

Dokument	AJP 2004 S. 169
Autor	Lukas Metzler, Markus Schmuki
Titel	Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds - zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Ivo Schwander
Frühere Herausgeber	
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds - zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis

lic. iur. Lukas Metzler, Rechtsanwalt, St. Gallen;

lic. iur. Markus Schmuki, Rechtsanwalt, St. Gallen

Selon l'article 707 CO, le conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres qui doivent être actionnaires. Dans quelques cas, on peut faire abstraction de cette obligation d'être actionnaire. Dans tous les autres cas, cette obligation peut être accomplie par le transfert fiduciaire d'une seule action. A cause de sa fonction, on appelle cette action "action de qualification" (Qualifikationsaktie). Le transfert de ces actions de qualification a des conséquences: Ainsi, une assemblée universelle des actionnaires ne peut être tenue valablement qu'en présence de chaque actionnaire, présent ou représenté. De plus, le procès-verbal qui est rédigé lors d'une telle assemblée universelle est souvent transmis au Registre du commerce. Le rédacteur du procès-verbal ou le président de l'assemblée commettent un délit de faux dans les titres au cas où ils étaient au courant et toléraient que pas tous les actionnaires étaient représentés à l'assemblée. Il en va de même pour le notaire dressant un acte authentique d'une résolution prise lors de cette assemblée.

Par conséquent, l'obligation de l'administrateur d'être actionnaire est dépassée et un ajustement de l'art. 707 CO, combiné avec l'abandon des actions de qualification, serait appropriée et désirable.

(trad. Flurin von Planta)

AJP 2004 S. 169

1. Einleitung

Gemäss Art. 707 Abs. 1 OR setzt sich der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern zusammen, welche Aktionäre sein müssen. In bestimmten Fällen kann von diesem Grundsatz der Aktionärseigenschaft des Verwaltungsratsmitglieds abgesehen werden, wie im Folgenden dargelegt wird. In allen



anderen Fällen kann diese Anforderung durch die fiduziarische Übertragung einer einzelnen Aktie problemlos erfüllt werden. Dabei wird die betreffende Aktie aufgrund ihrer Funktion auch Qualifikationsaktie genannt.

Die Ausstellung solcher Qualifikationsaktien hat für die Praxis weitgehende Folgen, welche hier aufgezeigt werden sollen. So kann unter anderem eine Universalversammlung nur dann gültig abgehalten werden, wenn jeder einzelne Aktionär anwesend oder vertreten ist¹. Wird im Weiteren das bezüglich einer solchen Versammlung verfasste Protokoll als Beleg für Handelsregisteranmeldungen eingereicht, so können sich der Protokollführer oder der Vorsitzende unter Umständen gar eines Urkundendeliktos strafbar machen, sofern sie wissen oder in Kauf nehmen, dass an der Universalversammlung nicht alle Aktien vertreten waren. Dasselbe gilt auch für den Notar, welcher betreffend eines Beschlusses der genannten Versammlung eine öffentliche Urkunde erstellt.

Nachfolgend soll auf die hier aufgeworfenen Probleme im Zusammenhang mit der Aktionärserschaft des Verwaltungsratsmitgliedes und Qualifikationsaktien im Einzelnen näher eingegangen werden, wobei insbesondere die Auswirkungen auf die Praxis behandelt werden sollen.

2. Die natürliche Person als VR-Mitglied

2.1 Aktionärserschaft des Verwaltungsratsmitglieds

Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft gehört zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung². Voraussetzung für die Wählbarkeit in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft ist, dass es sich beim Kandidaten um eine natürliche Person handelt³. Wird im Weiteren ein Nichtaktionär gewählt, so kann er sein Amt erst antreten, nachdem er Aktionär geworden ist⁴. Deshalb wird von der Aktionärserschaft auch als Amtsantrittsvoraussetzung gesprochen. Wie zu zeigen sein wird, handelt es sich hierbei allerdings nur um eine Ordnungsvorschrift und Sanktionsmöglichkeiten zur Durchsetzung dieser Vorschrift sind kaum vorhanden.

Das Erfordernis der Aktionärserschaft gründet in den Anfängen des Aktienrechts und sollte ursprünglich gewährleisten, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates durch eigene Kapitalbeteiligung besonders am Geschäftsgang der Aktiengesellschaft interessiert sind und ihre Interessen somit möglichst mit denjenigen der Gesellschaft einhergehen⁵. Da das Gesetz allerdings keine Mindestbeteiligung vorsieht, reicht bereits das Eigentum an einer einzigen Aktie aus, welche auch rein treuhänderisch übertragen werden kann. Die ursprüngliche Bedeutung dieser Anforderung ist somit hinfällig. Im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde daher auch vorgebracht, diese Bestimmung sei fallen zu lassen. Trotzdem wurde Art. 707 OR

AJP 2004 S. 169, 170

1 Die Universalversammlung ist bei kleinen Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären weit verbreitet, bei der Einmann-AG ist sie die Regel.

