

Professor Alfred Koller, St. Gallen

Die aktienrechtliche Anfechtungsklage*

Nach Art. 706 OR sind die Aktionäre und die Verwaltung einer Aktiengesellschaft befugt, Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, auf dem Klagewege anzufechten^{1,2}. Eine andere Rechtsfolge als die Anfechtbarkeit ist nicht vorgesehen. Doch besteht Einigkeit dar-

über, dass Generalversammlungsbeschlüsse auch nichtig sein können³.

Die zentrale Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen wird nachstehend an erster Stelle behandelt (I.). Darauf folgen Präzisierungen zu Art. 706 OR (II.). Den Abschluss machen Bemerkungen zur aktienrechtlichen Anfechtungsklage de lege ferenda (III.)⁴.

* Mit Nachweisen versehene Fassung eines am 16. Juni 1987 an der Hochschule St. Gallen gehaltenen Vortrags.

¹ Literaturauswahl (die nachstehenden Werke werden jeweils nur mit dem Verfassernamen zitiert, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz; weitere Literatur in den Fussnoten):

Steiner, Die gerichtliche Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktionäre, SAG 10 133 ff.; *ders.*, Das Anfechtungsrecht der Verwaltung gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, SJZ 34 35 f.; *Peyer*, Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung, Zürich 1944; *Ensslin*, Das Recht auf Anfechtung, Zürich 1930; *Ehrbar*, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Zürich 1941; *v. Büren*, Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, SAG 23 149; *Strub*, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, Zürich 1963; *Plangg*, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen durch die Verwaltung, Zürich 1960; *Patry*, La nullité des décisions des organes sociaux de la S.A., Festschrift Secrétan, Lausanne 1964; *ders.*, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, Vol. 19, Mémoires publiés par la faculté de droit, Genf 1963; *Schluemp*, Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 54 209 ff.; *ders.*, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich 1955; *Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960; *ders.*, Anfechtbarkeit von zweckändernden Generalversammlungsbeschlüssen, welche die Selbständigkeit der AG tangieren?, SAG 37 9 ff.; *Okur*, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, Genf 1965; *Fritz v. Steiger*, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970; *Werner v. Steiger*, SPR VIII/1; *Egger*, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45 1 ff.; *ders.*, Zürcher Kommentar, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-89, Zürich 1930, Nachdruck 1978; *Vogel*, Die Gefahr der Klageverwirkung, recht 1986 60 ff.; *M.A. Sch.*, Le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO), SAG 1953/54; *Hirsch*, La protection des actionnaires minoritaires «de lege ferenda», SAG 1978 65 ff.; *Homburger*, Zum Minderheitenschutz, SAG 1984 75 ff.; *Vischer/Rapp*, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968; *Böckli*, Revision des Aktienrechts, SJZ 80 257 ff.; *Forstmoser/Hirsch*, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge, SAG 1985 29 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1984; *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. unveränderte Aufl., Zürich 1983; *Guhl/Merz/Kummer*, Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980; *v. Greyerz*, SPR VIII/2; *Wohlfmann*, SPR VIII/2; *Nobel*, Aktienrechtliche Entscheide, Bern 1976; *Rohrer*, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Zürich 1979; *Bürgi*, Zürcher Kommentar, Bd. V, 5b/2: Die Aktiengesellschaft, Organisation der Aktiengesellschaft, Art. 698-738, Zürich 1969; *Jolidon*, Action en annulation de l'assemblée générale, ou action en responsabilité contre les administrateurs?, Festschrift Bürgi, Zürich 1971, 213 ff.

² Nur Generalversammlungsbeschlüsse sind anfechtbar, nicht auch Verwaltungsratsbeschlüsse (BGE 109 II 243 unten/244, grundlegend 76 II 61 ff.). Sofern jedoch durch einen Verwaltungsratsbeschluss in die Rechtsstellung der Aktionäre eingegriffen wird, können diese klageweise auf Beseitigung des Eingriffs klagen. «Die Möglichkeit der Anrufung des Richters bei Verletzung mitgliederschafflicher, also subjektiver Rechte versteht sich von selbst» (*Heini*, SPR II 549, mit Bezug auf den Verein, unter Hinweis auf *Jaggi*, ZSR 79 II 170a).

I. Nichtige und anfechtbare Beschlüsse

A. Unterschiede in der Rechtsfolge

Nichtige Beschlüsse sind ungültig; anfechtbare Beschlüsse hingegen sind gültig, doch können sie auf Klage hin für ungültig erklärt werden. Darin liegt der wesentliche Unterschied in den Rechtsfolgen; Präzisierungen drängen sich in dreierlei Hinsicht auf:

1. Anfechtbare Beschlüsse sind nach dem Gesagten in einer ersten Phase resolutiv bedingt gültig. Sie befinden sich in einem Schwebezustand⁵. Dieser wird dadurch beendet, dass der Beschluss entweder definitive Gültigkeit erlangt (indem nämlich keine oder zumindest keine erfolgreiche Anfechtung erfolgt) oder aber auf Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt wird.

Während des Schwebezustandes dürfen anfechtbare Beschlüsse (grundsätzlich) wie vollgültige behandelt werden. Der Möglichkeit des Dahinfallens muss keine Rechnung getragen werden⁶. Das bedeutet, dass die Verwaltung einen solchen Beschluss vollziehen darf, der

³ Von der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit ist die einseitige Unverbindlichkeit zu unterscheiden. Dazu *Bürgi*, N. 22 ff. zu Art. 706 OR; *Schucany*, N. 2B zu Art. 706 OR; *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 287 ff.

⁴ Nicht eingegangen wird auf Probleme, die nur mittelbar die Anfechtungsklage betreffen, wie z.B. die Haftung des Anfechtungsklägers für Schaden, welcher der beklagten Gesellschaft aus dem Anfechtungsprozess entsteht. Ebenfalls verzichtet wird auf einen historischen Abriss über die Anfechtungsklage. Erwähnt sei lediglich, dass Art. 706 OR auf die Revision des Aktienrechts aus dem Jahre 1937 zurückgeht. Zuvor bestand keine entsprechende Bestimmung. Doch war die Anfechtungsklage richterrechtlich anerkannt (BGE 74 II 41 mit Hinweisen), wenn auch mit Unterschieden zur heutigen Rechtslage.

