

**Peter V. Kunz**  
**Oliver Arter**  
**Florian S. Jörg**  
(Herausgeber)

# **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X**

**Christoph B. Bühler**  
**Dieter Gericke**  
**Lukas Glanzmann**  
**Florian S. Jörg**  
**Peter Jung**  
**Peter V. Kunz**  
**Clemens Meisterhans**  
**Urs Schenker**  
**Thomas Sprecher**



**Stämpfli Verlag**



---

Peter V. Kunz  
Oliver Arter  
Florian S. Jörg  
(Herausgeber)

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X**



---

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ

OLIVER ARTER

FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

CHRISTOPH B. BÜHLER

DIETER GERICKE

LUKAS GLANZMANN

FLORIAN S. JÖRG

PETER JUNG

PETER V. KUNZ

CLEMENS MEISTERHANS

URS SCHENKER

THOMAS SPRECHER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter [www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3164-3

ISBN Judocu 978-3-0354-1218-5

ISBN E-Book 978-3-7272-5896-1



---

# Aktionärskontrolle auf der Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen

CHRISTOPH B. BÜHLER

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>50</b>
<b>2.</b>	<b>Grundsatz der Nichtanfechtbarkeit von Verwaltungsrats-</b> <b>beschlüssen .....</b>	<b>51</b>
2.1	Geltende Lehre und Praxis sowie Revisionsvorschläge .....	51
2.2	Praktische Schwierigkeiten und nachteilige Auswirkungen einer Einführung der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen.....	52
2.3	Ausnahme: Anfechtbarkeit eines Fusionsbeschlusses des Verwaltungsrates nach Fusionsgesetz.....	53
<b>3.</b>	<b>Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsrats-</b> <b>beschlüssen .....</b>	<b>55</b>
3.1	Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsrats- beschlüssen .....	55
3.1.1	Nichtigkeit .....	55
3.1.1.1	Nichtigkeitsfolgen.....	55
3.1.1.2	Geltendmachung der Nichtigkeit .....	56
3.1.2	Analogie zur Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.....	57
3.1.3	Nichtigkeitsgründe.....	57
3.1.3.1	Eingriff in zwingend gewährte Individualrechte.....	57
3.1.3.2	Missachtung der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft.....	59
3.1.3.3	Verletzung der Bestimmungen zum Kapitalschutz .....	60
3.1.3.4	Schwerwiegende formelle Mängel.....	62
3.2	Weitere Klagemöglichkeiten des Aktionärs.....	63
3.2.1	Verantwortlichkeitsklage .....	64
3.2.2	Rückerstattungsklage .....	67
3.2.3	Klage bei Mängeln in der Organisation .....	69
3.2.4	Auflösungsklage .....	70
<b>4.</b>	<b>Schluss.....</b>	<b>72</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>73</b>

## 1. Einleitung

Die Aktionäre vertrauen dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft ihre Gelder an und räumen ihm eine gewisse Gestaltungs- und Ermessensfreiheit in der Verwaltung dieser Vermögenswerte ein. Die Delegation von Ermessen an den Verwaltungsrat würde von rational handelnden Aktionären nicht hingenommen, wenn sie nicht mit *klaren Rahmenbedingungen* versehen wäre, die auch mit entsprechenden *Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten* verknüpft sind. Zu diesen Rahmenbedingungen gehört insbesondere die Bindung des Verwaltungsrates an die *Sorgfalts- und Treuepflicht* sowie an den *Grundsatz der Gleichbehandlung*. Die Kontrollfunktion der Aktionäre wird sichergestellt durch die gesetzliche Verankerung des Aktionärsschutzes und durch verschiedene Mitwirkungs- und Sanktionsrechte in Bezug auf die Generalversammlung, wie das Traktandierungs- und Antragsrecht, das Einberufungsrecht, das Stimm- und Wahlrecht und die Möglichkeit, gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten. Als Sanktionsinstrument stellt das Gesetz den Aktionären sodann bestimmte *Klageinstrumente* zur Verfügung, die es ihnen ermöglichen, diese Pflichten des Verwaltungsrates durchzusetzen.

Als Beauftragter ist der Verwaltungsrat schliesslich auch verpflichtet, über seine Geschäftsführung und Aufsichtstätigkeit Rechenschaft abzulegen. Die *Transparenz* der Rechnungslegung<sup>1</sup> ist ein fundamentales Prinzip, das jede professionelle Tätigkeit beherrscht und jeden Geschäftsführer betrifft<sup>2</sup>. Gleiches gilt auch für die Aktiengesellschaft<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. zur Transparenzfunktion nach neuem Rechnungslegungsrecht GLANZMANN, Rechnungslegungsrecht, S. 212; BÖCKLI, Rechnungslegung, S. 24 ff.; HANDSCHIN, Rechnungslegung, S. 147.

<sup>2</sup> Art. 400 OR.

<sup>3</sup> So auch BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 30.



## 2. Grundsatz der Nichtanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen

### 2.1 Geltende Lehre und Praxis sowie Revisionsvorschläge

Nach geltender Lehre und Praxis können die Aktionäre im Schweizer Aktienrecht *Beschlüsse des Verwaltungsrates* grundsätzlich *nicht anfechten*<sup>4</sup>. Unzulässig ist nach diesem Grundsatz auch die Aufhebung von *Transaktionen oder Massnahmen des Verwaltungsrates*, welche dieser *in Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflichten oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes* durchgeführt oder vereinbart hat<sup>5</sup>.

Die Frage der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen – in Analogie zum Verfahren, das gemäss Art. 706 und 706a OR die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen innerhalb von zwei Monaten beim Richter am Sitz der Gesellschaft erlaubt – ist seit langer Zeit ein Thema der aktienrechtlichen Diskussion<sup>6</sup>.

In der *Motion Leutenegger Oberholzer* vom 9. Mai 2001<sup>7</sup> wurde zuletzt gefordert, dass «Verwaltungsratsbeschlüsse von zentraler Bedeutung» durch Aktionäre, die ein bestimmtes Aktienquorum (in Analogie zur Sonderprüfung) auf sich zu vereinigen vermögen, gerichtlich angefochten werden können. Es wird dabei vor allem geltend gemacht, dass es *keine rechtsfreien Räume* in der Aktiengesellschaft geben dürfe und dass insbesondere wichtige oder zentrale Beschlüsse des Verwaltungsrates der Rechtskontrolle zu unterstellen seien. In der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen wird eine wesentliche Verbesserung der Stellung der Aktionäre erblickt.

