

# Der Partizipant im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht

*Von Dr. Iur. Peter V. Kunz, Fürsprecher, Zürich*

## Inhaltsübersicht

### I. Vorbemerkungen

1. Legalisierung im neuen Aktienrecht
2. Zur allgemeinen Rechtsstellung des Partizipanten

### II. Der Partizipant als Verantwortlichkeitskläger

1. Grundsätzliches
2. Einzelheiten der Anspruchsordnung
  - 2.1 Gleichstellung mit dem Aktionär
  - 2.2 Konsequenzen der Gleichstellung
  - 2.3 Ausnahmen von der Gleichstellung
3. Klagerecht bei vinkulierten Namen-PS
4. Partizipant und Sonderprüfung

### III. Der Partizipant als Verantwortlichkeitsbeklagter

1. Allgemeines zum Organbegriff
2. Der Partizipant als formelles Organ
  - 2.1 Partizipant-VR als Beklagter
  - 2.2 Notwendiger Aktienerwerb?
3. Zu den anderen Organformen

### IV. Schlussbetrachtungen

# I. VORBEMERKUNGEN

## 1. Legalisierung im neuen Aktienrecht

Der *Partizipationsschein* (PS) war dem bis am **1. Juli** 1992 geltenden Aktienrecht<sup>1</sup> an sich unbekannt; er entstand vielmehr zu Finanzierungszwecken in der Praxis. Tatsächlich wurde er in den 1960er Jahren durch die Swisspetrol Holding AG sowie die Gebrüder Sulzer AG «geschaffen», und zwar in Anlehnung an die Bestimmungen zum Genussschein (Art. 657 f. aOR)<sup>2</sup>. Die Aktien-

ZBJV-1993-728

rechtsrevision entschied sich dann für eine ausdrückliche Regelung der «stimmrechtslosen Aktie», wie der PS etwa auch genannt wird<sup>3,4</sup>: Diese findet sich heute – sozusagen als «lex specialis» – in *Art. 656 a–g OR*<sup>5</sup>.

Seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts<sup>6</sup> kann bei einer Vielzahl von Aktiengesellschaften (AG) die Umwandlung des PS-Kapitals in Inhaberaktien verfolgt werden, und auch die Wissenschaft beklagt oder stellt zumindest einen «Niedergang des PS» fest<sup>7</sup>; so kann denn tatsächlich festgestellt werden: «Der Partizipationsschein ist heute ausser Mode gekommen»<sup>8</sup>. Dass dies nicht notwendigerweise der Fall sein muss, dass in Zukunft unter Umständen sogar einmal von einer «Renaissance des PS» gesprochen werden könnte, insbesondere wenn eine oder die gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger *privilegierte Rechtsstellung*

ZBJV-1993-7

des Partizipanten im Verantwortlichkeitsrecht «entdeckt» wird, soll hier kurz aufgezeigt werden<sup>9</sup>.

## 2. Zur allgemeinen Rechtsstellung des Partizipanten

Unter aOR waren zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit<sup>10</sup> des Instituts des PS, mit der Zeit aber nur noch die damit verbundenen Rechte umstritten. Im geltenden Aktienrecht wird nunmehr die («aktive») Rechtsstellung des Partizipanten in *Art. 656 cg OR* abschliessend umschrieben<sup>11</sup>. Wie bei der Aktie ist beim PS insbesondere zu unterscheiden zwischen den *Vermögensrechten*<sup>12</sup> einerseits und den *Schutzrechte*<sup>13</sup> andererseits<sup>14</sup>.

Im folgenden soll nur ein kleiner, in der Doktrin allerdings regelmässig vernachlässigter Ausschnitt aus der Rechtsstellung des Partizipanten untersucht werden, nämlich jene im *Verantwortlichkeitsrecht*<sup>15</sup>; hierbei ist zu unterscheiden, ob der Partizipant in einem Verantwortlichkeitsprozess «aktiv» als Kläger (vgl. Dazu

ZBJV-1993-730

hinten II.) oder «passiv» als Beklagter (vgl. dazu hinten III.) auftritt.

# II. DER PARTIZIPANT ALS VERANTWORTLICHKEITS KLÄGER

## 1. Grundsätzliches

Art. 754 aOR nannte als Anspruchsberechtigte bei der Verantwortlichkeitsklage ausschliesslich drei Parteien, nämlich die *Gesellschaft*, deren *Gläubiger* sowie den *Aktionär*<sup>16</sup>. Auch die geltende Regelung erwähnt in Art. 656c ff. OR bzw. in Art. 754 OR den *Partizipanten* noch immer nicht als möglichen Kläger<sup>17</sup>: Trotzdem steht dem Partizipanten – allein schon infolge der Bestimmungen von Art. 656a Abs. 2 OR i. V. m. Art. 754 ff. OR *grundsätzlich* ein Verantwortlichkeitsanspruch zu<sup>18</sup>; dabei bleiben allerdings eine Reihe von teils praktisch, teils dogmatisch interessanten *Einzelfragen* unbeantwortet<sup>19</sup>.

