

Vorname, Name
Adresse
PLZ Ort

Studienrichtung, Semester

Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht
Wintersemester 2005/2006

Fall Nr. 17 – „Das verhökerte Patent“

Musterlösung

Dr. Simon Schlauri

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	IV
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
Frage 1a	1
1. Natürliche Person (Art. 707 Abs. 3 OR)	1
2. Aktionärseigenschaft (Art. 707 Abs. 1 OR)	1
3. Mehrheitlich Schweizer Wohnsitz (Art. 708 Abs. 1 OR)	1
4. Mehrheitlich Schweizer Bürgerrecht (Art. 708 Abs. 1 OR).....	1
5. Handlungsfähigkeit.....	1
6. Keine Verletzung der Unvereinbarkeitsbestimmung von Art. 727c OR.....	1
7. Ggf. zusätzliche statutarische Voraussetzungen.....	1
8. Fazit	1
Frage 1b	1
Frage 1c	2
Frage 2a	2
1. Allgemeines	2
2. Nicht leicht ersetzbarer Nachteil	3
3. Gegen das Gesetz verstossende Handlung	3
4. Dringlichkeit	3
5. Subsidiarität.....	4
6. Aktivlegitimation bei vorsorglichen Massnahmen.....	4
7. Fazit	4
Frage 2b	4
1. Fragestellung	4
2. Feststellungs- statt Leistungsklage	4
3. Mögliche Begründungen für die Ungültigkeit des Vertrages.....	5
a) <i>Klage gestützt auf die Regeln der organschaftlichen Stellvertretung</i>	5
b) <i>Klage gestützt auf die Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung</i>	7
4. Fazit	9
Frage 3a	9
1. Allgemeines	9
2. Aktivlegitimation und Anwendbarkeit von Art. 756 OR	9
3. Passivlegitimation.....	10
4. Pflichtverletzung.....	10
5. Schaden.....	10
6. Kausalität.....	10
7. Verschulden.....	10
8. Décharge	10
9. Verjährung.....	10
10. Fazit	11
Frage 3b	11
1. Recht auf Bekanntgabe des Geschäftsberichts	11
2. Auskunftsrecht.....	11
a) <i>Erforderlichkeit</i>	11

<i>b)</i>	<i>Detailierungsgrad der Auskunft</i>	11
<i>c)</i>	<i>Geschäftsgeheimnis</i>	12
<i>d)</i>	<i>Interessenabwägung</i>	12
3.	Einsichtsrecht	12
4.	Sonderprüfung	12
5.	Fazit	13

Sachverhalt

Herr A, St. Galler Bürger und wohnhaft in Bregenz (A), ist zu 40 % an der Zürcher Patentverwertungsgesellschaft P AG beteiligt. Die P AG hat CHF 100'000 Aktienkapital. A hat erfahren, dass sein mit 40% beteiligter Mitaktionär B, Bürger von Zürich, wohnhaft in Hinwil (ZH) und einziger Verwaltungsrat der P AG, das einzige Patent der P AG zu einem unter dem effektiven Wert liegenden Preis der Z AG verkauft hat. Der Bruder des B hält eine Mehrheitsbeteiligung an der Z AG. Die übrigen 20% der Aktien der P AG werden von C gehalten, einer Deutschen, die in Zürich wohnhaft ist.

Gemäss der letzten, von der Generalversammlung der P AG am 10. April 2005 abgenommenen Bilanz per 31. Oktober 2004 verfügt die P AG nebst dem Patent als einziges weiteres Aktivum über ein Bankguthaben in Höhe von CHF 140'200.-.

A schätzt den Wert des veräusserten Patents auf rund eine halbe Million Franken. Den vereinbarten Veräusserungspreis des Patents kennt er nicht.

1. Der Verwaltungsrat

- a) Kann A, allenfalls zusammen mit C, Verwaltungsrat der P AG werden?
- b) Kann A den B als Verwaltungsrat der P abwählen?
- c) Wie wäre vorzugehen, um diese Anliegen umzusetzen?

Ob C den A unterstützen wird, ist unsicher.

2. Das Patent

- a) Kann ein allenfalls noch nicht erfolgter Eintrag der Z AG als Inhaberin des Patents im Patentregister verhindert werden?
- b) Könnte, wenn es hierfür schon zu spät ist, die Rückübertragung des Patents an die P AG verlangt werden?

3. Die Ansprüche von A gegen B

- a) Kann A den B für die Wertverminderung der Beteiligung von A an der P AG belangen?
- b) Kann A herausfinden, wie hoch der Veräusserungspreis des Patents war und wie viel das Bankguthaben der P AG heute beträgt?

Literaturverzeichnis

BERGER Markus, Die Bilanzierung verdeckter Gewinnausschüttungen nach Art. 678 Abs. 2 OR, AJP 2000, 1112 ff.

BERTSCHINGER Christoph/MÜNCH Peter/GEISER Thomas, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel u.a. 2002

BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004

BLUM Rudolf Eduard/PEDRAZZINI, Mario M., Das schweizerische Patentrecht: Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, 2.A. Bern 1975

COTTIER Thomas/KRAFFT Mathias/LOCHER Peter/VON BÜREN Roland, Sind Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse für Gesellschaftsorgane mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar? Rechtsgutachten erstattet dem Bundesamt für Justiz Bern und Lausanne, REPRAX 2004 (1), 1 ff.

FOSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R/SCHMID Jörg/REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A. Zürich 2003

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf, Obligationenrecht II, Art. 530 – 1186 OR, 2. A. Basel u.a. 2002 (zit. BSK-[Bearbeiter/in])

HUGUENIN JACOBS Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A. Bern 2004

SPÖRRI Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 1996

SPÜHLER Karl/VOGEL Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8.A. Bern 2006

VON BÜREN Roland/STOFFEL Walter A./WEBER Rolf H., Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2005

WALDER-RICHLI Hans-Ulrich, Zivilprozessrecht, 4. A. Zürich 1996

WEBER Rolf H., Bundesgerichtliche Pirouetten zum Schadensbegriff im unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, in: Jusletter 24. Oktober 2005

ZOBL Dieter (Probleme), Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125, 1989, 289 ff.

