

**Frage 1:** A, B und C wollten sich hinsichtlich ihres Aktionärsstatus an der D-AG als eine einfache Gesellschaft formieren. Gem. Art. 530 OR braucht es dafür die Übereinkunft, mit gemeinsamen Kräften das Erreichen eines gemeinsamen Zweckes anzustreben. Dies ist hier klar der Fall: Sie haben sich zweifelsohne finanziell beteiligt und möchten gemeinsam ihre Aktionärsrechte an der D-AG wahrnehmen, um damit für eine besser abgestimmte Führung des Unternehmens zu sorgen. Diese Übereinkunft kann formlos erfolgen (Art. 1 OR). Zwar darf eine einfache Gesellschaft nach verbreiteter Ansicht kein kaufmännisches Unternehmen betreiben (ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. Bern 2007, § 4 N 50). I.c. ist jedoch nicht der Betrieb des Unternehmens Gegenstand der einfachen Gesellschaft (immerhin ist der Verwaltungsrat nicht Teil dieser Gesellschaft), sondern nur die Ausübung der Aktionärsrechte. Das Aktionärskonsortium ist gültig zustande gekommen. Daraus folgt, dass die Aktien, und damit auch die Aktionärsrechte der einzelnen Gesellschafter, im gemeinschaftlichen Eigentum stehen (Art. 544 Abs. 1 OR). Dies bedeutet nach Art. 653 Abs. 2 OR, dass A, B und C nur gemeinsam über ihr gesamtes Aktienpaket verfügen können (ebenso: ALEX DOMENICONI / HANS CASPAR VON DER CRONE, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 3/2009, S. 226).

Um ihre Aktionärsrolle wahrnehmen zu können, müssen A, B und C gem. Art. 690 Abs. 1 OR jeweils einen Vertreter bestimmen, der dann an der Generalversammlung teilnimmt. Die Frage ist, ob B als ein solcher Vertreter anzusehen war und damit gültig den entsprechenden GV-Beschluss fassen konnte. Zur Klärung dieses Punktes bedarf es aber zuerst der Untersuchung, ob die Einsetzung des Vertreters einen Gesellschaftsbeschluss nach Art. 534 OR erfordert, oder ob sie unter die allgemeine Geschäftsführung nach Art. 535 OR zu subsumieren ist.

Ist ersteres der Fall, müssten gem. dispositivem Art. 534 OR alle Gesellschafter, d.h. A, B und C übereingekommen sein, B vor der Einsetzung von Buhmann als Stellvertreter einzusetzen.

Im zweiten Fall (Art. 535 OR) wäre es dagegen denkbar, dass die Bestellung des Stellvertreters durch einen einzigen Gesellschafter –i.c. B, der sich selber ernennt– erfolgen könnte.

Das BGer konnte die Frage in Entscheid 4A\_197/2008 offen lassen, weil die Parteien vertraglich einen Mehrheitsentscheid vorsahen und damit die dispositive gesetzliche Ordnung verdrängten. I.c. nennt der Sachverhalt keine Indizien dafür: Vielmehr erfolgte die Entscheidung über die Stimmrechtsausübung nach gemeinsamer Diskussion, jedoch wohl ohne Abstimmung. Damit greift die dispositive Ordnung von Art. 534 Abs. 1 resp. Art. 535 Abs. 1 OR.

DOMENICONI / VON DER CRONE (S. 228) sprechen sich dafür aus, die Bestellung dieses Vertreters als Geschäftsführungsakt i.S.v. Art. 535 OR zu betrachten. Dies mit dem Hinweis, dass es bei einem Aktionärskonsortium zur normalen Gesellschaftstätigkeit gehöre, solche Vertreter zu bestellen. Bei der Abgrenzung zwischen beschlusspflichtigen Geschäften und solchen, die der Geschäftsführung zuzuordnen sind, ist eine Einzelfallbetrachtung anzuwenden (MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, § 12 N 50). Insbesondere ist die konkrete Art von Gesellschaft und Geschäft zu untersuchen. I.c. handelt es sich um ein Aktionärskonsortium. Der Sachverhalt bestätigt zudem, dass schon zuvor jeweils Sitzungen über die Bestellung des Vertreters abgehalten wurden – dieses Geschäft war also keinesfalls einzigartig. Auch dass diese Sitzungen im Rahmen eines Nachtessens stattfanden, bestätigt ihren eher informellen Charakter. M.E. spricht zudem für die Anwendung von Art. 535 OR, dass Abs. 3 der Bestimmung die Wahl eines Generalbevollmächtigten explizit regelt. Diese Systematik legt nahe, dass die Bestellung von Vertretern grundsätzlich unter Art. 535 OR fällt. Da sich der Absatz aber ausschliesslich auf Generalbevollmächtigte bezieht, darf man daraus *e contrario* folgern, dass die Benennung von Spezialbevollmächtigten innerhalb des gewöhnlichen Betriebes nicht darunter fällt, sondern Abs. 1 untersteht. Demzufolge wäre also ein Gesellschafter alleine in der Lage, einen Spezialbevollmächtigten zu ernennen. I.c. handelt es sich um eine solche Spezialbevollmächtigung, da sich B nur zur Fassung dieses einen GV-Beschlusses betr. Buhmann ermächtigte.

