

Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden aufbereitet von **Dr. iur. Thiemo Sturny** und **lic. iur. Dzevrije Zendeli**, beide Walder Wyss AG (Zürich)



## BGer 2C\_383/2020 – Kein Aussageverweigerungsrecht ehemaliger Organe in Kartellverfahren

### Sachverhalt

Am 13. November 2018 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) gegen verschiedene Finanzdienstleister, darunter die A. AG, eine Untersuchung wegen des Verdachts unzulässiger Wettbewerbsabreden mit dem Ziel, mobile Bezahlösungen internationaler Anbieter zu boykottieren. Mit Verfügung vom 27. November 2018 lud die WEKO den ehemaligen CEO eines von der Untersuchung betroffenen Unternehmens und aktuellen Berater der A. AG, B., zu einer Zeugenbefragung vor. Die A. AG legte gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ein.

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte die Beschwerde mit Urteil vom 6. März 2020 ab. Es führte in der Begründung aber aus, dass die Zeugenbefragung von B. mit Blick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz («keine Pflicht zur Selbstbelastung») nur zulässig sei, solange sie sich auf Angaben rein tatsächlicher Art beschränke, die sich für die A. AG nicht direkt belastend auswirken könnten.

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung beantragte in der Folge mit Beschwerde an das Bundesgericht die Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bzw. die Feststellung, dass die Zeugeneinvernahme von B. durch das Urteil vom 6. März 2020 in keiner Weise verbindlich eingeschränkt werde.

### Erwägungen

Im vorliegenden Fall war zunächst strittig, ob ehemalige Organe von untersuchungsbetroffenen Unternehmen in einem Kartellsanktionsverfahren als zur Wahrheit verpflichtete Zeugen oder als «von der Untersuchung Betroffene», die vom Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK Gebrauch machen dürfen, zu

befragen sind. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass der Begriff «von der Untersuchung Betroffene» einzig die Verfahrensparteien umschliesse. Dazu gehörten jene Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühre, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zustehe. Aktuelle formelle und faktische Organe, die für ein Unternehmen in einem Kartellverfahren handeln, verfügten aus eigenem Recht nicht über Parteistellung in solchen Verfahren, sie seien aber aufgrund ihrer Organstellung grundsätzlich als Partei und nicht als Dritte zu behandeln. Anderen Angehörigen juristischer Personen fehle es an der Parteistellung, sie seien entsprechend als Zeugen zu befragen.

In Bezug auf ehemalige Organe stützte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach nur die Aussagen aktueller Organe der juristischen Person als Verfahrenspartei zugerechnet werden können. Entsprechend habe die WEKO korrekt gehandelt, als sie B. als Zeugen vorlud.

Zu beantworten hatte das Bundesgericht danach noch die Frage, ob B. in der Zeugeneinvernahme ein von der A. AG abgeleitetes Aussageverweigerungsrecht zustehe. Das Bundesgericht bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, wonach ein kartellrechtliches Sanktionsverfahren als strafrechtsähnlich zu bezeichnen sei und sich untersuchungsbetroffene Unternehmen auf die Schutzgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen können (Aussageverweigerungsrecht und Verbot des Selbstbelastungszwangs). Natürliche Personen fänden sich in Strafverfahren bei einer Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage möglicherweise im Dilemma wieder, sich entweder selbst zu beschuldigen oder aber Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden, was eine Verletzung der mit der Menschenwürde verknüpften Willensfreiheit bedeuten würde. Im Kartellverfahren bezwecke der Nemo-tenetur-Grundsatz dagegen einzig und allein die Gewährleistung eines effektiven Verteidigungsrechts des untersuchungsbetroffenen Unternehmens. Dieses Verteidigungsrecht wer-