---

<sup>4</sup> Vgl. BGE 76 II 51 E. 2 f.; 109 II 239 E. 3b und 243 f.; SJZ 1988, S. 199; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 9; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 155; ZK-HOMBURGER, N 417 ff. zu Art. 714 OR; KRNETA, N 855 ff.; BÜHLER, Corporate Governance, N 732 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 263 f.; BasK-WERNLI/RIZZI, N 3 zu Art. 714 OR; VON DER CRONE, § 4 N 137 ff.; a.M. noch SIEGWART, S. 423 ff.; STEBLER, S. 86 ff.

<sup>5</sup> HOFSTETTER, S. 136; HUGUENIN, S. 255 ff.

<sup>6</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 142; ZK-BÜRGI, N 6 zu Art. 706 OR; BGE 109 II 239 E. 3b.; BGE 76 II 51 E. 2.

<sup>7</sup> Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER (Geschäftsnummer 01.3261) vom 9. Mai 2001.

## 2.2 Praktische Schwierigkeiten und nachteilige Auswirkungen einer Einführung der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen

Obleich aus rechtlicher Sicht an sich einiges für den Vorschlag einer Ausdehnung des Anfechtungsrechts auf Verwaltungsratsbeschlüsse spricht, wären damit doch erhebliche *praktische Schwierigkeiten* und *nachteilige Konsequenzen* verbunden<sup>8</sup>:

- Weil – wie auch in der Motion Leutenegger Oberholzer gefordert – nicht die Anfechtbarkeit sämtlicher Verwaltungsratsbeschlüsse verlangt werden kann, müsste zuerst eine Abgrenzung zwischen den weiterhin nicht anfechtbaren und den anfechtbaren Verwaltungsratsbeschlüssen «von zentraler Bedeutung» vorgenommen werden. Dies wäre durch einen gesetzlichen Katalog an sich machbar. Die Anfechtung gerade solcher zentraler Beschlüsse würde aber die *Funktionsfähigkeit der Unternehmensspitze* wohl empfindlich stören, zumal dann – wie mit Bezug auf Generalversammlungsbeschlüsse<sup>9</sup> – auch eine *angemessene Anfechtungsfrist* eingeräumt werden müsste. Damit befänden sich unter Umständen wichtige Führungsentscheide, die aufgrund der Marktgegebenheiten zeitnah oder sogar «ad hoc» gefällt werden müssen, während zwei Monaten in der Schwebe, bevor sie rechtswirksam würden<sup>10</sup>. Zu einer geradezu unhaltbaren Lähmung der Unternehmensführung könnte die Situation ausarten, wenn man sich vor Augen führt, dass dem aktivlegitimierten Aktionär dann grundsätzlich auch noch der dreifache Instanzenzug offenstünde, um sein Anliegen durchzusetzen. Dadurch würde dann sogar ein mehrjähriger Schwebezustand geschaffen, der die Gesellschaft am Handeln hindern würde. Ihre Organe wären in diesem Fall aufgrund ihrer allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen Führung der Geschäfte gemäss Art. 717 Abs. 1 OR gehalten, gleichzeitig für beide möglichen Fälle – nämlich Gutheissung oder Abweisung der Anfechtungsklage – Eventualmassnahmen zu ergreifen.
- Diese dysfunktionalen Auswirkungen würden dadurch verschärft, dass eine Anfechtbarkeit von «zentralen» oder «strategisch bedeutsamen»

---

<sup>8</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 142 f.

<sup>9</sup> Art. 706a OR; vgl. ZK-TANNER, N 1 ff. zu Art. 706a OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 2 zu Art. 706a OR.

<sup>10</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 264.

Verwaltungsratsbeschlüssen praktisch voraussetzen würde, dass die obligatorische *Veröffentlichung solcher Verwaltungsratsbeschlüsse* vorgeschrieben würde. Blieben sie, wie nach geltendem Recht, grundsätzlich vertraulich, so könnten die Aktionäre eine Klage nur dann einreichen, wenn sie zufällig aufgrund eines Informationslecks von dem Beschluss erfahren würden oder wenn der Beschluss im Rahmen der Umsetzung innerhalb der Anfechtungsfrist öffentlich bekannt würde. Gerade eine Anfechtung eines Verwaltungsratsbeschlusses, der bereits in der Umsetzungsphase steht, hätte aber schädliche Kollateraleffekte. Die Gesellschaften wären praktisch gezwungen, die entsprechenden Beschlüsse vorsorglich zu veröffentlichen, um die zweimonatige Anfechtungsfrist auszulösen und wenigstens nach zwei Monaten Rechtssicherheit zu haben. Dadurch würde jedoch die praktische Arbeit des Verwaltungsrats ebenfalls behindert oder – in sensitiven Bereichen, die an sich unter das Geschäftsgeheimnis fallen – sogar verhindert<sup>11</sup>.

- Dazu kommt, dass es bei einer Anfechtbarkeit «zentraler» Verwaltungsratsbeschlüsse bei *äusserst dringlichen Massnahmen* – wie in einer Sanierungsphase, z.B. die Veräusserung eines Geschäftsteils, die Entlassung von Arbeitskräften oder die Kapitalaufnahme durch Ausgabe von Aktien aufgrund eines genehmigten Kapitals – zu einer *Blockierung oder Lähmung der Gesellschaft gerade in einem «zentralen» Bereich* käme. Eine solche Blockierung könnte sogar den Untergang der Gesellschaft beschleunigen oder herbeiführen.
- Es ist schliesslich auch zu erwarten, dass eine solche Regelung für die dem schweizerischen Recht unterstehenden Aktiengesellschaften gegenüber den ausländischen Aktiengesellschaften einen *erheblichen Wettbewerbsnachteil* begründen würde<sup>12</sup>.

