

VON DER ATYPISCHEN AKTIENGESELLSCHAFT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Festgabe Franz Josef Jeger, Solothurn 1973, S. 563-580. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat*, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 251 ff.

[563] In der Festgabe für Regierungsrat Max Obrecht¹ hat Prof. Walter R. Schlupe als erster Schweizer Autor "die methodologische Bedeutung des Typus im Recht" eingehend dargelegt. Es sei gestattet, in der Festgabe, die dem Amtsnachfolger von Max Obrecht gewidmet ist, das Thema "Typus" erneut aufzugreifen. In der Zwischenzeit hat das einschlägige schweizerische Schrifttum einen bedeutenden Umfang angenommen². Vieles wurde geklärt. Manches ist noch streitig. Im folgenden sei die Diskussion anhand von zwei Einzelfragen weitergeführt. Beide Fragen betreffen die atypische Aktiengesellschaft; die eine die Zweimann-, die andere die Einmann-AG. Voranzuschicken sind einige allgemeine Feststellungen über die atypische AG.

I. Allgemeines über die atypische Aktiengesellschaft

1. Das Begriffspaar "typisch-atypisch" betrifft die einzelne AG als Tatbestand der sozialen Wirklichkeit, und zwar ihr Verhältnis zum Gesetz. Die atypische AG hat mit der typischen gemein, daß sie alle gesetzlichen Begriffsmerkmale der AG aufweist. Zum Unterschied von der typischen AG fehlen ihr aber einzelne oder alle Typmerkmale. Darunter sind tatbeständliche Elemente des Lebensverhältnisses "Aktiengesellschaft" zu verstehen, die durch zweierlei gekennzeichnet sind: Einerseits hat sie der Gesetzgeber nicht zu Begriffsmerkmalen erhoben, so daß sie nicht zum Normtatbestand "Aktiengesellschaft" gehören, folglich auch nicht zum Inhalt von Normen (Geboten oder Verboten). Andererseits hat sich aber der Gesetzgeber ihr Vorhandensein in der sozialen Wirklichkeit – bei gegenwärtigen oder zukünftigen Aktiengesellschaften – vorgestellt und deshalb die Normen des Aktienrechts so gestaltet, daß sie für Gesellschaften passen, bei denen diese tatbeständlichen Elemente gegeben sind.

¹ Solothurn 1961.

² In chronologischer Reihenfolge sind anzuführen: *Cafilisch*, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG, Diss. Zürich 1961; *Widmer K.*, Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung ..., Diss. Zürich 1962; *Peyer*, Die Zweimann-AG, Diss. Zürich 1963; *Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85, 1966, II. Hbbd., insbes. S. 469 ff.; *Koller*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg 1967; *Jolidon*, Problèmes de structures dans le droit des sociétés, Portée et limites de la théorie des types, ZSR 87, 1968, II. Hbbd., S. 427 ff.; *Mengiardi*, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, Zur Bedeutung der Typuslehre ..., ZSR 87, 1968, II. Hbbd., S. 1 ff.; *Meier-Hayoz*, Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, in Festschrift f. Walther Hug, Bern 1968; *Wohlmann*, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, S. 73 ff.; *Teitler*, Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1969, S. 55 ff.; *Forstmoser*, Großgenossenschaften, Diss. Zürich 1970, S. 162 ff.; *Richard*, Atypische Kommanditgesellschaften, Diss. Zürich 1971; *Meier-Hayoz/Schlupe/Ott*, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 90, 1971, I. Hbbd., S. 293 ff.; *Meier-Hayoz*, Zur Typologie im Aktienrecht, in: *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe f. W. F. Bürgi, Zürich 1971; *Ott*, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 1972.

[564] Somit ist der typischen AG wesentlich, daß sie einer Modellvorstellung, einem Leitbild des Gesetzgebers entspricht, während dies bei der atypischen AG nicht in jeder Hinsicht zutrifft. In verkürzender Ausdrucksweise kann das *Leitbild* selber als *gesetzlicher Typ* der AG bezeichnet werden. Alsdann bezieht sich aber der Ausdruck "Typ" nicht mehr (unmittelbar) auf die soziale Wirklichkeit, sondern eben auf die Vorstellung des Gesetzgebers.

Daß es einen solchen gesetzlichen Typ gibt, ist bekanntlich streitig. Ob dem Streit darf aber das Unbestreitbare nicht übersehen werden:

Einmal läßt sich gegen die Annahme eines gesetzlichen Typs sicher nicht einwenden, das Gesetz selber gestatte Typabweichungen. Denn, wie eben erwähnt, ist den Typmerkmalen eigen, daß sie nicht Begriffsmerkmale sind, folglich nicht Inhalt von Normen, sondern nur Bestandteile der normbildenden Vorstellung des Gesetzgebers. Es gehört also gerade zum Wesen eines gesetzlichen Typs, daß das Gesetz Typabweichungen im Rahmen des gesetzlichen Begriffs zuläßt.

Ebenso unbegründet ist der Einwand, die Häufigkeit der (angeblich) atypischen Aktiengesellschaften beweise, daß es keinen gesetzlichen Typ gebe. Denn die Gleichsetzung des Typischen mit dem Häufigsten beruht auf einem besonderen Begriff des Typus, der gerade nicht verwendet wird, wenn vom gesetzlichen Typ die Rede ist. Dieser besteht, wie eben erwähnt, in einer Modellvorstellung des Gesetzgebers. Er ist also, für sich genommen, ein reines Denkgebilde. Allerdings bezieht sich die Vorstellung auf die soziale Wirklichkeit. Aber sie kann sich sehr wohl in der Vorstellung einer erst erwarteten zukünftigen Entwicklung dieser Wirklichkeit erschöpfen; und wird sie, was allerdings die Regel ist, aus der zur Zeit des Normerlasses schon vorhandenen sozialen Wirklichkeit gewonnen, so braucht sie durchaus nicht dem zu dieser Zeit häufigsten Fall zu entsprechen.

Unbestreitbar ist andererseits, daß der gesetzliche Typ schwer zu bestimmen ist. Dies schon deshalb, weil er, wie erwähnt, nicht zum Norminhalt gehört und daher vom Gesetz nicht umschrieben wird. Dann auch aus dem doppelten Grunde, daß die einzelnen Typmerkmale mehr oder weniger ausgeprägt und daß die einzelnen Regeln des Gesetzes durch sie mehr oder weniger stark bestimmt sind.

Ungeachtet dieser Schwierigkeit steht aber bei der AG wenigstens *ein* Typmerkmal fest: Zur typischen AG gehört eine *größere Zahl von Aktionären*. Denn das Gesetz sieht für die AG die körperschaftliche Organisation vor, und zwar zwingend, so daß ihr jede AG unterworfen ist. Nun aber ist die Körperschaft eine Organisationsform, die anerkanntermaßen eine "Personenvielheit" voraussetzt³. Für eine "Personenverbindung" (ZGB Art. 52) mit wenigen Mitgliedern ist sie weder geeignet noch notwendig. Wenn daher [565] der Gesetzgeber die AG als Rechtsinstitut mit der körperschaftlichen Organisation ausstattete, so zwingt dies zur Annahme, daß er sich eine AG mit zahlreichen Aktionären vorstellte. Nach seinem Leitbild ist die AG ein "korporativer Verein"⁴, wobei auch das Wort "Verein" die Vorstellung einer größeren Zahl von Personen einschließt.

