernleitung noch auf die Konzernrechnung beziehen. In diesen Fällen führt die Organisation des Unternehmens als Konzern zu einer Einschränkung der Rechte der Minderheitsaktionäre. Im nicht als Konzern organisierten Unternehmen deckt das Frage- und Einsichtsrecht des Verwaltungsrats grundsätzlich jeden operativen Vorgang im Unternehmen ab¹¹⁶. Im Konzern beschränkt sich sein Auskunfts- und Einsichtsrecht auf Vorgänge der Konzernleitung und der Konsolidierung.

4.3 Kategorienvertreter der Stammaktionäre im Verwaltungsrat

a. Grundlagen

Noch viel stärker auf die Minderheitenrechte wirkt sich die Organisation eines Unternehmens als Konzern auf die Rolle des Kategorienvertreters aus. Im Konzern sind die Minderheitsaktionäre ausschliesslich an der Mutter-

¹⁰⁵ Art. 697 Abs. 2, BSK OR II-WEBER, Art. 697 OR N 7; BGE 132 III 71.

¹⁰⁶ Art. 715a Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 192.

¹⁰⁸ Vgl. ROLAND VON BÜREN, SPR VIII/6, Der Konzern, Basel 1997, S. 90.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 663g Abs. 1 OR, Art. 662a insb. Abs. 4 OR, Swiss GAAP FER 30 Ziff. 6 und 50.

¹¹⁰ Vgl. Art. 717 OR, Art. 727 ff. OR; PS 600 (Verwendung der Arbeiten eines anderen Wirtschaftsprüfers), abrufbar unter: <http://www.treuhand-kammer.ch>; Swiss GAAP FER 30 Ziff. 6.

¹¹¹ Art. 663g OR, Art. 662a OR, Art. 669 OR; HANDSCHIN (FN 52), § 20; Swiss GAAP FER 23, Swiss GAAP FER 30 Ziff. 20 ff.

¹¹² Art. 662a Abs. 2 Ziff. 4 OR. HANDSCHIN (FN 52), S. 24.

¹¹³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; PS 570 (Unternehmensfortführung; FN 56).

¹¹⁴ Art. 663g OR.

¹¹⁵ Art. 697, 715a OR.

¹¹⁶ Von einem umfassenden Informationsrecht sprechen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 5), § 16 N 471; JEAN NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, in: Kurzbeiträge zur Aktienrechtsreform, SZW 1993, S. 49 ff.

oder Holding-Gesellschaft beteiligt, und das Recht, einen Kategorienvertreter zu bestimmen, ist folglich auf diese beschränkt.

b. Auskunftsrecht auf Vorgänge der Muttergesellschaft beschränkt

Formal beschränkt sich das Informationsrecht des Kategorienvertreeters auf die Holdinggesellschaft. Inhaltlich bezieht sich dieses nur dann auf Vorgänge im Konzern, wenn diese Vorgänge auch Angelegenheiten der Holdinggesellschaft sind, also wenn diese sich auf Gegenstände der Konzernleitung beziehen oder sich auf die konsolidierte Konzernrechnung auswirken. Es gelten diesbezüglich die gleichen Kriterien wie beim Auskunftsrecht ganz allgemein¹¹⁷.

c. Keinen «automatischen» Zugang zu Vorgängen des operativen Geschäfts

Weiter ist der Kategorienvertreter nicht Verwaltungsrat einer operativ tätigen Gesellschaft, sondern einer Holdinggesellschaft; die ihm «gebrachten» Informationen¹¹⁸ decken somit nicht den ganzen Geschäftsbereich des Konzerns ab, sondern beschränken sich auf die Holding-Gesellschaft. Anders als der Verwaltungsrat in der Gesellschaft, die nicht Teil eines Konzerns ist, erfährt der Kategorienvertreter in der Holding-Gesellschaft nicht allein durch die Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen, «was läuft», und er kann nicht gestützt auf dieses Wissen im Rahmen seines Auskunftsrechts weitere gezielte Informationen beanspruchen, sondern ist darauf angewiesen, von aussen her zu mutmassen, in der Hoffnung, eine seiner Fragen treffe ins Schwarze. Die Organisation eines Unternehmens als Konzern schränkt die Wirkung des Minderheitsrechts des Kategorienvertreeters stark ein.