### 2.3 **Ausnahme: Anfechtbarkeit eines Fusionsbeschlusses des Verwaltungsrates nach Fusionsgesetz**

Nach geltendem Recht bleibt es denn auch vorerst beim Grundsatz, dass Verwaltungsratsbeschlüsse *nicht anfechtbar* sind. Eine *Ausnahme* besteht einzig im Recht der Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz. Nach Art. 106 Abs. 2 FusG können die Gesellschafter, die einem Strukturangepas-

---

<sup>11</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 265.

<sup>12</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 142 f.

sungsbeschluss nicht zugestimmt haben, diesen Beschluss auch dann innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung anfechten, wenn er nicht von der Generalversammlung, sondern vom *obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan* gefasst wurde. Es geht hier insbesondere um den Fall der *erleichterten Fusion* von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 FusG. Aufgrund der klaren Beherrschungsverhältnisse ist ein Fusionsbeschluss der Gesellschafter in diesem Spezialfall nicht erforderlich<sup>13</sup>. Anfechtbar ist in diesem Fall jedoch nur der *Zustimmungsbeschluss* des Verwaltungsrates, der bei der erleichterten Fusion sozusagen den Beschluss der Generalversammlung substituiert, und nicht auch die Rechtshandlungen des Verwaltungsrates zur Vorbereitung einer Strukturanpassung<sup>14</sup>. Anfechtbar sind ausserdem nur Beschlüsse, welche die «Vorschriften des Fusionsgesetzes» verletzen. Ein *anderweitig mangelhafter Beschluss* des Verwaltungsrates kann somit *nicht* gestützt auf die Ausnahmevorschrift in Art. 106 Abs. 2 FusG angefochten werden<sup>15</sup>.

Umstritten ist, ob die Anfechtungsmöglichkeit auch in Bezug auf einen *Zustimmungsbeschluss* des Verwaltungsrates zu einer *Vermögensübertragung* gemäss Art. 69 ff. FusG besteht, die ebenfalls keinen Beschluss der Generalversammlung erfordert. Das wird von der herrschenden Lehre<sup>16</sup> bejaht, weil die Anfechtung von Vermögensübertragungen zwar nicht in der Gesetzesbestimmung, jedoch im Titel des fünften Abschnittes des Fusionsgesetzes ausdrücklich erwähnt ist und es nach der Botschaft auch dem klaren Willen des Gesetzgebers entspricht, solche Anfechtungen zuzulassen<sup>17</sup>. Diese Interpretation ist jedoch nach einem Teil der Lehre und auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht sachgerecht, denn im Unterschied zur Fusion kennt die Vermögensübertragung ja kein Umtauschverhältnis auf der Ebene der Gesellschafter. Die Zahl der Gesellschafter und deren mitgliedschaftliche Stellung bleiben unverändert. Auch das Eigenkapital der beteiligten Gesellschaften wird durch die Transaktion nicht beeinflusst. Daher sieht das Fusionsgesetz bei der Vermögensübertragung auch keine Mitwirkung der Gesellschafter vor, wenn Aktiven und Passiven nach den Regeln von Art. 69 ff. FusG übertragen werden. Wo – anders als im Falle der Fusion – prinzipiell kein Mitwirkungsrecht der

---

<sup>13</sup> VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, S. 416; a.M. SCHENKER, Art. 106 N 3.

<sup>14</sup> ZK-MEIER-DIETERLE, N 5 zu Art. 106 und 20 FusG.

<sup>15</sup> SCHENKER, Art. 106 N 12.

<sup>16</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 401; KUNZ, Umwandlung, S. 813; AMSTUTZ/MABILLARD, Art. 106 N 4 und 14; SCHENKER, Art. 106 N 1; BasK-DUBS, N 3 zu Art. 106 FusG.

<sup>17</sup> Vgl. auch Botschaft zum Fusionsgesetz, S. 4489.

Gesellschafter besteht, wäre es auch nicht sachgerecht, ein solches in Abweichung von der dargelegten gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung über ein nachträgliches Klagerecht einzuführen<sup>18</sup>.

### **3. Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen**

Obwohl Verwaltungsratsbeschlüsse – mit Ausnahme des soeben erwähnten Spezialfalls eines gegen die Vorschriften des Fusionsgesetzes verstossenden Zustimmungsbeschlusses bei der erleichterten Fusion – *grundsätzlich nicht anfechtbar* sind, spielt sich die *Tätigkeit des Verwaltungsrates keineswegs im rechtsfreien Raum* ab. Dem einzelnen Aktionär steht – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – gerade in Fällen von stossenden oder willkürlichen Verwaltungsratsbeschlüssen durchaus der Weg zum Richter offen.

#### **3.1 Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen**

##### **3.1.1 Nichtigkeit**

###### *3.1.1.1 Nichtigkeitsfolgen*

Ein Verwaltungsratsbeschluss kann gemäss Art. 714 OR und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen<sup>19</sup> nichtig sein mit der Folge, dass – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sowie des Gutgläubensschutzes (Art. 3 ZGB)<sup>20</sup> – jedermann jederzeit mittels Feststellungsklage dessen absolute Unwirksamkeit geltend machen kann<sup>21</sup>. Darin liegt die wohl wichtigste Ausnahme vom Grundsatz, dass Beschlüsse des Ver-

---

<sup>18</sup> So auch VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, S. 416; GLANZMANN, Umstrukturierungen, S. 340 f.; BAHAR, N 4 zu Art. 106 FusG; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, Art. 106 N 2.

<sup>19</sup> JAGMETTI, S. 18 f.; STAUBER, S. 119; BasK-WERNLI/RIZZI, N 3 zu Art. 714 OR; BGE 109 II 239, 244.

<sup>20</sup> RIEMER, N 298 ff.; BasK-WERNLI/RIZZI, N 6 zu Art. 714 OR.

<sup>21</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 86 ff. und § 31 N 41; ZK-HOMBURGER, N 411 zu Art. 714 OR; RHEIN, S. 258 ff.; KRNETA, N 858 ff.; BasK-WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 714 OR.

waltungsrates gerichtlich nicht überprüft werden können<sup>22</sup>. Wird die Klage gutgeheissen, wirkt sie *erga omnes*, wird sie abgewiesen, lediglich *inter partes*<sup>23</sup>. Die Nichtigkeit ist unheilbar, unverjährbar und von Amtes wegen zu beachten<sup>24</sup>.