⁵ Zum Beispiel *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 295.

⁶ Vgl. z.B. *Bürgi*, N. 73 zu Art. 706 OR.

Richter darf darauf abstellen, der Handelsregisterführer dessen Eintragung vornehmen.

Ob anfechtbare Beschlüsse wie vollgültige behandelt werden *müssen*, ist weniger eindeutig zu entscheiden. Die Frage stellt sich vorab für die Verwaltung. Beabsichtigt diese, einen Generalversammlungsbeschluss anzufechten, so ist es ihr nicht zuzumuten, den betreffenden Beschluss auszuführen. Das scheint unbestritten. Aber auch wenn die Verwaltung keine Anfechtung beabsichtigt, kann ihr die Ausführung nicht zur Pflicht gemacht werden. Es muss vielmehr ihrem Ermessen anheimgestellt bleiben, ob sie den Beschluss sofort ausführen oder ob sie damit wegen der Gefahr der Anfechtung durch Aktionäre zuwarten will⁷.

Auch der Richter ist nicht gehalten, anfechtbare Beschlüsse wie vollgültige zu behandeln, jedenfalls nicht von Bundesrechts wegen. Er darf daher einen Prozess aussetzen, wenn in einem prozessrelevanten Punkt eine Anfechtungsklage hängig ist und das kantonale Prozessrecht die Unterbrechung des Verfahrens zulässt.

Anderes gilt für den Handelsregisterführer. Diesem muss es mit Rücksicht auf Art. 32 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung jedenfalls im Grundsatz verwehrt sein, die Eintragung anfechtbarer Beschlüsse hinauszuzögern⁸. Nach der betreffenden Bestimmung haben die Aktionäre die Möglichkeit, die Eintragung durch formlosen Einspruch zu verhindern und in der Eintragungsfrage den Entscheid des Richters herbeizuführen⁹. Erfolgt kein Einspruch, so kann es nicht Aufgabe des Handelsregisterführers sein, die Eintragung trotzdem zu verweigern¹⁰.

2. Eine zweite Präzisierung betrifft die *Wirkung einer erfolgreichen Anfechtung*:

Die Gutheissung einer Anfechtungsklage¹¹ führt zu einer Umgestaltung der Rechtslage:

⁷ Vgl. *Fritz v. Steiger*, 217; *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 296. Um so mehr muss mit der Ausführung zugewartet werden dürfen, wenn eine Anfechtung bereits erfolgt ist. – Beabsichtigt ein Aktionär die Anfechtung, wird er die Ausführung des Beschlusses regelmässig durch vorsorgliche richterliche Verfügung untersagen lassen.

⁸ Vgl. z. B. *Bär*, SAG 1982 126.

⁹ Vgl. z. B. *Patry*, SPR VIII/1, 134; *ders.*, L'action en annulation, 30ff.

¹⁰ Vgl. den in SAG 1939/40 176ff., abgedruckten Bundesgerichtsentscheid, v. a. 178f. (zustimmend *Fritz v. Steiger*, 205f. Anm. 99); vgl. aber auch BGE 78 III 48.

¹¹ Auch eine bloss teilweise Gutheissung kommt in Frage, in dem Sinne, dass der Richter den Beschluss nur so weit als ungültig erklärt, als er gegen Gesetz oder Statuten verstösst (*Nobel*, 66; BGE 84 II 565 unten; Herabsetzung einer von der GV beschlossenen Tantieme von Fr. 70000.– auf Fr. 50000.–; zu einer solch «modifizierten Teilnichtigkeit» im Vertragsrecht s. *Hürtlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Freiburg 1984).

Der gültige, wenn auch nur resolutiv bedingt gültige Beschluss wird ungültig. Allfällig noch hängige Anfechtungsklagen werden dadurch gegenstandslos (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR)¹². Das Ungültigkeitsurteil wirkt ex tunc. Es ist mit andern Worten – soweit möglich – der Zustand herbeizuführen, der bestünde, wenn die Ungültigkeit von Anfang an beachtet worden wäre¹³. So sind z. B. zuviel bezogene Dividenden nach Massgabe des Art. 678 OR zurückzuerstatten¹⁴.

3. Nichtige Beschlüsse sind – wie gesagt – von Anfang an ungültig. Und dabei bleibt es. Eine Heilung in dem Sinne, dass der ungültige Beschluss nachträglich gültig würde, ist – jedenfalls im Regelfall – ausgeschlossen. Einen Schwebezustand wie bei der Anfechtbarkeit gibt es somit nicht¹⁵.

Anders als bei dieser bedarf es sodann zur Geltendmachung der Nichtigkeit keiner Klage. Allerdings wird es oft sinnvoll sein, dass die an der Nichtigkeit interessierten Personen zur Klarstellung der Rechtslage Klage erheben. Diese dient jedoch zum vornherein nur der *Feststellung* der Nichtigkeit, sie ist also – anders als die Anfechtungsklage – nicht auf Rechtsgestaltung gerichtet¹⁶.

Mit dem Gesagten hängt zusammen, dass nichtige Beschlüsse von den Gesellschaftsorganen nicht vollzogen werden dürfen¹⁷ und der Handelsregisterführer die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten hat¹⁸. Eine entsprechende Pflicht trifft den Richter, wobei nicht

¹² Es verhält sich insoweit anders als bei Abweisung einer Anfechtungsklage. Die Abweisung wirkt sich auf parallele Verfahren in keiner Weise aus. Vgl. *Bürgi*, N. 72 zu Art. 706 OR; *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 296. Die Abweisung hat nicht die Gültigkeit des Beschlusses zur Folge (*Schluemp*, a. a. O.; anders bei Abweisung einer Nichtigkeitsklage, *Schluemp*, a. a. O., 283 unten).

¹³ Einzelheiten bei *Fritz v. Steiger*, 217.