Die erwähnte Schwierigkeit, den gesetzlichen Typ zu bestimmen, zeigt sich aber darin, daß es nicht möglich ist, die Mindestzahl der für eine Körperschaft erforderlichen Personen zahlenmäßig festzusetzen. Das Leitbild erlaubt nur die folgende Aussage: Je geringer die Zahl der Mitglieder, um so unpassender die körperschaftliche Organisation. In dieser Hinsicht kommt nun aber das Gesetz zu Hilfe: Indem es für die Gründung der AG unter allen Umständen wenigstens drei Aktionäre fordert (Art. 625 Abs. 1 OR), präzisiert es das Mindestfordernis selber, und zwar offenbar deshalb, weil jedenfalls bei weniger als drei Aktionären die vorgeschriebene körperschaftliche Organisation jeglichen Sinn verliert; ein anderer Grund für die Mindestzahl ist nicht ersichtlich. Sicher sind somit Zwei- und Einmangesellschaften atypisch. Da nun gerade solche Gesellschaften massenhaft vorkommen, steht trotz der Schwierigkeit der Typbestimmung fest, daß ein großer Teil der bestehenden Gesellschaften atypisch ist.

Diese Feststellung läßt sich nicht aus der Welt schaffen mit dem (an sich richtigen) Hinweis, das

³ Vgl. *Gutzwiller*, in: Schweiz. Privatrecht II, Basel 1967, S. 449; *Siegwart*, Vorbem. zu Art. 530-551, N 17.

⁴ Botschaft 1879 zum aOR, S. 70 ff.

Gesetz ermögliche die Entstehung kleinerer Aktiengesellschaften "mit personenrechtlichem Einschlag" und der Gesetzgeber trage "personengesellschaftlichen Gesichtspunkten" Rechnung (BGE 95 II 560 f.). Denn der personengesellschaftliche Charakter ist zum Teil überhaupt nur tatsächlicher Art (wie etwa die hauptamtliche Mitarbeit der meisten Aktionäre in der Geschäftsleitung, die verwandtschaftlichen Beziehungen unter den Aktionären, das Fehlen eines Handels mit Aktien⁵). Soweit er in aktienrechtlichen Normen zum Ausdruck kommt (indem diese gestatten, Aktien zu vinkulieren und Stimmrechtsaktien zu schaffen), verträgt er sich sehr wohl mit einer größeren Zahl von Aktionären, kommt doch die Vinkulierung sogar bei Publikumsgesellschaften vor. Niemand kann daher im Ernst behaupten, der bei kleinern Gesellschaften (mit drei und mehr Aktionären) fast zwangsläufig gegebene und vom Gesetz in der Tat zugelassene "personenrechtliche Einschlag" schließe es aus, die Extremfälle der Zwei- und der Einmann-AG als atypisch zu bezeichnen. Die Atypizität ist im Gegenteil sogar eine qualifizierte. Denn nach den eigenen Worten des Gesetzes befindet sich eine AG mit weniger als drei Aktionären nicht in einem "gesetzmäßigen Zustand" (Art. 625 Abs. 2). Die Zwei- und die Einmann-AG sind, wegen ihrer Atypizität, vom Gesetz nur geduldet, und auch dies nur bedingt, für solange, als niemand die Auflösungsklage erhebt.

[566] 2. Einer besondern Bemerkung bedarf in diesem Zusammenhang die *Einmann-AG*. Streng genommen ist sie nicht nur atypisch, sondern begriffswidrig. Versteht man nämlich den Bestandteil "Gesellschaft" des Wortes "Aktiengesellschaft" (Art. 620 Abs. 1 OR) im üblichen Sinn einer "Verbindung von zwei oder mehreren Personen" (Art. 530 Abs. 1), so ist die AG eine Verbindung von mindestens zwei Aktionären. Alsdann ist die Einmann-AG, weil keine Gesellschaft, gar keine AG im Sinne des Gesetzes⁶. Wenn das Gesetz trotzdem die Einmann-AG (bedingt) duldet (Art. 625 Abs. 2), so durchbricht es den eigenen Gesellschaftsbegriff und folgt einem zweiten (Neben-)Begriff der AG. Bei diesem ist die "Aktiengesellschaft" wörtlich verstanden: als Gesellschaft nicht von Personen, sondern von Aktien, also von unpersönlichen Kapitalteilen. Diese können dann auch nur durch eine einzige Person repräsentiert werden. Dem Aktienrecht liegen somit zwei einander durchdringende Denkmodelle zu Grunde: das der Gesellschaft von Aktionären, die körperschaftlich organisiert sein muß, und das der Gesellschaft von Aktien, welche dieser Organisation nicht bedarf⁷. Die Einmann-AG widerspricht nur dem ersten, nicht dem zweiten Modell. Das erklärt ihre Duldung durch das Gesetz. Da aber das Gesetz einzig Beziehungen unter Menschen zu regeln hat (nicht Beziehungen unter Kapitalteilen), kommt dem Denkmodell "Gesellschaft von Aktien" nur Hilfscharakter zu (gleich wie etwa der Denkfigur des Eigentümerschuldbriefes). Daher bleibt es dabei, daß der Einmann-AG ein Begriffselement der AG, der Gesellschaftscharakter, abgeht. Schon aus diesem Grunde stoßen bei ihr die Vorschriften, die nicht nur eine einfache Gesellschaft von Aktionären, sondern sogar deren körperschaftliche Organisation voraussetzen, ins Leere.

II. Die Stichentscheid-Regel bei der Zweimann-AG

Zur Diskussion steht einzig die "paritätische" Zweimann-AG⁸: Die zwei Aktionäre sind am Grundkapital je zur Hälfte beteiligt, und ihren Aktien kommt die gleiche Stimmkraft zu. Bei einer solchen AG kann sich an der Generalversammlung sehr leicht Stimmgleichheit ergeben. Alsdann stellt sich zunächst die Frage, ob (bei Schweigen der Statuten) dem Vorsitzenden – der selber als Aktionär die Hälfte der Stimmen abgegeben hat – kraft dispositiver Gesetzesvorschrift der Stichentscheid zusteht. Diese Frage ist, wie niemand bestreitet, zu verneinen. Nicht so einfach ist

⁵ *Meier-Hayoz*, Festschrift Hug, S. 384 f.

⁶ In diesem Sinne bereits *Schönle*, Die Einmann- und Strohmangesellschaft, Diss. Freiburg 1957, S. 15 ff.; *derselbe*: SAG 32, 1959/60 S. 108 ff.

⁷ Vgl. *Jäggi*, Zum Verfahren bei der Erhöhung des Aktienkapitals, in: Festgabe W. F. Bürgi, Zürich 1971, 196 f. [siehe in diesem Band S. 349 f.].