Diese Nichtigkeitsfolgen sind sehr einschneidend und schaffen ein Risiko für die *Rechtssicherheit*<sup>25</sup>. Die Nichtigkeit eines Beschlusses ist daher nur bei Vorliegen schwerwiegender Verstösse gegen zwingendes Recht oder gegen die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft anzunehmen<sup>26</sup>. Nicht ausreichend ist die blossе Statutenwidrigkeit, soweit die Statutenbestimmungen in besonderen Fällen nicht zwingend im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind<sup>27</sup>.

### 3.1.1.2 *Geltendmachung der Nichtigkeit*

Die Nichtigkeit kann mittels Einwendung oder durch Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses *geltend gemacht* werden. Es kann sodann auch auf *Unterlassung* eines gefassten, aber noch nicht ausgeführten nichtigen Verwaltungsratsbeschlusses geklagt werden<sup>28</sup>. In diesem Fall kann ein überstimmtes Verwaltungsratsmitglied freilich auch einen Antrag auf Wiedererwägung und erneute Beschlussfassung stellen<sup>29</sup>.

Zur Feststellungsklage *aktivlegitimiert* sind *jeder Aktionär* und jedes Verwaltungsratsmitglied sowie Dritte, die durch den nichtigen Verwal-

---

<sup>22</sup> BGer, Urteil vom 26. Mai 2003 (4C.7/2003), E. 6.2.

<sup>23</sup> STAUBER, S. 126 f.; KRNETA, N 892; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 266; BasK-WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 714 OR.

<sup>24</sup> KRNETA, N 889; ZK-HOMBURGER, N 413 zu Art. 714 OR; BasK-WERNLI/RIZZI, N 6 zu Art. 714 OR.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 115 II 468 ff., 474; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 278; a.M. RHEIN, S. 178, 192 und 204, welche die Rechtssicherheit durch nichtige Verwaltungsratsbeschlüsse nicht gefährdet sieht, weil diese die Verlässlichkeit bestehender Rechtsverhältnisse nicht tangiere. Ausserdem könne im Aussenverhältnis auf das Institut des Gutgläubensschutzes zurückgegriffen werden.

<sup>26</sup> BGE 133 III 79 E. 5; BasK-WERNLI/RIZZI, N 10 zu Art. 714 OR; STEBLER, S. 30 ff.; KOHLER, S. 77 f.; STAUBER, S. 121 ff.; ZK-HOMBURGER, N 346 zu Art. 714 OR; MONTAVON, S. 629; a.M. JAGMETTI, S. 104, der mangels Anfechtbarkeit der Verwaltungsratsbeschlüsse weniger strenge Anforderungen an deren Nichtigkeit stellen will als bei GV-Beschlüssen.

<sup>27</sup> BasK-WERNLI/RIZZI, N 10 zu Art. 714 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 276; KRNETA, N 864.

<sup>28</sup> ZK-HOMBURGER, N 411 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 889.

<sup>29</sup> BasK-WERNLI/RIZZI, N 9 zu Art. 714 OR.

tungsratsbeschluss beschwert werden, wie z.B. ein Gläubiger, der Fiskus oder ein Konkurrent<sup>30</sup>. Für die *Klage auf Feststellung der Nichtigkeit* eines gesellschaftlichen Aktes wegen schwerwiegender Verstösse gegen das Gesetz ist keine Schwelle von Aktienprozenten oder Mindestnennwerten vorgesehen. Es steht daher auch dem *Einzelaktionär* in Fällen von stossenden oder willkürlichen Verwaltungsratsbeschlüssen der Weg zum Richter offen. *Passivlegitimiert* ist die Aktiengesellschaft<sup>31</sup>.

### 3.1.2 Analogie zur Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

Gemäss Art. 714 OR sollen für die Beschlüsse des Verwaltungsrates «sinngemäss» die Nichtigkeitsgründe gelten, die bei den Beschlüssen der Generalversammlung nicht abschliessend («insbesondere») in Art. 706b OR aufgeführt sind. Diese Verweisung ist insoweit dysfunktional, als die in Art. 706b OR aufgeführten Nichtigkeitsgründe auf den Bereich des Verwaltungsrates gar nicht zugeschnitten sind, sondern Geschäfte betreffen, die typischerweise im Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung liegen und vom Verwaltungsrat so in der Regel gar nicht beschlossen werden<sup>32</sup>.

### 3.1.3 Nichtigkeitsgründe

#### 3.1.3.1 Eingriff in zwingend gewährte Individualrechte

Nichtig sind bei *sinngemässer* Anwendung von Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR insbesondere Beschlüsse, welche die zwingend gewährten Individualrechte, namentlich die Mitwirkungs- und Kontrollrechte, der Verwaltungsratsmitglieder verletzen, nämlich<sup>33</sup>:

- das *Recht auf Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen* gemäss Art. 713 OR, indem etwa ein Mitglied ohne wichtigen Grund (z.B.

---

<sup>30</sup> BasK-WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 891.

<sup>31</sup> ZK-HOMBURGER, N 407 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 891; BasK-WERNLI/RIZZI, N 7 zu Art. 714 OR.

<sup>32</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 31 N 42; KRNETA, N 866; BasK-WERNLI/RIZZI, N 5 zu Art. 714 OR; RHEIN, S. 151 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 267.