¹⁴ Unter Umständen ist dem anfechtenden Aktionär durch die Ungültigerklärung des Beschlusses allein nicht geholfen; allenfalls ist dazu ein neuer Beschluss nötig (z. B. ein Wahl- oder ein Dividendenbeschluss). Nach *Ensslin*, 39, kann der ungültige Beschluss durch Urteil ersetzt werden, wenn sich die GV weigert, selbst einen neuen rechtskonformen Beschluss zu fassen. Vgl. demgegenüber SAG 1983 126ff. (mit Hinweisen), wo das Obergericht des Kantons Zürich festhält, eine Klage auf ersatzweise richterliche Beschlussfassung sei – jedenfalls im Rahmen eines Anfechtungsprozesses – nur ausnahmsweise möglich, wenn sich die Voraussetzungen für die richterliche Ersatzhandlung klar aus dem Gesetz ergäben (zu einem solchen Fall vgl. BGE 53 II 266; richterliche Zusprechung einer Dividende). Mit der Anfechtungsklage kann auch eine Schadenersatzklage verbunden werden («was aber etwas ganz anderes ist als die eigentliche Korrektur des angefochtenen Beschlusses», v. *Büren*, 152), ebenso eine Feststellungsklage (BGE 107 II 188 E. 6; vorausgesetzt ist natürlich ein genügendes Feststellungsinteresse).

¹⁵ Zum Beispiel *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 276.

¹⁶ Zum Beispiel *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 283.

¹⁷ Vgl. *Schluemp*, Die wohlverworbenen Rechte, 284.

¹⁸ Siehe aber immerhin *Bär*, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers. Der bernische Notar 1975–1978 433 Anm. 66.

gemeint ist, dass er den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, um festzustellen, ob ein Nichtigkeitstatbestand vorliegt. Vielmehr hat er lediglich die sich aus den Akten ergebende Nichtigkeit zu berücksichtigen, auch wenn sich keine der Parteien darauf beruft¹⁹.

B. Unterschiede im Tatbestand

1. Während die nichtigen und die bloss anfechtbaren Beschlüsse hinsichtlich der Rechtslage klar auseinandergehalten werden können, macht die tatbeständliche Abgrenzung erhebliche Schwierigkeiten. Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage in grundsätzlicher Weise erstmals in einem amtlich nicht publizierten Entscheid aus dem Jahre 1939 befasst²⁰. Es führte aus, ein Beschluss sei bloss anfechtbar, und nicht nichtig, wenn er «nur die Statuten, Gesetzesbestimmungen dispositiven Rechts oder Vorschriften, die zwar zwingend sind, aber lediglich den Schutz der privaten Interessen der einzelnen Aktionäre bezwecken», verletze. Nichtigkeit soll nach diesem mehrfach bestätigten Entscheid²¹ bloss dann anzunehmen sein, wenn gegen zwingendes Recht verstossen wird, das im öffentlichen Interesse erlassen wurde. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist dabei in einem weiten Sinne zu verstehen. Er umfasst nicht nur staatliche Interessen wie etwa Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, sondern auch Gläubigerinteressen. Im öffentlichen Interesse liegen namentlich auch Bestimmungen, welche das «Wesen der AG» umschreiben²². Dazu gehört etwa Art. 680 OR, wonach der Aktionär nicht verpflichtet werden kann, mehr als den Aktienbetrag zu leisten.

2. Dieser Rechtsprechung ist nur mit Vorbehalten zuzustimmen. Zwar dürften Verstösse gegen statutarische Bestimmungen oder dispositives Gesetzesrecht lediglich Anfechtbar-

keit zur Folge haben²³. Im übrigen aber sind Präzisierungen am Platze:

Einmal ist die bundesgerichtliche Definition der anfechtbaren bzw. nichtigen Beschlüsse offensichtlich *auf inhaltliche Mängel zugeschnitten*²⁴. Mängel in der Entstehung eines Beschlusses werden davon nicht erfasst (dazu unten 3.).

Sodann gibt es bei den inhaltlichen Mängeln verschiedene Nichtigkeitstatbestände, auf die sich die Nichtigkeitsdefinition des Bundesgerichts nicht bezieht. Das gilt vorab für unmögliche Beschlüsse, sodann auch für die typischen Widerrechtlichkeitstatbestände von Art. 20 OR, nämlich Verstösse gegen öffentlichrechtliche Verbots- und Gebotsnormen. Sowohl widerrechtliche Beschlüsse in diesem Sinne wie auch unmögliche Beschlüsse sind nichtig, dies gestützt auf Art. 20 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB. Entsprechendes gilt für sittenwidrige Beschlüsse²⁵.

Eine dritte Präzisierung betrifft die Rechtsfolge inhaltlicher Mängel, die in einem Verstoß gegen zwingendes Privatrecht bestehen. Ein solcher Verstoß soll – wie gesagt – Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit bewirken, je nachdem ob das zwingende Recht im öffentlichen Interesse oder aber einzig im Interesse der Aktionäre erlassen wurde. Dieses Abgrenzungskriterium vermag nicht zu überzeugen. Denn es sind kaum zwingende Bestimmungen ersichtlich, welche nur Aktionärsinteressen schützen. Vielmehr dürften zwingende Bestimmungen regelmässig auch öffentlichen Interessen dienen. Die bundesgerichtliche Auffassung läuft daher im Ergebnis darauf hinaus, dass Verstösse gegen zwingendes Recht praktisch immer Nichtigkeit zur Folge haben. Das trifft jedoch zweifelsohne nicht zu. Die Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen ist daher anders vorzunehmen, nämlich nach der Intensität, mit der das öffentliche Interesse durch den Verstoß gegen das zwingende Recht im Einzelfall beeinträchtigt ist. Eine Beeinträchtigung besteht nicht oder ist jedenfalls gering, wenn ein Verstoß lediglich die gegenwärtigen Aktionäre betrifft und nicht in die Zukunft wirkt²⁶. In solchen Fällen kann man sich mit der Anfechtbarkeit begnügen.

¹⁹ Vgl. in anderem Zusammenhang *Koller*, BR 1987, 69, mit Hinweis auf eine abweichende Lehrmeinung; *Sträuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, N. 4 zu 54; *Guidener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 172.

²⁰ SAG 1939/40 178.