Gemäss Art. 622 OR sind die Beteiligungspapiere einer AG entweder als Inhaber oder als Namenaktien auszugestalten. Da Art. 656a Abs. 2 OR auf den PS die Regelung der Aktie als anwendbar erklärt, sind sowohl *Inhaber-PS* als auch *Namen-PS* denkbar; die letzteren können sogar vinkuliert (Art. 685a ff. OR) werden<sup>20</sup>, obwohl regelmässig triftige Gründe hierfür zu fehlen scheinen<sup>21</sup>. Für die (grundsätzliche) Klageberechtigung im Verant-

ZBJV-1993-731

wortlichkeitsrecht ist es wie beim Gesellschafter jedoch *an sich* irrelevant, ob es um einen Inhaber oder um einen Namen-Partizipanten geht<sup>22</sup>.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass für die Klagebefugnis der Partizipanten keine Unterscheidung nach der *Schadensform*<sup>23</sup> erforderlich ist. Auf den ersten Blick scheint zwar die bundesrätliche Botschaft den Partizipanten von der Einklagbarkeit des eigenen *unmittelbaren* Schadens (e contrario) ausschliessen zu wollen: «Für den der Gesellschaft verursachten [und damit den Partizipanten nur *mittelbar* treffenden] Schaden sind neben der Gesellschaft auch die einzelnen Partizipanten zur Klage berechtigt.»<sup>24</sup> Es ist indessen kein Grund ersichtlich, dem unmittelbar geschädigten Partizipanten etwa bei unberechtigtem Entzug des Bezugsrechts gemäss Art. 656g OR<sup>25</sup> die Verantwortlichkeitsklage für diesen Schaden zu versagen<sup>26</sup>.

## 2. Einzelheiten der Anspruchsordnung

### 2.1 Gleichstellung mit dem Aktionär

Die Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeitsklage sind unterschiedlich für den Gesellschafter einerseits und den Gesellschaftsgläubiger andererseits: Dies vorab in *dreifacher* Hinsicht, nämlich beim Klagerecht ausser Konkurs (Art. 756/757 Abs. 1 Satz 1 OR), bei der Décharge (Art. 758 OR) sowie bei der Umschreibung der erforderlichen Pflichtwidrigkeit je nach Schadens

ZBJV-1993-732

form<sup>27</sup>. Und weil der Partizipant weder Aktionär noch Gläubiger «*tertium datur*»<sup>28</sup> ist, stellt sich die Frage, wie er in einem Verantwortlichkeitsprozess in Erscheinung treten soll; zu berücksichtigen ist insbesondere die *spezifische Interessenlage* des Partizipanten.

Auszugehen ist vom in Art. 656a Abs. 2 OR festgelegten *Grundsatz der bloss relativen*<sup>29</sup> *Gleichstellung mit dem Aktionär*<sup>30</sup>. Diese Regel hat Auswirkungen auf die Verantwortlichkeitsklage des Partizipanten (vgl. dazu hinten II.2.2), gilt jedoch – und dies wird bisweilen übersehen – nicht ausnahmslos (vgl. dazu hinten II.2.3).

### 2.2 Konsequenzen der Gleichstellung

Aus der grundsätzlichen Gleichstellung mit dem Gesellschafter ergeben sich insbesondere drei Folgerungen für den Partizipanten als Verantwortlichkeitskläger:

a) Der Partizipant kann – anders als der Gläubiger – den mittelbaren Schaden schon ausser Konkurs der AG, m.a.W. gemäss Art. 756 OR einklagen. Nach Konkurseröffnung über die AG sollte dem Partizipanten – wie auch dem Gesellschafter weiterhin ein Klagerecht gemäss Art. 757 Abs. 1/2 OR zustehen<sup>31</sup>; ob diese letztere Aussage zum geltenden OR vom Bundesgericht unterstützt würde, scheint nach einem jüngeren, von der Lehre heftig kritisierten Urteil (BGE 117 II 432) allerdings fraglich zu sein<sup>32</sup>.

ZBJV-1993-733

Entgegen der neuesten bundesgerichtlichen Praxis<sup>33</sup> ist bei der Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG nunmehr mit Art. 757 Abs. 3 OR (deklaratorisch) wiederholt – und der Regelung gemäss Art. 754 ff. aOR/OR von einer sog. «*doppelten Klagegrundlage*» auszugehen<sup>34</sup>: Bei der ersten geht es um die Ansprüche der AG selber, bei der zweiten hingegen um diejenigen von Aktionären, Gläubigern und Partizipanten (sog. Ansprüche «aus eigenem Recht»). Da nur der Gesellschaftsgläubiger, nicht aber der Gesellschafter die betriebsrechtliche Abtretung der Gesellschaftsansprüche verlangen kann<sup>35</sup>, ist Art. 260 SchKG/Art. 757 Abs. 3 OR beim Partizipanten *nicht* anwendbar.

Gemäss Art. 756 Abs. 2 OR kann einem mittelbar geschädigten Aktionär, der den Verantwortlichkeitsprozess verliert, unter gewissen, allerdings einschränkenden Voraussetzungen ein Teil jedoch nie die Gesamtheit<sup>36</sup> der Kosten «erlassen» werden; diese Regelung ist problematisch<sup>37</sup>, so dass beim Gesellschafter eine restriktive Handhabung empfehlenswert erscheint<sup>38</sup>. Da die Interessenlage des Partizipanten aber identisch ist mit derjenigen des Aktionärs, kann sich der erstere anders als der Gläubiger im gleichen Rahmen wie der Gesellschafter ebenfalls auf Art. 756 Abs. 2 OR berufen<sup>39</sup>.

Festzuhalten ist somit: Nachdem der Partizipant nicht durchwegs wie der Aktionär behandelt werden kann und soll, bleibt vom

ZBJV-1993-734

früheren Postulat einer *restriktiven Handhabung* der Ausnahmen<sup>40</sup> gegenüber der Aktionärsstellung nur das Erfordernis der *relativen Gleichbehandlung*<sup>41</sup> zwischen Partizipant und Gesellschafter übrig.