<sup>33</sup> KRNETA, N 868 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 267 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 109 ff.; ZK-HOMBURGER, N 366 ff. zu Art. 714 OR; BasK-WERNLI/RIZZI, N 15 ff. zu Art. 714 OR.

beim Vorliegen einer akuten Interessenkollision) nicht zu einer Sitzung eingeladen wird. Von der Nichteinladung zu einer Verwaltungsratssitzung zu unterscheiden ist die Einladung, welche nicht der im Reglement vorgeschriebenen Form entspricht. So bildet etwa die Unterschreitung einer reglementarisch vorgeschriebenen Einberufungsfrist für eine Verwaltungsratssitzung an sich noch keinen Nichtigkeitsgrund, solange mit der kurzen Frist nicht geradezu beabsichtigt wird, bestimmten Mitgliedern die Teilnahme zu verunmöglichen, was einer Nichteinladung der betreffenden Mitglieder gleichkäme<sup>34</sup>;

- das *Stimmrecht* des Verwaltungsratsmitgliedes, indem etwa bestimmten Mitgliedern – unter Vorbehalt des Stichentscheids des Vorsitzenden – in Verletzung von Art. 713 Abs. 1 OR ein Mehrfachstimmrecht eingeräumt wird;
- das *Recht auf mündliche Beratung* bei einem Zirkulationsbeschluss gemäss Art. 713 Abs. 2 OR, indem etwa ein entsprechend gestellter Antrag ignoriert wird;
- das *Recht auf Einberufung von Verwaltungsratssitzungen* gemäss Art. 715 OR;
- das *Recht auf Auskunft und Einsicht* gemäss Art. 715a OR, indem dieses etwa durch eine Reglementsbestimmung oder einen Beschluss über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränkt oder gar entzogen wird.

Umstritten ist die Frage, ob auch die *Teilnahme Unbefugter* (namentlich nicht ordnungsgemäss von der Generalversammlung gewählter oder gestützt auf Art. 762 OR abgeordneter Personen) an der Beschlussfassung des Verwaltungsrates zur Nichtigkeit des betreffenden Verwaltungsratsbeschlusses führt. Ein Teil der Lehre bejaht in diesem Fall die Nichtigkeit als Rechtsfolge, soweit der oder die Nichtbefugten «*an der Abstimmung entscheidend beteiligt sind*»<sup>35</sup>. Dem hält STAUBER<sup>36</sup> das überwiegende Interesse an der «Rechts- und Verkehrssicherheit» entgegen und lehnt daher die Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen, an denen Unbefugte mitgewirkt haben, kategorisch ab. Nach der hier vertretenen Auffassung ist darauf abzustellen, ob im konkreten Fall die Mitwirkung der unbefug-

---

<sup>34</sup> ZK-HOMBURGER, N 367 zu Art. 714 OR.

<sup>35</sup> SCHLUEP, S. 280; JAGMETTI, S. 107; STEBLER, S. 39 f.

<sup>36</sup> STAUBER, S. 123.



ten Personen in objektiv nachvollziehbarer Weise für das Beschlussergebnis *kausal* war. Hat die Stimmabgabe dieser Personen in ausschlaggebender Weise bewirkt, dass die erforderliche Mehrheit im Verwaltungsrat erreicht wurde, so ist der Beschluss als nichtig zu qualifizieren. Nur in diesem Fall wiegt der Mangel schwer genug, dass er die Nichtigkeit zu begründen vermag<sup>37</sup>. Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang freilich der in der Praxis durchaus verbreitete *Beizug aussenstehender Experten oder fachkundiger Mitarbeitender*, welche den Verwaltungsrat in seiner Entscheidungsfindung unterstützen, solange diese lediglich eine beratende Funktion wahrnehmen und in der Beschlussfassung des Verwaltungsrates nicht ihre Stimme abgeben<sup>38</sup>.

### 3.1.3.2 *Missachtung der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft*

Gemäss Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR sind sodann Verwaltungsratsbeschlüsse nichtig, die sinngemäss die «Grundstrukturen der Aktiengesellschaft» missachten<sup>39</sup>. Es geht dabei um Verstösse gegen die zwingend fixierte *Grundstruktur der organisatorischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft*, namentlich die notwendigen Organe und deren Verantwortlichkeit sowie die Kompetenzen und Durchführung der Generalversammlung.

Für die Organisation der aktienrechtlichen Exekutive – die Strukturierung der Geschäftsführung und ihrer Beaufsichtigung – besteht an sich grosse Freiheit, die es ermöglicht, unterschiedlichsten betriebswirtschaftlichen Bedürfnissen nachzukommen. Der Gesetzgeber hat sich damit in Bezug auf die Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft aber immerhin für das *Paritätsprinzip* ausgesprochen, das von einer *zwingenden Gewaltenteilung* ausgeht und jedem Organ der Aktiengesellschaft gewisse Funktionen zwingend zuweist. So enthält insbesondere Art. 716a Abs. 1 OR einen gehaltvollen Katalog von unübertragbaren und unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates; Aufgaben, die dieser nicht an einzel-

---

<sup>37</sup> So auch ZK-HOMBURGER, N 372 zu Art. 714 OR; STEBLER, S. 40, will demgegenüber subtiler unterscheiden und stellt darauf ab, ob die Mitwirkung des teilnehmenden Unbefugten *die anderen Verwaltungsratsmitglieder veranlasst* hat, ihre Stimme in seinem Sinne abzugeben.

<sup>38</sup> BGE 117 II 573, besprochen von ROLF BÄR in ZBJV 1993, S. 377 ff.; vgl. auch ZK-HOMBURGER, N 375 zu Art. 714 OR.

<sup>39</sup> Diesen Begriff hat der Gesetzgeber der bundesgerichtlichen Praxis entnommen: vgl. z.B. BGE 86 II 88 und BGE 93 II 35 («contro la struttura della persona giuridica»).

ne Mitglieder oder Ausschüsse, an die operative Geschäftsleitung oder gar – nach oben – an die Generalversammlung abgeben kann<sup>40</sup>.

Als Verstoss gegen die derart konzipierten Grundstrukturen der Aktiengesellschaft fallen insbesondere die folgenden Verwaltungsratsbeschlüsse in Betracht:

- die *Übertragung von Kernkompetenzen gemäss Art. 716a Abs. 1 OR* auf andere Organe (Generalversammlung, Geschäftsleitung) oder an Dritte<sup>41</sup>;
- die Beschlussfassung über Geschäfte, für welche der *Gesamtverwaltungsrat* zuständig ist, durch den Präsidenten oder einen Verwaltungsratsausschuss<sup>42</sup>;
- die *Attraktion von zwingenden Kompetenzen der Generalversammlung* durch den Verwaltungsrat, wie z.B. die Beschlussfassung über eine Dividendenausschüttung, Statutenänderung, Kapitalerhöhung, die Auflösung der Gesellschaft oder über die Kooptation eines neuen Verwaltungsratsmitglieds ohne Einbezug der Generalversammlung<sup>43</sup>;
- der *Einbezug Dritter in die gesellschaftsrechtlichen Abläufe*, indem diese z.B. in der Generalversammlung Aktionären gleichgestellt werden<sup>44</sup>.