⁸ *Peyer*, a.a.O., S. 14

eine zweite Frage zu beantworten: Dürfen die Statuten dem vorsitzenden Aktionär den Stichentscheid zuweisen oder widerspräche eine solche Regel zwingendem Gesetzesrecht? Sicher gibt das Gesetz hierauf keine ausdrückliche Antwort, [567] weshalb sich unsere Frage dahin zuspitzt, ob eine statutarische Stichentscheid-Regel dem Sinn und Geist des Aktienrechts widerspricht oder, was auf dasselbe hinausläuft, mit dem "Wesen" der AG oder mit einem "ungeschriebenen" Grundsatz des Aktienrechts unvereinbar und daher unzulässig ist.

Die Antwort erfordert eine Auslegung des Gesetzes. Diese kann nicht anders als typgerecht sein. Steht nämlich fest, daß es einen gesetzlichen Typ gibt – wenigstens was die Zahl der Aktionäre anbetrifft (hievon I, 1) –, so läßt sich auch das *Postulat der typgerechten Auslegung*⁹ nicht bezweifeln. Denn es folgt unmittelbar aus dem Wesen der Auslegung: Diese hat den im Gesetz ausgedrückten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Nun beruht jeder Wille auf einer Vorstellung der durch den Willen zu gestaltenden Verhältnisse. Der Wille des Gesetzgebers beruht folglich auf der Vorstellung einer erwarteten (und gewöhnlich schon vorhandenen) gesellschaftlichen Wirklichkeit (hievon I, 1). Wer daher den Willen des Gesetzgebers ermittelt, muß auch die Vorstellungen kennen, von denen sich der Gesetzgeber bewußt oder unbewußt leiten ließ. Wenn sich der Auslegende in diese Vorstellungen hineindenkt, tritt für ihn der Wille des Gesetzgebers plastisch hervor. Der Auslegende wird sich dann aber auch bewußt, wie beschränkt und unklar diese Vorstellungen oft sind, wie häufig ein zu beurteilender Tatbestand von ihnen abweicht, welche enge Grenzen der Auslegung daher gezogen sind und wie leicht die Auslegung in eine lückenausfüllende Ergänzung des Gesetzes umschlägt.

Das sei zunächst anhand einer nicht-gesellschaftsrechtlichen Norm veranschaulicht: Art. 55 OR beruht unausgesprochen, aber offensichtlich auf der Vorstellung eines kleingewerblichen Betriebs. Bei diesem versteht es sich von selbst, daß sich der Geschäftsherr persönlich mit der "Auswahl oder Beaufsichtigung seiner Leute"¹⁰ beschäftigt. Daher bezieht der Wortlaut von Art. 55 den Hauptentlastungsbeweis ganz selbstverständlich nur auf den Geschäftsherrn persönlich: "daß er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe". Die Frage, ob der Geschäftsherr auch dann haftete, wenn ein dem Schädiger unmittelbar vorgesetzter Funktionär (Vorarbeiter, Werkmeister) unsorgfältig war, betrifft einen vom Gesetzgeber nicht vorgestellten größeren Betrieb und ist deshalb vom Gesetz gar nicht beantwortet. Sie ist denn auch streitig geworden¹¹. Die heute herrschende (und zutreffende) Ansicht, der Geschäftsherr haftete auch für mangelnde Sorgfalt seines Betriebskaders¹², ist bereits nicht mehr Auslegung des an sich klaren (und engen) Wortlautes, sondern Ergänzung des Gesetzes.

Bei unserer Frage nach der Zulässigkeit einer Stichentscheid-Regel sind die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Organisation der AG in ihrer Gesamtheit, als Sinn Ganzes, auszulegen. Um den in ihnen ausgedrückten [568] Willen des Gesetzgebers zu erkennen, muß sich der Auslegende in die Modellvorstellung einer AG mit zahlreichen Aktionären hineindenken. Alsdann belebt sich die Szene: Wenn wir uns eine Generalversammlung vorstellen, sehen wir uns einer Vielzahl von Aktionären gegenüber. Vor ihnen thront der Vorsitzende, der die Verhandlungen leitet, insbesondere Abstimmungen und Wahlen durchführt. Dürfen ihn die Statuten mit dem Recht des Stichentscheides ausstatten? In der eben angedeuteten "Ambiance" fällt uns die Antwort nicht etwa leicht. Vielmehr zeigt die typgerechte Auslegung folgendes: In der typischen AG ist der Gleichstand der Stimmen an der Generalversammlung selten und zufällig¹³. Kommt er vor, so wirft er keine tiefgreifenden Rechtsprobleme auf. Verwehren wir dem Vorsitzenden den Stichentscheid, so kann von einer "Gefahr der Beschluß- und Funktionsunfähigkeit" (BGE 95 II

⁹ Über dieses Postulat vgl. *Jäggi*, in SAG 31, 1958/59, 70 [siehe in diesem Band S. 241]; *Koller*, a.a.O., S. 147 ff.; *Meier-Hayoz*, Festgabe Bürgi, S. 254 ff.; *Meier-Hayoz/Schlupe/Ott*, a.a.O., S. 323 ff.; *Ott*, a.a.O., S. 103 ff.; *Forstmoser*, a.a.O., S. 165 ff.

¹⁰ Botschaft 1879 zum aOR, S. 42; vgl. *Gilliard*, ZSR 86, 1967, II. Hbbd., S. 296.

¹¹ Vgl. *Portmann*, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958, S. 73 f.; *Nater*, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäß OR 55 ..., Diss. Zürich 1970, S. 26 f.

¹² *Oftinger*, Schweiz. Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bd. II/1, Zürich 1960, S. 158 f.

¹³ Vgl. für die Genossenschaft: *Gutzwiller*, N 9 zu Art. 889.

566) nicht die Rede sein. Lassen wir umgekehrt den Vorsitzenden entscheiden, so kann keine Rede davon sein, daß wir ihm damit dauernd "den maßgebenden Einfluß auf die Entwicklung des Unternehmens sichern" (BGE 95 II 567). Somit ergibt die typgerechte Auslegung zunächst, daß die Zulässigkeit einer statutarischen Stichentscheid-Regel eine ausgesprochene *Nebenfrage* ist. Folglich wäre eine gesetzliche Regel hierüber eine Nebenbestimmung, die (für eine typische AG) einzig das Raffinement des Verfahrens erhöhen würde. Gerade deshalb fehlt sie im Gesetz. Denn dieses ordnet bekanntlich das Abstimmungs- und Wahlverfahren an der Generalversammlung nur rudimentär. Es kennt nicht einmal das Amt des Vorsitzenden. Wie soll es da eine Regel über den Stichentscheid enthalten?

Will man aber gleichwohl aus dem "Wesen" der AG eine zwingende Regel ableiten, so drängt sich, wegen der Nebensächlichkeit der Frage, keine der zwei denkbaren Möglichkeiten als schlechthin zutreffende Lösung auf. Stilrein wäre zwar ein Verbot des Stichentscheides. Denn dem Wesen der AG entspricht es, die Stimmkraft nach der Kapitalbeteiligung zu bemessen. Daher ist es systemwidrig, einem Aktionär nur deshalb eine zusätzliche persönliche Stimme zu geben, weil er gerade den Vorsitz führt. Andererseits ist aber diese Systemwidrigkeit bei einer typischen AG so unbedeutend, daß der Gesetzgeber es sich leisten darf, sie zu dulden, sofern, was selten vorkommt, eine typische AG sie für sich als zweckmäßig erachtet¹⁴. Das Endergebnis der typgerechten Auslegung ist somit zwangsläufig ambivalent. Im folgenden werden daher beide möglichen Ergebnisse berücksichtigt.