2 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

3 Gemäss Art. 707 Abs. 3 OR sind juristische Personen oder Handelsgesellschaften selber nicht wählbar, können aber eine natürliche Person als "Vertreter" entsenden. Mehr dazu siehe unten Ziffer 3.

4 Art. 707 Abs. 2 OR.

5 Vgl. ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 6; BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 6.

6 Vgl. B. Bessenich in AJP/PJA 1995, 455; BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 6 m.w.H.

7 Zur Ausnahme bei der Wahl als Vertreter einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft siehe unten Ziffer 3.3.



unverändert ins revidierte Aktienrecht übernommen⁶ und die Aktionärseigenschaft ist grundsätzlich immer noch eine zwingende Voraussetzung für den Amtsantritt eines Verwaltungsratsmandats⁷. Die dazu zu übertragende Aktie wird aufgrund ihrer Funktion - wie bereits erwähnt - auch Qualifikationsaktie genannt⁸.

2.2. Gewährleistung der Aktionärseigenschaft

Aktionär im Sinne von Art. 707 Abs. 1 OR ist jeder Eigentümer einer Inhaberaktie oder jeder im Aktienbuch eingetragene Namenaktionär⁹. Bei Namenaktien ist die Überprüfung der Aktionärseigenschaft somit durch Blick ins Aktienbuch einfach zu bewerkstelligen. Bei Inhaberaktien hingegen wird die Legitimation des Aktionärs als Ausfluss des Gutgläubensschutzes aus dem Besitz der Aktie abgeleitet. So bedarf es hier zur Überprüfung der Aktionärseigenschaft einerseits der Mitwirkung des jeweiligen Verwaltungsrats, andererseits ist ein zuverlässiger Nachweis durch Vorweisen einer Aktie nur beschränkt möglich, kann doch auch die Aktie eines Dritten gezeigt werden¹⁰. Neben der Nachweisbarkeit an sich stellt sich im Weiteren die Frage, wer für die Überprüfung zuständig ist und was die Folgen bei Nichteinhaltung sind.

Bei Art. 707 Abs. 1 OR handelt es sich wie bereits erwähnt zum einen um eine Ordnungsvorschrift, zum anderen allerdings auch um zwingendes Recht¹¹. Trotzdem hat der Gesetzgeber zur Durchsetzung der Aktionärseigenschaft keine speziellen Vorkehren getroffen. Insbesondere müssen die Qualifikationsaktien nicht bei der Gesellschaft hinterlegt werden. Auch ist der Handelsregisterführer nicht zur Prüfung der Aktionärseigenschaft des neu einzutragenden Verwaltungsratsmitglieds verpflichtet¹². Homburger¹³ ist der Meinung, dass es Sache des Verwaltungsrats sei, sicherzustellen, dass die gewählte Person beim Amtsantritt die Aktionärsqualifikation besitzt. Nach Böckli¹⁴ ist die Revisionsstelle gehalten, die Nichterfüllung der Ordnungsvorschrift dem Verwaltungsratspräsidenten zu melden, wenn sie auf den Mangel stösst. Anschliessend habe der Verwaltungsratspräsident auf die Beseitigung hinzuwirken.

Aufgrund der oben erwähnten Schwierigkeiten bezüglich der verlässlichen Nachweisbarkeit der Aktionärseigenschaft scheint es am praktikabelsten, wenn die verschiedenen Mitglieder des Verwaltungsrats gegenseitig die Einhaltung von Art. 707 Abs. 1 OR kontrollieren. Ob es dabei dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied obliegen soll, den Nachweis zu erbringen oder ob dieser bei Amtsantritt von den anderen des Gremiums anzufordern ist, dürfte dabei nicht wesentlich sein. Wie dargelegt, wird der betreffende Nachweis der Aktionärseigenschaft in der Regel einzig gegenüber den anderen VR-Mitgliedern erbracht. Da es sich bei Art. 707 Abs. 1 OR aber auch um zwingendes Recht handelt, muss auf eine Anfrage der Revisionsstelle, eines Aktionärs oder eines Dritten ebenfalls Auskunft erteilt werden.