### 3.1.3.3 Verletzung der Bestimmungen zum Kapitalschutz

Gemäss Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR sind auch Verwaltungsratsbeschlüsse nichtig, welche die Bestimmungen zum *Kapitalschutz* verletzen.

Der Kapitalschutz gehört nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den «wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts»<sup>45</sup>. In dessen Dienst steht

---

<sup>40</sup> BÜHLER, *Zwingendes Aktienrecht*, S. 343; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 284 ff.; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 8 zu Art. 716a OR.

<sup>41</sup> BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 269a; BasK-WERNLI/RIZZI, N 19 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 877; ZK-HOMBURGER, N 397 zu Art. 714 OR.

<sup>42</sup> KRNETA, N 878.

<sup>43</sup> BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 272; ZK-HOMBURGER, N 394 zu Art. 714 OR; BasK-WERNLI/RIZZI, N 19 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 876; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56 N 144.

<sup>44</sup> BGE 96 II 23; BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 13 N 269a; BasK-WERNLI/RIZZI, N 19 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 881.

<sup>45</sup> Vgl. BGer, Urteil vom 7. Januar 2013 (4A\_248/2012), E. 3.2; BGE 132 III 668 E. 3.2. Vgl. auch BAISCH/WEBER, S. 417.

eine ganze Reihe *zwingender Bestimmungen*, mit denen gewährleistet werden soll, dass der Gesellschaft stets ein Reinvermögen – d.h. Aktiven minus Fremdkapital – mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt<sup>46</sup>. Dazu gehört unter anderem das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte *Verbot der Einlagenrückgewähr* in Form von Dividenden<sup>47</sup>, wonach dem Aktionär kein Recht zusteht, den für die Liberierung seiner Aktien einbezahlten Betrag zurückzufordern. Daraus leitet die Rechtsprechung ein *Kapitalrückzahlungsverbot* ab, das auch die Gesellschaft bindet<sup>48</sup>. Ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär unzulässig, und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden<sup>49</sup>. Hierfür steht dem Aktionär das Rechtsmittel der *Rück-erstattungsklage* zur Verfügung. Darauf ist noch zurückzukommen<sup>50</sup>.

Dem Kapitalschutz dient sodann das *Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen*, die Einschränkung der *Darlehen an eigene Aktionäre* und die *Vorschriften über die Dividendenausschüttung*<sup>51</sup>. Der verhältnismässige Anteil am Bilanzgewinn, der jedem Aktionär nach Art. 660 OR zusteht, darf nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden<sup>52</sup>. Das Schutzsystem wird abgerundet durch die zwingende *«Alarmglocke»*<sup>53</sup> in Art. 725 OR, wonach der Verwaltungsrat bei hälftigem Kapitalverlust unverzüglich die Sanierung einzuleiten hat, sowie das *Verbot des Weiterwirtschaftens ohne richterliche Genehmigung bei Überschuldung*. Dabei wird deutlich, dass der Kapitalschutz letztlich der Erhaltung des «going concern» dient. Es geht nicht nur um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Schrumpft das Eigenkapital ohne rechtzeitige Sanierung, so sind in erster Linie die Arbeitsstellen akut in Gefahr. Eigenkapitalschutz ist ebenfalls Schutz der Einzel- und Minderheitsaktionäre und Systemschutz<sup>54</sup>.

<sup>46</sup> BGE 117 IV 259 E. 5a m.w.H.

<sup>47</sup> BGer, Urteil vom 14. Februar 2011 (4A\_496/2010), E. 2.1, und BGer, Urteil vom 13. September 2007 (4A\_188/2007), E. 4.3.2.

<sup>48</sup> BGE 61 I 147; BGer, Urteil vom 14. Februar 2011 (4A\_496/2010), E. 2.1, publ. in Pra 2011, S. 828 ff.

<sup>49</sup> BGer, Urteil vom 7. Januar 2013 (4A\_248/2012), E. 3.2; BGE 109 II 128 E. 2; BGE 87 II 181 E. 9.

<sup>50</sup> Vgl. unten Ziff. 3.2.2.

<sup>51</sup> BasK-KURER/KURER, N 1 ff. zu Art. 675 OR; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 33 ff.

<sup>52</sup> Art. 675 Abs. 2 OR.

<sup>53</sup> BÜHLER, Sanierung, S. 40 f.; BÖCKLI, Eigenkapitalschutz, S. 6; FISCHER/DELLI COLLI, S. 261 f.; SPRECHER/SOMMER, S. 552; KUNZ, Eigenkapital, S. 58; BAUER, S. 54.

<sup>54</sup> BÖCKLI, Eigenkapitalschutz, S. 7; vgl. auch MEYER, S. 38.

Bei Betrachtung dieses zwingenden Normengerüsts fällt auf, dass die Beschlüsse, welche die Bestimmungen zum Kapitalschutz betreffen, in der Regel gar nicht in der Kompetenz des Verwaltungsrates, sondern in derjenigen der *Generalversammlung* liegen. Die Verweisung auf Art. 706b Ziff. 3 OR ist insoweit problematisch. Denkbar sind in diesem Zusammenhang immerhin die folgenden, gegen zwingende Kapitalschutzvorschriften verstossenden Beschlüsse des Verwaltungsrates:

- Beschluss über den *Erlass der Liberierungspflicht*, der das Verbot der Kapitalrückzahlung verletzt<sup>55</sup>;
- Beschluss, eine *Dividende auszuschütten*<sup>56</sup>;
- Beschluss einer *Kapitalerhöhung* oder der *Auflösung der Gesellschaft* ohne erforderlichen Generalversammlungsbeschluss<sup>57</sup>;
- Beschluss, trotz festgestellter Unterbilanz oder Überschuldung *keine Generalversammlung einzuberufen* bzw. den *Richter nicht anzurufen*. In der Praxis wird freilich ein Verstoss gegen Art. 725 OR meist in einem *Unterlassen* der gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen bestehen, so dass die Anforderung eines Beschlusses im Sinne von Art. 714 OR gar nicht gegeben ist und somit die Nichtigkeitsfolge nicht eintritt. In diesen Fällen ist vielmehr von einer Pflichtverletzung des Verwaltungsrats auszugehen, welche im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage sanktioniert werden kann<sup>58</sup>.