4.4 Mitwirkungsrechte beim Entscheid über die Konzernbildung

Immerhin ist die Umwandlung in einen Konzern und mit ihr die Zweckänderung in einen Holdingzweck nur möglich, wenn die Kapitalmehrheit zustimmt¹¹⁹. Eine Umwandlung in einen Konzern mit der Zielsetzung, die Minderheitenrechte einzuschränken, ist somit nicht ohne weiteres möglich¹²⁰. Ist eine geplante Umwandlung in einen Konzern unternehmerisch vernünftig und anerkennen dies auch die Minderheitsaktionäre, die das Recht haben, einen Kategorienvertreter zu bestimmen, besteht die Möglichkeit, den Einsitz des Kategorienvertreeters in den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften

zu vereinbaren. Die Grundlage dieser Vereinbarung kann allerdings nur ein Aktionärbindungsvertrag unter den Aktionären, allenfalls unter Einbindung der Muttergesellschaft, sein. Eine statutarische Absicherung dieses Rechts durch Bestimmungen in den Statuten der Tochtergesellschaften, die vorsehen, dass der Kategorienvertreter innerhalb der Muttergesellschaft auch in den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften Einsitz nehmen kann, schmälert zwingende GV-Rechte der Töchter und kann statutarisch gültig nicht vereinbart werden¹²¹.

4.5 Verantwortlichkeitsklage

a. Grundlagen

Minderheitsaktionäre der aufrechtstehenden Gesellschaft können bei Kapitalmehrheit beschliessen, dass die Gesellschaft Verantwortlichkeitsklage gegen einzelne Verwaltungsräte erhebt¹²². Fehlt die Kapitalmehrheit, besteht die Möglichkeit einer Klage einzelner Aktionäre auf Leistung an die Gesellschaft¹²³.

Auch dieses Recht bezieht sich immer auf Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft, an der der Aktionär beteiligt ist. Führt ein Fehlverhalten von Organen zu einer Schädigung einer Tochtergesellschaft, sind Aktionäre der Muttergesellschaft nicht befugt, diesen Schaden als Schaden der Tochter geltend zu machen. Der (Minderheits-) Aktionär der Muttergesellschaft kann den bei der Tochtergesellschaft entstandenen Schaden nur geltend machen, wenn dieser Schaden auch zu einem Schaden bei der Muttergesellschaft führt.

b. Schaden der Tochter als Schaden der Mutter

Es stellt sich die Frage, unter welchen Umständen ein bei der Tochtergesellschaft entstandener Schaden auch zu einem Schaden der Muttergesellschaft führt. Es sind im Hinblick auf die Beantwortung dieser Frage zwei Grössen zu unterscheiden: das Nettovermögen der Tochter als Ergebnis der Rechnung, also effektiver Wert der Bruttoaktiven abzüglich Fremdkapital, und der Beteiligungsbuchwert der Tochter in der Bilanz der Mutter.

Das *Nettovermögen der Tochter* nimmt durch die Schädigung der Tochter immer ab. Das ist unabhängig davon der Fall, ob Vermögen vermindert wurde, das aktiviert oder aktivierbar war. Bewertungsvorschriften spielen hier keine Rolle: Auch die Zerstörung eines Werts, der abgeschrieben oder nicht aktivierbar war, oder entgangene Gewinne führen zu einem Schaden und somit zu einer Reduktion des Nettovermögens.

¹¹⁷ Vgl. dazu Ziff. III/4.2.

¹¹⁸ Vgl. dazu Ziff. III/3.4 lit. c.

¹¹⁹ Art. 704 OR.

¹²⁰ Oft erfolgt diese Umwandlung allerdings vor dem Erbgang im Hinblick auf eine geplante Unternehmensnachfolge mit der Zielsetzung, Unternehmererben zu begünstigen.