de durch die Pflicht ehemaliger Organe zur wahrheitsgemässen Aussage nicht beschränkt, da die aktuellen Organe die unter Umständen belastenden Aussagen früherer Organe jederzeit infrage stellen und widerlegen könnten, ohne dadurch widersprüchlich zu handeln. Daran ändere auch nichts, dass frühere Organe unter Umständen ein besonderes Näheverhältnis zum untersuchungsbetroffenen Unternehmen aufweisen und möglicherweise gerade deshalb belastende Aussagen machen können. Art. 6 Abs. 1 EMRK bezwecke nicht den Schutz vor belastenden Aussagen, ansonsten jeder Person ein Aussageverweigerungsrecht zugestanden werden müsste, die aufgrund irgendeines Näheverhältnisses zu Betroffenen belastende Aussagen machen könnte. Zudem hätte es dem Gesetzgeber offengestanden, ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutz des Näheverhältnisses zwischen ehemaligen Organen und untersuchungsbetroffenen Unternehmen zu schaffen, was aber in den anwendbaren Verfahrensgesetzen nicht vorgesehen sei.

Ein Zeugnisverweigerungsrecht von B. aus Art. 6 Abs. 1 EMRK könne sich in der vorliegenden Konstellation folglich nicht ergeben, es sei denn, diesem drohe im Zusammenhang mit dem Verhalten seiner ehemaligen Arbeitgeberin persönlich eine Strafverfolgung, was im vorliegenden Fall aber nicht vorgebracht wurde oder zu beurteilen war.

### Bemerkungen

Aktuelle Mitglieder von VR und Geschäftsleitung sowie weiteren Organen von betroffenen juristischen Personen sind in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren grundsätzlich als Partei und nicht als Dritte zu behandeln und können sich folglich auf das Aussageverweigerungsrecht berufen. Dieses Recht steht anderen Mitarbeitenden, Beratern oder ehemaligen Organen dieser juristischen Personen nur dann zu, wenn sie sich in einem Kartellsanktionsverfahren persönlich dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden, was nur in Ausnahmefällen zutreffen dürfte.



## **BGer 4A\_508/2020 – Richterliche Einberufung einer Generalversammlung – Nachweis über Aktionärsstellung**

### **Sachverhalt**

Mit Gesuch vom 23. Dezember 2019 ersuchten A. und D. um richterliche Einberufung einer Generalversammlung der C. AG. Anlässlich dieser Generalversammlung sollte A. zur Verwaltungsrätin mit Einzelunterschriftenberechtigung gewählt und der bisherige und einzige Verwaltungsrat B. abgewählt werden.

Mit Urteil vom 6. Mai 2020 wies das Richteramt Thal-Gäu das Gesuch um Einberufung einer Generalversammlung mangels Aktivlegitimation der Gesuchsteller ab. Diesen Entscheid bestätigte das Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 28. August 2020, da die Aktionärsstellung mit den eingereichten Urkunden nicht glaubhaft gemacht worden sei. Dagegen erhoben die Gesuchsteller Beschwerde an das Bundesgericht.

### **Erwägungen**

Die Einberufung einer Generalversammlung kann von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden (Art. 699 Abs. 3 OR). Das Gericht hat auf Antrag der Aktionäre, die das Gesuch stellen, die Einberufung der Generalversammlung anzuordnen, wenn der Verwaltungsrat ihrem Begehren nicht binnen angemessener Frist entspricht (Art. 699 Abs. 4 OR).

Bei der Beurteilung eines Einberufungsgesuchs sind nur formelle Fragen zu prüfen, d.h., ob die Gesuchsteller Aktionäre sind und ob tatsächlich ein Einberufungsbegehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem nicht innert angemessener Frist entsprochen wurde. Das Gericht hat nicht zu beurteilen, ob die an der Generalversammlung zu fassenden Beschlüsse gültig sein werden; diese Fragen sind vielmehr erst im Rahmen einer allfälligen Anfechtungs- oder Nichtig-

keitsklage (Art. 706 ff. OR) gegen die gefassten Beschlüsse zu prüfen.