### 3.1.3.4 *Schwerwiegende formelle Mängel*

Das Gesetz sieht für die Einberufung von Verwaltungsratssitzungen an sich keine Formvorschriften vor, und auch in Art. 706b OR, der sinngemäss gilt, ist ein formeller Mangel nicht als Nichtigkeitsgrund erwähnt. Dennoch sind sich Lehre und Praxis weitgehend einig, dass auch *schwerwiegende* formelle Mängel zur Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen führen können<sup>59</sup>. Die Nichtigkeitsfolge dürfte dabei indessen auf gravierende Fälle beschränkt sein, wie etwa:

---

<sup>55</sup> ZK-HOMBURGER, N 398 zu Art. 714 OR; BasK-WERNLI/RIZZI, N 20 zu Art. 714 OR.

<sup>56</sup> KRNETA, N 886; BasK-WERNLI/RIZZI, N 20 zu Art. 714 OR.

<sup>57</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 271 und 273.

<sup>58</sup> FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 838 ff.; KRNETA, N 888; BasK-WERNLI/RIZZI, N 20 zu Art. 715 OR; VON DER CRONE, § 4 N 138.

<sup>59</sup> BGE 133 III 79 E. 5; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 275 ff.; BasK-WERNLI/RIZZI, N 12 zu Art. 714 OR; ZK-HOMBURGER, N 343 ff. zu Art. 714 OR; zurückhaltend indessen

- die Beschlussfassung in einer Verwaltungsratssitzung, die nicht ordnungsgemäss oder gar nicht einberufen wurde und aus diesem Grund nicht alle Verwaltungsratsmitglieder anwesend waren<sup>60</sup>;
- die Durchführung eines Zirkularbeschlusses, der als zustande gekommen betrachtet wird, obgleich ein Verwaltungsratsmitglied gemäss Art. 713 Abs. 2 OR die mündliche Beratung verlangt hat<sup>61</sup>;
- der absichtliche Verzicht auf die Protokollierung, um die im Verwaltungsrat gefassten Beschlüsse zu verheimlichen. Ohne diese Absicht dürfte indessen ein Verstoss gegen die in Art. 713 Abs. 3 OR vorgeschriebene Protokollierungspflicht noch nicht zur Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen führen<sup>62</sup>.

Generell dürfte ein formeller Nichtigkeitsgrund nicht bereits bei einer Verletzung *statutarischer oder reglementarischer* Vorschriften vorliegen<sup>63</sup>, es sei denn, es liege ein *schwerer Verstoss* vor, der das Abstimmungsresultat im Verwaltungsrat entscheidend beeinflusst hat<sup>64</sup>. So hat das Bundesgericht im Falle eines Einpersonen-Verwaltungsrates etwa entschieden, dass selbst das Fehlen einer förmlich durchgeführten Sitzung nicht zur Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses führe<sup>65</sup>.

### 3.2 Weitere Klagemöglichkeiten des Aktionärs

Mit der Klage auf Feststellung der *Nichtigkeit* eines Verwaltungsratsbeschlusses wegen schwerwiegender Verstösse gegen das Gesetz ist das Kontrollinstrumentarium des Aktionärs aber noch nicht erschöpft. Der

---

RHEIN, S. 149, welche dafür hält, Art. 714 OR weise hinsichtlich der *formellen* Nichtigkeitsgründe eine «echte Lücke» auf.

<sup>60</sup> BasK-WERNLI/RIZZI, N 12 zu Art. 714 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 275; RHEIN, S. 243 ff.; STEBLER, S. 34 ff.; JAGMETTI, S. 106 f.; STAUBER, S. 122.

<sup>61</sup> KRNETA, N 871; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 275.

<sup>62</sup> BGE 133 III 79 E. 5; ZK-HOMBURGER, N 385 zu Art. 714 OR; KRNETA, N 874; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 275.

<sup>63</sup> BGE 133 III 80; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 120 und § 31 N 17; ZK-HOMBURGER, N 346 zu Art. 714, 385 und 400 ff. OR; RHEIN, S. 149 f. und 246; KRNETA, N 864; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 276.

<sup>64</sup> BasK-WERNLI/RIZZI, N 12 f. zu Art. 714 OR; a.M. wohl RHEIN, S. 149 f., die aber auf S. 217 dann doch einräumt, ein Verwaltungsratsbeschluss sei *aus formellen Gründen* nichtig, wenn kein Beschluss vorliege, wie er durch Gesetz und Reglement definiert werde.

<sup>65</sup> BGE 133 III 77.

Aktionär verfügt über verschiedene weitere Klagemöglichkeiten gegen mangelhafte Beschlüsse des obersten Führungsorgans:

### 3.2.1 Verantwortlichkeitsklage

Das wohl wichtigste Klageinstrument des Aktionärs ist – neben der speziellen in Art. 752 OR geregelten Klagegrundlage der *Prospekthaftung*<sup>66</sup>, auf die hier nicht näher einzugehen ist – die *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR*. Sie ermöglicht Schadenersatzklagen gegen die formellen und faktischen Organe der Gesellschaft, falls diese ihre Pflichten verletzen<sup>67</sup>.

Die *Aktivlegitimation* wird davon abhängig gemacht, ob einerseits die Ansprüche ausser oder im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden, und andererseits, bei welchem Rechtssubjekt der Schaden eingetreten ist<sup>68</sup>. Ein Schaden der Gesellschaft bedeutet eine mittelbare Schädigung der Aktionäre und Gläubiger. Aktionäre und Gläubiger können aber auch einen direkten Schaden erleiden, ohne dass gleichzeitig die Gesellschaft geschädigt ist. *Ausser Konkurs* können sowohl Gläubiger als auch Aktionäre auf Zahlung an sich selber klagen<sup>69</sup>, soweit sie durch das Verhalten der Spitzenorgane *direkt* geschädigt worden sind. Ist der Aktionär ausser Konkurs jedoch nur *mittelbar* geschädigt, so können die Gesellschaft und der Aktionär nur auf Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft klagen<sup>70</sup>. Keine Aktivlegitimation haben diesfalls die Gläubiger, da deren Forderungen mangels Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nach wie vor gedeckt sind<sup>71</sup>. *Im Konkurs* verlieren die Aktionäre ihr Klagerecht. Die Schadenersatzansprüche stehen fortan der Gläubigergesamtheit<sup>72</sup> und deren Geltendmachung vorrangig der Konkursverwaltung zu<sup>73</sup>. Nur wenn die Konkursverwaltung untätig bleibt, können neben den Gläubigern auch

<sup>66</sup> Vgl. dazu DRUEY/GLANZMANN, S. 212; BÜHLER, Corporate Governance, N 715 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 16 ff.; VON DER CRONE, § 12 N 4 ff.