Wird die Ordnungsvorschrift von Art. 707 OR nicht eingehalten, kann als Sanktion einzig das betreffende Organ nach Art. 754 OR zur allfälligen Verantwortlichkeit gezogen werden¹⁵. Da aber allein wegen eines Verstosses gegen Art. 707 OR regelmässig kein Schaden entstehen wird, ist diese Sanktionsmöglichkeit unbedeutend.

8 Vgl. P. Böckli (1996), N 1725; ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 8 m.w.H.; Die Qualifikationsaktien sind zu unterscheiden von den sog. Pflichtaktien, welche nach der altrechtlichen, unterdessen aufgehobenen Bestimmung von Art. 709/710 OR 1936 sicherheitshalber bei der Gesellschaft zu hinterlegen waren. Die Qualifikationsaktien sind von dieser Hinterlegung befreit.

9 BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 8.

10 Vgl. Art. 689a OR, sowie BGE 120 IV 132; BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 14; P. Böckli (1996), N 1725.

11 P. Böckli (1996), N 1467.

12 Einzig bei der Gründung betrachten das eidg. HReg-Amt und einige kantonale Handelsregister ausschliesslich Gründeraktionäre als in den VR wählbar und prüfen somit implizit die Aktionärseigenschaft des VR. Damit überschreiten sie allerdings ihren gesetzlich umschriebenen Zuständigkeitsbereich, weshalb die Prüfung abzulehnen ist. (Nachweis bei ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 24 und P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (1996), § 27 N 4 FN 3; R. Müller/L. Lipp/A. Plüss (1999), 34).

13 ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 26.

14 P. Böckli (1996), N 1467; ebenso BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 14.

15 Th. Guhl/J.N. Druey (2000), § 69 N 47 f.

Die Nichteinhaltung der Vorschrift hat also für den betreffenden Verwaltungsrat, die übrigen Verwaltungsräte und für die Gesellschaft kaum weitergehende Konsequenzen¹⁶.

Nach der hier vertretenen Auffassung üben die VR-Mitglieder sämtliche Rechte kraft ihres Amtes und nicht aufgrund ihrer Aktionärsstellung aus¹⁷. Der einzelne Verwaltungsrat erlangt seine Stellung aufgrund seiner Wahl durch die Generalversammlung und somit mit Antritt dieses Amtes. Daher hat das Fehlen oder Wegfallen der Aktionärsseigenschaft weder externe noch interne Auswirkungen auf die Rechtsstellung des betreffenden Verwaltungsrates. Extern ist allein der Handelsregistereintrag massgebend. Deshalb sind Handlungen des eingetragenen Verwaltungsrates gültig, auch wenn er nicht oder nicht mehr Aktionär ist¹⁸.

AJP 2004 S. 169, 171

Da dem einzelnen Verwaltungsrat auch das interne Geschäftsführungsrecht einzig aufgrund seiner Wahl zukommt, bleibt es den anderen VR-Mitgliedern verwehrt, dem Nichtaktionär seine Rechte als Mitglied ihres Gremiums vorzuenthalten. Mit Annahme der Wahl und Amtsantritt gilt auch der Nichtaktionär als vollwertiges VR-Mitglied und ist Inhaber aller Rechte und Pflichten¹⁹. Dementsprechend dauert das Mandat bei Verlust der Aktionärsseigenschaft während der Amtszeit weiter und der Verwaltungsrat ist befugt, sein Amt bis zum Rücktritt, bis zur Abberufung oder bis zum Ablauf der Amtsdauer auszuüben²⁰.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass auf der einen Seite die Überprüfbarkeit der Einhaltung von Art. 707 Abs. 1 OR nur begrenzt möglich ist. Auf der anderen Seite hat die Nichteinhaltung der Ordnungsvorschrift in der Regel keine rechtlichen Konsequenzen und es sind insbesondere auch die Handlungen des Verwaltungsrates ohne Aktionärsseigenschaft gültig. Daher macht es nach der hier vertretenen Auffassung wenig Sinn, am Erfordernis der Aktionärsseigenschaft des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Art. 707 Abs. 1 OR festzuhalten.

3. Der Vertreter einer juristischen Person als Verwaltungsratsmitglied

3.1. Allgemeines

Juristische Personen und Handelsgesellschaften sind nach Art. 707 Abs. 3 OR als solche nicht direkt in den Verwaltungsrat wählbar, können stattdessen aber Vertreter bestellen. Darunter sind nicht nur die Organe dieser juristischen Person zu verstehen, vielmehr steht es der juristischen Person frei, wen sie als ihren Vertreter bezeichnet²¹. Von Interesse ist daher, wer als solcher Vertreter anzusehen ist und wer nicht. Verfügt nämlich eine juristische Person an der Generalversammlung über ausreichende Stimmkraft²², so erlaubt ihr dies, grösstenteils frei zu bestimmen, wer in den Verwaltungsrat gewählt werden soll. Jeder vom stimmkräftigen Mehrheitsaktionär gewählte Verwaltungsrat muss nun aber nicht automatisch dessen Vertreter sein.