An diesem Punkt hört die Auslegung auf. Zu beantworten bleibt die Frage, ob das Auslegungsergebnis – habe es diesen oder jenen Inhalt – auf die atypische Zweimann-AG angewendet werden darf oder muß. Die Antwort hierauf erfordert zunächst, daß wir uns die soziale Wirklichkeit dieser AG vorstellen. Alsdann "verdampft" die vielköpfige Generalversammlung der [569] typischen AG zu einer schlichten Zusammenkunft von zwei Personen. Deren Bezeichnung als "Versammlung" widerspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch und grenzt bereits ans Groteske. Erst recht grotesk ist es, den einen von ihnen als "Vorsitzenden" zu bezeichnen, der die aus dem andern Aktionär bestehende "Versammlung" leitet. Wenn sich also die beiden Aktionäre als Generalversammlung ausgeben, so ist dies, rein tatsächlich gesehen, ein ausgesprochenes "Tun als ob", ein die Wirklichkeit übersteigerndes Spiel gemäß dem "Drehbuch" der gesetzlichen Organisationsform, die viel größere Dimensionen voraussetzt. Kurzum: Die "Generalversammlung" der Zwerggesellschaft kommt uns vor wie ein kleiner Gernegroß, der sich den viel zu weiten Zylinder seines Vaters über den Kopf gestülpt hat.

Bei diesem Auseinanderfallen zwischen der gespielten Körperschaft und der Zweimann-Wirklichkeit gewinnt nun aber die statutarische Stichentscheid-Regel eine *ganz andere Bedeutung*. Einmal verfahrensmäßig: Sie soll das Mehrheitsprinzip ersetzen, das für die Willensbildung innerhalb einer Körperschaft fundamental ist, aber bei nur zwei Gesellschaftern überhaupt keinen Sinn hat. Sodann interessemäßig: In der Zweimann-AG besteht ein latenter Dauer-Gegensatz zwischen zwei ständig gleichen Partnern. Der Stichentscheid soll verhindern, daß dieser Gegensatz Gesellschaftsbeschlüsse verunmöglicht. Es geht also gar nicht um die Ordnung des Abstimmungsverfahrens (welche die Verteilung der Stimmkraft als gegeben voraussetzt), sondern vielmehr um die dauernde Verteilung der Stimmkraft, dadurch, daß einer der beiden Aktionäre als Dauer-Vorsitzender bezeichnet wird. Die Zufälligkeit des Stimmen-Gleichstandes, die bei einer körperschaftlichen Stichentscheid-Regel vorausgesetzt wird, ist also in ihr Gegenteil verkehrt: Die Regel soll die Machtverhältnisse innerhalb der AG ein für allemal ordnen.

Wer sich sowohl die Atypizität der Zweimann-AG vergegenwärtigt als auch die ganz andere Bedeutung, die einer Stichentscheid-Regel wegen der Atypizität zukommt, wird bei einem Streit der "zwei Männer" über die Zulässigkeit der Regel nicht herauszufinden suchen, wie das Gesetz diesen Streit entscheidet. Denn der Gesetzgeber hat sich mit dem atypischen Tatbestand und mit der atypischen Problemstellung gar nicht befaßt. Zu beantworten ist eben keine Auslegungsfrage,

¹⁴ In diesem Sinne: *Bär*, a.a.O., S. 431 f.

sondern die bereits zur Lückenausfüllung gehörende Frage, wie ein durch die Atypizität bedingter Streit zu entscheiden ist. Unter diesem Gesichtspunkt bieten sich *drei Lösungsvarianten* an:

Am nächsten liegt es, die Typabweichung zu ignorieren und so zu entscheiden, wie es das typgerecht ausgelegte Gesetz vorschreibt. Die Streitenden sollen sich nicht darauf berufen können, daß die (von ihnen ja frei gewählte) Rechtsform der AG für sie nicht paßt. Diese Variante zerfällt in [570] zwei Subvarianten, je nach den zwei möglichen Ergebnissen der typgerechten Auslegung: Ist die Stichentscheid-Regel unzulässig, so bedeutet das Ignorieren der Typabweichung, daß die Gefahr dauernder Beschlußunfähigkeit in Kauf genommen wird; die Streitparteien haben diese selber verursacht. Mag ihre Gesellschaft unter dem übergestülpten Zylinder ersticken! Ist die Stichentscheid-Regel zulässig, so bedeutet das Ignorieren der Typabweichung, daß die Regel angewendet wird, obwohl sie wegen der Abweichung darauf hinausläuft, den "nichtvorsitzenden" Aktionär der Willkür des "Vorsitzenden" auszuliefern. Denn der Nichtvorsitzende hat sich, gleich wie der Aktionär einer typischen AG, bewußt dem Willen der Mehrheit unterworfen (BGE 95 II 163); daß sich bei einer Zweimann-AG eine "Mehrheit" nur künstlich bilden kann, eben dadurch, daß der Stichentscheid eine typwidrige Bedeutung erhält, wird nicht beachtet. Als Trost bleibt einzig der Hinweis auf den Schutz vor Rechtsmißbrauch (BGE 95 II 562).

Die zweite Variante stellt nicht auf die vorgetäuschte Körperschaft ab, sondern darauf, daß die zwei Aktionäre in Wirklichkeit nur eine Personengesellschaft (ohne persönliche Haftung) bilden wollten. Ihr Streit soll daher gemäß der Interessenlage entschieden werden, welche dieser Wirklichkeit entspricht, also gleich wie bei einer Personengesellschaft, in der sich zwei Gesellschafter gleichberechtigt gegenüberstehen. Gegen diese Variante erheben sich zum vorneherein grundsätzliche Bedenken, da sie der von den Streitenden gewollten Rechtsform Elemente einer andern, allerdings passenden Rechtsform aufpfropft¹⁵. Abgesehen hievon stößt die Variante auf sachliche Hindernisse. Denn bemerkenswerterweise befassen sich die Regeln über die Personengesellschaften (und über die ihnen nahe verwandte GmbH) nicht eigens mit der paritätischen Zweimann-Gesellschaft, folglich auch nicht mit dem dieser eigenen Problem, ob und allenfalls wie bei unaufhebbaren Meinungsverschiedenheiten ein Gesellschaftswille gebildet werden kann. Auch das (schweizerische) Schrifttum beschäftigt sich mit dem Problem nicht näher. Für den Fall von zwei Miteigentümern wird schlicht (und mit Recht) festgestellt, ein Mehrheitsbeschluß sei nicht möglich¹⁶. Offenbar anerkennt die Lehre das Einstimmigkeitsprinzip, das bei den Personengesellschaften ohnehin subsidiär gilt (Art. 534 Abs. 1); die Gefahr der "Funktionsunfähigkeit" scheint sie nicht zu schrecken. Zudem wird die Gefahr, daß das Einstimmigkeitsprinzip den einen Mitgeschafter unter Umständen übermäßig bindet, vom Gesetz wenigstens im Fall von ZGB Art. 649b durch Zuerkennung eines individuellen Klagerechtes gebannt (Abs. 2). Nirgends taucht also der Gedanke auf, der Gleichstand dürfe durch vertragliche Zuerkennung eines Stichentscheidrechts überwunden werden. Demnach bildet die Stichentscheid-Regel keineswegs ein [571] personengesellschaftsrechtliches Stilelement, das (erlaubterweise) in das Aktienrecht eingeführt werden könnte (wie das Bundesgericht anzunehmen scheint, BGE 95 II 560 f.). Vielmehr handelt es sich um eine ausgesprochen körperschaftsrechtliche Regel. Angewendet auf Lebensverhältnisse, die einer Personengesellschaft gleichen, wird sie unweigerlich denaturiert und gewinnt, wie dargelegt, eine ganz andere, sowohl dem Körperschafts- wie auch dem Personengesellschaftsrecht eindeutig fremde Bedeutung.