### 2.3 Ausnahmen von der Gleichstellung

Die «grundsätzliche Gleichstellung» von Partizipant und Aktionär wird im Verantwortlichkeitsrecht in einem wesentlichen Punkt durchbrochen: Dem Partizipanten steht anders als unter gewissen Voraussetzungen dem mittelbar geschädigten Gesellschafter – eine *Décharge* (Entlastung) für seinen eigenen Verantwortlichkeitsanspruch *niemals* entgegen<sup>42, 43</sup>. Es scheint vielmehr sinnvoll und gerechtfertigt, dass der Partizipant hier dem *Gläubiger gleichgestellt* wird, ist doch der Ansatzpunkt bei beiden derselbe: Weder der Gläubiger noch der Partizipant haben überhaupt die Möglichkeit, am Entlastungsbeschluss der Generalversammlung der AG teilzunehmen<sup>44</sup>.

Wegen dieser ausnahmsweisen «Gleichstellung mit dem Gläubiger» muss des weiteren abgelehnt werden, auf einen (von der AG abgeschlossenen) *Vergleich* mit dem potentiellen oder sogar aktuellen Verantwortlichkeitsbeklagten beim Partizipanten wie beim Gesellschafter<sup>45</sup> die Regelung der *Entlastung analog* anzuwenden: Der Partizipant hat sich nur den Vergleich entgegenhalten zu lassen, bei dem er selber Vertragspartei ist.

ZBJV-1993-735

### 3. Klagerecht bei vinkulierten Namen-PS

Lehnte das zuständige Gesellschaftsorgan unter aOR bei *vinkulierten Namenaktien* die Eintragung des Aktienerwerbers ins Aktienbuch ab, so trat bei den Aktionärsrechten die oft diskutierte (kleine) «Spaltung»<sup>46</sup> ein; bezüglich der *Verantwortlichkeitsklage* war dabei umstritten, ob der im Aktienbuch nichteingetragene Erwerber oder der noch immer eingetragene Aktienveräusserer («Buchaktionär») oder aber sogar ein jeder von ihnen klageberechtigt sei<sup>47</sup>.

Unter geltendem OR ist schon vom Wortlaut her – die Rechtslage nunmehr klarer: Bei *nichtbörsenkotierten* Namenaktien ist bis zum Zeitpunkt der erforderlichen Eintragungszustimmung ausschliesslich der Aktienveräusserer (Art. 685c Abs. 1 OR)<sup>48</sup>, bei *börsenkotierten*<sup>49</sup> Namenaktien hingegen einzig der Aktienerwerber (Art. 685f Abs. 1 OR)<sup>50</sup> klageberechtigt<sup>51</sup>. Und gleich muss es sich bei *vinkulierten Namen-PS* verhalten.

Zwar stellt die *Kotierung* solcher Beteiligungspapiere «wirtschaftlich ein Unding» dar, sie ist indes – entgegen Böckli nicht «rechtlich unmöglich»<sup>52</sup>. Da aber der PS kein Stimmrecht umfasst, erhält Art. 685 f Abs. 2 *Satz 1* OR<sup>53</sup> tatsächlich eine spezifische, nämlich eingeschränkte Bedeutung für den Partizipanten: Bei PS ruhen bis zur Anerkennung des Partizipanten durch die AG nur, aber immerhin die «mit dem Stimmrecht zusammenhängenden

ZBJV-1993-736

Rechte», die von den *Statuten* (Art. 656c Abs. 1 OR) eingeräumt werden, also etwa das Einberufungs-, das Auskunfts- und Einsichts- sowie das GV-Teilnahmerecht<sup>54</sup>.

### 4. Partizipant und Sonderprüfung

Ein letzter Hinweis zur «Aktiv-Seite» im Verantwortlichkeitsrecht: Anders als der Gläubiger<sup>55</sup> hat der Partizipant gemäss Art. 656c Abs. 3 OR grundsätzlich d. h. selbst ohne statutarische Bestimmung – einen Anspruch auf die sog. *Sonderprüfung*<sup>56</sup>: Ist das Recht allerdings nicht in den Statuten vorgesehen, so muss der Partizipant das Begehren an die GV schriftlich einreichen. Der Bundesrat<sup>57</sup> wollte den Partizipanten ursprünglich von der Sonderprüfung, vorbehaltlich einer statutarischen Sonderregelung, ausschliessen, was jedoch von der Lehre<sup>58</sup> kritisiert und von der ständerätlichen Kommission<sup>59</sup> schliesslich korrigiert wurde.

Die Sonderprüfung soll insbesondere der Vorbereitung einer allfälligen *Verantwortlichkeitsklage* dienen<sup>60</sup>; und da diese Klage sowohl zu den «Aktionärsrechten» als auch zu den «Partizipantenrechten» gehört, ist mit der Sonderprüfung wohl regelmässig derselbe Sachverhalt abzuklären<sup>61</sup>. Der Partizipant muss für die *Durchsetzung* der Sonderprüfung in der GV (Art. 697 aOR) bzw.

ZBJV-1993-737

vor Gericht (Art. 697b OR) dieselben Voraussetzungen wie der Aktionär erfüllen<sup>62</sup>.

Schliesslich steht dem Partizipanten ein Anspruch auf Zustellung einer Ausfertigung des *Sonderprüfungsberichts* (inklusive der Stellungnahmen von AG und Gesuchsteller) zu, allerdings nur insoweit, als er selber in der Funktion als Berechtigter aus PS davon «betroffen» ist<sup>63</sup>.