¹²¹ Art. 698 Abs.1 Ziff. 2 OR.

¹²² Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR und Ziff. III/3.3.

¹²³ Art. 756 Abs. 1 OR und Ziff. 3.3. lit.c.

Der *Beteiligungsbuchwert*, zu dem die Tochtergesellschaft in der Bilanz der Mutter verbucht ist, ist meistens mit dem Nettovermögen der Tochter nicht identisch. Er ergibt sich in der Regel aus dem Kaufpreis der Tochter und allfälligen Abschreibungen¹²⁴. Er bildet nicht den effektiven, sondern den aktivierten oder aktivierbaren Wert der Beteiligung ab.

Für die Frage, ob durch eine Reduktion des Nettovermögens bei der Tochtergesellschaft ein Schaden bei der Muttergesellschaft entstanden ist, ist der wirkliche, nicht der aktivierte Wert der Beteiligung massgebend. Auch hier gilt, dass ein Schaden unabhängig davon vorliegt, ob der Beteiligungsbuchwert sich durch das schädigende Ereignis verändert. Der (wirkliche) Wert der Beteiligung und damit das Vermögen der Muttergesellschaft verändert sich also gleichzeitig und gleichermaßen wie das Vermögen der Tochtergesellschaft. Ist die Tochter zu 100 % beherrscht, führt der Schaden der Tochter zu einem gleich grossen Schaden der Mutter. Bei einer gegenüber 100 % reduzierten Beteiligung reduziert sich der Schaden der Mutter entsprechend. Das bedeutet, dass (beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen¹²⁵) der Schaden bei der Tochter immer auch als Schaden der Mutter geltend gemacht werden kann.

c. Pflichtverletzung der Organe der Muttergesellschaft

Mit der Verantwortlichkeitsklage kann der Schaden geltend gemacht werden, der als Folge einer Pflichtverletzung der Organe der Muttergesellschaft bei dieser entsteht. Auch wenn der Schaden der Tochtergesellschaft zu einem gleich grossen Schaden der Muttergesellschaft führt, kann dieser gegenüber den Organen der Mutter nur geltend gemacht werden, wenn er die Folge einer Pflichtverletzung dieser Organe (der Muttergesellschaft) ist.

Dies ist sicherlich dann der Fall, wenn die Pflichtverletzung der Organe der Muttergesellschaft unmittelbar zum Schaden bei der Tochtergesellschaft geführt hat, beispielsweise als Folge einer widerrechtlichen Weisung der Konzernmutter gegenüber der Konzerntochter. Wenn die Organe der Mutter den Schaden der Tochter nicht unmittelbar verursacht haben, ist zu differenzieren: Die Organe der Mutter sind grundsätzlich verpflichtet, Ansprüche der Muttergesellschaft zu verfolgen, sie sind verpflichtet, die Interessen der Mutter zu wahren und ihr Vermögen zu erhalten¹²⁶. Diese Pflicht wird verletzt, wenn die Organe der Mutter einen Ver-

antwortlichkeitsanspruch der Mutter gegenüber den Organen der Tochter nicht verfolgen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn sich zeigt, dass die Rechtsverfolgung zwar aussichtslos ist, die Aussichtslosigkeit aber auf ein Verhalten der Organe der Mutter zurückzuführen ist. Können beispielsweise die Organe der Tochter aufzeigen, dass die Mutter ihrem Verhalten zugestimmt hat, dann sind die Organe der Mutter haftbar. Es liegt dann zwar kein Anspruch der Mutter vor, den zu verfolgen die Pflicht der Organe gewesen wäre, doch sind in diesem Fall die Organe der Mutter unmittelbar für den Schaden verantwortlich.

d. Erschwerung der Verantwortlichkeitsklage im Konzern

Die allfällige Pflichtverletzung der Organe der Mutter, den bei der Tochter (und damit auch bei ihr) eingetretenen Schaden nicht geltend gemacht zu haben, ist in vielen Fällen nicht einfach feststellbar. Es sind Fälle denkbar, in denen die Verhältnisse unklar sind und die Passivität der Organe der Mutter nicht pflichtwidrig erscheint. Im Ergebnis führt dies, zusammen mit der zusätzlichen Schwierigkeit bei der Feststellung der Höhe des Schadens, dazu, dass eine Konzernorganisation mit der Auslagerung des operativen Geschäfts in Tochtergesellschaften die Möglichkeiten der Aktionäre (der Muttergesellschaft), Verantwortlichkeitsklage zu erheben, klar erschwert.