Schlussfolgernd war B m.E. in der Lage, durch die weitreichenden Befugnisse, welche die Geschäftsführung mit sich bringt, sich selber als Bevollmächtigten i.S.v. Art. 690 OR einzu-

setzen. Damit war –durch ihn vertreten– das gesamte Aktionärskonsortium an der Fassung des GV-Beschlusses zur Ernennung von Buhmann beteiligt und dieser Beschluss folglich gültig.

**Frage 2:** Als Gegenstück dieser „sehr weit reichenden Kompetenz“ (LUKAS HANDSCHIN / RETO VONZUN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Zürich 2009, Art. 534-535 OR N 183) dient das Widerspruchsrecht nach Art. 535 Abs. 2 OR, das jedem geschäftsführungsbefugten Gesellschafter zusteht, i.c. also A & C. Voraussetzung des Widerspruchsrechtes ist gem. Art. 535 Abs. 2 OR jedoch, dass von diesem Gebrauch gemacht wird, bevor die beanstandete Handlung vollendet ist. I.c. ist der neue VR Buhmann nicht nur gewählt, sondern bereits im HR eingetragen. Damit ist seine Wahl als vollendet anzusehen und der Gebrauch des Widerspruchsrechtes ist nicht mehr möglich.

Allerdings anerkennt die Lehre eine faktische Unterrichtungspflicht durch den handelnden Geschäftsführer, da ansonsten das Widerspruchsrecht faktisch vereitelt wird (HANDSCHIN / VONZUN, Art. 534-535 OR N 189). Diese Pflicht soll ihm zumindest dann auferlegt werden, wenn anzunehmen ist, dass aufgrund der besonderen Natur der Tätigkeit ein Informationsbedürfnis besteht oder abweichende Meinungen unter den anderen Gesellschaftern möglich scheinen. I.c. bevollmächtigt sich B, eigenmächtig seinen Kollegen als VR einzusetzen und auf diese Weise mit weitreichenden Befugnissen auszustatten. Dies allein spräche schon für ein Informationsbedürfnis der anderen. Verstärkend kommt hinzu, dass seine Handlung eine Kehrtwende zu den Sitzungen bedeutet, an denen man keinen neuen VR fand. M.E. bestand die Unterrichtungspflicht zweifellos. B nahm den Mitgesellschaftern jegliche Möglichkeit, rechtzeitig zu intervenieren. Infolgedessen dürfte für A und C wohl die Chance bestehen, einen u.U. entstandenen Schaden gestützt auf Art. 538 Abs. 2 OR zurückzufordern.

Frage 1 hat ergeben, dass zur Bestimmung des an der GV teilnehmenden Stellvertreters auch ein einziger Gesellschafter ermächtigt ist. Umso mehr sollte diese Berechtigung also auch A und C gemeinsam zukommen. Folglich könnten sie zusammen einen solchen Stellvertreter benennen, welcher dann per GV-Beschluss Buhmann i.S.v. Art. 705 OR wieder abberuft. Dieses Recht steht der GV immer und auch ohne wichtigen Grund zu (BRIGITTE TANNER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/5b: Die Generalversammlung, Zürich 2003, Art. 705 OR N 27). Um zukünftige Einzelgänge des B zu verhindern, könnten sie ihm wohl gestützt auf Art. 539 Abs. 2 OR die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen versuchen. Als dafür nötiger, wichtiger Grund, könnte man die Ignorierung der Mitwirkungsrechte durch die gravierende Übergehung des Widerspruchsrechtes in Betracht ziehen (explizit: HANDSCHIN / VONZUN, Art. 539 OR N 26). Ob diese einmalige Verfehlung schon ausreicht, ist aber fraglich. Erfolgsversprechender wäre, die Geschäftsführungsbefugnis nur sachlich zu beschränken, was ebenfalls möglich ist (HANDSCHIN / VONZUN, Art. 539 OR N 22 ff.). So könnte man B von der Wahl oder der Vertretungsbefugnis nach Art. 690 OR ausnehmen.

Aktienrechtlich können sich A und C m.E. nicht zur Wehr setzen: Eine Anfechtung des GV-Beschlusses mittels einer Klage gegen die D-AG nach Art. 706 OR scheitert zweifach: Zum einen ist der Beschluss selber wohl als gültig zu erachten, da er auf korrekte Weise entstanden ist und die Aktionäre nicht benachteiligt. Zum anderen fehlt A und C aber auch die Aktivlegitimation für diese Klage: Aktivlegitimiert sind zwar die Aktionäre - allerdings hält das Aktionärskonsortium A, B und C die Aktien und nicht die einzelnen Personen. Folglich müsste das Konsortium erst wieder einen Vertreter nach Art. 690 OR bestimmen, der daraufhin klagt. Da diese Vertretung aber keinesfalls zum üblichen Geschäft gehört weil viel mehr auf dem Spiel steht, dürfte diese Wahl wohl beschlussbedürftig i.S.v. Art. 534 OR sein und die Zustimmung aller Gesellschafter erfordern. Dem beklagten B käme somit ein faktisches Vetorecht zu.

Andererseits wären A und C zur Geltendmachung der Nichtigkeit nach Art. 706b OR sehr wohl selber aktivlegitimiert. Hier sind nämlich nicht nur Aktionäre klageberechtigt, sondern jedermann, sofern er über ein rechtserhebliches Interesse verfügt. Als mit ihrem Kapital an der D-AG beteiligte, ist dies bei A und C sicherlich gegeben. Allerdings steht die Nichtigkeit des GV-Beschlusses m.E. ausser Frage, da er sich nicht gravierend verletzend auswirkt