

EIN GERICHTSURTEIL ÜBER DEN "ABHÄNGIGEN" (FIDUZIARISCHEN) VERWALTUNGSRAT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 56. Jahrgang (1960), S. 1-7. 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. 287 ff.

Die Blätter für Zürcherische Rechtsprechung veröffentlichten kürzlich (Bd. 58, 1959, 179-202) ein Urteil des Zürcher Obergerichtes vom 22. November 1957, das sich hauptsächlich mit der Rechtsstellung "abhängiger Verwaltungsratsmitglieder" einer Aktiengesellschaft befaßt. Das Urteil wurde nicht an das Bundesgericht weitergezogen, obwohl die Herrschaft über einen großen Konzern auf dem Spiele stand. Es verdient besondere Beachtung. Denn Tatbestände der beurteilten Art kommen häufig vor, wenn auch meist in bescheideneren Dimensionen; und die einschlägigen Rechtsfragen wurden im Schrifttum mehrfach erörtert¹ – gerade im Hinblick auf den beurteilten Fall –, aber bis jetzt vom Bundesgericht nicht entschieden. Zudem hat das Obergericht, wie mitgeteilt wird (182), nach langer Beratung einen Mehrheitsentscheid gefällt; die ausführlichen Erwägungen, welche die Minderheit zu Protokoll gab, wurden zusammen mit dem Urteil veröffentlicht (195-202), was als Einladung an die Juristen wirkt, die Aussprache der Richter foro publico weiterzuführen.

I

[1] Der *Tatbestand* ist, vereinfacht, folgender: Im Jahre 1931 gründen drei Zürcher Rechtsanwälte die L. AG mit Sitz in der Schweiz; im eigenen Namen, aber im Auftrag des ausländischen Industriellen Thomas B., der das von ihnen gezeichnete Aktienkapital (2 Millionen) liberiert. Sogleich nach der Gründung gehen alle Aktien, ausgenommen die Pflichtaktien des Verwaltungsrates, auf B. und seine Mittelsmänner über; B. überträgt die Mehrheitsbeteiligungen zahlreicher von ihm beherrschter ausländischer Gesellschaften auf die L. AG, die nun die ihr zugeordnete Aufgabe einer Holdinggesellschaft des B. Konzerns zu erfüllen beginnt. Dem Verwaltungsrat gehören aber in der ganzen Folgezeit ausschließlich zwei Gründeranwälte an, von denen einer im Jahre 1945 stirbt. Diese Anwälte beachten, wie schriftlich vereinbart, in allem die Weisungen des B. und – seit dessen Tod im Jahre 1932 – die Weisungen der auf B. folgenden Leiter des Konzerns. Nach dem Zweiten Weltkrieg wird zwischen der Witwe und dem Sohn von Thomas B. einerseits und dessen Halbbruder Jan B. andererseits die Erbfolge in das Konzernvermögen streitig. Witwe und Sohn reichen im Jahre 1947 in Zürich Klage ein, in erster Linie gegen den einzigen noch lebenden Gründeranwalt, den zu dieser Zeit alleinigen Verwaltungsrat der L. AG. Das *Rechtsbegehren* geht (im wesentlichen) auf Feststellung, daß zwischen den Klägern (als einzigen Rechtsnachfolgern des Thomas B.) und dem Beklagten ein Auftragsverhältnis bestehe, kraft dessen dieser verpflichtet sei, 1. seine Funktion als Verwaltungsrat der L. AG nach den Weisungen der Kläger auszuüben (vorbehältlich zwingender gesetzlicher und statutarischer Vorschriften) und 2. diese Funktion auf Verlangen der Kläger der

¹ *Gautschi*, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45, 1949, 301 ff.; *F. v. Steiger*, Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates, SAG 27, 1954/55, 33 ff. und 113 ff.; *E. Schucany* (gleicher Titel), SAG 27, 1954/55, 109 ff.; *Picononi*, Rechtsfragen konzernmäßiger Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Frage des "abhängigen Verwaltungsrates", SJZ 51, 1955, 321 ff.

Generalversammlung der L. AG zur Verfügung zu stellen, unter Rückgabe der Pflichtaktien. Der Beklagte (und die aus ähnlichen Rechtstiteln Mitbeklagten) verkünden Jan B. den Streit. Dieser tritt dem Prozeß als Nebenintervenient bei und führt ihn als Litisdenunziat allein weiter mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. Das Bezirksgericht Zürich heißt die [2] Klage zur Hauptsache gut, nach einläßlicher Prüfung des Feststellungsinteresses und der erbrechtlichen Lage (Urteil vom 10. Februar 1951). Der Litisdenunziat erklärt Berufung an das Obergericht und begründet seinen Standpunkt nun auch damit, das streitige Auftragsverhältnis sei widerrechtlich und daher nach Art. 20 OR nichtig.