16 Ebenso BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 9.

17 A.M. P. Böckli (1996; N 1467 ff.), wonach das Erfordernis der Aktionärsseigenschaft insbesondere dazu dient, jedem Verwaltungsrat auch sämtliche Aktionärsrechte in seiner eigenen Person zu verschaffen. Fehlt es an der Aktionärsseigenschaft, so würden dem Verwaltungsrat gemäss P. Böckli auch die betreffenden Rechte in der Generalversammlung wie das Teilnahme-, Antrags- und Debatterecht, das Wahl- und das Stimmrecht sowie das Anfechtungsrecht nicht zustehen. Daher hält P. Böckli auch weiterhin am Erfordernis der Aktionärsseigenschaft des Verwaltungsrates fest.

18 BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 9; R. Müller/L. Lipp/A. Plüss (1999), 34; ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 32.

19 A.M. BaK-Wernli (2002; zu Art. 707 OR, N 9 ff.), wonach der als VR gewählte Nichtaktionär einerseits intern kein Geschäftsführungsrecht besitze, andererseits aber VR-Beschlüsse, an welchen der VR und Nichtaktionär mitgearbeitet hat, trotzdem gültig seien. Ähnlich ZK-Homburger (1997; zu Art. 707 OR, N 29), wonach das gewählte VR-Mitglied die mit dem Amt verbundenen Befugnisse erst dann ausüben dürfe, wenn es Aktionärsqualität besitze.

20 P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (1996), § 27 N 4 und 47; BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 12; ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 32.

21 ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 63.

22 So auch im Konzern, wenn die Muttergesellschaft die Aktienmehrheit der Tochter besitzt.

Art. 707 Abs. 3 OR setzt ein spezielles Mandatsverhältnis, verbunden mit gewissen Loyalitätsverpflichtungen gegenüber der vertretenen juristischen Person, voraus. Wie beim fiduziarischen Verwaltungsrat²³ liegt zwischen dem Vertreter und der juristischen Person ein Auftragsverhältnis vor. Dieses kann in einem schriftlichen Mandatsvertrag festgehalten oder aber auch formlos eingegangen werden. Wählt also eine stimmkräftige juristische Person jemanden in den Verwaltungsrat, weil er über besondere Fachkenntnisse verfügt, eine bekannte Persönlichkeit ist oder weil er aus anderen Gründen das Gremium vorteilhaft ergänzt, so fehlt in der Regel ein Mandatsverhältnis zur juristischen Person und eine Vertretung im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR liegt nicht vor. Eine gewisse loyale Verbundenheit und eine damit einhergehende Abhängigkeit sind unabdingbare Voraussetzungen dafür, dass ein Vertretungsverhältnis im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR angenommen werden kann.

3.2. Aktionärseigenschaft des Vertreters

Lange Zeit war umstritten, ob der vertretungsweise gewählte Verwaltungsrat - analog jeder anderen natürlichen Person - selber die Aktionärseigenschaft innehaben muss oder ob er sich auf die Aktionärseigenschaft der juristischen Person stützen kann. Heute wird in der Lehre überwiegend davon ausgegangen, dass es bei einem Vertretungsverhältnis ausreicht, wenn die juristische Person Aktionärin ist²⁴. Die gesetzlich anvisierte Beziehung zwischen dem Verwaltungsrat und den Aktionären soll auf diese Weise indirekt genügend gewährleistet sein²⁵.

Da das Erfordernis der Aktionärseigenschaft unseres Erachtens bereits bei natürlichen Personen überholt ist, kann die vorherrschende Lehrmeinung, dass bei Vertretern von beteiligten juristischen Personen vom Erfordernis der Aktionärseigenschaft abgesehen werden kann, nur unterstützt werden.

3.3. Offene und verdeckte Vertretung

Das Gesetz schreibt nicht vor, dass das Vertretungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem von ihr zur Wahl vorgeschlagenen Verwaltungsrat offengelegt wird²⁶. Bei Nichtoffenlegung des Vertretungsverhältnisses wird von verdeckter Vertretung gesprochen²⁷, ansonsten von

AJP 2004 S. 169, 172

offener Vertretung. Diese Differenzierung ist bezüglich des Erfordernisses der Aktionärseigenschaft wesentlich, da gemäss den vorherigen Ausführungen eine natürliche Person als Verwaltungsratsmitglied im Unterschied zu einer juristischen Person immer noch selber die Aktionärseigenschaft innehaben muss.