ZOBL Dieter (Grundbuchrecht), Grundbuchrecht, 2.A. Zürich 2004

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin (NR: Nationalrat; SR: Ständerat)
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
evtl.	eventuell
ggf.	gegebenenfalls
i.S.v.	im Sinne von
LS	Zürcher Gesetzessammlung (Loseblattsammlung)
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
N	Note
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911, SR 220
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14
PatV	Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Erfindungspatente, SR 232.141
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	und andere
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZPO	(Zürcher) Gesetz über den Zivilprozess vom 16. Juni 1976, LS 271

Frage 1a

Es ist zu prüfen, ob A, allenfalls zusammen mit C, Verwaltungsrat der P AG werden kann.

Für eine Wahl von A in den Verwaltungsrat müssen kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:¹

1. *Natürliche Person (Art. 707 Abs. 3 OR)*

Sowohl A als auch C sind natürliche Personen. Diese Voraussetzung ist erfüllt.

2. *Aktionärseigenschaft (Art. 707 Abs. 1 OR)*

Sowohl A als auch C sind Aktionäre. Auch dies stellt keine Schwierigkeit dar.

3. *Mehrheitlich Schweizer Wohnsitz (Art. 708 Abs. 1 OR)*

A hat Wohnsitz in Deutschland, C in der Schweiz. Damit kann sich A nur zusammen mit C und B bzw. einem anderen dritten Mitglied wählen lassen.

4. *Mehrheitlich Schweizer Bürgerrecht (Art. 708 Abs. 1 OR)*

Der Wortlaut Art. 708 Abs. 1 OR verlangt zwar, dass die Verwaltungsratsmitglieder mehrheitlich Schweizer sind. Dieses Nationalitätserfordernis wird indessen aufgrund einer mit Art. 2 des bilateralen Freizügigkeitsabkommens² konformen Auslegung von Art. 708 Abs. 1 OR neu auch von EU- und EFTA-Bürgern erfüllt,³ also sowohl von A und B als auch von C.

5. *Handlungsfähigkeit*

Handlungsfähigkeit ist anzunehmen.

6. *Keine Verletzung der Unvereinbarkeitsbestimmung von Art. 727c OR*

Weder A noch C sind Revisoren der P AG; dies ist kein Problem.

7. *Ggf. zusätzliche statutarische Voraussetzungen*

Solche sind nicht ersichtlich.

8. *Fazit*

Problematisch ist einzig das Wohnsitzerfordernis. Es führt dazu, dass sich A nur zusammen mit C und B (bzw. einem anderen dritten Mitglied) wählen lassen kann.

Frage 1b

Zu prüfen ist, ob A eine Möglichkeit zur Abwahl des B hat.

Nach Art. 705 Abs. 1 OR hat die Generalversammlung ein jederzeitiges Abberufungsrecht gegenüber einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern oder dem Gesamtverwaltungsrat.⁴ Es liegt kein „wichtiger Beschluss“ i.S.v. Art. 704 OR vor, also ist Art. 703 OR anwendbar und der Absetzungsbeschluss erfolgt mit absolutem Mehr der vertretenen Stimmen.

¹ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 32 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 577 ff.

² SR 0.142.112.681.

³ Kreisschreiben des eidgenössischen Handelsregisteramtes vom 25. Juli 2003, Reprax 2003 (2), 31 ff.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 583 ff.

⁴ Vgl. auch BÖCKLI, § 13 N 61.

Vorliegend wäre auch für die Abwahl des B die Unterstützung der C nötig, weil eine Pattsituation zwischen A und B besteht (40% gegen 40%).

Frage 1c

Es ist darzulegen, wie für eine Wahl von A bzw. eine Abwahl des B vorzugehen ist.

Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Befugnissen der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die nächste ordentliche Generalversammlung findet voraussichtlich erst wieder im April statt, ein Jahr nach der letzten ordentlichen Generalversammlung. A will wohl kaum so lange warten, sodass eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen ist (Art. 699 Abs. 2 OR).⁵

Um die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung beim Verwaltungsrat beantragen zu können, benötigt ein Aktionär gemäss Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR zehn Prozent des Aktienkapitals. Mit dem gleichen Anteil hat jeder Aktionär auch ein Traktandierungsrecht (entgegen dem Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR, der eine Million Franken Aktienkapital voraussetzt).⁶ A verfügt über die benötigten zehn Prozent und kann damit den Antrag auf eine ausserordentliche Generalversammlung und auf Traktandierung von Wahlen bzw. der Abwahl von Verwaltungsratsmitgliedern stellen.

Wahl und Abwahl sind dabei gesondert zu traktandieren.⁷ Der Antrag hat schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge zu erfolgen (Art. 699 Abs. 3 Satz 3 OR). Sollte B nicht reagieren, kann A den Richter anrufen (Art. 699 Abs. 4 OR).

Frage 2a

1. Allgemeines

Zu prüfen ist, ob der Patentregistereintrag noch verhindert werden könnte.

Die Übertragung des Rechts an einem Patent erfolgt gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} PatG durch eine schriftliche Übertragungsurkunde (Abs. 13 Abs. 1 OR). Das der Übertragung vorausgehende obligatorische Verpflichtungsgeschäft richtet sich in seiner Form nach dem Obligationenrecht (Kaufvertrag, Schenkung etc.). Der Eintrag im Patentregister ist nur deklaratorischer Natur, begründet aber den guten Glauben Dritter und ermöglicht so gutgläubigen Erwerb (Art. 33 Abs. 3 und 4 PatG).⁸

Weil die Z AG das Patent damit nach der Eintragung des Verkaufs im Patentregister an gutgläubige Dritte gültig weiterveräussern könnte, hat die P AG ein Interesse daran, diesen Eintrag zu verhindern. Weil der Eintrag jederzeit erfolgen kann, hat eine Sperre des Registers sodann möglichst schnell zu erfolgen. Es ist damit zu prüfen, ob diese im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme eingetragen werden könnte.