II

In seinen *Erwägungen* legt das Obergericht zunächst dar, die Widerrechtlichkeit des (nach schweizerischem Recht zu beurteilenden) "Verwaltungsauftrages" werde mißbräuchlich geltend gemacht, da sich der Beklagte und der Litisdenunziat früher wiederholt auf den Auftrag berufen hätten. Sodann verneint es die Widerrechtlichkeit. Seine Begründung läßt sich wie folgt zusammenfassen: Die L. AG ist die Schöpfung eines einzigen Mannes, eine Einmanngesellschaft im weiteren Sinne des Wortes, der auch die *Strohmann-AG* einschließt. Mit der Gründung hat der (mittelbare) Gründer das Verfügungsrecht über das von ihm der AG zugewendete Vermögen verloren. Einzig die Gesellschaftsorgane können fortan darüber verfügen. Das schließt aber nicht aus, daß der Gründer auf dem Wege eines Auftrages an die Mitglieder der Verwaltung weiterhin seinen Willen durchsetzt. Eine solche Einflußnahme wäre nur dann unzulässig, wenn der Normalfall vorliegen würde, auf den die gesetzliche Organisationsform der AG zugeschnitten ist, nämlich ein Zusammenschluß Mehrerer, welche eigene Interessen verfolgen. Bei der Einmanngesellschaft fehlt dieses gesellschaftliche Substrat. Daher verletzt die Bindung an einen Außenstehenden weder die Treuepflicht gegenüber der AG noch schutzwürdige Interessen eines Aktionärs oder gar eines Dritten. Auch wird die Handlungsfähigkeit der AG nicht im Sinne von Art. 27 ZGB übermäßig beschränkt, da zwischen der AG und dem Außenstehenden kein Vertrag besteht. – Gewiß hat der Gesetzgeber die Organisationsform der AG nicht für den Fall der *Strohmann-AG* geschaffen. Insofern "liegt in der Verwendung von Strohmännern einigermaßen eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen" (*Siegwart*, N. 11 zu Art. 625 OR). Aber die Benützung von Mittelspersonen ist nicht schlechthin zu verpönen. Sie kann aus achtenswerten Gründen erfolgen und ist häufig sogar ein gebotener Schutz gegen neugierige Nachspürungen und feindselige Übergriffe (*Kohler*, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16, 143 f.); auf ihr beruht zudem die Rechtsfigur der Treuhänderschaft. Auch die *Strohmann-AG* ist nicht an sich rechtswidrig. Es genügt, wenn die zivil- und die strafrechtliche Verantwortlichkeit sowohl den Strohmännern als den Auftraggeber trifft (BGE 76 II 166; 78 IV 28 f.) und wenn diejenigen Bestimmungen des Aktienrechtes beachtet werden, die für Gläubiger und künftige Aktionäre wichtig sind. Der Gesetzgeber hat die *Strohmann-AG nicht verboten*, obwohl ihm das Problem bekannt war. Insbesondere verlangt Art. 711 OR einzig, daß die Verwaltung aus in der Schweiz wohnhaften Schweizern besteht, gleichgültig ob diese Strohmänner sind oder nicht. Folglich darf ein Verbot nicht hinterher durch Auslegung, etwa der Publizitätsvorschriften, aufgestellt werden. Sind aber Strohmänner als Verwaltungsräte nicht unzulässig, so wäre es widerspruchsvoll, ihr Auftragsverhältnis mit dem Außenstehenden nicht gelten zu lassen. Sie sind auf dessen Weisungen geradezu angewiesen. Deren Befolgung ist weder rechtsmißbräuchlich – da eben keine Drittinteressen verletzt werden – noch berührt sie die gesetzliche und statutarische Organisation der AG, da diese im Auftrag vorbehalten ist; was nach Gesetz und Statuten nur in der Generalversammlung bzw. im Verwaltungsrat beschlossen werden kann, kann trotz des Auftragsverhältnisses nur hier beschlossen werden (BGE 67 II 29). Freilich kommt es im Innenverhältnis zu einer Verkümmern der Organisation; aber soweit die Organisationsnormen nicht den Verkehr mit Dritten berühren, dürfen sie nicht als Selbstzweck aufgefaßt werden.

Die *Minderheit* des Gerichtes ging davon aus, die Nichtigkeit des streitigen Verwaltungsauftrages