Für das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung genügt es, wenn die Gesuchsteller ihre Aktionärsstellung dem Gericht lediglich glaubhaft machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich diese Elemente nicht verwirklicht haben könnten.

Die Aktionärsstellung kann insbesondere durch einen Eintrag im Aktienbuch nachgewiesen werden. Im vorliegenden Fall jedoch hatte keine Partei die Existenz eines Aktienbuches behauptet, was laut Bundesgericht nicht dazu führen darf, dass den Beschwerdeführern der Nachweis der materiellen Berechtigung an den Aktien abgeschnitten wird. Der Namenaktionär muss seine Legitimation bei Nichtvorhandensein eines Aktienbuches auch ohne einen solchen Eintrag erstellen können.

A. und D. hatten ihre Aktien an der C. AG mit einem Kaufvertrag, der einer Bewilligung unter dem Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht bedurfte, an B. verkauft. Sie machten geltend, dass sie als Aktionäre zu betrachten seien, bis die rechtskräftige Erwerbsbewilligung der Aktien gemäss Art. 61 ff. BGG durch die zuständigen Behörden erteilt worden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei der Aktienkaufvertrag schwebend unwirksam und eine rechtsgültige Übertragung der Aktien an B. nicht möglich.

Das Bundesgericht liess offen, ob A. und D. damit ihre Aktionärsstellung glaubhaft machen konnten. Es wies vielmehr darauf hin, dass bei der Ausübung des Einberufungsrechts das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten sei. Das Gericht habe mithin einem Gesuch nicht stattzugeben, wenn sich dieses als offensichtlich missbräuchlich oder schikanös herausstelle.

In diesem Sinne war vorliegend relevant, dass eine Pachtstreitigkeit zwischen A. als Pächterin und der C. AG und B. als Eigentümer und Verpäch-

ter eines Grundstücks vorlag, welches durch Gerichtsurteil mit der Ausweisung von A. aus dem Pachtobjekt entschieden wurde. In jenem Verfahren betreffend die Pachtstreitigkeit hatte A. in Bezug auf die beantragte Durchführung der Generalversammlung ausgeführt, bei ordnungsgemässer Durchführung derselben wäre B. nicht mehr vertretungsberechtigt gewesen und sie als neue Verwaltungsrätin hätte als Vertreterin der C. AG mit sich selbst einen neuen Pachtvertrag abschliessen können.

In diesem Zusammenhang führte das Bundesgericht aus, dass die Verkäufer der Aktien nach Verkauf der Aktien und vor Erteilung der Bewilligung nicht eine Person als Organ der Gesellschaft wählen dürfen, die zu ihren Gunsten für die Gesellschaft Geschäfte abschliesst, die nicht im Sinne des Käufers sind. Denn Derartiges liefe dem mit dem Verkauf der Aktien verfolgten Zweck zuwider. Es dürfen aber auch keine Geschäfte abgeschlossen werden, die mit den vertraglichen Pflichten der Beschwerdeführer, wie sie bestehen, falls die Bewilligung nicht erteilt werden sollte, nicht vereinbar wären. Beides wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar. Ein Gesuch um Anordnung einer Generalversammlung zu derartigen Zwecken wäre missbräuchlich und daher abzuweisen. Zulässig könnte das Gesuch dagegen sein, wenn es den Beschwerdeführern lediglich darum ginge, zu verhindern, dass B. seinerseits vollendete Tatsachen schafft, bevor über die Bewilligung entschieden wurde.

### **Bemerkungen**

Die Verkäufer von Aktien dürfen nach dem Verkauf und solange das Rechtsgeschäft in der Schwebe ist, keine Geschäfte abschliessen, die mit ihren vertraglichen Pflichten nicht vereinbar wären. Auch dürfen die Verkäufer nicht eine Person als Organ in die Gesellschaft wählen, die solche Rechtsgeschäfte abschliessen würde. Ein Gesuch um Anordnung einer Generalversammlung zu derartigen Zwecken wäre rechtsmissbräuchlich und daher abzuweisen.