Nach Art. 105 Abs. 6 PatV können Verfügungsbeschränkungen von Gerichten oder Zwangsvollstreckungsbehörden im Patentregister vorgemerkt oder eingetragen werden. Art. 77 PatG regelt sodann die Verhängung vorsorglicher Massnahmen im Patentrecht. Solche sind möglich zur Beweissicherung, zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes oder zur vorläu-

⁵ Dies ist für die Abwahl möglich; BSK-DUBS/TRUFFER, N 5 zu Art. 705 OR.

⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 322; BÖCKLI, § 12 N 66.

⁷ BÖCKLI, § 13 N 61.

⁸ Vgl. zum Ganzen Peter MÜNCH/Nicolas HERZOG, in: BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, N 5.14 ff.

figen Vollstreckung streitiger Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche. Auch vorsorgliche Registersperrungen, wie vorliegend eine zu prüfen ist, sind unter Art. 77 PatG denkbar.⁹

Allenfalls könnte man argumentieren, es handle sich vorliegend genau besehen nicht um eine patentrechtliche Streitigkeit, sondern um eine Streitigkeit aus Obligationenrecht, womit nicht Art. 77 PatG, sondern die für derartige Fälle anwendbaren allgemeinen Normen von § 222 Ziff. 3 ZPO (bzw. des auf vorsorgliche Massnahmen anwendbaren ungeschriebenen Bundesrechts¹⁰) zur Anwendung gelangen. Diese Unterscheidung wäre indessen belanglos, weil die Voraussetzungen weitgehend identisch sind.¹¹

Vorausgesetzt werden ein drohender nicht leicht ersetzbarer Nachteil, eine drohende gegen das Gesetz verstossende Handlung respektive ein entsprechender Zustand, relative zeitliche Dringlichkeit, sowie die Subsidiarität der Massnahmenart.¹² Sie sind bloss glaubhaft zu machen.¹³

2. *Nicht leicht ersetzbarer Nachteil*

Der Nachteil darf nicht leicht ersetzbar sein (Art. 77 PatG). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gar nicht mehr möglich ist.¹⁴ Ein Eintrag der Z AG im Patentregister würde wie dargelegt dazu führen, dass die Z AG das Patent wirksam an gutgläubige Dritte verkaufen könnte. Damit wäre es für die P AG endgültig verloren. Dies ist ein Nachteil verlangten im Sinne.

3. *Gegen das Gesetz verstossende Handlung*

Wie unter Frage 2b darzustellen sein wird, ist der Kaufvertrag über das Patent nichtig und der Übergang des Patents damit gar nie erfolgt. Ein Registereintrag wäre damit materiellrechtlich falsch. Wie eben dargelegt, können in das Patentregister auch Verfügungsverbote eingetragen werden, d.h. auch in einem falschen Eintrag kann eine „gegen das Gesetz verstossende Handlung“ i.S.v. Art. 77 PatG gesehen werden.

4. *Dringlichkeit*

Vorausgesetzt wird relative Dringlichkeit bezogen auf den Hauptprozess, d.h. der Nachteil muss auch für den Fall drohen, dass das Urteil im Hauptprozess abgewartet wird.¹⁵

Nach einem Registereintrag kann die Z AG das Patent unwiderruflich an einen Dritten übertragen. Dies gilt es zu verhindern. Bis zum Ergebnis eines allfälligen Gerichtsverfahrens zu warten, hiesse, der Z diese Übertragungsmöglichkeit bis zu diesem Zeitpunkt zu lassen. Auch das Erfordernis der Dringlichkeit ist erfüllt.

⁹ Vgl. BLUM/PEDRAZZINI, N 3 zu Art. 77 PatG sowie ZR 10 (1911) Nr. 6; dieser Entscheid betrifft ein Verfügungsverbot und nicht eine eigentliche Registersperre, was indessen von der Wirkung vergleichbar ist.

¹⁰ VOGEL/SPÜHLER, 12 N 205 ff.

¹¹ Wenngleich die Voraussetzungen teils unterschiedlich benannt werden; so wird etwa die Dringlichkeit teils nicht als selbständige Voraussetzung gesehen, sondern als Aspekt der Nachteilsprognose bzw. des Rechtsschutzinteresses für die vorsorgliche Massnahme; Dominik P. RUBLI, in: BERTSCHINGER/MÜNCH/GEISER, N 16.44. Zu § 222 Ziff. 3 ZPO und dessen Terminologie etwa VOGEL/SPÜHLER, 12 N 208 ff. Vgl. auch WALDER-RICHLI, §32 N 26, der selbst für das kantonale Recht eher mit dem PatG vergleichbare Voraussetzungen nennt und insbesondere auch die Subsidiarität erwähnt.

¹² RUBLI (FN 11), N 16.32 ff.; vgl. auch VOGEL/SPÜHLER, a.a.O. sowie WALDER-RICHLI, a.a.O.

¹³ Art. 77 PatG; vgl. auch RUBLI, a.a.O., N 16.76.

¹⁴ Vgl. RUBLI, a.a.O., N 16.42.

¹⁵ A.a.O., N 16.44.

5. *Subsidiarität*

Sodann darf keine weniger weit gehende Alternative zu einem im Patentregister eingetragenen Veräusserungsverbot bestehen.¹⁶ Eine solche ist ebenfalls nicht ersichtlich.

6. *Aktivlegitimation bei vorsorglichen Massnahmen*

Die P AG ist zur Beantragung vorsorglicher Massnahmen selbstverständlich aktivlegitimiert.