Zu diesen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Feststellung des Schadens¹²⁷ und der Pflichtverletzung¹²⁸ kommen die Erschwernisse bei der Feststellung des Sachverhalts durch eingeschränkte Einsichts- und Kontrollrechte¹²⁹. Aus der Sicht der Organe ist die Struktur des Unternehmens als Konzern vorteilhaft, aus Sicht der (Minderheits-) Aktionäre nachteilig.

5. Gestaltungsmöglichkeiten im Streit unter den Gesellschaftern

5.1 Grundlagen

Eine Gesellschafterstruktur, die aus zwei Blöcken besteht, von denen der eine die Geschäftsführung kontrolliert, birgt das Risiko eines Streits unter den Gesellschaftern. Das gilt ganz besonders dann, wenn der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Block die Kapitalmehrheit auf sich vereinigt oder wenn die Minderheitsaktionäre nicht in der Lage sind, ihre Beteiligung zu veräussern. Oft wird diese Situation durch Angebote der kontrollierenden Aktionäre noch verschärft, die Aktien der Minderheit zu einem Wert zu übernehmen, der unter dem wirklichen, oft auch unter dem Steuer-

¹²⁴ Swiss GAAP FER 30 Ziff. 14.

¹²⁵ Neben einem Schaden sind für eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR Pflichtverletzung, Verschulden und Kausalität erforderlich, BÖCKLI (FN 5), § 18 N 359 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 56 ff.

¹²⁶ Vgl. BÖCKLI (FN 5), § 13 N 307; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 30 N 39 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu Ziff. III/4.5 lit. b.

¹²⁸ Vgl. dazu Ziff. III/4.5 lit. c.

¹²⁹ Vgl. dazu Ziff. III/4.2 lit. d.

wert liegt. Es stellt sich die Frage, wie im Streit unter den Gesellschaftern vorzugehen ist.

5.2 Auflösung der AG als ultima ratio

a. Grundlagen

Gemäss Art. 736 OR kann die Gesellschaft durch Urteil des Richters aufgelöst werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen¹³⁰. Die Auflösungsklage dient dem Schutz der Minderheit vor schwerem Machtmissbrauch durch die Mehrheitsaktionäre¹³¹. Statt die Gesellschaft aufzulösen kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen.

Die Bestimmung zeichnet sich durch ein Missverhältnis zwischen der Verlässlichkeit in der Anwendung und den Rechtsfolgen aus, wie kaum eine andere Norm aus dem Handelsrecht. Die Rechtsfolge, die Auflösung der Gesellschaft, greift sprichwörtlich existentiell in die Rechte der Betroffenen ein; sie führt zur Zerstörung von Werten und betrifft oft auch Personen, die mit dem Streit nichts zu tun haben (zum Beispiel Arbeitnehmer). Trotz dieser weitreichenden Rechtsfolgen fehlen verlässliche Kriterien für die Anwendung der Bestimmung. Die in der Lehre beispielhaft formulierten Voraussetzungen – wiederholt nicht ordnungsgemässe Einberufung der Generalversammlung, schwere Missachtung der Kontrollrechte der Minderheitsaktionäre und schwere finanzielle Benachteiligung¹³² – sind fast so unbestimmt wie die im Gesetz genannte Voraussetzung des «wichtigen Grundes». Gerichtssentscheide¹³³ sind derart selten, dass sich daraus kaum generell-abstrakte Normen ableiten lassen. Die Norm hat etwas Unberechenbares. Weiter ist davon auszugehen, dass Richter diese Norm wegen der auch für unbeteiligte Dritte weitreichenden Konsequenzen nur zurückhaltend anwenden und folglich Minderheitsaktionäre den Prozess wegen des hohen Prozessrisikos, das sich aus dem hohen Streitwert in Verbindung mit der unklaren Rechtslage ergibt, nur in Ausnahmefällen riskieren werden.