# III. DER PARTIZIPANT ALS VERANTWORTLICHKEITS BEKLAGTER

## 1. Allgemeines zum Organbegriff

In einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess ist weder der (nur an der GV teilnehmende) Aktionär in dieser Eigenschaft noch der Partizipant als solcher Beklagter<sup>64</sup>. Erforderlich ist vielmehr ein spezieller «Status», nämlich die sog. *Organqualität*. Zudem sei vorweg vermerkt: Dass der Organbegriff in Art. 722 OR/Art.55 ZGB («Organhaftung»)<sup>65</sup> und in Art. 754 ff. OR nicht unbedingt übereinstimmt, anerkennt nicht nur die neuere Lehre<sup>66</sup>, sondern zumindest beim mittelbaren Schaden – jüngst auch das Bundesgericht<sup>67</sup>.

Praxis (erstmal: BGE 117 II 572) und insbesondere Doktrin unterscheiden im Verantwortlichkeitsrecht sodann seit einigen Jahren nicht mehr nur zwischen zwei, sondern zwischen drei Organbegriffen, nämlich dem *formellen Organ*, dem *materiellen Or-*

ZBJV-1993-738

*gan* und schliesslich dem *Organ infolge Kundgabe*<sup>68</sup>. Entsprechend bleibt zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein *Partizipant* die erwähnte *Organqualität* erlangt, so dass er auf der «Passiv-Seite» im Verantwortlichkeitsprozess belangt werden kann.

## 2. Der Partizipant als formelles Organ

### 2.1 Partizipant-VR als Beklagter

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR können alle «*Mitglieder des Verwaltungsrates*» Verantwortlichkeitsbeklagte sein. Weil unter Umständen<sup>69</sup> auch der Partizipant in den Verwaltungsrat (VR) gewählt wird, kann er in diesem Fall als formelles Organ mit Zuständigkeit grundsätzlich für den gesamten<sup>70</sup> Geschäftsbereich – *ohne weiteres* eingeklagt werden.

Wie beim Aktionär gilt es allerdings zu betonen: Eine *juristische Person* ist nicht nur als Aktionär, sondern auch als Partizipant niemals in den VR wählbar (Art. 656a Abs. 2 OR i. V. m. Art. 707 Abs. 3 OR)<sup>71</sup>; sie kommt immerhin, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, als materielles Organ oder als Organ infolge Kundgabe in Betracht<sup>72</sup>.

### 2.2 Notwendiger Aktienerwerb?

Dass ein Partizipant, der *gleichzeitig Aktionär* ist, in den VR gewählt werden kann, erscheint als selbstverständlich: Die Wahl

ZBJV-1993-739

erfolgt dann nämlich in der Funktion «Aktionär», dessen (zusätzliche) Partizipanteneigenschaft kein Hindernis darstellt.

Interessanter ist die Frage, ob der Partizipant als «*Gruppenvertreter für die Partizipanten*» in den VR gewählt werden kann<sup>73</sup>. Dies ist nur, aber immerhin dann möglich, wenn die *Statuten* dies vorsehen (Art.656e OR). Unbeantwortet bleibt dabei die Anschlussfrage, ob der Partizipant in diesem Fall zusätzlich – Aktionärsqualität erlangen muss oder nicht:

Soweit ersichtlich, ist dazu unter aOR kein Urteil ergangen. Bei der Gesetzesreform lässt sich wenigstens insofern kein historischer Wille feststellen, als die Botschaft die Frage bewusst offen lässt<sup>74</sup>. Ausser bei Böckli<sup>75</sup> lautet jedoch die überwiegende Meinung dahin, dass schon der *Partizipant als solcher* – d. h. ohne Aktionär zu sein – in den VR gewählt und dort tätig werden kann<sup>76</sup>. Diese Lehrmeinung verdient unter anderem deshalb Zustimmung, weil einzig sie der *teleologischen* Ausrichtung der PS-Regelung («besonders geschützte Rechtsstellung durch Art. 656e OR») gerecht wird<sup>77</sup>; auch die *Statuten* dürfen – zumindest nachträglich ohne Zustimmung der Partizipanten, die mangels Stimmrecht am Statutenänderungsbeschluss ja überhaupt nicht teilnehmen können, das Erfordernis der Aktionärseigenschaft *nicht* einführen<sup>78</sup>.

### 3. Zu den anderen Organformen

Nebst dem *formellen Organ* gibt es, wie erwähnt, noch zwei weitere Organformen, von denen eine nunmehr auch im Gesetz

ZBJV-1993-740

ausdrücklich anerkannt wird<sup>79</sup>. Bei diesen beiden Formen ist der Partizipant allerdings weder mit dem Aktionär noch mit dem Gläubiger zu vergleichen, muss er doch einfach die Voraussetzungen wie *irgendein Dritter* erfüllen:

a) Der Partizipant – eine natürliche oder eine juristische Person kann dann als *materielles Organ* zur Verantwortung gezogen werden, wenn er zwar weder in den VR gewählt ist noch bei Dritten den berechtigten Anschein dieser Funktion erweckt, tatsächlich aber in massgeblicher Weise an grundlegenden Entscheidungen innerhalb der AG ähnlich einem formellen Organ teilhat<sup>80</sup>; faktisch muss er zur «oberste[n] Schicht der Hierarchie»<sup>81</sup> gehören.

b) Zudem kann der Partizipant als natürliche oder juristische Person, die weder in den VR gewählt noch materiell an der Geschäftsführung beteiligt ist, gegen aussen aber den Eindruck der Wahrnehmung einer dieser beiden Funktionen vermittelt und dadurch bei Dritten berechtigtes Vertrauen erweckt, als *Organ infolge Kundgabe* eingeklagt werden<sup>82</sup>; bei diesem Organbegriff, den es beim Gesellschaftsanspruch allerdings nicht gibt<sup>83</sup>, handelt es sich nicht um eine blosse Unterart des materiellen Organs<sup>84</sup>.