Nach Art. 718 Abs. 1 OR sind grundsätzlich nur Verwaltungsratsmitglieder zur Vertretung der AG und damit auch zu Klagen in deren Namen befugt. Zu klären bleibt daher, ob A als Aktionär zur Geltendmachung einer provisorischen Verfügungsbeschränkung aktivlegitimiert ist, oder ob er sich hierzu zunächst in den Verwaltungsrat wählen lassen muss, um im Namen der P zu klagen.

Wie noch zu zeigen sein wird, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.v. Art. 678 Abs. 2 OR vor, zumindest sofern der Kaufpreis tatsächlich wesentlich zu tief war. Art. 678 Abs. 3 OR statuiert die Aktivlegitimation zur Klage auf Rückerstattung einer verdeckten Gewinnausschüttung auch für Aktionäre. Diesen muss damit auch die Aktivlegitimation zur Beantragung vorsorglicher Massnahmen zustehen, weil Klagen aus Art. 678 Abs. 3 OR andernfalls wohl in vielen Fällen vereitelt werden könnten. Damit ist auch A aktivlegitimiert.

7. *Fazit*

Frage 2a ist zu bejahen. Sowohl A als auch die P AG können als vorsorgliche Massnahme die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Patentregister beantragen.

Frage 2b

1. *Fragestellung*

Zu prüfen ist laut Fragestellung, ob eine Rückübertragung des Patents eingeklagt werden könnte. Der Registereintrag wurde gemäss Sachverhalt mittlerweile vorgenommen.

2. *Feststellungs- statt Leistungsklage*

Die Übertragung von Patenten ist nach wohl überwiegender Lehrmeinung kausaler Natur;¹⁷ das Verfügungsgeschäft fällt also zusammen mit dem Verpflichtungsgeschäft dahin, wie dies etwa auch bei der Übertragung von Eigentum der Fall ist. Richtigerweise ist folglich keine Leistungsklage auf „Rückübertragung“ des Patents zu erheben, sondern nur eine Klage auf Feststellung, dass das Patent weiterhin der P AG gehöre.¹⁸

Eine Feststellungsklage ist zulässig, wenn das materielle Recht eine solche vorsieht oder an einer solchen ein schutzwürdiges Interesse besteht.¹⁹ Vorliegend ist ein schutzwürdiges Interesse zu prüfen, weil weder OR noch PatG für den vorliegenden Fall Feststellungsklagen vorsehen.

Damit das Rechtsschutzinteresse für eine Feststellungsklage bejaht werden kann, ist gemäss Bundesgericht eine Ungewissheit in den Rechtsbeziehungen der Parteien erforderlich, welche durch die Feststellung über den Bestand und den Inhalt des Rechtsverhältnisses beseitigt wer-

¹⁶ A.a.O., N 16.46.

¹⁷ MÜNCH/HERZOG (FN 8), Rz. 5.18, m.H.

¹⁸ Vgl. etwa auch ZOBL, Grundbuchrecht, N 451 für die (mit der vorliegenden Klage vergleichbare) Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB.

¹⁹ WALDER-RICHLI, § 24 N 16, m.H.; vgl. auch § 59 ZPO.

den kann und deren Fortdauer der Klagepartei nicht zugemutet werden darf. Insbesondere fehlt ein Feststellungsinteresse in der Regel dann, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann.²⁰

Die geforderte Rechtsunsicherheit besteht vorliegend darin, dass derzeit nicht geklärt ist, wem das Recht am Patent zusteht. Angesichts drohender Ansprüche der Z AG und allenfalls der Lizenznehmer der P AG im Falle eines späteren Patentverletzungsprozesses hat die P AG ein Interesse an möglichst baldiger Klärung. Zuzuwarten bis zu einer allfälligen Klage der Z AG ist der P AG nicht zumutbar, weil sich mit der Zeit exorbitante Schadenersatzforderungen anhäufen könnten. Die Möglichkeit einer Leistungsklage besteht wie gezeigt nicht, weil das Recht am Patent im Falle eines ungültigen Vertrags von vornherein bei der P AG verblieben ist.

Damit ist eine Feststellungsklage vorliegend zulässig.

3. *Mögliche Begründungen für die Ungültigkeit des Vertrages*

Um mit der Feststellungsklage durchzudringen, ist sodann darzulegen, dass der Vertrag über die Übertragung des Patents ungültig ist. Mögliche Hinderungsgründe für die Gültigkeit des Vertrages sind das Fehlen der Voraussetzungen für eine gültige organschaftliche Stellvertretung gemäss Art. 718a OR sowie die verdeckte Gewinnausschüttung nach Art. 678 Abs. 2 OR.

a) Klage gestützt auf die Regeln der organschaftlichen Stellvertretung

(1) Allgemeines

Für eine gültige organschaftliche Stellvertretung wird nach Art. 718a OR Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis, bei fehlender Vertretungsbefugnis alternativ Gutgläubigkeit des Vertragspartners bezüglich der Vertretungsbefugnis vorausgesetzt.²¹

(2) Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht bestimmt sich anhand des Gesellschaftszwecks und ggf. der im Gesetz vorgesehenen Beschränkungen der Kollektivunterschrift und Zweigniederlassung.²² Vorliegend besteht weder eine Kollektivunterschrift noch eine Zweigniederlassung.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Handlung dann durch die Vertretungsmacht gedeckt, wenn sie durch den Gesellschaftszweck objektiv nicht geradezu ausgeschlossen ist.²³ Nicht vom Zweck gedeckt in diesem Sinne sind etwa grosse Schenkungen sowie Handlungen, die zu einer faktischen Liquidation der Gesellschaft führen, also solche, mit denen etwa alle Betriebsanlagen veräussert werden. Entsprechende Handlungen fallen in die Kompetenz der Generalversammlung und nicht in diejenige des Verwaltungsrates.²⁴

Im Kammgarnspinnerei-Fall²⁵ hat das Bundesgericht in der Folge Ausnahmen von diesen Einschränkungen der Vertretungsmacht herausgearbeitet. Ausnahmen bestehen bei Insolvenz

²⁰ Zuletzt der Bundesgerichtsentscheid vom 25. Januar 2005, 4C.369/2004, E. 2.3, m.H.; vgl. auch WALDER-RICHLI, a.a.O.