sei von Amtes wegen zu prüfen, auch dann, wenn sich der Litisdenunziat mißbräuchlich darauf berufe. Sie bejahte die Nichtigkeit aus drei Gründen: Der Verwaltungsauftrag verstoße gegen Art. 27 ZGB; zwar sei die AG nicht Vertragspartei; aber der Auftrag habe dazu geführt, daß die L. AG "in ihrer Geschäftsführung keinen eigenen Willen mehr hatte und vollständig dem Willen des Auftraggebers ihrer Verwaltungsratsmitglieder willfährig sein mußte"; das sei rechtswidrig, da das Gesetz nun einmal die Handlungsfähigkeit juristischer Personen in gleicher Weise schütze wie diejenige natürlicher Personen; ein Verwaltungsauftrag mit einem Außenstehenden könne auch nicht der (erlaubten) konzernmäßigen Abhängigkeit gleichgestellt werden, da diese innergesellschaftlich begründet sei, durch ein Opfer der Aktionärmehrheit der beherrschten Gesellschaft. Sodann verstoße der Verwaltungsauftrag auch deswegen gegen die guten Sitten, weil er die Mitglieder der Verwaltung in eine bedenkliche *Doppelstellung* bringe; für die Verwaltung einer AG dürfe es nur die Pflicht gegenüber der AG geben, "die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten" (Art. 722 OR); daher müsse es ihren Mitgliedern allgemein verwehrt sein, für ihre Geschäftsführung Weisungen Dritter entgegenzunehmen; daran ändere auch die wirtschaftliche Identität zwischen Auftraggeber und der Generalversammlung der AG nichts, da der Auftraggeber als Beherrscher der Generalversammlung [3] nicht einen so weitgehenden Einfluß auf die Geschäftsführung haben würde wie auf Grund des Verwaltungsauftrages; zudem sei der vertragliche Vorbehalt der zwingenden Vorschriften von Gesetz und Statuten von geringer Bedeutung, da die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft so sehr aus Ermessensentscheiden bestehe, daß der Vorbehalt keinen wirksamen Damm gegen die Beherrschung der AG durch das Mittel des Verwaltungsauftrages bilden könne. Endlich verletze der Verwaltungsauftrag die Art. 930 f. und 711 OR; denn die *Publizitätswirkung* des Handelsregisters werde vereitelt, wenn die als maßgebend veröffentlichten Personen die Geschäftsführung gar nicht nach ihrem Willen besorgen, sondern sich dem Willen einer der Öffentlichkeit unbekanntenen Person unterwerfen; und Art. 711 OR, der trotz der gegen ihn erhobenen Kritik angewendet werden müsse, habe nicht den Sinn, Landsleuten, die sich als Marionetten eines ausländischen Drahtziehers hergeben, Verwaltungsratsposten zuzuhalten, sondern wolle den Gefahren begegnen, die der schweizerischen Volkswirtschaft aus ausländischen Einflüssen erwachsen könnten (*Funk*, N. 1 zu Art. 711 OR). Die angeführten drei Nichtigkeitsgründe seien trotz der besondern Verhältnisse der L. AG (Holding- und Einmanngesellschaft) wirksam. Denn die L. AG dürfe den für die Konzernleitung notwendigen Einfluß auf die Konzerngesellschaften nicht auf einem Schleichweg erstreben. Auch liege kein Grund vor, dem Alleininhaber einer Einmann-AG zu erlauben, seinen Willen noch anders durchzusetzen als durch die Beherrschung der Generalversammlung. Eine *Einmann-AG* sei *grundsätzlich ungesetzlich*, wenn auch das Gesetz ihre Auflösung nicht von Amtes wegen anordne. Daher sei sie nicht noch über die bloße Duldung hinaus irgendwie zu begünstigen. Wer sich dieser Rechtsform bediene, nehme mit den Vorteilen auch die Schranken auf sich, die ihm das Aktienrecht auferlege. Es sei wahrhaftig nicht die Aufgabe der Rechtsprechung, auch noch diese Nachteile wegzuräumen "oder, umgekehrt ausgedrückt, der Öffentlichkeit und den Geschäftspartnern alle Nachteile aus einer Einmanngesellschaft aufzuerlegen, sie aber der noch verbleibenden aktienrechtlichen Sicherheiten zu berauben". Das hieße dem Auftraggeber "den Fünfer und das Weggli geben".

III

Wer eine *Würdigung* der Gründe und Gegengründe versucht, stellt am besten zunächst folgendes klar: Der Ausdruck "abhängiger Verwaltungsrat" – den die Inhaltsangabe der Urteilsveröffentlichung als Stichwort verwendet – stammt aus dem Konzernrecht. Dort ist aber meist von der Abhängigkeit beherrschter Gesellschaften die Rede ². Den Verwaltungsrat einer

² Vgl. *W. v. Steiger*, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR n.F. 62, 1943, 278a ff.; *Maurer*, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzernen und Kartell, Diss. Zürich 1953, 68 ff.