## IV. SCHLUSSBETRACHTUNGEN

Die Regelung der PS (Art. 656ag OR) stellt nebst zwei neuen Formen der Kapitalerhöhung die *zentrale Innovation* bei den Allgemeinen Bestimmungen zur AG dar. Auch wenn der PS gegen-

ZBJV-1993-741

wärtig immer mehr an Attraktivität zu verlieren scheint, sollte das künftige «Entwicklungspotential» der «stimmrechtslosen Aktie» nicht unterschätzt werden. Eine Auseinandersetzung mit diesem Beteiligungspapier erscheint – auch unter *praktischem* Aspekt noch immer lohnend.

Bezüglich der Rechtsstellung des Partizipanten im *Verantwortlichkeitsrecht* ist jedenfalls festzuhalten:

Auf der «Aktiv-Seite» erleidet die grundsätzliche Gleichstellung des Partizipanten mit dem Aktionär insofern eine Ausnahme, als der erstere niemals an eine *Décharge* (Art. 758 OR) gebunden ist; das ist insbesondere auch zu berücksichtigen bei einem von der AG geschlossenen *Vergleich*, so dass sich der Partizipant nicht aneinen solchen halten muss. Diese bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Gesellschafter privilegierte Rechtsstellung mag durchaus dafür sprechen, Partizipant statt Aktionär zu werden

bzw. zu bleiben.

Auf der «Passiv-Seite» interessiert vorab die *formelle Organstellung* (Einsitznahme im VR gemäss Art.656e OR), die bereits der *Partizipant als solcher* erlangen kann. Dies ist unter dem Aspekt «Attraktivität der Partizipantenstellung» zweifelsohne zubezugen; nicht vergessen werden darf dann allerdings, dass damit zugleich das «Damoklesschwert» der potentiellen Verantwortlichkeit in Erscheinung tritt.

Ob die PS-Regelung im revidierten Aktienrecht tatsächlich «uneingeschränkt[e] Zustimmung» verdient, soll hier nicht weiter vertieft werden. Es sollten nur einige Themen aus dem immerhin auch für Partizipanten zentralen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht behandelt werden. Dieses erweist sich gerade für Partizipanten zumindest als (zum Teil bewusst) *lückenhaft*.

Sollte im «Recht der PS» künftig vom Grundsatz der absoluten Gleichstellung zwischen Partizipant und Aktionär ausgegangen werden, so ist der PS ohne Zweifel dem Untergang geweiht. Damit der PS als neues Institut des Aktienrechts eine wahre Zukunft haben kann, müssen Lehre und Praxis mögliche Wege einer vom Gesetzgeber offengelassenen, *verbesserten Partizipantenstellung* aufzeigen.

- 
- [1] Im folgenden abgekürzt als aOR.
- [2] Die «historische Perspektive» des PS wurde etwa von Rolf Bär, *Der Kapitalbeschaffungsgenusschein* («Partizipationsschein»), ZBJV 101 (1965) 201-226, von Herbert Wohlmann, *Partizipationsscheine* - zugleich ein Beitrag zur Interdependenz von Gesellschaftsrecht und Finanzmarkt, SZW 63 (1991) 169-176, von Hoffmann (Fn. 4), 3f., sowie von Schlieper (Fn. 4), 89ff., aufgezeigt.
- [3] Statt vieler: Böckli (Fn.5), N.478, und Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn.14), § 12 N.204, differenzierend aber Zindel (Fn. 5), 210 Anm. 65 sowie 214 Anm. 86 - vgl. de lege ferenda ausführlich hierzu: Hoffmann (Fn.4), 133 ff.; so denn schon explizit die Botschaft zum OR (Fn. 6): BBI 1983 II 876 (132).
- [4] Literaturlauswahl zum aOR bzw. de lege ferenda (zum OR)): Pierre Henggeler, *Le bon de participation* (Diss. Genf 1971); Rolf Bär, *Partizipationsscheine*, SAG 48 (1976) 107-114; Thomas Schlieper, *Partizipant und stimmrechtsloser Vorzugsaktionär* (Diss. Bern 1976); Axel Bauer, *Partizipationsscheine im Schweizer Aktienrecht...* (Diss. Zürich 1976); Christoph Hoffmann, *Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie* (Diss. Zürich 1976); Marc Demarmels, *Die Genuss- und Partizipationsscheine nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht* (Diss. Zürich 1985); Roland Bühler, *Partizipationsscheine - Rechtswirklichkeit und Aktienrechtsreform*, ST59 (1985) 209-217; Prisca Forlin, *Der Partizipationsschein als Finanzierungsinstrument* (Diss. St. Gallen 1991); Max Bömler, *Le capital-participation et les bons de jouissance*, ST 65 (1991) 598-601.
- [5] Literaturlauswahl de lege lata: Peter Böckli, *Das neue Aktienrecht* (Zürich 1992) N. 466-N. 539; Gaudenz G. Zindel, *Aktionäre ohne Stimmrecht und stimmrechtslose Aktionäre*, in: *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* (Zürich 1993) 199-216; Henry Peter, *Les bons de participation sous l'empire du nouveau droit de la société anonyme*, AJP 1 (1992) 752-757; ders., *Bons de participation, bons de jouissance et actions à droit de vote privilégié*, in: *Le nouveau droit des sociétés anonymes* (Lausanne 1993) 319-353.
- [6] Generell hierzu die Botschaft zum OR.: BBI 1983 // 745-949; im folgenden in Klammern zusätzlich nach Sonderdruck zitiert.
- [7] Zu möglichen Erklärungen und Motiven: Forlin (Fn.4), 154ff.; Wohlmann (Fn.2), 172 f.
- [8] Wohlmann (Fn. 2), 169
- [9] Ein «Voraus-Hinweis» sei schon an dieser Stelle erlaubt: Zumindest als Verantwortlichkeitskläger wird der Partizipant m. E. entscheidend privilegiert, indem er anders als der Gläubiger (Art. 757 OR) - ein Klagerecht ausser Konkurs der AG hat und sich - anders als der Aktionär (Art. 758 OR) - die Décharge niemals entgehen lassen muss: Vgl. dazu hinten 11.2.2.2/2.3.