²¹ BGE 80 II 275, neustens SAG 1982 124 ff.; abweichend BGE 93 II 33 ff. E. 3/4 (unklar). In der Lehre besteht keine «*opinio communis*» über den Nichtigkeitsbegriff. «Die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ist stark umstritten und oft schwierig zu ziehen» (*Fritz von Steiger*, 205 Anm. 99).

²² BGE 93 II 35 («*struttura della persona giuridica*»); *Bürgi*, N. 9 zu Art. 706 OR.

²³ Das dürfte die allgemeine Auffassung sein, z. B. *Werner v. Steiger*, 278, mit Nachweisen in Anm. 61; *Guhl/Merz/Kummer*, 665.

²⁴ Das ist auch die Auffassung *Werner v. Steigers* (S. 278), der die Definition nur auf inhaltliche Mängel bezieht.

²⁵ Zum Beispiel *Werner v. Steiger*, 278; *Schucany*, N. 2A zu Art. 706 OR; auch BGE 93 II 30.

²⁶ Ähnlich *Schluemp*, Die wohlverworfenen Rechte, 281 f.

Wo hingegen die Interessen künftiger Aktionäre oder Gläubigerinteressen auf dem Spiele stehen, da ist das öffentliche Interesse derart beeinträchtigt, dass die Nichtigkeit als angemessene Sanktion erscheint²⁷.

3. Nachzutragen bleibt, welche Rechtsfolge – Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit – *Mängel in der Entstehung eines Beschlusses* zur Folge haben. Das erstere ist die Regel, das letztere die Ausnahme, welche nur dann Platz greifen kann, wenn ein Mangel von erheblicher Bedeutung ist²⁸. In diesem Sinne BGE 78 III 46 betr. Mängel in der Einberufung einer Genossenschafterversammlung:

«(Er (sc. der kantonale Entscheid) geht davon aus, mangelhafte Einberufung hätte höchstens zu einer Anfechtung binnen der Frist des Art. 891 Abs. 2 OR Anlass geben können. Nichtigkeit könnte daraus auf keinen Fall geschlossen werden. Dem ist nun zwar nicht schlechthin beizustimmen. Man denke an eine Einberufung, die gar nicht vom zuständigen Organ ausgegangen und auch nicht von ihm genehmigt worden wäre ...; ferner an Machenschaften, die darauf gerichtet gewesen wären, einzelne Mitglieder (allenfalls eine grosse Zahl) vom Erscheinen abzuhalten und eine Anfechtung binnen gesetzlicher Frist zu verhindern.»²⁹

Nichtig sind sodann Beschlüsse, die von den Aktionären einer AG auf dem Zirkulationsweg statt an einer GV gefasst wurden (BGE 67 I 346).

Umstritten ist, ob die Unterlassung der Angabe eines Verhandlungsgegenstandes die Beschlussfassung darüber nichtig oder bloss anfechtbar macht (BGE 78 III 47); jedenfalls dann ist in letzterem Sinne zu entscheiden, wenn ein Verhandlungsgegenstand zwar angegeben wird, aber nur mangelhaft (BGE 103 II 141 ff.)³⁰.

²⁷ Vgl. Bär, SAG 1982 126, und für das deutsche Recht Schilling im Grosskommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd. III, Berlin/New York 1973, Anm. 21 und 22.

²⁸ Neben inhaltlichen Mängeln und Entstehungsmängeln gibt es noch weitere (untergeordnete) Nichtigkeitsgründe (z. B. Formmängel). Die unter sich sehr verschiedenen Nichtigkeitsfälle können wohl kaum durch eine «einfache» Definition, sondern nur durch eine Aufzählung (etwa analog derjenigen des deutschen Aktiengesetzes, § 241) erfasst werden.

²⁹ Strenger das Obergericht des Kantons Zürich in SAG 1982 27 ff. = ZR 1982 Nr. 17 S. 43 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 86 II 95 ff.

³⁰ Zur Frage der Nichtigkeit infolge Entstehungsmängeln vgl. eingehend Schluep, Die wohlverworbenen Rechte, 279 f. – Die Teilnahme Unbefugter an einer GV macht den Beschluss nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar (Art. 691 OR). Ob dies auch bei «massiver Teilnahme Unbefugter» gilt, ist umstritten: vgl. einerseits Haefliger, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Bern 1978, 24, 121 (Nichtigkeit), ZBI 1987 84 (Anfechtbarkeit).

II. Art. 706 OR

Nach Abs. 1 von Art. 706 OR können «die Verwaltung und jeder Aktionär ... Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten»^{31, 32}. Gemäss Abs. 4 erlischt das Anfechtungsrecht, «wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird».

Der Gesetzeswortlaut gibt die Rechtslage im wesentlichen zutreffend wieder. Es werden daher im folgenden nur Punkte behandelt, die einer Ergänzung oder näheren Präzisierung bedürfen. (Ausser Betracht bleiben die praktisch unbedeutsamen Absätze 2 und 3 von Art. 706 OR³³; zu Abs. 5 siehe oben I/A/2.)

A. Aktivlegitimation³⁴

1. Anfechtungsberechtigt sind die *Verwaltung* und die einzelnen *Aktionäre*. Mit der Verwaltung ist nicht der einzelne Verwaltungsrat gemeint, sondern die Verwaltung als Organ³⁵. Die Verwaltungsräte können allerdings in ihrer Eigenschaft als Pflichtaktionäre Klage erheben³⁶.

2. Mit Bezug auf die *Aktivlegitimation der Aktionäre* stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Aktionärs-eigenschaft vorliegen muss. Sicher ist, dass die Aktionäre zur Zeit der Generalversammlung anfechtungsberechtigt sind³⁷. Was aber gilt, wenn ein solcher Aktionär nach der Generalversammlung (alle) seine Aktien veräussert? Bleibt er trotzdem anfechtungsberechtigt? Oder ist nun der Erwerber an-

³¹ Zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit *Bürgi*, N. 65 f. zu Art. 706 OR.

³² Zur Frage, ob GV-Beschlüsse auch vor einem Schiedsgericht angefochten werden können: SAG 1986 42 (Bundesgerichtsentscheid); *Habscheid*, SAG 1985 157 ff.; *Patry*, L'action en annulation, 16 ff.; *Steiner*, SAG 1943/44; *ders.*, SAG 1949/50 138 ff.; *Schaub*, SAG 1958/59 185 ff.; *Stauffer*, SJZ 1947 213 ff.