solchen Gesellschaft mag man dann – allgemein oder unter besondern Voraussetzungen – ebenfalls als "abhängig" bezeichnen. Der beurteilte Fall betrifft nun zwar einen Konzern, aber nicht eine Abhängigkeit im konzernrechtlichen Sinne. In Frage steht einzig die Stellung des Verwaltungsmitgliedes einer AG, deren Kapital völlig von einem Dritten stammt und die ausschließlich dem Interesse dieses Dritten dienen soll. Diese Art von Abhängigkeit ist nicht dem Konzernrecht eigen. Sie kann bei jeder Art von AG vorkommen und ist bekanntlich vor allem bei Immobiliengesellschaften häufig. Der Unterschied im Tatbestand verlangt verschiedene Termini: "Abhängig" wird am besten nur im Sonderfall des Konzerns verwendet. Für das Verwaltungsmitglied, das sein Amt an Stelle eines dritten Kapitalgebers und in dessen Interesse bekleidet, paßt dagegen der allgemeine Ausdruck "fiduziarisch". Denn der Verwaltungsauftrag, auf dem seine Stellung beruht, ist nichts anderes als ein *fiduziarischer Vertrag*, wie schon *Gautschi* (a.a.O., 301 ff.) dargelegt hat. Allerdings kann die Organstellung in einer AG nicht im gleichen Sinn zugewendet werden wie etwa das Eigentum an einer Sache. Aber wenn man schon das Erfordernis der Zuwendung für die Fiduzia als wesentlich erachtet³, so darf "Zuwendung" nicht im strengen technischen Sinn verstanden werden. Vielmehr ist eine fiduziarische Zuwendung immer dann anzunehmen, wenn der Beauftragte zur Erfüllung des Auftrages über eine Rechtsmacht verfügt, die ihm vom Auftraggeber verschafft wurde, gleichgültig in welcher rechtlichen Gestalt. Eine solche Zuwendung im weitern Sinn liegt beim Verwaltungsauftrag vor. Denn die AG, deren Verwaltung der Beauftragte angehört, verdankt ihre Gründung (oder doch ihren Weiterbestand) dem Auftraggeber; und die Wahl des Beauftragten in den Verwaltungsrat wurde, wenn nicht vom Auftraggeber selber (durch Stimmabgabe in der Generalversammlung), so doch vom Beauftragten in Ausführung des Auftrages bewirkt, so daß die Organstellung auf jeden Fall mittelbar vom Auftraggeber herrührt und somit "zugewendet" ist. Sodann sind auch die übrigen Merkmale der Fiduzia gegeben: Der Beauftragte bekleidet die Organstellung im eigenen Namen, aber im Interesse des [4] Auftraggebers, im einzelnen nach Maßgabe der internen Abrede mit diesem (*pactum fiduciae*). Ferner ist der Auftraggeber, wie jeder Fiduziant, darauf angewiesen, daß der Beauftragte seine "überschießende" Rechtsmacht (die Organstellung) nicht treuwidrig mißbraucht und daß er sie auf Verlangen zurücküberträgt (wiederum durch eine Zuwendung im weitern Sinne, durch Rücktritt als Mitglied des Verwaltungsrates, allenfalls auch durch Rückübertragung der treuhänderisch überlassenen Aktien, ja dadurch, daß er die Auflösung der AG veranlaßt). Der Ausdruck "fiduziarischer Verwaltungsrat" ist somit durchaus sachgemäß.

Diese Klarstellung erlaubt es, den *Gegenstand* des besprochenen Urteils abzugrenzen. Das Urteil bezieht sich nicht auf den gesamten Stoff, der in die Diskussion über den "abhängigen Verwaltungsrat" einbezogen wurde, namentlich nicht auf das Konzernrecht, etwa auf die Gültigkeit von Verträgen zwischen Konzerngesellschaften⁴, ferner primär nicht auf das Aktienrecht, etwa darauf, ob die Statuten einer AG einem Dritten Entscheidbefugnis einräumen dürfen (vgl. BGE 67 I 262 ff.), sondern einzig auf die an sich rein schuldrechtliche Frage, ob ein fiduziarischer "Verwaltungsauftrag" wegen seines Inhaltes nichtig sei (eine Frage, die dann allerdings im Hinblick auf das Aktienrecht zu entscheiden war, da sich die Nichtigkeit höchstens von hierher begründen läßt). Außerdem hat das Gericht die gestellte Frage nur für den Fall beantwortet, da das gesamte Grundkapital vom Auftraggeber herrührt; wie es sich verhält, wenn an der AG neben dem Auftraggeber noch andere, von diesem unabhängige Aktionäre beteiligt sind, wurde nicht entschieden. Aus dieser Begrenzung folgt: Die im Schrifttum namentlich von *F. v. Steiger* und *Picenoni* (a.a.O.) erhobenen Bedenken gegen den "abhängigen Verwaltungsrat" betreffen zu einem guten Teil gar nicht den beurteilten Tatbestand. Insoweit besagen sie daher nichts gegen die Erwägungen des Obergerichts, mögen sie auch für andere Verhältnisse zutreffen.

³ Was verneint wird von *Gautschi*, Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen, SJZ 54, 1958, 268; a. M. *Droin*, Acte fiduciaire et représentation indirecte, SJZ 55, 1959, 137 ff.; vgl. zum Ganzen *Schönle*, Die Einmann- und Strohmangengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Freiburg/Schweiz 1957, 34 ff. und 153 ff.