- [10] Hinweise etwa bei Bauer (Fn. 4), 46 f.
- [11] Art.656e OR (Einsitznahme im Verwaltungsrat) hängt immerhin indirekt auch mit der «passiven» Rechtsstellung zusammen: Vgl. dazu hinten III.2.
- [12] Dividendenanspruch, Anteil am Liquidationsergebnis: Art.656f i.V.m. Art. 660f./675 OR, Bezugsrecht (explizit in Art. 656g OR - hierzu: Böckli [Fn. 5], N. 521 ff, Schlieper [Fn. 4], 135ff., Demarmels [Fn. 4], 88ff.); allg. zum aOR: Hoffmann (Fn. 4), 87ff.; allg. zum OR:: Zindel. (Fn.5), 213.
- [13] Hierzu: Zindel (Fn.5), 211 f. m. w. H.; bei den Schulzrechten ist die Frage zu stellen, ob dem Partizipant die Verantwortlichkeitsklage überhaupt offensteht: Vgl. dazu hinten II. 1
- [14] Zur Unterscheidung der verschiedenen Anspruchskategorien (beim Aktionär): Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (7. Aufl. Bern 1993) § 12 N. 85; Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einre denordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage (Diss. Bern 1993), 6f. Ziff. 1.
- [15] <sup>15</sup> Eine Einschränkung erfolgt allerdings insoweit, als nur die Ansprüche aus Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung (Art. 754/756 ff. OR), nicht aber die anderen Verantwortlichkeitstatbestände (Emissions-, Gründungs-, Liquidations- oder Revisionshaftung, d. h. insbesondere Art. 752 f./755 OR) zu untersuchen sind; zudem erfolgt eine bewusste Auswahl der wichtigeren Aspekte zu diesem Thema
- [16] Trotzdem war die generelle Anspruchsberechtigung des Partizipanten an sich schon unter aOR unbestritten; statt vieler: Henggeler (Fn.4), 156f.. Hoffmann (Fn. 4), 101 sowie Kunz (Fn. 14), 10 m. w. H. in Anm. 47
- [17] De lege ferenda wurde diese Unterlassung kritisiert von Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. Aufl. Zürich 1987) § 10 N. 1229a.
- [18] Gl. M. Bühler (Fn. 4), 215, Böckli (Fn. 5), N. 517, Peter (Fn. 5), 754, Zindel (Fn. 5), 212 m. w. H. in Anm. 75, Rolf Bär, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 53 (1992) 416, Andreas Binder, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (Diss. Basel 1988), 253. Dies entspricht denn auch klar dem gesetzgeberischen Willen, vgl. nur etwa die Botschaft zum OR (Fn.6): BBl 1983 II 802 (58) sowie Amtl. Bull. StR 1988 456 sowie 473
- [19] Vgl. dazu hinten II.2./3.
- [20] Gl. M. Böckli (Fn. 5), N. 488 a. A., skeptisch - de lege ferenda - aber Demarmels (Fn. 4), 94 f
- [21] So kann insbesondere Art. 685b Abs. 2 OR bei Partizipanten wohl kaum zur Anwendung gelangen, weil diesen das Stimmrecht fehlt (Art. 656c Abs. 1 OR).x
- [22] Eine - zumeist wohl kaum bewusste - Differenzierung ist immerhin beim vinkulierten Namen-PS vorzunehmen: Vgl. dazu hinten 11.3
- [23] Zu den beiden Schadensformen: Emil Frick, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1953), Forstmoser (Fn. 17), § 1 N. 188ff. bzw. N. 200ff
- [24] Botschaft zum OR (Fn. 6): BBl 1983 II 802 (58); der unmittelbare Schaden des Partizipanten wird hingegen in den Materialien nirgendwo erwähnt. Und auch Bühler (Fn. 4), 216, gibt in einer Darstellung nur Art. 756 f. OR (mittelbarer Schaden), nicht aber Art. 754 OR (unmittelbarer Schaden) an.
- [25] Ein weiteres Beispiel: Das nunmehr explizite «Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre» (Art. 717 Abs. 2 OR) gilt auch zwischen den Partizipanten («Prinzip der Gleichbehandlung der Partizipanten»), und dessen Verletzung führt ebenfalls zum unmittelbaren Schaden der letzteren
- [26] Zum aOR: Demarmels (Fn. 4), 105, Forstmoser (Fn. 17), § 1 N. 120, Forlin (Fn. 4), 31: zum OR:: Kunz (Fn. 14), 10 Ziff. 2
- [27] BGE 110 II 395 Erw. 2.b. verlangt nur, aber immerhin beim unmittelbar geschädigten Gläubiger die Verletzung von «aktienrechtlichen Gläubigerschutzbestimmun gen»; m. E. müsste allerdings auch beim unmittelbar geschädigten Aktionär ein Verstoss gegen qualifizierte aktienrechtliche Normen verlangt werden: Kunz (Fn. 14), 31 ff, vor allem 31 Anm. 237