³³ Nach Abs. 2 können «Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsaktien, sowie Beschlüsse, die infolge des erhöhten Stimmrechts solcher Aktien zustande gekommen sind, ... angefochten werden, wenn sie eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderte offenbare Schädigung der Interessen von Aktionären mit sich bringen». Abs. 3 sieht vor, dass der Richter für die Gesellschaft einen Vertreter bestellt, wenn von seiten der Verwaltung Anfechtungsklage geführt wird.

³⁴ Passivlegitimiert ist die Gesellschaft und sind nicht etwa die Aktionäre, welche den Beschluss gefasst haben (allgemeine Meinung, z. B. v. *Greyerz*, 193).

³⁵ Statt vieler: *Steiner*, SJZ 1937/38 35 ff.; *Nobel*, 65.

³⁶ BGE 75 II 153/4.

³⁷ «Bei Namenaktien ist nur der im Aktienbuch eingetragene anfechtungsberechtigt» (*Bürgi*, N. 50 zu Art. 706 OR). Der wirkliche, aber nicht eingetragene Aktionär muss zuerst die Eintragung – allenfalls auf dem Klageweg – erlangen.

fechtungsbefugt? Oder sind es beide, oder kommt die Anfechtungsbefugnis keinem von beiden zu?

Nach der herrschenden Lehre geht die Anfechtungsbefugnis durch die Aktienveräusserung unter³⁸. Das bedeutet, dass der bisherige Aktionär die Anfechtungsbefugnis verliert und der Erwerber keine Anfechtungsbefugnis erlangt. Eine Mindermeinung ist demgegenüber der Ansicht, das einmal entstandene Anfechtungsrecht gehe vom Veräusserer auf einen allfälligen Aktienkäufer über³⁹. Dieser und nur dieser sei nun anfechtungsbefugt. Eine zweite Mindermeinung hält sowohl den Erwerber wie den Veräusserer für anfechtungsbefugt⁴⁰.

Dieser letzteren Auffassung ist m. E. zuzustimmen, wobei allerdings zu beachten ist, dass dem Aktienveräusserer oft ein genügendes Anfechtungsinteresse fehlen wird⁴¹; notwendig trifft dies jedoch nicht zu (zu denken ist etwa an den Fall, da der Veräusserer einen Dividendenbeschluss anfechten will, der allein ihn berechtigt, nicht auch den Erwerber). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich die Anfechtungsbefugnis des Erwerbers nicht vom Veräusserer ableitet. Sie ist rein aktienrechtlich begründet, in Art. 706 OR. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist freilich nicht schlüssig. Doch ist nicht einzusehen, weshalb dem Aktienkäufer zugemutet werden soll, sich ohne weiteres mit gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen abzufinden. Daran haben weder die übrigen Aktionäre noch die Aktiengesellschaft ein berechtigtes Interesse.

3. Hervorzuheben ist, dass *jeder einzelne Aktionär selbständig anfechtungsbefugt* ist. Der Vorschlag Eugen Hubers, der die Anfechtungsbefugnis als blosses Minderheitenrecht ausgestalten wollte (er verlangte für die Anfechtung «eine Minderheit, die wenigstens ein

Zwanzigstel des Grundkapitals vertritt») ⁴², wurde nicht geltendes Recht⁴³. Richtigerweise ist das Anfechtungsrecht der Aktionäre als unentziehbares und unverzichtbares (Individual-) Recht aufzufassen ^{44, 45}.

B. Anfechtungsgründe

1. Bei wörtlicher Interpretation von Art. 706 OR berechtigen nur Verstösse gegen das Gesetz oder die Statuten zur Anfechtung. Nichts anderes gilt jedoch auch für *Verstösse gegen ungeschriebene Rechtsgrundsätze*⁴⁶. So sind namentlich Beschlüsse, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre im Widerspruch stehen, ebenfalls anfechtbar. Wird z. B. bei einer Kapitalerhöhung das Bezugsrecht einzelner Aktionäre ohne sachlichen Grund eingeschränkt, so kann hiegegen nach Art. 706 OR wegen Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgegangen werden.

2. In den vorliegenden Zusammenhang gehört das kontroverse *Problem der irrtümlichen Stimmabgabe* im Rahmen der Beschlussfassung einer Generalversammlung.

Unbestritten ist, dass dem Irrtum zum vor herein nur dann erhebliche Bedeutung zukommt, wenn er im Sinne der Art. 23 ff. OR wesentlich ist und zudem die Beschlussfassung massgeblich beeinflusste, der Beschluss also ohne den Irrtum anders ausgefallen wäre⁴⁷. Im übrigen aber gehen die Auffassungen auseinander. Nach der einen Meinung genügt es, dass sich der Irrtum innert der Jahresfrist des Art. 31 OR auf den Irrtum beruft. Dadurch falle die Stimmabgabe und damit auch der Beschluss dahin⁴⁸. Nach einer anderen Meinung muss hingegen der Beschluss innert der Zwei-monatsfrist des Art. 706 OR angefochten werden⁴⁹.

³⁸ *Bürgi*, N. 50 zu Art. 706 OR, *Fritz v. Steiger*, 211; Der Anfechtende müsse Aktionär sein «sowohl zur Zeit des Beschlusses wie im Zeitpunkt der Anhebung der Klage»; *Schucany*, N. 1 zu Art. 706 OR.

³⁹ v. *Greyerz*, 193; *Rohrer*, 73f.

⁴⁰ *Ensslin*, 113/c und 117.