⁴ Vgl. *Capitaine*, Le statut des sociétés holdings en Suisse, ZSR n.F. 62, 1943, 53a ff.

Das Gericht konnte die eben umschriebene Frage geradezu akademisch entscheiden, *losgelöst von der konkreten Streitlage*. Denn unter den Vertragsparteien war der Verwaltungsauftrag überhaupt nicht streitig. Und der Litisdennunziat war im Grunde genommen gar nicht daran interessiert, dessen inhaltliche Widerrechtlichkeit geltend zu machen, sondern vielmehr daran, den Bestand eines Auftrages von ganz gleichem Inhalt zwischen ihm selbst und dem Beklagten zu behaupten. Jene Geltendmachung war daher, wenn nicht rechtsmißbräuchlich, so doch ohne besondere Beziehung zum streitigen Tatbestand. Demzufolge konnte die Widerrechtlichkeit einzig deswegen geprüft werden, weil dies Amtspflicht des Richters ist.

Der Nichtigkeit "verdächtig" ist ein Verwaltungsauftrag der beurteilten Art nur wegen der aktienrechtlichen Typabweichung, auf die er abzielt. Dieses Ziel – und damit die *tatbeständliche Seite* des Falles – ist zunächst klarzustellen: Die Aktiengesellschaft, die in Ausführung des Auftrages gegründet und verwaltet werden soll, ist tatbestandsmäßig gar *keine Aktiengesellschaft*. Der Sachverhalt "Gesellschaft", den das Aktienrecht voraussetzt (Art. 620 OR), also eine "vertragsmäßige Verbindung von ... mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln" (Art. 530 OR), ist nicht einmal in Gestalt der einfachen Gesellschaft vorhanden, geschweige denn in der höhern Form der Körperschaft, für welche die im Gesetz näher geregelte Organisation der AG einzig erfordert und sinnvoll ist. Es fehlt, wie sich das Obergericht ausdrückte, das gesellschaftliche Substrat. Den kundgegebenen "Gesellschafts"-Zweck erstrebt einzig der Einmann (Auftraggeber). Die Strohleute, die in seinem Auftrag die "Gesellschaft" gründen und verwalten, sind zwar möglicherweise zu einer einfachen Gesellschaft verbunden, aber sicher nicht zu einer Gründergesellschaft im üblichen Sinn⁵, sondern nur so, wie das bei Kollektivbeauftragten allgemein der Fall ist⁶, also zur gemeinschaftlichen Erledigung des vom Einmann erteilten Auftrages. Sie erstreben den Zweck der AG nicht für sich und nicht mit eigenen Mitteln, sondern im Interesse des Auftraggebers und mit dessen Mitteln. Ihr eigenes Interesse geht einzig auf das Entgelt, das ihnen der Auftrag einbringt (wobei nichts darauf ankommt, ob der Auftraggeber das Entgelt durch die AG verschafft, in Form von Verwaltungsratsbezügen). Somit ist die Aktiengesellschaft in jeder Hinsicht "aufgezogen" – dieser Ausdruck wurde bei der Gründung der L. AG verwendet –; die Beauftragten treten nur nach außen so auf, als ob sie wirkliche Gründer und Verwalter wären. Durch solches "*Tun als ob*" erreichen sie den Eintritt und Fortbestand von Rechtswirkungen, die das Gesetz an einen wirklichen Zusammenschluß in Gestalt einer AG knüpft, insbesondere den Erwerb der juristischen Persönlichkeit. Diese Wirkungen sind in der Tat gewollt. Aber sie ändern den Tatbestand nicht. Es entsteht keine Gesellschaft. Die "Aktiengesellschaft", die im Handelsregister eingetragen wird und Rechtspersönlichkeit erwirbt, ist nach wie vor nur eine Scheingesellschaft. In Wirklichkeit ist nur ein vom Einmann ausgeschiedenes [5] Zweckvermögen vorhanden, das dank dieses Scheins rechtlich verselbständigt wurde. Tatbestandsmäßig steht demnach die Strohmann-AG einer Stiftung viel näher als einem Personenverband. (Von der Stiftung unterscheidet sie sich aber dadurch, daß der Einmann das verselbständigte Zweckvermögen nicht entäußern will; es soll weiterhin ihm allein dienen.)

Wer sich diese Abweichung vom gesetzlichen Typ einer AG vergegenwärtigt, erkennt, daß der Verwaltungsauftrag jedenfalls nicht *sittenwidrig* ist. Da jedes gesellschaftliche Substrat fehlt, kann es auch keine gesellschaftseigenen Interessen geben, die schutzfähig wären. Daher besteht keine Persönlichkeitssphäre, die auch bei einer juristischen Person vorhanden sein muß, soll die Anwendung des Art. 27 ZGB einen Sinn haben. Ferner besteht kein Gesellschaftswille, der gegenüber dem Willen des Einmannes zu beachten wäre und den fiduziarischen Verwaltungsrat in eine echte Pflichtenkollision bringen könnte; vielmehr ist der Gesellschaftswille identisch mit dem Willen des Auftraggebers; das trifft sicher dann zu, wenn der Auftraggeber, wie im vorliegenden Falle, über die Aktienmehrheit verfügt, müßte aber m. E. selbst dann gelten, wenn der fiduziarische Verwaltungsrat auch noch die Aktienmehrheit fiduziarisch besitzen würde. Somit stoßen die zwei

⁵ Siegwart, Vorbem. zu Art. 629-639 N. 39 f.