¹³⁰ BÖCKLI (FN 5), § 16 N 189 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 55 N 57 ff., insb. zum Begriff des wichtigen Grundes, N 71 ff.

¹³¹ BGE 109 II 140, 142 = Praxis 1983, Nr. 241; BGE 67 II 167 = Praxis 1941, Nr. 109.

¹³² Vgl. BSK OR II-STÄUBLI, Art. 736 OR N 24.

¹³³ Gemäss BGE 126 III 266 stellt insbesondere der Missbrauch der beherrschenden Stellung durch den Mehrheitsaktionär einen «wichtigen Grund» nach Art 736 OR dar. Auch kann je nach den Umständen den Minderheitsaktionären die Aufrechterhaltung einer Gesellschaft, deren andauernd schlechte Geschäftsführung unweigerlich in den Ruin führt, nicht zugemutet werden (E 1). Zu grundsätzlicher Zurückhaltung bei der Anerkennung auf Auflösung einer Gesellschaft mahnt das Bundesgericht in BGE 104 II 32, 35.

b. Schwere finanzielle Benachteiligung

Eine schwere finanzielle Benachteiligung kann ein wichtiger Grund für die Auflösung der Gesellschaft sein¹³⁴. Werden aus dem Gesellschaftsvermögen in ungerechtfertigter Weise Zahlungen zu Gunsten von Mehrheitsaktionären vorgenommen und wird diese Praxis trotz des Protests der Minderheitsaktionäre fortgeführt, zeigt dies eine fundamentale Missachtung legitimer Interessen der Minderheitsaktionäre und braucht dies von ihnen nicht hingenommen zu werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die finanzielle Situation der Gesellschaft beeinträchtigt und die wirtschaftlichen Interessen der Minderheitsaktionäre gefährdet werden¹³⁵.

c. Zerrüttung

Eigentlich dürfte die Zerrüttung der persönlichen Verhältnisse zwischen den Aktionären kein Grund für einen Auflösungsanspruch sein, denn als primär kapitalbezogene Gesellschaft besteht die AG grundsätzlich losgelöst von den Beziehungen unter den Gesellschaftern. Nur in der GmbH und noch viel mehr in den Personengesellschaften sollten persönliche Gründe, die auf die der Beziehung unter den Gesellschaftern zurückzuführen sind, in dieser Frage relevant werden. Die praktische Realität vieler kleiner Aktiengesellschaften ist nicht die einer von den Verhältnissen unter den Mitgliedern losgelösten Kapitalgesellschaft, sondern die einer Gesellschaft, in der faktisch eine Treuebeziehung unter den Gesellschaftern besteht und gelebt wird. Aus diesem Grund erkennt das Bundesgericht einen wichtigen Grund für die Auflösung auch in der Zerrüttung persönlicher Verhältnisse unter den Aktionären¹³⁶.

d. Kein Vorrang des Kollektivinteresses

Das Kollektivinteresse am Weiterbestand der Gesellschaft ist nicht generell dem Individualinteresse der Minderheit vorzuziehen, sondern ist diesem im Prinzip gleichwertig. Das bedeutet, dass die Interessen der Minderheitsaktionäre durchaus gleich zu gewichten sind wie das Interesse der kontrollierenden Mehrheit oder auch das Interesse des Umfeldes, der Arbeitnehmer etc. am Weiterbestand der Gesellschaft¹³⁷. Ob in der Praxis ein Richter bereit ist, die letztlich finanziellen Interessen der Minderheitsaktionäre gleich zu gewichten wie den Fortbestand der Gesellschaft, ist eine andere Frage.