Auf diesen Bedeutungswandel stellt die dritte Variante ab. Sie beruht auf folgender Erwägung: Gesetzt auch der Fall, die Stichentscheid-Regel verstoße nicht gegen zwingendes Aktienrecht (zweite Subvariante von Variante 1), so ist sie doch nur im Rahmen ihrer natürlichen körperschaftsrechtlichen Funktion zulässig, somit nur insoweit, als sie dazu dient, bei einem nur zufälligen Gleichstand der Stimmen die Bildung des Körperschaftswillens zu ermöglichen.

¹⁵ Vgl. *Koller*, a.a.O., S. 152 ff.; *Ott*, a.a.O., S. 126 ff.

¹⁶ *Meier-Hayoz*, N 22 zu ZGB Art. 647; siehe auch *Studer*, Zur Willensbildung in der Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1964, S. 63 f., wo die Zulässigkeit des Stichentscheides für die Versammlung der Mit- und Stockwerkeigentümer verneint wird.

Unzulässig ist sie dagegen dann, wenn sie denaturiert wird und dazu dienen soll, in einer Nicht-Körperschaft die Stimmkraft von zwei Aktionären dauernd so zu verteilen, daß dem einen das Übergewicht über den andern zukommt. Mit dieser Denaturierung wird die körperschaftsrechtliche Einrichtung des Stichtenscheides zweckwidrig verwendet; sie zwingt zum Gedankenspiel, dergleichen zu tun, als ob der "Vorsitzende" einer Zwerg-Generalversammlung die gleiche Stellung einnehme wie der Vorsitzende an der Generalversammlung einer Körperschaft. Auf ein solches (wenn auch nur formelles) "Theater" darf sich der Richter nicht einlassen; auch nicht mit der Überlegung, es führe immerhin zu einem (materiell) befriedigenden Ergebnis, da unter Umständen die Klugheit gebiete, dem einen von zwei Aktionären "den maßgebenden Einfluß auf die Entwicklung des Unternehmens" zu sichern (BGE 95 II 567), und da ferner das Gesetz es gestatte, die Stimmkraft nicht ausschließlich nach der kapitalmäßigen Beteiligung zu bemessen (BGE 95 II 561). Vielmehr folgt aus dieser Überlegung, daß die Zweimann-AG zur Lösung der ihr eigenen Stimmkraft-Probleme auf dasjenige Mittel zu verweisen ist, welches das Gesetz für die typische AG zur Verfügung stellt: die Schaffung von Stimmrechtsaktien¹⁷. Die Stichtenscheid-Regel erweist sich somit nach der dritten Variante, die als die richtige erscheint, als unzulässiges Mittel zu einem (unter bestimmten Vorbehalten) erlaubten Zweck.

III. Die Vertretung der Einmann-AG durch den Einmann

Beschränken wir uns auf den einfachsten Tatbestand: Der "Einmann" (Alleinaktionär) ist eine natürliche Person, folglich zugleich einziges [572] Mitglied der Verwaltung (Art. 707 Abs. 1 OR) und einzig zur Vertretung der AG im Sinne von Art. 717 f. befugt. Zudem ist er nicht Fiduziar eines Dritten. Bei diesem Tatbestand zeigt sich in aller Schärfe, daß die Einmann-AG in Wirklichkeit nicht eine Gesellschaft oder gar eine Körperschaft ist, sondern ein Einzelner, der, mit bedingter Duldung des Gesetzes, so tut, als ob eine körperschaftlich organisierte Gesellschaft von mehreren Aktionären bestände. Wie wirkt sich diese qualifizierte Atypizität auf die Vertretung der AG durch den Einmann aus? Zu unterscheiden sind ein allgemein vertretungsrechtlicher und ein spezifisch aktienrechtlicher Aspekt. Vertretungsrechtlich betrifft unsere Frage sowohl das Innenverhältnis zwischen vertretener AG und Einmann (1) als auch das Außenverhältnis zwischen AG und Dritten, dem gegenüber der Einmann namens der AG handelt (2). Aktienrechtlich betrifft sie das Verhältnis der Gläubiger zur AG, zum Einmann und zum Dritten (3).

1. Das eben umschriebene *Innenverhältnis* kann nun aber bei unserem Tatbestand gar nicht vorkommen. Denn jedes Rechtsverhältnis setzt mindestens zwei Rechtssubjekte mit zwei unterscheidbaren Interessenbereichen voraus. Bei der EinmannAG hat jedoch das eine der in Betracht fallenden Rechtssubjekte, die AG, einen rein formalen Charakter: Im Verhältnis zum Einmann ist sie eine reine Gedankenhülle ohne jeden Inhalt (gleich wie etwa ein vom Schuldner nicht begebener Inhaber-Schuldbrief). Die AG kann keinen eigenen, von dem des Einmanns verschiedenen Interessenbereich haben, desgleichen keinen Willen, der von dem des Einmanns abweicht. Folglich kann sich die dem Innenverhältnis eigentümliche Frage nach der *Vertretungsbefugnis* des Vertreters – nach ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang – bei der Vertretung der Einmann-AG durch den Einmann gar nicht stellen. Nie ist der Einmann (als Vertreter) darüber im Ungewissen, ob er namens der AG handeln darf; nie kann ihm die AG vorwerfen, er habe sich wider ihren Willen Vertretungsbefugnisse angemacht. Denn stets ist der Einmann nicht nur Vertreter, sondern zugleich einziges Innenorgan der AG; er ist ihr alleiniger Willensträger, ihr permanent tagender Verwaltungsrat und ihre ständig "versammelte" Universalversammlung (Art. 701 OR). Der Wille dieser beiden Innenorgane stimmt daher stets und sogleich mit absoluter Notwendigkeit mit dem Willen überein, den der Einmann bei seinem

¹⁷ Über weitere Kautelen zur Vermeidung oder Beendigung der Funktionsunfähigkeit einer Zweimann-AG siehe Peyer, a.a.O., S. 87 ff., und Schoch, Die Zweimann-AG, in: SAG 32, 1959/60, 225 ff.