⁶ Gautschi, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, 28 f.

ersten Erwägungen der Minderheitsbegründung ins Leere.

Es bleibt aber die Hauptfrage, ob der Verwaltungsauftrag *widerrechtlich* im Sinne von Art. 20 OR ist. Hier ist zu unterscheiden:

Vorerst fragt es sich, ob der Auftrag wegen der bezweckten *Typabweichung an sich* widerrechtlich ist. Als verletzte Norm kommt bei dieser Fragestellung nicht eine einzelne Vorschrift in Betracht, sondern das Aktienrecht in seiner Gesamtheit. Widerspricht die Einmann-AG (auch im Gewand der Strohmann-AG) dem Sinn und Geist des Aktienrechtes? Ist das Gesetz auf die Reinhaltung des Typs bedacht? Das muß verneint werden. Zwar bezeichnet es Art. 625 OR (mittelbar) als nicht "gesetzesgemäßen Zustand", wenn eine AG weniger als drei Aktionäre zählt. Aber nicht diese Ausdrucksweise ist maßgebend, sondern der Umstand, daß es der Gesetzgeber abgelehnt hat, die Einmann-AG von Amtes wegen aufzulösen⁷. Nur auf Klage hin darf der Richter die Auflösung anordnen, und auch das nur nach einem bestimmten Verfahren (Art. 625 Abs. 2) und mit der Wirkung, daß die aufgelöste AG vorerst als Liquidations-AG weiterbesteht. Folglich darf der Richter, wenn er sonstwie mit einer Einmann-AG zu tun hat, diese weder von Amtes wegen als nichtig erklären noch sie ignorieren. Vielmehr muß er sie (unter Vorbehalt des Rechtsmißbrauches) wie eine gesetzesgemäße AG behandeln (so jetzt besonders deutlich BGE 85 II 114). Was aber als gesetzesgemäß behandelt werden muß, das *ist* gesetzesgemäß, gleich wie eine Ehe, die trotz eines Nichtigkeitsgrundes "die Wirkungen einer gültigen Ehe" hat (Art. 132 ZGB), für solange eine gültige Ehe ist. Ein kraft Gesetzes zu dulddender gesetzwidriger Zustand wäre ein Widerspruch in sich. Ist aber die *Einmann-AG gesetzesgemäß*, so verstößt der Verwaltungsauftrag nicht schon wegen der Typabweichung gegen das Aktienrecht, so daß sich die weitere Frage gar nicht stellt, ob die verletzte Norm nach ihrem Sinn und Zweck überhaupt die Nichtigkeit des sie verletzenden Vertrages verlangt (BGE 81 II 619). Somit trifft die Erwägung des Obergerichts, daß es widersprüchlich wäre, den Verwaltungsauftrag als nichtig zu behandeln, aber die Einmann-AG bestehen zu lassen, den Kern der Sache. Freilich: Wer die Einmanngesellschaften als grundsätzlich gesetzesgemäß anerkennt, behauptet nicht, jede einzelne Einmann-AG diene schützenswerten Interessen; diese Frage stand aber bei der L. AG nicht zur Diskussion. Auch ist es – vom gesetzgeberischen Standpunkt aus gesehen – kein idealer Rechtszustand, wenn das (nicht zum vorneherein verwerfliche) Bedürfnis nach rechtlicher Verselbständigung eines nicht stiftungsmäßig gewidmeten Zweckvermögens nur unter der falschen Flagge einer AG (oder GmbH) befriedigt werden kann. Daher ist das Unbehagen, das in der Minderheitsbegründung zum Ausdruck kommt, durchaus verständlich. Doch gibt es "mildernde Umstände": Seit jeher hat sich die Rechtsentwicklung zu einem guten Teil so vollzogen, daß der Verkehr ein bestehendes Rechtsinstitut zu einem neuen Zweck ausgenützt hat. Eine solche zweckfremde Verwendung ist nicht ohne weiteres eine zweckwidrige, die zu verpönen wäre. Sodann hat das Gesetz selber die Typabweichung gefördert. Es hat die Simultan gründung zugelassen (übrigens bereits unter dem Druck der Verkehrsbedürfnisse), neben der einzig typgerechten (und im alten OR einzig vorgesehenen) Sukzessivgründung. Ferner hat es das Mindestkapital und die Mindestzahl der Aktionäre so tief angesetzt, daß die Rechtsform der AG keineswegs den Zusammenschluß vieler auf körperschaftlicher Grundlage erfordert. Von der ausdrücklich gestatteten Klein-AG zur Einmann-AG ist nur ein Schritt, den zu hindern kein ausreichender Grund besteht, ganz abgesehen davon, daß die Nichtigerklärung eines einzelnen Verwaltungsauftrages (nicht einer Einmann-AG) die schon längst eingelebte Verkehrsübung kaum zu ändern vermöchte und nur als unverdiente "Bestrafung" der zufällig Beteiligten wirken würde.