²¹ Eingehend dazu etwa ZOBL, Probleme; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 75 ff.

²² ZOBL, Probleme, 292, 294. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 92, 94 f.

²³ BGE 111 II 284, Negresco; ZOBL, Probleme, 292; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 21 N 5.

²⁴ ZOBL, Probleme, 293; BÖCKLI, § 13 N 499; BSK-WATTER, N 4 zu Art. 718a OR.

²⁵ BGE 116 II 323 f.

der Gesellschaft, wenn ein Gebot unverzüglichen Handelns besteht sowie bei Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Beschlussfassung durch die Generalversammlung.²⁶

B hat durch die Veräusserung des Patents, das klar das Hauptaktivum der P AG darstellt, m.E. eine faktische Liquidation der P AG vorgenommen, verbleibt doch nach dieser Veräusserung nur noch Geld auf dem Konto der P. Eine Ausnahme im Sinne der Kammgarnspinnerei-Praxis liegt nicht vor.

Damit fehlte dem B m.E. bereits die Vertretungsmacht zum Abschluss des Kaufvertrags über das Patent, und der Vertrag ist für die P AG nicht verbindlich.

(3) Vertretungsbefugnis

Aber selbst dann, wenn die Vertretungsmacht bejaht werden muss, ist der Vertrag nicht gültig zustande gekommen, weil B keine Vertretungsbefugnis hatte und die Z AG diesbezüglich bösgläubig war.

Interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis können ausdrücklich etwa aus Organisationsreglement, Weisungen oder Arbeitsvertrag hervorgehen und bestehen teils auch stillschweigend. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn eine Handlung dem mutmasslichen Willen der vertretenen Gesellschaft widerspricht, was wiederum bei pflichtwidrigen Handlungen anzunehmen ist.²⁷

War der Verkaufspreis tatsächlich zu tief, und wusste B hiervon, so hat er seine Treuepflicht nach Art. 717 OR verletzt, weil er im Interesse der Z AG bzw. seines Bruders und nicht im Interesse der P AG gehandelt hat. Sofern B gar nicht von dem zu tiefen Preis wusste, hat er dennoch seine Sorgfaltspflicht verletzt, weil er den Verkaufswert des Patents nicht sorgfältig abgeklärt hat. B stand im Weiteren bei diesem Geschäft mit einer mehrheitlich seinem Bruder gehörigen Gesellschaft selbst in einem gravierenden Interessenkonflikt, sodass er hätte in den Ausstand treten und den Entscheid über das Geschäft – mangels zweitem Verwaltungsrat – der Generalversammlung überlassen müssen.²⁸ Auch darin liegt eine Verletzung der Treuepflicht.

Sodann stellt der Verkauf, wie sogleich zu zeigen sein wird, eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinn von Art. 678 Abs. 2 OR dar, worin ebenfalls eine Pflichtverletzung liegt.²⁹

Aufgrund dieser Pflichtverletzungen fehlte die Vertretungsbefugnis des B für die P AG.

(4) Bösgläubigkeit der Z AG

Sofern ein Organ über seine interne Vertretungsbefugnis hinausgeht und dies dem Dritten bekannt ist bzw. sein müsste (Bösgläubigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 ZGB), kommt ein Vertrag ebenfalls nicht gültig zustande.³⁰ Damit Bösgläubigkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 ZGB angenommen werden kann, genügt nach Art. 3 Abs. 1 ZGB grundsätzlich leichte Fahrlässigkeit.³¹ Dies

²⁶ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 500; BSK-WATTER, N 4 zu § 718a OR.

²⁷ ZOBL, Probleme, 295 f.

²⁸ BÖCKLI, § 13 N 643.

²⁹ Vgl. etwa VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1220.

³⁰ ZOBL, Probleme, 296 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 99 ff.; BSK-WATTER, N 6 ff. zu Art. 718a OR.

³¹ ZOBL, a.a.O.

bedeutet allerdings nicht, dass Nachforschungen über allfällige interne Beschränkungen zumutbar wären; dies ist nur bei stärksten Zweifeln der Fall.³²

Ob die P AG in diesem Sinne bösgläubig war, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Vorliegend ist aber wohl davon auszugehen, dass B und sein Bruder gemeinsame Sache gemacht haben. Wenn der Bruder Verwaltungsrat der Z AG war (was bei einem Mehrheitsaktionär wohl anzunehmen ist), ist dieses Wissen der Z AG auch anzurechnen.³³ Aber auch im anderen Fall wäre wohl eine Nachfragepflicht der Z AG zu bejahen, handelte es sich doch um das einzige Patent der P.

(5) Aktivlegitimation insbesondere

Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen (Art. 718 Abs. 1 OR). Zu dieser Vertretung gehört auch das Anheben von Klagen. Aktionäre sind hierzu nicht befugt. Damit ist nur die P AG, nicht aber A, zu einer Feststellungsklage gestützt auf Art. 718a legitimiert.

(6) Fazit

Meines Erachtens war Kaufvertrag über das Patent nicht durch die Vertretungsmacht des B gedeckt und ist bereits aus diesem Grund für die P AG unverbindlich.³⁴ Die Unverbindlichkeit lässt sich aber auch damit begründen, dass B für den Vertragsschluss nicht befugt war (zumindest wenn der Verkaufspreis tatsächlich deutlich zu tief war) und dass dies der Z AG auch bekannt sein musste. Die P AG, nicht aber A, ist aktivlegitimiert.

b) Klage gestützt auf die Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung

(1) Allgemeines

Nach Art. 678 Abs. 2 OR sind Leistungen der Gesellschaft an Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder oder diesen nahe stehende Personen zurückzuerstatten, sofern sie in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 678 Abs. 2 OR ist nach wohl überwiegender Lehrmeinung die Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR.³⁵

(2) Aktivlegitimation und Klageart

Aktivlegitimiert sind Gesellschaft und Aktionäre, allerdings gemäss dem Wortlaut von Art. 678 OR nur zur Klage *auf Leistung* an die Gesellschaft. Die Norm lässt offen, ob die Aktivlegitimation auch für Feststellungsklagen besteht; sie ist diesbezüglich lückenhaft.³⁶ Diese Lücke ist gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* zu füllen.