Wird ein Verwaltungsrat nach seiner Aktionärsstellung gefragt, antwortet er unter Umständen, dass er eine juristische Person vertrete, welche Aktionärin sei. Wird dabei das Vertretungsverhältnis offen gelegt, erfolgt der Nachweis der Aktionärsstellung mittels Zurechnung der Aktionärseigenschaft der juristischen Person auf den Vertreter aufgrund des Mandatsverhältnisses.

Nur bei einer solchen Offenlegung kann sich der Vertreter auf die Aktionärseigenschaft der juristischen Person stützen. Will die entsendende juristische Person geheim halten, dass der betreffende Verwaltungsrat zu ihr in einem Mandatsverhältnis steht, so kommt

²³ Unter einem fiduziarischen Verwaltungsrat wird jenes VR-Mitglied verstanden, welches das Mandat treuhänderisch für einen Dritten ausübt. (Vgl. M. Vischer in AJP/PJA 2003, 491 ff.).

²⁴ So die h.L., Nachweis bei ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 64.

²⁵ Vgl. ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 64 m.w.H., ebenso KSP-von Greyerz (1982), 201.

²⁶ ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR, N 67; A. von Planta (1988), 104 f.

²⁷ So BaK-Wernli (2002) zu Art. 707 OR, N 34. In der Literatur wird der Begriff allerdings unterschiedlich verwendet. So subsumieren P. Böckli (1996; N 1485d), ZK-Homburger (1997) zu Art. 707 OR (N 133 ff.) und R. Müller/L. Lipp/A. Plüss (1999) (50) unter dem Begriff des "verdeckten Vertreters" eine vom Wahlkörper nicht gewählte Person, welche in der Gesellschaft organotypische Funktionen usurpiert. A. von Planta (1988) setzt den Begriff des verdeckten Verwaltungsrates mit demjenigen des fiduziarischen Verwaltungsrates gleich, wobei die juristische Person alle ihre Aktien treuhänderisch auf den Vertreter überträgt. Im Allgemeinen wird unter "fiduziarischem Verwaltungsrat" jenes VR-Mitglied verstanden, welches das Mandat treuhänderisch für einen Dritten ausübt.



sie nicht umhin, diesem Vertreter - wenn auch nur treuhänderisch - mindestens eine Qualifikationsaktie zu übertragen. Das Vertretungsverhältnis kann nur verschwiegen werden, wenn der Vertreter selber Aktionär ist und sich deshalb nicht auf die Aktionärserschaft der juristischen Person stützen muss.

Somit ist festzuhalten, dass es im Verwaltungsrat sowohl offene wie auch verdeckte Vertreter einer juristischen Person gibt, wobei sich letztere nicht auf die Aktionärserschaft der juristischen Person stützen können. Bei Anfrage muss folglich das Verwaltungsratsmitglied grundsätzlich entweder selber die Aktionärserschaft besitzen oder aber das Mandatsverhältnis zur juristischen Person offen legen, auf deren Aktionärserschaft es sich als Vertreter stützt. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass es sich bei Art. 707 Abs. 1 OR einzig um eine Ordnungsvorschrift handelt, aus deren Nichteinhaltung wie bereits dargelegt kaum rechtliche Konsequenzen erwachsen. Daher kann durchaus auch ein Nichtaktionär, der ein allfälliges Vertretungsverhältnis nicht offen legen möchte, Mitglied des Verwaltungsrates sein. Gemäss den geltenden Bestimmungen müsste der verdeckte Vertreter aber korrekterweise wie jede andere natürliche Person im Verwaltungsrat mindestens eine Qualifikationsaktie besitzen.