Eine zweite allgemeine Frage, die mit der ersten zusammenhängt, stellt sich namentlich bei der als [6] Strohmann-AG getarnten Einmann-AG: Begründet der mit der Typabweichung erweckte *falsche Schein* die Widerrechtlichkeit des Verwaltungsauftrages, im Sinne eines Verstoßes gegen die "öffentliche Ordnung" (Art. 19 Abs. 2 OR)? Die Gefahr falschen Scheins ist mit jedem fiduziarischen Geschäft verbunden. Deshalb rufen solche Geschäfte leicht ein begreifliches

⁷ StenBull. Ständerat 1953, 83 f., Nationalrat 1935, 164.

Mißtrauen hervor. Auch unter diesem Gesichtspunkte ist die Minderheitsbegründung "stimmungsmäßig" verständlich. Nicht von ungefähr gibt es für den Fiduziar zwei Bezeichnungen: Der Fiduziant nennt ihn respektvoll "Treuhand"; Dritte bevorzugen das despektierliche "Strohmann" ⁸. Aber aus der Gefahr falschen Scheins leitet niemand ab, fiduziarische Geschäfte seien schlechthin rechtswidrig. Ein anderer Schluß wird gezogen: Dritte können den Fiduziar beim erweckten falschen Schein behaften; sie brauchen sich das Innenverhältnis nicht entgegenhalten zu lassen (vgl. z. B. BGE 71 II 168 f.); ja nach der herrschenden Meinung wird die fiduziarische Zuwendung als wirkliche Zuwendung aufgefaßt, nicht nur als Verschaffung der Legitimation nach außen ⁹. Diesen Grundsatz hat das Obergericht folgerichtig auf die Strohmänn-AG angewendet. In ihm liegt übrigens auch die Rechtfertigung dafür, daß das Gesetz die Einmann-AG trotz ihrer Typwidrigkeit anerkennt: Wer so tut, als ob er eine AG gründe und verwalte, wird im Verhältnis zu Dritten hiebei behaftet; für den Rechtsverkehr "besteht" daher die AG. Aber diese Rechtsfolge hat nur so weit einen Sinn, als das Interesse Dritter reicht. Dagegen ist es keineswegs am Platze, daß der Richter das "Tun als ob" (eine AG im tatsächlichen Sinn vorhanden sei) seinerseits auf die Spitze treibt, ohne Rücksicht auf die typwidrige Wirklichkeit, und diese überhaupt ignoriert, folglich auch den Verwaltungsauftrag. Vielmehr muß im Innenverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar das Verabredete gelten. Es nützt keinem Dritten etwas – schadet aber der Vertragstreue –, wenn der Verwaltungsauftrag für die Vertragsparteien als nichtig erklärt wird. Hier liegt wohl die Hauptschwäche der Minderheitsbegründung. Es trifft nicht zu, daß die Anerkennung des Verwaltungsauftrages im Innenverhältnis die Öffentlichkeit und die Geschäftspartner "der noch verbleibenden aktienrechtlichen Sicherheiten" beraubt.