- [28] Demarmels (Fn. 4), 83, spricht von einem «selbständige[n] Beteiligungspapier».
- [29] <sup>29</sup> So m. E. zu Recht: Zindel (Fn. 5), 211 Anm. 69, 212f. sowie 216
- [30] Statt vieler: Böckli (Fn. 5), N. 478 ff; noch de lege ferenda: Schlieper (Fn. 4), 115 f., Demarmels (Fn. 4), 49f. und 74f
- [31] Der Wortlaut dieser Bestimmung zeigt nämlich klar auf, dass im Gesellschaftskonkurs in jedem Fall der Aktionär - und wegen Art. 656a Abs. 2 OR wohl auch der Partizipant - klageberechtigt ist
- [32] Gemäss BGE 117II 439 Erw. 1.b.ee. soll nämlich nach Gesellschaftskonkurs dem Aktionär - und damit wohl implizit auch dem Partizipanten - das Klagerecht entzogen sein; zur Kritik an diesem Urteil (gerade bezüglich Aktionärsausschluss): Stephen V. Berti, Verantwortlichkeitsklage, SZW 64 (1992) 77 Anm. 10, Kunz (Fn. 14), 72 Ziff. 1 m. w. H
- [33] BGE 117 II 440 Erw. 1.b.ff., allerdings noch zum aOR
- [34] Ausführlich: Kunz (Fn. 14), 80ff. (zum aOR), 97 (zum OR)) - jeweils m. w. H
- [35] Art. 260 Abs. 1 SchKG: «Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.»
- [36] Dies ergibt sich m. E. klarerweise schon aus dem Wortlaut von Art. 756 Abs. 2 OR, der von «verteilt» sowie von «den Kläger und die Gesellschaft» spricht; a. M. aber Andreas Casutt, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten (...), 84, sowie Ernst F. Schmid, Zur prozessualen Umsetzung der Kostenpflicht (...), 342 - beide in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zürich 1993).
- [37] <sup>37</sup> Immerhin kann die Gesellschaft mit Kosten belastet werden, obwohl es für sie nur um einen Prozess «inter alios» (nämlich: Aktionär versus Verwaltungsrat/Geschäftsführer) geht; vgl. etwa Peter Forstmoser, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992) 72, ders., Die Verantwortlichkeit der Organe, ST65 (1991) 539
- [38] Kunz (Fn. 14), 126 f. Ziff. 1-3
- [39] Gl. M. schon Demarmels (Fn.4), 106
- [40] Noch de lege ferenda: Schlieper (Fn. 4), 117, «milder» dann jedoch Demarmels (Fn. 4), 50 f
- [41] Vgl. dazu vorne 11.2.2.1.a. E.
- [42] Der Aktionär hingegen ist grundsätzlich an die Décharge «gebunden», sofern er entweder dem entsprechenden GV-Beschluss zugestimmt oder aber nicht innert sechs Monaten geklagt hat: Art. 758 OR
- [43] So Kunz (Fn. 14), 158 f.; a. M. - allerdings noch de lege ferenda - Bär (Fn. 4), 111 Ziff. 9
- [44] So auch Binder (Fn. 18), 253; immerhin könnte der Partizipant - anders als der Gläubiger - zumindest nachträglich mit einer Anfechtungsklage versuchen, den Entscheid noch umzustossen: Art. 706f. OR
- [45] Die Lehre will nämlich unter gewissen Voraussetzungen bei einem Gesellschafts- vergleich gegenüber dem Aktionär Art. 757 aOR bzw. Art. 758 OR sinngemäss heran- ziehen; zum aOR: Forstmoser (Fn. 17), § 1 N. 490ff., zum OR:: Kunz (Fn. 14), 168
- [46] BGE 83 II 302 ff. Erw. 4, 90 II 239 ff. Erw. 2, 109 II 137 f. Erw. 3.a, 114 II 59 f. Erw.5.a;statt vieler: Peter Lutz, Vinkulierte Namenaktien (Diss. Zürich 1988), 38ff.
- [47] Übersicht hierzu: Forstmoser (Fn. 17), § 1 N. 31/47
- [48] Der Verantwortlichkeitsanspruch gehört zu den mit dem Eigentum an den Aktien «verknüpften Rechte[n]» gemäss Art. 685c Abs. 1 OR
- [49] Allgemein zur Kotierung etwa:  
Jörg Schmid, *Zum Begriff der Börsenkotierung im revidierten Aktienrecht*, SJZ 88 (1992) 330 ff.[50]

Der genaue Zeitpunkt des Rechtserwerbs hängt hier immerhin davon ab, ob es um einen börsenmässigen oder um einen ausserbörslichen Erwerb geht; im letzteren Fall erwirbt der Aktionär, der sich der AG noch nicht als solcher zu erkennen gibt (sog. Dispoaktionär), erst mit dem Eintragungsgesuch den

Verantwortlichkeitsanspruch: Kunz (Fn. 14), 6 Anm. 11 m. w. H., gl. M. anscheinend Zindel (Fn. 5), 203

[51]

Ausführlich: Kunz (Fn. 14), 8 f. Ziff. 1/2.

[52]

So aber B öckli (Fn. 5), N. 489

[53]

Der Satz lautet: « Bis zur Anerkennung des Erwerbers durch die Gesellschaft kann dieser weder das mit den Aktien verknüpfte Stimmrecht noch andere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte ausüben.»