¹³⁴ BGE 105 II 114.

¹³⁵ BGE 84 II 44.

¹³⁶ «A cet égard, des aspects personnels – en particulier dans les petites sociétés à caractère familial – peuvent jouer un rôle dans la pesée des intérêts, à tout le moins lorsqu'ils rendent durablement et objectivement insupportable la continuation des rapports sociaux» (BGE 126 III 266, 269; BGE 84 II 44).

¹³⁷ Siehe BÖCKLI (FN 5), § 17 N 5 ff., der als eines der gefestigten Kriterien der Praxis die Interessenabwägung nennt (N 13).

5.3 Andere sachgemässe Lösungen

Immerhin besteht seit der Aktienrechtsreform 1991¹³⁸ die Möglichkeit, dass der Richter selbst bei Vorliegen wichtiger Gründe nicht die Auflösung der Aktiengesellschaft verfügt, sondern andere sachgemässe Lösungen anordnen kann, zum Beispiel einen Rückkauf der Aktien des benachteiligten Aktionärs durch die Aktiengesellschaft in den zulässigen Grenzen¹³⁹, eine Teilliquidation durch Kapitalherabsetzung¹⁴⁰ oder die Spaltung in zwei Aktiengesellschaften¹⁴¹. Diese weiteren sachgemässen Lösungen knüpfen an die gleichen Voraussetzungen wie die Auflösungsklage an, können aber an deren Stelle direkt geltend gemacht werden. Das bedeutet, dass der Kläger nicht die Auflösung der Gesellschaft beantragen muss, sondern dass sich sein Antrag auf die angestrebte weitere sachgemässe Lösung beschränken kann¹⁴². Das Prozessrisiko lässt sich dadurch reduzieren.

Die eigentlich naheliegende Möglichkeit, jenen Aktionär, der den wichtigen Grund gesetzt hat, auszuschliessen, oder benachteiligten Aktionären den Austritt zu ermöglichen, ist im Aktienrecht nicht vorgesehen.

5.4 Weitere Gestaltungsmöglichkeiten im GmbH-Recht

Im GmbH-Recht und somit auch im GmbH-Konzern bestehen umfangreichere gesetzliche Handlungsspielräume, um Streitfällen unter den Gesellschaftern zu entgegnen. Gemäss Art. 822 OR kann ein Gesellschafter bei Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Bewilligung des Austritts klagen¹⁴³. Umgekehrt kann ein Gesellschafter beim Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Klage der Gesellschaft ausgeschlossen werden¹⁴⁴. In beiden Fällen steht dem ausgeschiedenen

Gesellschafter gemäss Art. 825 Abs. 1 Ziff. 1 OR eine Abfindung im Umfang des wirklichen Werts seines Anteils zu¹⁴⁵. Fehlen die freien Mittel, um die Abfindung auszubezahlen, wird der zurückbehaltene Teil in ein nachrangiges Darlehen des ausgeschiedenen Gesellschafters umgewandelt, verbunden mit der Pflicht der Gesellschaft, dieses nach Möglichkeit zurückzubezahlen¹⁴⁶.

Die Möglichkeit des Austritts führt zwar dazu, dass die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund als ultima ratio nur verfügt werden kann, wenn durch einen Austritt oder Ausschluss der gesetzmässige Zustand nicht wieder hergestellt werden kann. Damit werden die ohnehin schon strengen Voraussetzungen für die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund noch verschärft¹⁴⁷. Dieser Nachteil wird aber mehr als aufgewogen durch den Vorteil, den Streit durch Ausschluss oder Austritt zu beenden.

Auch wenn die kontrollierenden Gesellschafter versucht sein könnten, die Minderheitsgesellschafter als Versorger von billigem Eigenkapital in der Gesellschaft halten zu wollen, sind die Nachteile einer intern zerstrittenen Situation meistens grösser als dieser kurzfristig attraktiv scheinende Vorteil der Finanzierung. Wenn sich das Unternehmen die Flexibilität im Zusammenhang mit Umstrukturierungen, allenfalls auch durch Verkauf des Unternehmens, erhalten will, ist es in jedem Fall darauf angewiesen, dass alle Gesellschafter bereit sind, am gleichen Strick zu ziehen.