4. Die Bedeutung der Qualifikationsaktien in der Praxis

4.1. Allgemeines

Die Diskussion um Qualifikationsaktien ist nicht rein theoretischer Natur, wie die bisherige Literatur zu diesem Thema teilweise vermuten lässt²⁸. Das Wissen um die Eigentumsverhältnisse an Aktien ist insbesondere bei einer Universalversammlung von besonderer Bedeutung. Eine Universalversammlung liegt vor, wenn eine Versammlung ohne Einhaltung der Einberufungsformalitäten abgehalten wird, wobei sämtliche Aktionäre oder ihre Vertreter anwesend sein müssen. Jedem Aktionär steht gemäss Art. 701 Abs. 1 OR ein Widerspruchsrecht zu und er kann auf die Einhaltung der Einberufungsformalitäten bestehen. Die Stimmrechtsvertretung durch Vollmacht ist auch bei einer Universalversammlung nach den geltenden Gesetzes- und Statutenbestimmungen zulässig. Die Zuständigkeit, Abstimmungsmodalitäten sowie die Protokollierung sind gleich wie bei der Generalversammlung. In der Praxis werden Generalversammlungen überwiegend in Form von Universalversammlungen abgehalten. Insbesondere bei Einmann-Aktiengesellschaften und bei untergeordneten Konzerngesellschaften sind sie die Regel²⁹.

Dass alle Aktien anwesend oder vertreten sind, ist im Übrigen zu protokollieren³⁰. Falls auch nur eine einzige Aktie nicht anwesend oder vertreten ist, ist die Universalversammlung nicht gültig zustande gekommen³¹ und dabei gefällte Beschlüsse sind in der Regel anfechtbar, wie zu zeigen sein wird.

4.2. Mangelhafte Beschlussfassung einer Universalversammlung

Zu Beginn einer Universalversammlung stellt der Vorsitzende deren Beschlussfähigkeit fest. In der Praxis kommt es nun nicht selten vor, dass einzelne - jetzige oder ehemalige - Verwaltungsräte im Besitz von Qualifikationsaktien sind. Dies wird bei den Vorbereitungen einer Universalversammlung oft vergessen. Sind anschliessend diese Verwaltungsräte und Aktionäre bei der genannten Versammlung nicht anwesend und fehlt eine Vollmacht, so sind deren Aktien nicht rechtsgültig vertreten und die Universalversammlung ist nicht gültig zustande gekommen³². Ein dabei gefällter Beschluss weist folglich einen formellen Mangel auf.

Bezüglich der Folgen eines mangelhaften Beschlusses wird zwischen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit unterschieden, wobei erstere die Regel und letztere die Ausnahme bildet. Eine klare Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren GV-

²⁸ Siehe insbesondere R. Müller/L. Lipp/A. Plüss (1999), 424.

²⁹ Th. Guhl/J.N. Druey (2000), § 69 N 25; P. Böckli (1996), N 1262b f.

³⁰ Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

³¹ BaK-Dubs/Truffer (2002) zu Art. 701 OR, N 3 und 6; P. Böckli (1996), N 1262c; P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (1996), § 23 N 5 f.

³² BaK-Dubs/Truffer (2002) zu Art. 701 OR, N 6.



Beschlüssen ist nicht immer ganz einfach und ist weitgehend der Rechtsprechung überlassen. So finden sich in Art. 706 ff. OR einzig Beispiele für

AJP 2004 S. 169, 173

anfechtbare bzw. nichtige Beschlüsse, währenddem klare Abgrenzungskriterien fehlen³³.

Ist ein Beschluss nichtig, so bedeutet dies, dass er keine Rechtswirkung entfaltet und somit unverbindlich ist. Die Nichtigkeit kann auf Einrede hin oder durch Feststellungsklage geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen zu beachten³⁴. Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist im Weiteren an keine Frist gebunden. Voraussetzung zur Einreichung einer Feststellungsklage ist einzig ein rechtliches Interesse des Klägers³⁵. Dabei ist zu beachten, dass auch bereits vorgenommene Handelsregistereintragungen in solchen Fällen von Amtes wegen wieder rückgängig zu machen sind, denn der Eintrag zeitigt keine heilende Wirkung und auch praktische Schwierigkeiten stehen einer Rückgängigmachung grundsätzlich nicht entgegen³⁶.

Je nach Zeitpunkt der Geltendmachung der Nichtigkeit und je nach Inhalt des Beschlusses kann dies für das betreffende Unternehmen weitreichende Konsequenzen haben. Deshalb dürfte es zu weit gehen, wenn Beschlüsse einer Universalversammlung, an welcher ein einzelner Aktionär nicht vertreten ist, von vornherein wegen eines formellen Mangels als nichtig betrachtet werden³⁷. Vielmehr sollte in einem ersten Schritt beurteilt werden, ob die Nichtigkeit aufgrund ihrer Subsidiarität überhaupt in Frage kommt³⁸. So geht die Nichtigkeit insbesondere dann zu weit, wenn bei Einberufung der Universalversammlung ein Aktionär vergessen wurde, und im Weiteren davon ausgegangen werden kann, dass dieser bei Anwesenheit gegen die getroffenen Beschlüsse nichts auszurichten gehabt hätte. In diesem Fall ist daher als Folge dieses formellen Mangels einzig von der Anfechtbarkeit des betreffenden Beschlusses auszugehen.