[54]

Art. 656c Abs. 1/2 OR i. V. m. Art. 685 f Abs. 2 OR

[55]

Kritisch hierzu: Kunz (Fn. 14), 122

[56]

Zur Sonderprüfung generell noch immer interessant: Hans Düggelin, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs... (Diss. Bern 1977), ders., Die Sonderprüfung, ST 58 (1984) 262 ff.; zu Art. 697a-g OR nunmehr: Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991), Gra ziano Pedroja, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1 (1992) 774 ff

[57]

Vgl. Art. 656c des Entwurfes, Botschaft zum OR (Fn. 6): BBI 1983 II 877 (133), 962 (218)

[58]

So etwa: Demarmels (Fn. 4), 82f., 105, Binder (Fn. 18), 251

[59]

Die Kommission liess vorerst einen Bericht durch die Bundesverwaltung erstellen: Protokoll StR-Kom. (28./29. April 1986) 89; der Bericht (83.01s) datiert schliesslich vom 15./16. September 1986

[60]

Vgl. statt vieler etwa: Andreas Casutt, Das Institut der Sonderprüfung, ST 65 (1991) 574ff

[61]

Im Verantwortlichkeitsrecht scheint deshalb die von Zindel (Fn. 5), 211 Anm. 69 vorgeschlagene Einschränkung der Sachverhaltsabklärung auf Partizipantenrechte ohne praktische Relevanz

[62]

Vgl. etwa: Casutt (Fn. 56), § 7 N. 20 f. sowie § 8 N.8, Pedroja (Fn. 56), 778, Kunz (Fn. 14), 119 Ziff. 2 m. w. H

[63]

ZINDEL(Fn. 5), 212

[64]

Forstmoser (Fn. 17), § 1 N. 7; bei beiden kommt allenfalls die deliktische Haftung gemäss Art. 41 ff. OR in Frage

[65]

Hier geht es nicht um die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, sondern um die Haftung der Gesellschaft für ihre Organe.

[66]

Übersicht bei Kunz (Fn. 14), 172 Ziff. 2

[67]

BGE 117 II 572 Erw. 3; vgl. auch Maya R. Prunder-Schiess, Zur Differenzierung zwischen den Organbegriffen nach ZGB 55 und dem verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff, SZW 65 (1993) 126 ff

[68]

Zum letzteren als m. W. erster Autor: Peter Forstmoser, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS zum 60. Geburtstag von A. Meier- Hayoz (Bern 1982) 131, 134 f., 150

[69]

Über die Voraussetzungen - insbesondere die Aktionärserschaft (sog. Qualifikationsaktie: Böckli [F n. 5], N. 1467) - wird zu diskutieren sein: Vgl. dazu hinten 111.2.2.2

[70]

Der Aktionär - bzw. der Partizipant - im VR ist verantwortlich für den ganzen Bereich der Verwaltung, nicht nur - und anders als das materielle Organ - für den Bereich, auf den er tatsächlich einwirkt: Forstmoser (Fn. 68), 136 f.; vgl. auch BGE 107 II 355 Erw.5.c

[71]

Dies kann de lege lata zwar nicht bestritten werden, trotzdem überzeugen die (rechtspolitischen) Gründe für eine solche Regelung nicht unbedingt: Kunz (Fn. 14), 175 Anm. 37 (zum Aktionär).

[72]

Vgl. dazu hinten 111.3

[73]

Art.709 OR (sog. «Verwaltungsproporz») kommt allerdings beim Partizipanten nicht zur Anwendung; so schon die Botschaft zum OR (Fn. 6): BBI 1983 II 878 (134), ebenso Böckli (Fn. 5), N. 1478 m. w. H

[74]

Botschaft zum OR (Fn. 6): BBI 1983 II 878 (134)

[75]

Böckli (Fn. 5), N. 506/1467

[76]

Demarmels (Fn.4), 84, Zindel (Fn. 5), 215 Anm.92, Eric Homburger, Leitfaden zum neuen Aktienrecht (Zürich 1991), 41, Felix R. Ehrat, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 1 (1992) 790 Anm. 9 a. E., Felix Horber, Der Partizipant als vollberechtigter VR in der AG?, NZZ Nr. 180 (1992) 29

[77]

Ausführlicher - und mit weiteren Argumenten - Kunz (Fn. 14), 180 f. Ziff. 1-4.

[78]

A. M. anscheinend Zindel (Fn. 5), 215; die Rechtsstellung der Partizipanten ist hier einem sog. «absolut wohlverworbenen Recht» angenähert.

[79]

Mit dem Ausdruck «befasst» (Art. 754 Abs. 1 OR) - früher «betraut» (Art. 754 Abs. 1 aOR) - wird im geltenden Aktienrecht das materielle Organ legalisiert. Botschaft zum OR (Fn. 6): BBI 1983 II 935 (191)

[80]

<sup>80</sup> Ausführlich: Kunz (Fn. 14), 182 ff, vor allem 185

[81]

Grundlegend schon: Jean Nicolas Druey, Organ und Organisation, SAG 53 (1981) 79; so nun auch BGE 117 II 573 Erw. 3 a. E

[82]

Kunz (Fn. 14), 189

[83]

Die Gesellschaft muss wissen, wer ihre Organe sind: Sie kann sich also niemals auf «berechtigtes Vertrauen» berufen; allzu zurückhaltend («in der Regel») noch: F orstmoser (Fn. 68), 138 f., ders. (Fn. 17), § 2 N. 693

[84]

So jedoch anscheinend BGE. 117 II 572 Erw. 3; vgl. allgemein: Kunz (Fn. 14), 173 f. Ziff.2