Das Fehlen der Austrittsmöglichkeit zeigt, dass die AG als Rechtsform für Gesellschaften mit nur wenigen Gesellschaftern eigentlich nicht geeignet ist, wenn die Gefahr einer Zerrüttung unter ihnen droht. Die Wahl der GmbH zwingt die Mehrheitsgesellschafter dazu, die Geschäfte so zu führen, dass alle Gesellschafter am Erfolg partizipieren und dass den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern oder der Minderheitsgesellschaftern kein Anlass gegeben wird, den Austritt aus wichtigem Grund zu verlangen. Es zwingt die Mehrheitsgesellschafter im Ergebnis zu einer guten Corporate Governance, die nicht nur bei kotierten Gesellschaften auch im Interesse der Gesellschaft und damit auch der Mehrheitsaktionäre liegt.

IV. Zusammenfassung

KMU-Konzerne sind gegenüber Grosskonzernen einfacher strukturiert. Das führt dazu, dass die faktische

¹³⁸ BÖCKLI (FN 5), § 16 N 195 ff. Vgl. auch LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, in: Kurzbeiträge zur Aktienrechtsreform, SZW 1993, S. 43 ff.; Amtl. Bull. StR (1988), S. 518, insb. HEFTI «[...] wenn als einzige Möglichkeit die Auflösung der Gesellschaft besteht, dann kann das zu Schwierigkeiten und zu Interessenkonflikten führen. Die Auflösung mag wohl im Interesse der betreffenden Aktionäre voll gerechtfertigt sein, aber es können sich steuerliche Probleme ergeben und es mag nicht im allgemeinen Interesse liegen, wenn die Firma aufgelöst wird und nicht ohne weiteres von einer Auffanggesellschaft übernommen werden kann. Dann ist auch die Stellung der Mitarbeiter zu berücksichtigen. Darum sollte hier nicht nur die Möglichkeit der Auflösung bestehen, sondern es sollten auch andere Wege gangbar sein, die der Richter richtig findet.»

¹³⁹ Art. 659 OR; HANDSCHIN (FN 138), m.w.H.

¹⁴⁰ Art. 732 ff. OR; Amtl. Bull. StR (1988), S. 518.

¹⁴¹ Art. 29 FusG; BÖCKLI (FN 5), § 3 N 277 ff.

¹⁴² Vgl. BÖCKLI (FN 5), § 16 N 212.

¹⁴³ Des Weiteren können nach Art. 822 Abs. 2 OR die Statuten den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt einräumen und dieses allenfalls von bestimmten Bedingungen abhängig machen; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 19 N 6 ff.

¹⁴⁴ Art. 823 OR. Aktivlegitimiert ist nur die Gesellschaft, die Gesellschafter sind es nicht. Die Zuständigkeit zur Beschlussfassung über den Ausschluss eines Gesellschafters liegt bei der Gesellschafterversammlung (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR). Dabei ist die

Stimmenmehrheit zu beachten (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR), vgl. SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 28), Art. 823 OR N 1 ff.

¹⁴⁵ Vgl. HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 20), § 19 N 18.

¹⁴⁶ Art. 825a Abs. 3 OR.

¹⁴⁷ Art. 821 Abs. 3 OR.

und die formelle Konzernstruktur gleichförmig ausgestaltet werden kann, beispielsweise dadurch, dass die Mitglieder der Konzernleitung gleichzeitig auch Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften sind¹⁴⁸.

Aufgrund ihrer Grösse und der fehlenden Börsenkotierung können KMU-Konzerne **sich als GmbH-Konzern inkorporieren**¹⁴⁹. Im GmbH-Recht können der Gesellschafterversammlung (und damit indirekt der Muttergesellschaft) Befugnisse eingeräumt werden, auf die Geschäftsführung unmittelbar Einfluss auszuüben¹⁵⁰. Dadurch entsteht im Konzern die Möglichkeit, die Leitungsmacht der Mutter jedenfalls teilweise zu «legalisieren», eine Möglichkeit, die im Aktienrecht nicht besteht¹⁵¹.