Zunächst ist dabei zu beachten, dass auch die Leistungsklage nichts am Bestehen des Anspruchs auf Rückerstattung ändert, da der geltend gemachte Anspruch bereits vor dem Urteil besteht. Die Leistungsklage nach Art. 678 OR ist damit bloss Voraussetzung für die Vollstreckung, mit der die ungerechtfertigt ausgeschütteten Werte wieder der Verfügungsmacht des

³² A.a.O.

³³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 21 N 7.

³⁴ Für die Z AG wäre der Vertrag indessen verbindlich; vgl. Art. 38 Abs. 2 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1383.

³⁵ SPÖRRI, 235 ff.; zustimmend BERGER, 1115; anders HUGUENIN JACOBS, 271, die von Anfechtbarkeit ausgeht, weil Art. 678 Abs. 2 keine Drittinteressen schützt.

³⁶ Die Materialien geben keinen Hinweis auf ein qualifiziertes Schweigen; vgl. die Botschaft, BBl 1983 II 897; Amtl. Bull. NR 1985, 1722; Amtl. Bull. SR 1988, 503.

Beklagten entzogen werden. Das Analogon dieses Entzugs der Verfügungsmacht kann bei der vorliegend zu prüfenden Feststellungsklage in der ebenfalls beim Richter anzubegehrenden Änderung des bereits bestehenden Patentregistereintrages gesehen werden. Ist diese Änderung eingetragen, kann der Beklagte keinen Verkauf an gutgläubige Dritte mehr vornehmen; es fehlt ihm diesbezüglich an Verfügungsmacht.

Die genannte Lücke in Art. 678 OR ist demnach dahingehend zu füllen, dass auch Feststellungsklagen zulässig sind. Sicherheitshalber ist beim Richter zusammen mit dem Hauptbegehren auf Feststellung ein Nebenbegehren auf Anweisung an den Patentregisterführung zu stellen, das Register sei entsprechend der festgestellten Rechtslage zu berichtigen.

Sowohl die P AG als auch A sind damit zur Klage aktivlegitimiert.

(3) Passivlegitimation

Passivlegitimiert sind Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder und diesen nahe stehende Personen. „Nahe stehend sind Drittpersonen, die Aktionären oder Verwaltungsräten aufgrund enger persönlicher oder wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Bindungen verbunden sind.“³⁷ Die Z AG ist – da mehrheitlich von Bs Bruder beherrscht – eine nahe stehende Person in diesem Sinn und damit passivlegitimiert.

(4) Leistung der Gesellschaft

Der Verkauf eines Patents stellt eine Leistung der Gesellschaft im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR dar.

(5) Offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung

Ob ein offensichtliches Missverhältnis zur Gegenleistung besteht, bleibt im Sachverhalt illiquid. Dies kann indessen mittels der unter Frage 3 darzulegenden Informationsrechte des Aktionärs herausgefunden werden.

(6) Offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft herrscht in der Literatur die Meinung vor, dieses sei sinnwidrig und damit möglichst ganz wegzulassen oder zumindest sehr eng auszulegen.³⁸ Aber auch abgesehen hiervon wäre vorliegend – bei einem offensichtlich zu tiefen Kaufpreis – wohl auch ein offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu bejahen, besitzt diese neben dem Patent doch nur noch Aktiven in Höhe von 140'200 Franken. Das Tatbestandsmerkmal ist damit erfüllt.

(7) Bösgläubigkeit des Empfängers

In der Literatur wird zudem teilweise gefordert, dass der Empfänger der Leistung bösgläubig bezüglich der übrigen Voraussetzungen von Art. 678 Abs. 2 OR sein müsse.³⁹ BÖCKLI befürwortet zudem eine Vermutung der Bösgläubigkeit bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.⁴⁰ Der Sachverhalt ist bezüglich der Bösgläubigkeit der

³⁷ BSK-KURER, N 7 zu Art. 678 OR.

³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 121; BSK-KURER, N 16 zu Art. 678 OR, schlägt eine Reduktion auf ein blosses „Spürbarmachen“ vor.

³⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 122.

⁴⁰ BÖCKLI, § 12 N 554.

Z AG illiquid, indessen ist diese wohl anzunehmen, wird die Z ja durch den Bruder des P kontrolliert, was eine Absprache der Transaktion vermuten lässt.

(8) Verjährung

Nach Art. 678 Abs. 4 besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist.⁴¹ Diese ist gewahrt.

(9) Zwischenfazit

Art. 678 Abs. 2 OR ist erfüllt, sofern ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bejaht werden kann. Sowohl A als auch die P AG können auf Feststellung des Eigentums der P AG an dem Patent klagen.

4. *Fazit*

Falls die Wahrnehmung der Informationsrechte nach Frage 3b ergibt, dass der Kaufpreis tatsächlich deutlich zu tief war, kann A gestützt auf Art. 678 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 OR auf Feststellung klagen, dass die P AG weiterhin Eigentümerin des Patents sei. Die Klage ist zur Sicherheit mit einem Begehren um Anweisung an den Patentregisterführer zur Korrektur des Registers zu verbinden. Zur Klage gestützt auf Art. 718a OR ist A nicht legitimiert.

Die P AG kann sowohl gestützt auf Art. 678 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 OR als auch gestützt auf Art. 718a Abs. 1 OR klagen.

Frage 3a

1. *Allgemeines*

Zu prüfen ist, ob A den B für die Wertminderung seiner Beteiligung an der P belangen kann. Es geht dabei um eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR.