Handeln namens der AG als deren Willen erklärt.

Infolgedessen braucht sich der Einmann – sieht er einzig auf das Innenverhältnis – auch keine Gedanken darüber zu machen, ob er als Vertreter der AG befugt sei, mit sich selber zu kontrahieren oder die AG gegenüber einem Dritten zu seinen Gunsten zu verpflichten (z. B. indem er namens der AG [573] Wechsel akzeptiert, die er im eigenen Namen zu Gunsten eines persönlichen Gläubigers ausgestellt hat). Denn das Handeln in solcher Doppelstellung ist nie um seiner selbst willen, "aus objektiven Gründen unzulässig, sondern stets nur dann, wenn der Vertretene es untersagt hat oder die Umstände (Benachteiligungsgefahr) schließen lassen, er habe es untersagen wollen"¹⁸. Da nun jegliches Vertreter-Handeln des Einmanns, auch das Selbstkontrahieren und das Interzedieren, stets sozusagen im gleichen Atemzug von der durch den Einmann verkörperten AG genehmigt wird, kann sich die Frage, ob die AG durch dieses Handeln benachteiligt werde (und ob sie daher das Handeln nicht genehmige), gar nicht stellen¹⁹. Somit kommt der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz (BGE 95 II 621), das Vertragschließen des Stellvertreters oder des Organs mit sich selbst sei unzulässig, nie ins Spiel. Immer ist die von der Rechtsprechung vorbehaltene Ausnahme verwirklicht: Der Vertretene genehmigt das Vertreter-Handeln.

Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, auch der Einmann sei an den statutarischen Zweck der AG gebunden und dürfe daher die AG nicht außerhalb dieses Zweckes nach seinem Belieben und zu seinem persönlichen Vorteil verpflichten oder über deren Aktiven verfügen (vgl. BGE 67 II 29; 86 II 180). Dieser Einwand hat erst Gewicht, wenn man das Gläubigerinteresse mitberücksichtigt (hienach 3), ändert dagegen nichts daran, daß es bei der Einmann-AG ein Innenverhältnis in dem vom Vertretungsrecht vorausgesetzten Sinn nicht geben kann. Hält sich der Einmann nicht an den Gesellschaftszweck, so gibt es innerhalb der AG weder einen Mitaktionär noch sonst jemanden, der durch die Zweckwidrigkeit verletzt würde. Der Einmann ist, innergesellschaftlich gesehen, "der einzig Interessierte an der AG" (BGE 50 II 185).

Unbegründet wäre auch der weitere Einwand, der Einmann müsse, sofern er an einem von der AG abzuschließenden Rechtsgeschäft persönlich interessiert sei, in den Ausstand treten, so daß in solchen Fällen gar kein gültiger Genehmigungsbeschluß der Verwaltung oder Generalversammlung gefaßt werden könne. Denn einmal gibt es keinen zwingenden Rechtssatz, der (für eine typische AG) die Mitwirkung persönlich Interessierter bei Beschlüssen der Innenorgane ausschließt²⁰; und es geht nicht an, einen solchen Rechtssatz für die atypische AG in das Gesetz hineinzuiinterpretieren. Zudem haben (statutarische) Ausstandsvorschriften innergesellschaftliche Bedeutung: Sie sollen Mitaktionäre vor dem Interessierten schützen. Bei einer Einmann-AG entfällt dieses Schutzbedürfnis.

2. Im *Außenverhältnis* tritt uns auch bei der Vertretung der Einmann-AG durch den Einmann zunächst die gewöhnliche vertretungsrechtliche [574] Konstellation entgegen: Zwei Personen, im Voll-Sinn des Wortes (mit verschiedenen Interessenbereichen), stehen einander gegenüber: die AG und der Dritte. Auch bewirkt die interessensmäßige Identität der AG mit dem Einmann nicht etwa, daß der Einmann an Stelle der AG als Partner des Dritten zu betrachten ist. Somit stellt sich die dem Außenverhältnis eigentümliche Frage nach der *Vertretungsmacht* auch bei unserem Tatbestand: Unter welchen Voraussetzungen ist das Handeln des Einmanns namens der AG dieser zuzurechnen?

Das allgemeine Vertretungsrecht gibt folgende Antwort: Die Vertretungsmacht reicht sicher so weit wie die Vertretungsbefugnis. Unter Umständen geht sie darüber hinaus, zum Schutz des Dritten, falls dieser gutgläubig die Vertretungsbefugnis annimmt: Einmal darf sich der Dritte auf das ihm allenfalls vom Vertretenen Kundengebene verlassen (Art. 33 Abs. 3 OR; BGE 93 II 482 f.); interne Beschränkungen können ihm nicht entgegengehalten werden (vgl. Art. 460 Abs. 3 und Art. 718 Abs. 2 OR). Bei Vertretung einer AG (wie überhaupt einer juristischen Person) durch eine

¹⁸ Lemp, Vertragsabschluß durch Organe in Doppelstellung, in: Festgabe Wilh. Schönenberger, Freiburg 1968, S. 313.

¹⁹ Vgl. Lemp, a.a.O., S. 312 f.

²⁰ Lemp, a.a.O., S. 314 ff.

vertretungsberechtigte Organperson darf sich der Gutgläubige auch ohne besondere Kundgabe durch die vertretene AG darauf verlassen, daß sich die Vertretungsmacht auf alle Rechtshandlungen erstreckt, "die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann" (Art. 718 Abs. 1; BGE 95 II 448 ff.). Doch enthält diese dem Dritten günstige Regelung auch eine Beschränkung der Vertretungsmacht: Wenn eine Rechtshandlung, "objektiv" und nach den Umständen des Einzelfalles betrachtet, durch den Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen wird, fehlt die Vertretungsmacht; der gute Glaube des Dritten ist nicht geschützt (BGE 95 II 450 und 455 f.)²¹.