Es ist allerdings zu beachten, dass ein Beschluss gemäss Art. 706a Abs. 1 OR spätestens zwei Monate nach Abhaltung der Versammlung angefochten werden muss. Wurde folglich ein Aktionär bewusst nicht über eine Versammlung informiert, so kann dadurch die fristgemässe Anfechtung dieser Beschlüsse geradezu vereitelt worden sein. In diesem Fall ist daher von der Nichtigkeit des Beschlusses auszugehen. Der Vertrauensschutz des gutgläubigen Dritten und somit die Rechts- und Verkehrssicherheit dürfen hierbei nicht überbewertet werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der Praxis oft vergessen wird, dass Qualifikationsaktien ausgestellt worden sind, beziehungsweise dass diese bei einer Universalversammlung anwesend sein müssen. Sind diese Aktionäre nicht anwesend oder vertreten, so führt dies in der Regel zur Anfechtbarkeit oder ausnahmsweise gar zur Nichtigkeit der dabei gefällten Beschlüsse.

4.3. Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung

An einer Universalversammlung ist wie bei jeder anderen Art von Generalversammlung ein Protokoll zu führen. Dieses hält einerseits die Anzahl der Aktien fest, welche an der Versammlung von den Aktionären, von den Organen, von unabhängigen Stimmrechtsvertretern oder von Depotvertretern vertreten werden. Andererseits gibt das Protokoll Aufschluss über alle Beschlüsse und Wahlergebnisse, die an der Versammlung gefällt werden³⁹. Im Weiteren ist die öffentliche Beurkundung

³³ Vgl. P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel (1996), § 25 N 6.

³⁴ BaK-Dubs/Truffer (2002) zu Art. 706b OR, N 5 f.; P. Böckli (1996), N 1920 f.

³⁵ Th. Guhl/J.N. Druey (2000), § 69 N 59.

³⁶ BGE 114 II 68, E. 2; Pra 2003, 19 ff.

³⁷ So aber P. Böckli (1996), N 1932a. Anders das BGER in BGE 86 II 95, wo der betreffende Universalversammlungsbeschluss wegen Nichtvertretung einer Aktie als "anfechtbar" und "nicht rechtsbeständig" erachtet wurde.

³⁸ Ebenso BaK-Dubs/Truffer (2002) zu Art. 706b OR, N 17 ff.

³⁹ Art. 702 OR.



durch einen Notar als besondere Form der Protokollierung von Gesetzes wegen für bestimmte qualifizierte Beschlüsse vorgeschrieben⁴⁰.

Beinhaltet im Allgemeinen ein Beschluss oder ein Wahlergebnis die Änderung einer im Handelsregister eingetragenen Tatsache, so ist entweder ein beglaubigter Auszug aus dem Protokoll oder - falls gesetzlich vorgeschrieben - eine öffentliche Urkunde als Beleg zur Handelsregisteranmeldung einzureichen⁴¹. Der Zweck des Protokolls liegt hier nicht nur darin zu beweisen, was an der Versammlung gesagt worden ist. Vielmehr dient das Protokoll als Beweis dafür, dass eine gültige Universalversammlung stattgefunden hat, sowie dass an der Versammlung gültige Wahlen vorgenommen oder gültige Beschlüsse gefasst worden sind. Dem Universalversammlungsprotokoll kommt hierbei, soweit es als Grundlage für einen Handelsregistereintrag dient, Urkundenqualität im strafrechtlichen Sinne zu⁴².

Der Protokollführer einer Universalversammlung oder auch der Notar können sich daher der Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB strafbar machen, wenn sie wissen, dass die Aussage des Vorsitzenden über die Vertretung aller Aktien und die Abhaltung einer gültigen Universalversammlung falsch ist. Dies allerdings nur dann, wenn bei der Protokollierung der an sich ungültigen Universalversammlung, neben dem Vorsatz, auch die weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmale wie Schädigungs- oder Vorteilsabsicht gegeben sind. Eventualvorsatz, das heisst das in Kauf nehmen, dass nicht alle Aktien vertreten sind, reicht im Übrigen aus. Auch eine indirekte Formulierung entlastet nicht, denn der Protokollführer oder Notar wirkt an einem Unterfangen mit, dessen Ziel darin besteht, den Handelsregisterführer über die Abhaltung einer gültigen Universalversammlung und Vornahme einer gültigen Wahl oder Beschlussfassung zu täuschen. Wissen sowohl der Protokollführer beziehungsweise der Notar wie auch der Vorsitzende, dass die Feststellung falsch ist, so liegt Mittäterschaft vor⁴³.