Tatbestandsmässige Voraussetzungen sind Aktiv- und Passivlegitimation, Pflichtverletzung, Schaden, Kausalität und Verschulden. Zu prüfen ist ferner, ob ein das Klagerecht ausschliessender Décharge-Beschluss vorliegt und ob die Klagefrist gewahrt ist (Art. 758 und 760 OR).

2. *Aktivlegitimation und Anwendbarkeit von Art. 756 OR*

Nach Art. 756 Abs. 2 OR sind die Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden (Gesellschaftsschaden bzw. – aus Aktionärssicht – mittelbaren Schaden) einzuklagen. Die Klage geht dabei auf Leistung an die Gesellschaft.

Ein solcher Gesellschaftsschaden liegt gemäss neuester Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft geschädigt wurde *und* die verletzte Norm die Interessen der Gesellschaft schützt. Wenn – umgekehrt – ausschliesslich das Aktionärsvermögen geschädigt wurde, oder wenn die verletzte Norm ausschliesslich Aktionärsinteressen schützt, kommt Art. 756 OR nicht zur Anwendung und der Aktionär hat ein unmittelbares Klagerecht auf Ersatz für seinen eigenen (unmittelbaren) Vermögensschaden.⁴²

Bei einem Verkauf des Patents unter dem wirklichen Wert wurde ein Schaden im Vermögen der Gesellschaft verursacht. Dabei hat B, wie bereits gezeigt wurde, seine Pflichten nach Art.

⁴¹ Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 123.

⁴² BGE 131 III 306, Biber; durch diesen (nur teilweise) überholt BGE 122 II 176, X-Corporation. Zur neuen Rechtsprechung etwa WEBER, Rz. 1 ff.

717 und 678 Abs. 2 OR verletzt. Diese Normen schützen auch die Interessen der Gesellschaft. Entsprechend dem Gesagten liegt damit ein Gesellschaftsschaden gemäss Art. 756 OR vor.

A kann damit nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen, nicht aber auf unmittelbaren Ersatz für die Wertminderung seiner Beteiligung.

3. *Passivlegitimation*

B ist Verwaltungsratsmitglied und schon gemäss Wortlaut von Art. 754 OR passivlegitimiert.

4. *Pflichtverletzung*

Dass B Art. 768 Abs. 2 und Art. 717 OR verletzt hat, wurde bereits gezeigt. Dies sind auch Pflichtverletzungen im Sinne von Art. 754 OR.⁴³

5. *Schaden*

Vom Schadensbegriff erfasst sind tatsächlicher Verlust und entgangener Gewinn.⁴⁴ Sofern der Verkauf tatsächlich zu einem zu tiefen Preis erfolgte, hat die P AG einen Verlust in Höhe der Differenz zwischen dem wirklichen Wert und dem Kaufpreis des Patents erlitten. Auch das Tatbestandsmerkmal des Schadens ist damit erfüllt.

6. *Kausalität*

Durch den Verkauf des Patents hat B den Schaden der P AG verursacht. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben. Der Verkauf eines Patents unter Wert ist im Weiteren nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung auch geeignet einen solchen Schaden herbeizuführen. Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist damit zu bejahen.⁴⁵

7. *Verschulden*

Verschulden ist bereits beim Vorwurf leichter Fahrlässigkeit gegeben. Es ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzuwenden.⁴⁶

Beim Verkauf des Patents als sorgfältig handelnder Verwaltungsrat hätte B die Pflicht gehabt, den wirklichen Wert des Patents sorgfältig abzuklären. Indem er dies nicht getan hat, hat er zumindest fahrlässig gehandelt. Wenn B – was angenommen wird – mit seinem Bruder zusammengespant hat, ist sogar von Vorsatz auszugehen.

8. *Décharge*

Eine Verantwortlichkeitsklage ist ausgeschlossen, wenn der Geschädigte als Aktionär einem Déchargebeschluss zugestimmt hat (Art. 758 Abs. 1 OR). Von einem solchen Beschluss ist im Sachverhalt nicht die Rede. Art. 758 OR ist nicht anwendbar.

9. *Verjährung*

Nach Art. 760 OR verjährt die Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit relativ in fünf und absolut in zehn Jahren. Diese Fristen sind gewahrt.

⁴³ BSK-WIDMER/BANZ, N 26 zu Art. 754 OR; von BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1220.

⁴⁴ Von BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1212.

⁴⁵ Dazu etwa BSK-WIDMER/BANZ, N 43 zu Art. 754 OR.

⁴⁶ BSK-WIDMER/BANZ, N 43 zu Art. 754 OR.

10. Fazit

A hat, wenn sich sein Verdacht des zu tiefen Verkaufspreises bestätigt, aus Art. 754 ff. OR nur einen Anspruch gegen B auf Leistung von Schadenersatz an die P AG, jedoch nicht – wie im Sachverhalt gefragt – auf Ersatz des Wertverlustes seiner Beteiligung.

Frage 3b

A hat als Aktionär Informationsrechte gegenüber der P AG. Dies sind ein Recht auf Bekanntgabe des Geschäftsberichts nach Art. 696 OR, ein Auskunftsrecht, ein Einsichtsrecht (beide nach Art. 697 OR) sowie ein das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff.).

Es ist zu prüfen, ob A mit Hilfe dieser Mittel herausfinden kann, wie hoch der Veräusserungspreis des Patents war und wie viel das Bankguthaben der P AG heute beträgt.