Diese allgemeinen vertretungsrechtlichen Regeln setzen jedoch als selbstverständlich voraus, daß es neben dem Willen, den der Organ-Vertreter gegenüber dem Dritten als Willen der AG erklärt, einen davon abweichenden und grundsätzlich allein maßgebenden Willen der AG geben kann. Das Vertretungsrecht rechnet mit Innen-Organen, die dem Organ-Vertreter neben- oder übergeordnet sind (BGE 95 II 453) und die nötigenfalls sich auf die Mißachtung des Gesellschaftszweckes berufen können, gegenüber dem Vertreter bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis, gegenüber dem Dritten bei Überschreitung der Vertretungsmacht. Einzig bei dieser Möglichkeit eines eigentlichen, höhern Willens der AG hat es überhaupt einen Sinn, die Inkompetenz eines Organ-Vertreters dem Dritten entgegenzuhalten. Ferner rechtfertigt es sich nur dann, den Schutz des guten Glaubens eines Dritten im dargestellten Umfang zu beschränken, wenn es dem Dritten bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit möglich ist, den von der Erklärung des Organ-Vertreters allenfalls abweichenden [575] höhern Willen der AG zu erkennen. Findet daher der Dritte, daß ein Rechtsgeschäft, "objektiv betrachtet" (BGE 95 II 450), durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckt sei, so genügt er seiner Sorgfaltspflicht unter allen Umständen dadurch, daß er sich bei diesen Organen erkundigt; und er darf sich beruhigen, wenn er von ihnen erfährt, daß sie die Erklärungen ihres Vertreter-Organs genehmigen. Das ist sonnenklar, wenn man sich eine typische AG vorstellt: Zweifelt ein Dritter daran, ob der Vertrag, den zwei zeichnungsberechtigte Direktoren namens der Großbank X abschließen, zu den Rechtshandlungen gehört, die der statutarische Zweck der Bank mit sich bringen kann, so ist für ihn jeder Zweifel beseitigt, wenn ihm der Verwaltungsrat auf seine Anfrage mitteilt, er genehmige den Vertrag; dies selbst dann, wenn es sich um ein Interzessionsgeschäft der Bank zu Gunsten eines der Vertreter handeln sollte. Für den Dritten darf und muß der Entscheid des übergeordneten Gesellschaftsorgans darüber, was dem Gesellschaftszweck dient, schlechthin maßgebend sein. Er darf und muß seine "objektive Betrachtung" nicht über die des zuständigen Innenorgans stellen. Erst recht trifft dies natürlich für eine Genehmigung durch die Generalversammlung zu (wobei es aber keiner Worte bedarf, daß die Anfrage eines Dritten an die Generalversammlung, ob sie die Handlung eines Organ-Vertreters genehmige, bei einer typischen AG durchwegs als unüblich, wenn nicht ungehörig empfunden würde).

Wesentlich anders verhält es sich bei der Einmann-AG. Ihr Einmann kann als Vertreter, wie dargelegt (hievor 1), seine Vertretungsbefugnis gar nicht überschreiten. Folglich ist die Annahme einer über die Vertretungsbefugnis hinausgehenden Vertretungsmacht überflüssig. Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht haben den gleichen Inhalt und beide sind unbeschränkt. Auch gibt es kein vom Einmann verschiedenes höheres Gesellschaftsorgan. Folglich kann sich kein höherer, vom Willen des Einmannes abweichender Wille der AG bilden. Der Einmann ist eben in einer Person Vertreter, Verwaltung und Generalversammlung. Stets ist daher schon in letzter Instanz entschieden, daß seine Vertreter-Handlungen dem Zweck der AG entsprechen. Würde sich der Dritte hierüber beim obersten Organ erkundigen, so könnte ihm der Einmann als Generalversammlung nur bestätigen, was er als Vertreter erklärt hat. Das bedeutet: Bei der Einmann-AG braucht der Dritte nicht auf innergesellschaftliche abweichende Interessen Rücksicht zu nehmen; denn es kann keine solchen Interessen geben. Folglich sind – zieht man einzig das Außenverhältnis in Betracht – alle Vertreterhandlungen des Einmanns schlechthin der AG zuzurechnen; sie sind also samt und sonders gültig, auch solche, die bei "objektiver Betrachtung"

²¹ Zur Frage, ob das Bundesgericht im beurteilten Fall die Vertretungsmacht zu stark beschränkt hat, vgl. *Bucher*, in: *Festgabe Bürgi*, Zürich 1971, S. 39 ff.

durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckt sind wie etwa Interzessionen der AG [576] zu Gunsten des Einmanns. Das Kriterium der "objektiven Betrachtung" spielt nur beim Normal-Tatbestand: zu Lasten eines Dritten, der sich beim zuständigen Innen-Organ nicht erkundigt, obwohl es ein solches (vom Vertreter verschiedenes) Organ gibt.

3. Bleibt die Frage, wie sich die Vertretung der Einmann-AG durch den Einmann auf die *Gläubiger der AG* auswirkt. In dieser Hinsicht steht, wie schon angedeutet (hievor 1), folgendes fest:

Der Zweck der AG wird nach außen kundgegeben (Art. 641 Ziff. 3). Daher sind die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, also auch der Einmann, den Gläubigern verpflichtet, bei ihrem Handeln für die AG sich an diesen Zweck zu halten, folglich über die Aktiven der AG nicht zweckwidrig zu verfügen (namentlich nicht zu ihrem persönlichen Vorteil) und keine Schulden zu Lasten der AG einzugehen, die durch den Zweck nicht gedeckt sind. Verletzen die Organe diese Pflicht, so sind sie den Gläubigern nach Maßgabe der Art. 754 ff. ersatzpflichtig. Entsprechendes gilt für die Kontrollstelle (vgl. BGE 86 II 180).

Verlangt aber die Rücksicht auf die Gläubiger außerdem, daß zweckwidrige Rechtsgeschäfte als ungültig betrachtet werden, entgegen dem, was sich aus dem Vertretungsrecht für das Außenverhältnis ergibt (hievor 2)? Diese Frage betrifft nicht das Verhältnis der Gläubiger zur AG oder zum Einmann, sondern deren Verhältnis zum Dritten, der an der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes interessiert ist. Sie geht dahin, ob sich der Dritte, mit Rücksicht auf die Gläubiger der AG, die Zweckwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes selbst dann entgegenhalten lassen muß, wenn ihm das oberste Organ der AG erklärt hat, es genehmige das Geschäft.

Stellt man sich eine typische AG vor, so ist die Frage offenbar zu verneinen: Ein Dritter, dem alle Gesellschaftsorgane die Genehmigung erklären und damit die Zweckgemäßheit bestätigen, braucht sich nicht, mit Rücksicht auf die Gläubiger, die Frage zu stellen, ob das Geschäft nicht trotzdem zweckwidrig sei.

Was aber für die typische AG gilt, muß auch bei der Einmann-AG gelten (wo die Anfrage des Dritten bei einem Innenorgan schlechthin unnütz wäre). Würde man gegenteilig entscheiden, also die Ungültigkeit zweckwidriger, aber durch den Einmann als Innenorgan genehmigter Rechtsgeschäfte annehmen, so würde man dem Dritten wegen der Atypizität der Einmann-AG eine wesentlich erhöhte, auch das Gläubigerinteresse einbeziehende Sorgfaltspflicht aufbürden. Das wäre eine unhaltbare Folge. Denn der Dritte ist in keiner Weise dafür verantwortlich, daß bei der Einmann-AG die Kontrolle des Organ-Vertreters durch Innenorgane nicht spielt. Die Gefahr, daß [577] deswegen zweckwidrige Geschäfte und damit Mißbräuche zu Lasten der Gläubiger eher möglich sind, haben die Gläubiger zu tragen. Will sich ein Gläubiger dieser Gefahr nicht aussetzen, so muß er durch eine Klage gemäß Art. 625 Abs. 2 versuchen, bei der schuldnerischen AG normale innergesellschaftliche Verhältnisse herbeizuführen.

Gegenüber dem Grundsatz, daß zweckwidrige Rechtsgeschäfte, die der Einmann namens der AG abschließt, gültig sind, ist immerhin dreierlei vorzubehalten.