Immerhin stellt sich in diesem Zusammenhang noch eine Einzelfrage: Ist der Verwaltungsauftrag etwa deshalb widerrechtlich, weil er gegen besondere Vorschriften des Aktienrechtes verstößt, nämlich gegen die *Publizitätsvorschriften* und gegen *Art. 711 OR*? Mit andern Worten: Gewähren diese Vorschriften den Dritten eine aktienrechtliche "Sicherheit" (im Sinne der Minderheitsbegründung), die mit der Zulassung des fiduziarischen Verwaltungsrates verlorengelht? Die Antwort ergibt sich aus folgendem: Auch bei der typgerechten AG erlaubt die Bekanntgabe der Verwaltungsmitglieder nur Mutmaßungen über die internen Zuständigkeiten und Machtverhältnisse; keineswegs gewährt sie hierüber "Sicherheit". Denn einmal wird ja die Herkunft des Kapitals nicht bekanntgegeben (abgesehen von der Sacheinlagegründung). Somit sagt das Handelsregister nicht, wer an der Generalversammlung den obersten Willen der AG bildet. Allerdings ist wahrscheinlich, daß die Mehrheitsaktionäre sich selber in den Verwaltungsrat wählen. Aber sie können es auch vorziehen, nicht hervortreten und einen ihnen gefügigen Minderheitsaktionär als Verwaltungsrat zu bestellen; alsdann liegt ein Fall vor, der sich vom beurteilten nur noch dadurch unterscheidet, daß der Minderheitsaktionär seine Aktien nicht als Fiduziar der Mehrheitsaktionäre besitzt. Sodann ist bei einem mehrgliedrigen Verwaltungsrat aus dem Handelsregister nicht ersichtlich, wer "das Heft in den Händen hat" und wer z. B. nur als Minderheitsvertreter dem Verwaltungsrat angehört. Schließlich sagt das Handelsregister nichts über die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungsrat und Direktion, so daß ein Dritter ihm nicht entnehmen kann, wieweit sich die Mitglieder des Verwaltungsrates an der Geschäftsleitung tatsächlich beteiligen und wieweit sie nur eine dekorative Stellung einnehmen ¹⁰. Umgekehrt ist bei einem fiduziarischen Verwaltungsrat durchaus möglich, daß er nicht nur, wie es dem Innenverhältnis entspricht, Weisungen des Auftraggebers ausführt, sondern selber auf dessen Willen einwirkt, etwa auf Grund größerer Sachkenntnis. Somit sind die Publizitätsverhältnisse im Normalfall und im Fall des fiduziarischen Verwaltungsrates nicht grundsätzlich verschieden. Sicher ist auch im Normalfall nur das eine: daß die bekanntgegebenen Mitglieder nach außen

⁸ Über die Terminologie vgl. im einzelnen *Gubler*, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, ZSR n.F. 73, 1954, 217a ff.

⁹ BGE 85 II 99 ff. und dort angeführte Urteile; a. M. *Schönle*, a.a.O., 39 ff.

¹⁰ Vgl. hiezu *Hofmann*, Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften. Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A Nr. 39, Zürich/St. Gallen 1954.

verantwortlich sind. Diese Sicherheit besteht beim fiduziarischen Verwaltungsrat in gleicher Weise. Ähnliches gilt für Art. 711 OR. Diese Vorschrift bezieht sich ebenfalls nicht auf die Herkunft des Kapitals, hindert also nicht, daß sich die schweizerische Mehrheit des Verwaltungsrates der nicht bekanntgegebenen ausländischen Mehrheit einer Generalversammlung fügen muß. Auch im Normalfall steht somit nicht fest, daß die schweizerische Mehrheit der Verwaltung die "wirkliche Geschäftsleitung" in den Händen hat. Daher kann der Zweck des Art. 711 nur der folgende [7] sein¹¹: In einer schweizerischen AG sollen nur solche Verwaltungshandlungen vorkommen, für welche Schweizer Bürger (als Mehrheit der Verwaltung) die Verantwortung zu übernehmen bereit sind (Nationalitätserfordernis), und zwar Schweizer, deren Verantwortung in der Schweiz geltend gemacht werden kann (Domizilerfordernis); dazu kommt noch der Nebenzweck, daß sich der behördliche und private Verkehr mit einer schweizerischen AG in der Schweiz abspielen soll (Abs. 3). Bei diesem Zweck ist es gleichgültig, ob die Verantwortlichen aus eigenem Interesse oder auf fremde Weisung handeln¹². Beigefügt sei, daß es für das öffentliche Recht ohnehin nicht auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates ankommt, wenn über den in- und ausländischen Charakter einer AG zu entscheiden ist¹³.

Somit erweist sich das mitgeteilte Urteil m. E. in jeder Hinsicht als hieb- und stichfest. Es gebührt ihm die Bedeutung eines grundsätzlichen Präjudizes, solange das Bundesgericht nicht Gelegenheit hat, sich über den fiduziarischen Verwaltungsrat auszusprechen.

¹¹ Wie die (auch vom Obergericht zitierte) Entstehungsgeschichte zeigt, hat der Gesetzgeber den Zweck des Art. 711 – dessen Wert sogar vom Bundesrat bezweifelt wurde – nirgends klar umschrieben; Prot. ExpKom., 352 ff.; Botschaft 1928, StenBull. Ständerat 1931, 563 ff., Nationalrat 1934, 335.

¹² Für den häufigen Fall, da der ausländische Kapitalgeber die Aktien dem "Strohmann" fiduziarisch überläßt, folgt aus der im Text gegebenen Auslegung des Art. 711, daß die an sich rechtmäßige Überlassung (vgl. BGE 81 II 541) nicht etwa wegen Umgehung des Art. 711 nichtig ist, da eben Art. 711 den fiduziarischen Verwaltungsrat nicht ausschließt.

¹³ Vgl. z. B. das Votum *Herold* am Schweiz. Juristentag 1943, ZSR n.F. 62, 1943, 593a ff. – Mit Recht hat das Obergericht auf Art. 17 des Seeschiffahrtsgesetzes hingewiesen, um zu zeigen, "was eine gesetzliche Regelung vorsehen muß, um ... den schweizerischen Charakter von Aktiengesellschaften sicherzustellen".