⁴¹ Vorausgesetzt ist ein *persönliches* Anfechtungsinteresse, wogegen ein solches nicht vorausgesetzt ist, solange jemand Aktionär ist. Diesfalls kann die Anfechtung vielmehr auch zur Wahrung von reinen Gesellschaftsinteressen vorgenommen werden (BGE 75 II 154, *Bürgi*, N. 58 zu Art. 706 OR). Selbstverständliche Schranke des Anfechtungsrechts bildet das Rechtsmissbrauchsverbot (vgl. BGE 107 II 182 E. 2; *Bürgi*, N. 60 zu Art. 706 OR). Daher besteht die Klageberechtigung nicht für jenen Aktionär, der dem angefochtenen Beschluss (irrtumsfrei) zugestimmt hat (*Bürgi*, N. 60 zu Art. 706 OR). Nichtteilnahme an der Generalversammlung schliesst hingegen das Anfechtungsrecht nicht aus (BGE 74 II 41 ff.).

⁴² *Eugen Huber*, Vorlage an das schweizerische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1919, 129.

⁴³ Nach der Botschaft betr. Revision der Titel XXIV bis XXXIII des OR vom 21. Februar 1928 hat sich der Bundesrat «unbedenklich für das Anfechtungsrecht jedes Aktionärs» entschieden (BBl 1928 I 251).

⁴⁴ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, 278 unten; a. A. wohl BGE 96 II 24.

⁴⁵ Nach dem Wortlaut von Art. 706 OR sind einzig die Aktionäre und die Verwaltung anfechtungsbefugt. Nach zutreffender Auffassung (z. B. *Nobel*, 65, unter Hinweis auf ZR 39 Nr. 97; *Bürgi*, N. 51 zu Art. 706 OR) steht diese Befugnis jedoch auch den Nutzniessern von Aktien offen.

⁴⁶ Zum Beispiel BGE 91 II 300, 69 II 248. Die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze werden z. T. auch unter den Begriff des «Gesetzes» im Sinne von Art. 706 OR subsumiert (so BGE 100 II 386/7).

⁴⁷ Zum Beispiel *Werner v. Steiger*, 280; *Wohlmann*, 413.

⁴⁸ So *Wohlmann*, 413; v. *Steiger*, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 809 OR.

⁴⁹ v. *Greyerz*, 189.

Bei der Lösung des aufgeworfenen Problems greifen schuld- und aktienrechtliche Überlegungen ineinander über: Der irrende Aktionär hat nach Art. 31 OR vorzugehen. Dadurch fällt die Stimmabgabe dahin. Das bedeutet – ex post gesehen –, dass bei Ermittlung des Generalversammlungsbeschlusses Stimmen berücksichtigt wurden, die sich nun im nachhinein als ungültig erweisen und die deshalb nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Dieser Mangel ist vom Aktionär nach Art. 706 OR geltend zu machen. Die Berücksichtigung der ungültigen Stimmen hat also nicht ohne weiteres Ungültigkeit des Beschlusses zur Folge, sondern vielmehr nur auf (fristgerechte) Klage hin. Das ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Gesetz, lässt sich aber mittelbar aus Art. 691 Abs. 3 OR ableiten. Diese Bestimmung betrifft den Fall, da nicht stimmberechtigte Personen an der Generalversammlung mitstimmten und diese Mitwirkung die Beschlussfassung massgeblich beeinflusste. Sie sieht Anfechtbarkeit des betreffenden Beschlusses vor. Der Umstand, dass bei der Beschlussermittlung ungültige Stimmen (diejenigen der Nichtstimmberechtigten) mitgezählt wurden, zieht also nicht automatisch die Ungültigkeit des Beschlusses nach sich. Vielmehr ist der Beschluss gültig, wenn auch anfechtbar. Gleich muss es sich in dem hier interessierenden Fall der irrümlichen Stimmabgabe verhalten: Dass gewisse infolge Irrtums ungültige Stimmen bei der Ermittlung des Beschlusses mitgezählt wurden, kann nur dessen Anfechtbarkeit bewirken.

Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Generalversammlungsbeschluss infolge Irrtums bei der Stimmabgabe nur zu Fall gebracht werden kann, wenn sich der betroffene Aktionär innert der Jahresfrist des Art. 31 OR auf den Irrtum beruft und zudem innert der Zweimonatsfrist des Art. 706 OR den Beschluss anfecht.

C. Anfechtungsfrist⁵⁰

1. Das Erfordernis, die Anfechtungsklage innert bestimmter Frist einzureichen, besteht erst seit der OR-Revision aus dem Jahre 1937. Früher konnte die Anfechtungsklage zeitlich unbeschränkt erhoben werden⁵¹.

Art. 706 Abs. 4 OR sieht nun vor, dass die Anfechtungsklage innert zwei Monaten seit der

Generalversammlung angehoben werden muss⁵². Die Klagefrist beginnt also mit der Generalversammlung und endet nach zwei Monaten. Eine Erstreckung der Frist ist – wie allgemein bei Klagefristen⁵³ – ausgeschlossen.

2. Die zweimonatige Klagefrist ist durch Klageanhebung zu wahren. Als Klageanhebung gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «diejenige prozesseleitende oder -vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum erstenmal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft»⁵⁴.

a) Unter den so umschriebenen Begriff der Klageanhebung fällt vorab die *Rechtshängigmachung der Klage* beim Gericht. Gemeint ist beim zuständigen Gericht. Die Anrufung eines unzuständigen Richters genügt nur in zwei Ausnahmefällen⁵⁵:

– 1. Fall: Das angerufene Gericht tritt auf die Klage nicht ein, überweist sie jedoch dem zuständigen Gericht und dieses tritt darauf ein, ohne dass die Rechtshängigkeit unterbrochen worden wäre.

Dasselbe gilt, wenn keine Klageüberweisung durch das Gericht erfolgt, jedoch der Kläger ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit beim zuständigen Gericht Klage erheben kann und auch tatsächlich erhebt (BGE 75 III 73 ff.).

– 2. Fall: Das angerufene (unzuständige) Gericht tritt auf die Klage nicht ein, und zwar nach Ablauf der Frist des Art. 706 OR. Diesfalls beginnt im Zeitpunkt des Nichteintretensentscheids eine Frist von 60 Tagen zur Klageeinleitung beim zuständigen Gericht. Wird diese Frist eingehalten, so ist auch die Frist des Art. 706 OR – durch die Klageerhebung beim unzuständigen Gericht – gewahrt.