In KMU-Konzernen gibt es oft grosse Minderheiten, die teilweise wirtschaftlich stark involviert sind, vielleicht sogar die Kapitalmehrheit¹⁵² auf sich vereinigen, aber an der Entscheidungsfindung nicht effektiv teilnehmen. Für diese Minderheiten kann die Ausgestaltung des Unternehmens als Konzern nachteilig sein, da sich deren Minderheitenrechte immer nur auf die Gesellschaft beziehen, an denen sie beteiligt sind, also die Muttergesellschaft¹⁵³.

Das **Auskunftsrecht**¹⁵⁴, auch das Auskunftsrecht eines **allfälligen Kategorienvertreters**¹⁵⁵, und die Rechte im Zusammenhang mit der **Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage**¹⁵⁶ beziehen sich auf alle Vorgänge innerhalb des Mutterunternehmens, auch auf die Ausübung der Konzernleitung¹⁵⁷ und die Ausfertigung der konsolidierten Konzernrechnung¹⁵⁸. Das bedeutet im Ergebnis, dass **auch Verhältnisse innerhalb von Tochtergesellschaften vom Auskunftsrecht erfasst sein können**, wenn sie für die Konzernleitung oder die Konsolidierung relevant sind. Gleichermassen können Aktionäre der Muttergesellschaft die **Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen** veranlassen¹⁵⁹, die sich aus einem **unmittelbaren Schaden der Tochtergesellschaft** ergeben¹⁶⁰.

Die oftmals fehlende Möglichkeit der Minderheitsgesellschafter, ihre Beteiligung zum wirklichen Wert zu veräussern, birgt ein grosses Konfliktpotential. In der Aktiengesellschaft besteht als Zwangsmittel praktisch nur die **Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus**

wichtigem Grund¹⁶¹. Die grossen Rechtsunsicherheiten, das hohe Kostenrisiko und auch die schwerwiegenden Konsequenzen einer Auflösung führen im Ergebnis dazu, dass dieses Recht praktisch bedeutungslos bleibt und die unzufriedenen Aktionäre in der Gesellschaft verbleiben müssen.

Differenziertere Rechtsfolgen in dieser Situation kennt das **GmbH-Recht**¹⁶². Neben dem **Recht auf Austritt** aus wichtigem Grund, das in vielen Fällen der Auflösung vorzuziehen ist, besteht im GmbH-Recht auch die Möglichkeit, einen Gesellschafter auszuschliessen. Die Wahl der GmbH zwingt die Mehrheitsgesellschafter dazu, die Geschäfte so zu führen, dass Minderheitsgesellschaftern kein Anlass gegeben wird, den Austritt aus wichtigem Grund zu verlangen, und trägt damit auch zu einer guten Corporate Governance bei.

¹⁴⁸ Vgl. dazu Ziff. II/2.4 lit. b.

¹⁴⁹ Vgl. dazu Ziff. II/3 und 4.

¹⁵⁰ Vgl. dazu Ziff. II/3.2.

¹⁵¹ Vgl. dazu Ziff. II/3.

¹⁵² Vgl. dazu Ziff. III/2.2.

¹⁵³ Vgl. dazu Ziff. III/4.2.

¹⁵⁴ Vgl. dazu Ziff. III/4.2.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Ziff. III/4.3

¹⁵⁶ Vgl. dazu Ziff. III/4.5.

¹⁵⁷ Vgl. dazu Ziff. III/4.2 lit. b.

¹⁵⁸ Vgl. dazu Ziff. III/4.2 lit. c.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Ziff. III/4.5.

¹⁶⁰ Vgl. dazu Ziff. III/4.5 lit. b.

¹⁶¹ Vgl. dazu Ziff. III/5.2.

¹⁶² Vgl. dazu Ziff. III/5.4.