1. *Recht auf Bekanntgabe des Geschäftsberichts*

Nach Art. 696 Abs. 1 OR hat der Verwaltungsrat zwanzig Tage vor der ordentlichen Generalversammlung Geschäfts- und Revisionsbericht den Aktionären zur Einsicht aufzulegen. Auf Verlangen sind die Dokumente auch zuzustellen.⁴⁷

Der Geschäftsbericht besteht laut Art. 662 Abs. 1 OR aus Jahresbericht, Jahresrechnung und ggf. einer konsolidierten Konzernrechnung. Die Jahresrechnung wiederum gliedert sich in Bilanz, Erfolgsrechnung sowie einen Anhang (Abs. 2 der genannten Bestimmung).⁴⁸ Aus der Bilanz geht der aktuelle Stand des Kontos und aus der Erfolgsrechnung der Veräusserungspreis des Patents hervor.

Indessen steht demnächst keine ordentliche Generalversammlung an. Damit muss A anders vorgehen, will er die Informationen innert nützlicher Frist erlangen.

2. *Auskunftsrecht*

Nach Art. 697 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Dieses Auskunftsrecht untersteht Schranken hinsichtlich *Erforderlichkeit* (Sachzusammenhang zwischen Auskunft und Ausübung von Aktionärsrechten, aktuelles Interesse), *Detaillierungsgrad* (keine Einzelheiten) und *Geschäftsgeheimnissen*.⁴⁹ Sodann ist eine Abwägung zwischen den Interessen der AG und denjenigen des Aktionärs vorzunehmen.⁵⁰

a) *Erforderlichkeit*

Die gewünschten Auskünfte sind nötig, um eine Verantwortlichkeitsklage gegen B oder eine Klage aus verdeckter Gewinnausschüttung zu prüfen.

b) *Detaillierungsgrad der Auskunft*

Der Verkaufspreis des Hauptaktivums einer AG ist keine Einzelheit und muss damit bekannt gegeben werden. Das Gleiche gilt für den Stand des Kontos der P AG, handelt es sich doch beim Konto um das einzige verbleibende Aktivum.

⁴⁷ Dazu VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 908.

⁴⁸ A.a.O., N 1043 ff.

⁴⁹ A.a.O., N 910 ff.

⁵⁰ A.a.O., N 913 ff.

c) Geschäftsgeheimnis

Fraglich ist, ob die gewünschten Informationen nicht Geschäftsgeheimnisse sein könnten.

Die Rechtsprechung differenziert zwischen absoluten und relativen Geschäftsgeheimnissen. Absolut sind Geschäftsgeheimnisse, zu deren Wahrung die AG gegenüber Dritten verpflichtet ist, relativ solche, die im Interesse der Gesellschaft bestehen. Nur letztere dürfen preisgegeben werden.⁵¹

Insbesondere bezüglich des Verkaufspreises des Patents könnte Geheimhaltung vereinbart worden sein. Trotz vertraglicher Vereinbarung läge hier aber kein absolutes Geschäftsgeheimnis vor, weil es nicht wie etwa beim Bankgeheimnis oder Arztgeheimnis um eine Tatsache geht, bezüglich welcher der Dritte einziger Geheimnisherr ist.⁵² Auch eine Geheimhaltungsvereinbarung stünde damit einer Preisgabe nicht grundsätzlich im Weg.

d) Interessenabwägung

Schliesslich ist eine Abwägung der Interessen der P AG und des A vorzunehmen, die jedoch zugunsten des A ausgeht, sind doch die gewünschten Informationen bereits aus Bilanz und Erfolgsrechnung erkennbar, die ohnehin an der nächsten ordentlichen Generalversammlung zu veröffentlichen wären.⁵³

Sinnvollerweise verlangt A in jedem Fall vor der Generalversammlung schriftlich Auskunft, sodass sich der Verwaltungsrat auf die Beantwortung der Fragen vorbereiten kann.⁵⁴ Im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung der Auskunft kann ferner der Richter angerufen werden (Art. 697 Abs. 4 OR; Informationsklage).⁵⁵

3. *Einsichtsrecht*

Nach Art. 697 Abs. 2 OR können Generalversammlung oder Verwaltungsrat Aktionäre zur Einsichtnahme in Geschäftsbücher und Korrespondenz ermächtigen, sofern Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben.⁵⁶ Auch aus Geschäftsbüchern und Korrespondenz liessen sich wohl Rückschlüsse auf die gesuchten Informationen ziehen. Aus den gleichen Gründen wie beim Auskunftsrecht ist also auch ein Einsichtsrecht des A zu bejahen.

Zur Wahrnehmung des Einsichtsrechts ist laut Art. 697 Abs. 3 OR ein Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats nötig. Im Falle einer ungerechtfertigten Verweigerung steht ebenfalls die Informationsklage offen.

4. *Sonderprüfung*

Nach Art. 697a ff. OR besteht ferner die Möglichkeit, bestimmte Sachverhalte durch einen Sonderprüfer abklären zu lassen.⁵⁷

Vorliegend reichen indessen – wie gezeigt – bereits Auskunfts- und Einsichtsrecht aus, um die gewünschte Information zu beschaffen. Weil eine Sonderprüfung gegenüber diesen Rechtsbehelfen subsidiär ist,⁵⁸ ist sie vorliegend nicht zulässig.

⁵¹ Vgl. etwa den Bundesgerichtsentscheid vom 4. Juni 2003, 4C.234/2002, E. 4.3.3.1, m.H.

⁵² A.a.O., E. 4.3.3.2.

⁵³ Vgl. BSK-WEBER, N 12 zu Art. 697 OR.

⁵⁴ VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 911.

⁵⁵ A.a.O., N 920.

⁵⁶ A.a.O., N 918 OR.

⁵⁷ A.a.O., N 921 ff.

5. *Fazit*

Weil keine ordentliche Generalversammlung bevorsteht, empfiehlt sich für A ein Antrag an den Verwaltungsrat auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Im Hinblick auf diese kann er sein Auskunftsrecht geltend machen und so die gewünschten Informationen erhalten. Das Auskunftsbegehren ist vor der Generalversammlung schriftlich zu stellen. Eine Sonderprüfung kann nicht verlangt werden.

(Ort, Datum, Unterschrift)

⁵⁸ BSK-WEBER, N 27 zu Art. 697a OR, m.H.