Das Bundesgericht stützt diesen zweiten Ausnahmefall auf Art. 139 OR ab. Diese Bestimmung findet zwar unmittelbar nur auf Verjährungsfristen Anwendung, seit BGE 45 II 524 wird sie jedoch auf Verwirkungsfristen analog zur Anwendung gebracht⁵⁶.

⁵² Innert dieser Frist müssen alle Anfechtungsgründe vorgebracht werden. «Es läge nicht im Sinne der in Art. 706 OR getroffenen Ordnung der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, wenn man zuliesse, dass der Klageberechtigte sich in der fristgerecht angehobenen Anfechtungsklage auf die Anrufung einzelner Anfechtungsgründe beschränken, weitere dagegen erst nach Jahr und Tag ... vorbringen könnte» (BGE 86 II 87 unten/88).

⁵³ Vogel, 61.

⁵⁴ BGE 98 II 181.

⁵⁵ Vgl. Vogel, 63f.

⁵⁶ Einzelheiten bei Vogel, 63 unten 64.

⁵⁰ Siehe dazu neben den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern noch SAG 1957/58 86 ff., und SAG 1959/52 95 ff.

⁵¹ Schluemp, Die wohlverordneten Rechte, 277.

b) Neben dem Rechtshängigmachen der Klage gilt unter Umständen schon die *Einleitung des Sühneverfahrens* als Klageanhebung. Dies trifft in zwei Fällen zu⁵⁷:

- Einmal, wenn der Sühnebeamte nach fehlgeschlagener Sühneverhandlung den Sühneausweis von Amtes wegen dem erkennenden Gericht zu überweisen hat.
- Zum zweiten, wenn die Gültigkeit des Sühneausweises befristet ist und der Kläger innert der Frist die Klage rechtshängig macht. Lässt der Kläger die Frist ungenutzt verstreichen, so gilt die Ladung zum Sühneversuch nicht als fristwährend. Dasselbe gilt, wenn die Gültigkeit des Sühneausweises nach dem anwendbaren Prozessrecht unbefristet ist⁵⁸.

c) Fraglich ist, ob die Frist des Art. 706 OR auch durch ein *Begehren um vorsorgliche Massnahmen* gewahrt werden kann. Das Bundesgericht hat dies in BGE 110 II 390 f. verneint, allerdings nur für den Fall, dass die Anträge im Massnahmebegehren und diejenigen in der Anfechtungsklage nicht identisch sind. Ob bei Identität der Anträge bereits ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen fristwährend wirken würde, hat es offengelassen. Diese Rechtsprechung ist in der Lehre⁵⁹ auf Kritik gestossen. Es wird geltend gemacht, wenn der Anfechtungskläger den Erlass vorsorglicher Massnahmen erwirke, so werde ihm vom Richter Frist angesetzt zur Einreichung der Anfechtungsklage. Werde nun innert dieser Frist Klage angehoben, so müsse bereits das Begehren um vorsorgliche Massnahmen als Klageanhebung im Sinne von Art. 706 OR gelten.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie bedeutet ja letztlich nichts anderes als die Übertragung der Rechtsprechung zur Fristwahrung durch ein Sühnebegehren auf Massnahmebegehren.

III. Ausblick: die aktienrechtliche Anfechtungsklage de lege ferenda

1. Mit Botschaft vom 23. Februar 1983 hat der Bundesrat dem Parlament einen Gesetzesentwurf zur Revision des Aktienrechts unterbrei-

tet⁶⁰. Die aktienrechtliche Anfechtungsklage wird darin keiner grundlegenden Neuordnung unterzogen. Immerhin enthält der Entwurf drei neue Bestimmungen: Art. 660, 660 a und Art. 706 Abs. 4.

Art. 660 des Entwurfs befasst sich mit der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, allerdings nicht generell, sondern nur im Zusammenhang mit dem Schutz der Aktionärsrechte. Art. 660 a umschreibt sodann typische Anfechtungstatbestände, aber wiederum nur mit Bezug auf den Schutz der Aktionärsrechte. Schliesslich bringt Art. 706 Abs. 4 des Entwurfs eine im geltenden Recht fehlende Regelung der Haftung für Prozesskosten⁶¹.

2. Die zwei zuerst erwähnten Bestimmungen geben nach der bundesrätlichen Botschaft lediglich den Stand der heutigen Lehre und Rechtsprechung wieder⁶². Von praktischer Bedeutung dürfte somit einzig Art. 706 Abs. 4 des Entwurfs sein. Diese Bestimmung betrifft, wie gesagt, die Tragung der Prozesskosten, und zwar bei Abweisung einer Anfechtungsklage. Die kantonalen Prozessgesetze machen die Kostentragung regelmässig einzig vom Prozessausgang abhängig. Die unterliegende Partei trägt das ganze Kostenrisiko. Ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt. Auch keine Widerrechtlichkeit. Denn die unterliegende Partei trägt das Kostenrisiko auch dann, wenn sie zur Prozessführung durchaus berechtigt war, ihr also nicht der Vorwurf gemacht werden kann, rechtsmissbräuchlich prozessiert zu haben⁶³.

Diese strenge Kausalhaftung ist gekoppelt mit einer ebenso rigorosen Berechnung der Prozesskosten. Diese richten sich nach den meisten kantonalen Prozessordnungen nach dem Streitwert⁶⁴, und dieser wird nicht nach dem Interesse des anfechtenden Aktionärs, sondern nach dem Interesse der Gesellschaft

⁶⁰ BBl 1983 II 745 ff.

⁶¹ Der geltende Abs. 4 von Art. 706 OR (Klagefrist) wird neu Abs. 2; der geltende Abs. 2 wird fallengelassen bzw. in Art. 660 a des Entwurfs integriert (vgl. *Homburger*, 77). Abs. 3 bleibt (abgesehen von einer unwesentlichen redaktionellen Straffung) unverändert; dasselbe gilt für Abs. 1 und 5.

⁶² So auch *Homburger*, 75.

⁶³ Rechtsmissbräuchliches Prozessieren stellt den Hauptfall widerrechtlichen Prozessierens dar. Vgl. *Casanova*, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Fribourg 1982; *ders.*, BR 1986 75 ff.