Allerdings trifft den Protokollführer oder Notar bezüglich der Erklärung des Vorsitzenden über das Zustandekommen

AJP 2004 S. 169, 174

einer gültigen Universalversammlung einzig eine teilweise Wahrheitsgewähr⁴⁴. Das heisst, dass die betreffende Tatsache vom Protokollführer oder Notar aufgrund der eigenen Wahrnehmung nur auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu überprüfen ist. Sie bezeugen, dass an der protokollierten Erklärung keine Zweifel bestehen, weshalb die Erklärung als glaubhaft erscheint. Dadurch gewährleisten sie keine absolute Gewissheit bezüglich der bezeugten Tatsachen, sondern belegen einzig deren Glaubhaftigkeit. Erst sobald beim Protokollführer oder Notar der Verdacht einer Unwahrheit entsteht, haben sie vom Vorsitzenden Beweismittel zu verlangen und die Erklärung durch eigene Ermittlungstätigkeit zu kontrollieren. Der Vorsitzende hat allenfalls mit Hilfe von Unterlagen oder bestätigenden Aussagen von Hilfspersonen die betreffende Tatsache glaubhaft zu machen⁴⁵.

Hat also der Protokollführer oder Notar bei einer Universalversammlung den Verdacht, dass nicht alle Aktien vertreten sind, muss er dem nachgehen, da er sich sonst allenfalls - sofern auch die weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmale wie Schädigungs- oder Vorteilsabsicht gegeben sind - der Urkundenfälschung strafbar macht. Die genannten subjektiven Tatbestandsmerkmale werden allerdings insbesondere beim Notar kaum jemals vorliegen.

Unter den selben Voraussetzungen macht sich auch der Vorsitzende der Universalversammlung der Urkundenfälschung strafbar. Amte der Vorsitzende zugleich als Protokollführer und lässt er anschliessend dieses Protokoll vom Notar

⁴⁰ So auch der Beschluss über eine ordentliche Kapitalerhöhung im Sinne von Art. 650 OR.

⁴¹ Art. 28 Abs. 2 HRegV.

⁴² BGE 123 IV 132, E. 3b; BGE 120 IV 199, E. 3c.

⁴³ BGE 120 IV 199, E. 3b.

⁴⁴ Chr. Brückner (1993), N 129.

⁴⁵ Chr. Brückner (1993), N 131 f.



öffentlich beurkunden, leitet es dann an das Handelsregister zur Änderung einer Eintragung weiter, so erfüllt er im Weiteren den Tatbestand der Erschleichung einer falschen Beurkundung im Sinne von Art. 253 StGB⁴⁶.

Zusammenfassend kann folglich festgehalten werden, dass im Falle einer Universalversammlung die Nichtanwesenheit von Qualifikationsaktionären für die Gesellschaft, wie auch für den Protokollführer, Notar oder Vorsitzenden weitreichende Folgen haben kann.

5. Schlussfolgerung

Aufgrund der oben dargelegten Ausführungen ist zum einen ersichtlich, dass die ursprüngliche Bedeutung der Qualifikationsaktien hinfällig geworden ist. Zum anderen stellen Qualifikationsaktien für Universalversammlungen, wie sie bei kleinen Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären die Regel sind, unnötige Hindernisse dar. Oft wird nämlich vergessen, vom scheidenden Verwaltungsratsmitglied die Qualifikationsaktie zurückzuverlangen, oder aber ein einzelner fiduziarischer Verwaltungsrat ist bei der Universalversammlung nicht anwesend und nicht vertreten, was in der Regel dazu führt, dass die getätigten Beschlüsse anfechtbar oder gar nichtig sind. Wird die Vertretung aller Aktien trotzdem protokolliert, so macht sich der Protokollführer, Notar oder Vorsitzende allenfalls eines Urkundendelikttes strafbar.

Aus diesen Gründen, wie auch wegen dem unnötigen administrativen Aufwand, der durch die Übertragung von Qualifikationsaktien entsteht, scheint es naheliegend, dass am Erfordernis der Aktionärseseigenschaft des Verwaltungsratsmitglieds nicht länger festgehalten werden soll. Eine Anpassung der Gesetzesbestimmung von Art. 707 OR, verbunden mit einer Streichung der Qualifikationsaktien wäre daher sowohl sinnvoll wie auch wünschenswert.

⁴⁶ BGE 123 IV 132, E. 4e.