Einmal sind solche Rechtsgeschäfte unter den Voraussetzungen der Art. 286 bis 288 SchKG zwar nicht ungültig, wohl aber anfechtbar. Insbesondere ist festzuhalten: Handlungen, die der Einmann namens der AG zweckwidrig zu eigenem Vorteil vornimmt, sind Handlungen der AG, die deren Gläubiger benachteiligen. War diese Benachteiligung vom Einmann (und damit von der AG) beabsichtigt und war die Absicht dem Dritten erkennbar, so ist im Konkurs der AG die Anfechtbarkeit nach Art. 288 SchKG gegeben.

Sodann sind zweckwidrige Rechtsgeschäfte dann ungültig, wenn der Dritte niemand anders ist als der Einmann selber. Zwar bleibt es dabei, daß der gewöhnliche vertretungsrechtliche Grund für das Verbot des Selbstkontrahierens, der Schutz des Vertretenen, nicht besteht (hievor 1). Wohl aber folgt die Ungültigkeit aus dem spezifisch aktienrechtlichen Grund der Organ-Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Diese muß sich in erster Linie dahin auswirken, daß Rechtsgeschäfte, welche Organe zum eigenen Vorteil mit sich selbst abschließen, für die AG unwirksam sind. Diese Rechtsfolge ist angemessener als nur die Pflicht zum Ersatz des Schadens,

der durch die Abwicklung des (als gültig erachteten) Rechtsgeschäftes entsteht.

Schließlich ist der Fall des Rechtsmißbrauchs vorzubehalten. Wenn insbesondere der Einmann als Vertreter der AG zwar nicht mit sich selbst kontrahiert, sondern mit einem Dritten, dieser aber nur als Strohmännchen des Einmanns mitwirkt, um das Selbstkontrahieren zu tarnen, so ist das Rechtsgeschäft ungültig. In Fällen dieser Art dürften aber die Gläubiger der AG meist schon durch Art. 288 SchKG genügend geschützt sein.

Ob allen Vorbehalten sei aber der Grundsatz nicht übersehen: Der Einmann handelt auch dann mit Wirkung für die AG, wenn das Rechtsgeschäft nicht dem Gesellschaftszweck, sondern dem persönlichen Vorteil des Einmanns dient²².

Dieses Ergebnis steht nicht ohne weiteres in Widerspruch zum Urteil BGE 95 II 442. Denn das Urteil betrifft eine Zweimann-Gesellschaft, so daß (trotz des nachher eröffneten Gesellschaftskonkurses) die auf Art. 718 Abs. 1 gestützte Verneinung der Vertretungsmacht sich zunächst zu Gunsten des [578] andern Mitgesellschafters auswirkte, nicht einzig und unmittelbar zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger. Das Urteil setzt also noch eine gewöhnliche vertretungsrechtliche Interessenlage voraus. Wie das Bundesgericht bei Vertretung einer Einmann-AG entschieden hätte, mit ihrer wesentlich andern Interessenlage, bleibt offen. Freilich liegt für den Richter die "Versuchung" nahe, sich an den Wortlaut des Gesetzes (Art. 718 Abs. 1) zu halten und die Gültigkeit von Einmann-Geschäften, die (bei objektiver Betrachtung) durch den statutarischen Zweck offenbar nicht gedeckt sind, zu verneinen²³. Noch einmal sei aber betont, daß damit dem Art. 718 Abs. 1 im Interesse der AG-Gläubiger und zu Lasten des Dritten eine Bedeutung beigelegt wird, die ihm bei der typischen AG nicht zukommt und die auch dem allgemeinen Vertretungsrecht widerspricht.

Nun ist es gewiß unbefriedigend, wenn zweckwidrige, eigennützige Geschäfte des Einmanns von den Gläubigern der AG (insbesondere in deren Konkurs) als gültig anerkannt werden müssen. Aber diese Feststellung rechtfertigt es nicht, den Art. 718 Abs. 1 zu Lasten der mit der Einmann-AG verkehrenden Dritten in unzulässiger Weise zu "strecken". Vielmehr zeigt sie, daß das Gesetz in zweifacher Hinsicht mangelhaft ist:

Einmal kennt unser Aktienrecht, zum Unterschied vom deutschen und französischen Recht²⁴, keine Bestimmung, die zum Schutz sowohl der Gläubiger wie auch der Aktionäre Rechtsgeschäfte der AG zu Gunsten ihrer Organ-Personen (z. B. Gewährung von Darlehen, Bürgschaften) entweder verbietet oder mit besonderen Kautelen umgibt, und zwar allgemein, unabhängig davon, ob die betreffende Organ-Person selber als Vertreter handelt oder ob die AG anderswie vertreten wird. Gäbe es eine solche (nicht vertretungs-, sondern spezifisch gesellschaftsrechtliche) Bestimmung für alle, auch die typischen Aktiengesellschaften, so wären gewisse Gefahren, denen die Gläubiger einer Einmann-AG besonders stark ausgesetzt sind, ebenfalls gemindert.

Sodann erweist sich die (bedingte) Duldung der Einmann-AG durch das Gesetz (hievon I, 2) als doch nicht so harmlos, wie es scheinen mag. Sie bildet eine latente Dauer-Gefährdung der AG-Gläubiger; auch insoweit ist das Gesetz mangelhaft.

Abschließend sei zur Besprechung beider Einzelfragen folgendes bemerkt: Die Zweimann- und die Einmann-AG sind unerfreuliche Erscheinungen des Rechtsverkehrs²⁵. Ihre qualifizierte Atypizität nötigt die Beteiligten zu ständigen Gedankenverrenkungen, zu einem bisweilen unehrlichen, stets

²² Im Sinne der vorstehenden Ausführungen bereits *Lemp*, a.a.O., S. 314 (bei Fußnote 18).

²³ Vgl. das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes in BGHZ 33, 194 (kritisiert von *Boesebeck*, Neue Jur. Wochenschrift 14, 1961, 483). In einem neuern Urteil (vom 19. April 1971; BGHZ 56, 97) hat der Bundesgerichtshof die frühere Rechtsprechung aufgegeben und insbesondere festgehalten, daß sich die Anwendung von § 181 BGB (Unwirksamkeit des Selbstkontrahierens eines Stellvertreters) auf Geschäfte einer Einmann-Gesellschaft mit dem (die Gesellschaft vertretenden) Alleingesellschafter auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger nicht rechtfertigt (a.a.O., S. 101 f.).

²⁴ Deutsches Aktiengesetz von 1965, § 89, § 115; französisches Gesetz "sur les sociétés commerciales" von 1966, art. 106.

²⁵ Vgl. hierzu auch: *Meyer N.*, Die Einmann- und die Zweimann-AG in der Praxis, in: SAG 43, 1971, S. 241 ff.

aber wenig würdigen "Tun als ob". Und sie nötigt Richter und Handelsregisterbehörden, solche zu juristischen Personen aufgeblasene Zwerg- und Scheingebilde ernstzunehmen, dies obwohl sie, zur [579] Massenerscheinung geworden, die Transparenz des Rechtsverkehrs in einem kaum mehr erträglichen Maße verdunkeln.