⁶⁴ Jedoch nicht notwendig; vgl. BGE 107 II 181 E. 1; Das Kantonsgericht Wallis hatte den Anfechtungsprozess als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit aufgefasst.

⁵⁷ *Vogel*, 62.

⁵⁸ Das Sühnebegehren ist allerdings nach den kantonalen Prozessordnungen durchwegs befristet (*Vogel*, 62 Anm. 15).

⁵⁹ *Vogel*, 64 ff.

bestimmt⁶⁵. Den Anfechtungskläger trifft daher ein enormes Prozesskostenrisiko⁶⁶.

Dieses soll nun durch die Regel gemildert werden, dass der Richter die Kosten bei Abweisung der Anfechtungsklage nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger verteilt. Nur dies ist vorgesehen. Hinsichtlich der Streitwertberechnung schreibt Art. 706 Abs. 4 des Entwurfs nichts vor; insoweit bleiben also die Kantone nach wie vor frei. Mit andern Worten wird nur die *Verlegung* der Prozesskosten bundesrechtlich geordnet, nicht auch deren *Berechnung*⁶⁷.

Die vorgesehene Neuregelung entspricht einem alten Postulat. Schon *Hugo Oser* hatte in der Expertenkommission zur Revision des Ak-

⁶⁵ *Forstmoser/Meier-Hayoz*, 166; *Bürgi*, N. 63 zu Art. 706 OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁶ Zum Beispiel *Forstmoser/Meier-Hayoz*, 166; *Hirsch*, 66.

⁶⁷ Vgl. *Homburger*, 78.

tenrechts aus dem Jahre 1937 einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet⁶⁸, war damit jedoch nicht durchgedrungen. Die Ablehnung erfolgte namentlich mit Rücksicht auf die kantonale Prozesshoheit⁶⁹. Diese ist zugegebenermassen tangiert. Der Eingriff rechtfertigt sich jedoch, weil bei der heutigen Rechtslage die Gefahr besteht, dass viele Anfechtungsklagen allein aus Kostengründen nicht erhoben werden⁷⁰. Die reibungslose Durchsetzung des materiellen Bundesrechts erlaubt daher eine Regelung der vorgesehenen Art⁷¹.

⁶⁸ Protokoll Expertenkommission 1928, 336, 342.

⁶⁹ Protokoll Expertenkommission 1928, 337.

⁷⁰ Die Zahl der Anfechtungsprozesse ist relativ gering. Man kann jedoch «nichts Verkehrteres sagen als das, die sehr kleine Zahl von Anfechtungsprozessen beweise die Belanglosigkeit der Anfechtungsklage als Werkzeug des Aktionärsschutzes. Wahr ist vielmehr, dass die vorbeugende Wirkung der Anfechtungsklage insbesondere im Blick auf den Minderheitenschutz schlechterdings nicht überschätzt werden kann» (*Kummer*, Berner Tage für die juristische Praxis 1972, Bern 1972, 95).

⁷¹ Siehe in allgemeinerem Zusammenhang z.B. *Guidener* (Fn. 19), 64 ff.

Dr. *Felix Schöbi*, Bern

Bemerkungen zur sogenannten «Höchstpersönlichkeit» des Wohnrechts

I. Einleitung

1. Das Wohnrecht ist weder übertragbar noch vererblich (Art. 776 Abs. 2 ZGB). Es gilt als «höchstpersönlich»¹. Daraus leitet die herrschende Lehre ab, dass die vom Wohnrecht erfassten Räume nicht vermietet werden dürfen². Das Wohnrecht verleiht einzig dem im Begründungsvertrag³ erwähnten Wohnrechtsberechtigten die Befugnis, in einem Gebäude oder in einem Teile eines solchen zu wohnen (Art. 776 Abs. 1 ZGB). Sofern es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, darf der

Wohnrechtsberechtigte dabei seine Familienangehörigen und Hausgenossen zu sich in die Wohnung aufnehmen (Art. 777 Abs. 2 ZGB).

2. Im folgenden wird die «Höchstpersönlichkeit» des Wohnrechts genauer untersucht (II). Soweit dabei die «Höchstpersönlichkeit» des Wohnrechts bejaht wird, ergeben sich daraus besondere Probleme, die der vorliegende Aufsatz aufzeigt (III) und zu lösen versucht (IV und V). Nicht eingegangen wird auf die (theoretisch sehr anspruchsvolle) Frage, ob zwischen einer übertragbaren Personaldienstbarkeit (Art. 781 Abs. 2 ZGB) und einer nicht übertragbaren Personaldienstbarkeit ohne «Höchstpersönlichkeit» (Art. 758 Abs. 1 ZGB) strukturelle Unterschiede bestehen⁴.

¹ Vgl. *Paul Piolet*, Dienstbarkeiten und Grundlasten, SPR V/1, Basel 1977, 642; *Felix Zurbriggen*, Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB), Diss. iur. Freiburg, Bern 1981, 157; *Max Heinz*, Das dingliche Wohnrecht, Diss. iur. Bern, Bern 1970, 15 f.

² Neben den Autoren, die in Fn. 1 erwähnt worden sind, vgl. *Hans Michael Riemer*, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. 2, Bern 1986, N. 10 zu § 13; *Carl Mugglin*, Das dingliche Wohnrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, 164. Heft, Bern 1940, 21 ff.; *Peter Tuor/Bernhard Schnyder*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., Zürich 1986, 720 f.

³ Vgl. zu den Möglichkeiten der nicht vertraglichen Begründung des Wohnrechts *Mugglin* (Fn. 2) 31 ff. Die folgenden Überlegungen gelten – mutatis mutandis – auch in diesen Fällen.

⁴ Ausführlich zur herrschenden Lehre, die solche Unterschiede bejaht, *Gian Luigi Buetti*, Il diritto di usufrutto e la cessione del suo esercizio nella legislazione svizzera, Diss. iur. Bern, Locarno 1945, 23 ff. und 39 ff. Vgl. auch BGE 113 II 121 ff., E. 2, S. 125: «Certes, l'usufruit comme tel est incessible [...]. Mais son exercice est transférable à un tiers, car il ne s'agit pas ici d'un droit éminement personnel (art. 758 al. 1 CC).»