<sup>67</sup> HOFSTETTER, S. 135; BÜHLER, Corporate Governance, N 717 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 214 ff.; VON DER CRONE, § 12 N 1 ff.

<sup>68</sup> Vgl. zur Aktivlegitimation BÄRTSCHI, S. 152 ff.; NIKITINE, S. 80; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 3 zu Art. 754 OR m.w.H.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 214 ff.

<sup>69</sup> Art. 756 Abs. 1 OR e contrario.

<sup>70</sup> Art. 756 Abs. 1 OR.

<sup>71</sup> Vgl. FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 25; BÄRTSCHI, S. 154 m.w.H.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 236.

<sup>72</sup> Sogenannte «Raschein»-Praxis: BGE 117 II 432; 122 III 176; 131 III 396; 132 III 564.

<sup>73</sup> Art. 757 Abs. 1 OR.

die Aktionäre aufgrund einer Forderungsabtretung das Klagerecht der Konkursmasse ausüben. Bei der Verteilung des Prozessergebnisses werden zuerst die klagenden Gläubiger berücksichtigt. Sind diese voll befriedigt, kommen die klagenden Aktionäre zum Zug<sup>74</sup>.

Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit setzt eine *schuldhaft*e Pflichtverletzung eines Organmitglieds voraus, die zu einem *Schaden* führt, wobei zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem eingetretenen Schaden nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen muss<sup>75</sup>.

Massgeblich für die Unterscheidung zwischen *mittelbare*m und *unmittelbare*m Schaden ist nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>76</sup> die betroffene Vermögensmasse, und nicht die *Rechtsgrundlage* bzw. die im Raum stehende Pflichtverletzung. Nach der früheren umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>77</sup> konnte nur die Verletzung von Bestimmungen, die *ausschliesslich* dem Schutz des betreffenden Aktionärs oder Gläubigers dienen, als unmittelbare Schädigung qualifiziert werden. Die Verletzung aktienrechtlicher Pflichten, die sowohl dem Schutz der Gesellschaft als auch demjenigen Dritter dienen, begründete demgegenüber nur eine mittelbare Schädigung der Aktionäre und Gläubiger<sup>78</sup>. Auf diese Schutznormtheorie wird nun nach der neusten Rechtsprechung nur noch bei der Frage der Aktivlegitimation des Gläubigers abgestellt, und auch nur in denjenigen Fällen, in denen Gläubiger und Gesellschaft direkt geschädigt sind. Im Einklang mit den auch sonst geltenden haftungsrechtlichen Grundsätzen ist für die Abgrenzung zwischen mittelbarem oder ein unmittelbarem Schaden ausschliesslich die Frage massgeblich, *in wessen Vermögensmasse der Schaden eingetreten* ist<sup>79</sup>.

Bei einer befugten *Delegation* der Geschäftsführung an andere Personen haftet das delegierende Organ nur insoweit, als Auswahl, Instruktion oder Überwachung mangelhaft waren<sup>80</sup>. Sind die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, haften nach Art. 759 Abs. 1 OR alle Verantwortlichen für den

<sup>74</sup> Vgl. BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 31 f. zu Art. 757 OR; KRNETA, N 2128.

<sup>75</sup> Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen BÄRTSCHI, S. 239 ff.; KRNETA, N 2078 ff.; NIKITINE, S. 82 ff.; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 13 ff. zu Art. 754 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 112 ff.

<sup>76</sup> BGE 131 III 306, 311 E. 3.1.2; präzisiert im Urteil vom 27. Juni 2006 (4C.122/2006).

<sup>77</sup> BGE 122 III 176, 190 E. 7b; 125 III 86, 88 E. 3a. Kritisch zu dieser Praxis v.a. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 168 f.; BÄRTSCHI, S. 216 ff.; BÖCKLI, Verantwortlichkeit, S. 27 ff.; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 17 zu Art. 754 OR.

<sup>78</sup> BGE 122 III 176, 190 E. 7b; 125 III 86, 88 E. 3a.

<sup>79</sup> NIKITINE, S. 86; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 339 ff.; JENNY, § 3 N 38 ff.

<sup>80</sup> Art. 754 Abs. 2 OR.

Gesamtschaden *solidarisch*, soweit ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens auch persönlich zurechenbar ist<sup>81</sup>.

Die Generalversammlung kann mittels Entlastungsbeschluss auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen potenziell haftpflichtige Organe verzichten und diesen nach Art. 758 Abs. 1 OR die «*Décharge*» erteilen. Der Verzicht betrifft jedoch nur Vorfälle und Tatsachen, die den Aktionären im Zeitpunkt des Entlastungsbeschlusses mitgeteilt wurden oder diesen zumindest bekannt waren<sup>82</sup>. Der Beschluss entfaltet auch keine Wirkungen auf eine Verantwortlichkeitsklage direkt geschädigter Aktionäre, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben oder Aktien in Unkenntnis der *Décharge* nachträglich erworben haben. Aktionäre, welche diese Voraussetzungen erfüllen und klagewillig sind, müssen ihre Ansprüche gemäss Art. 758 Abs. 2 OR innerhalb von sechs Monaten nach dem Entlastungsbeschluss der Generalversammlung geltend machen, ansonsten der Verantwortlichkeitsanspruch verwirkt.

Beurteilen wir die Verantwortlichkeitsklage unter dem *Aspekt der Kontrolle der Aktionäre über die Tätigkeit des Verwaltungsrates*, so wird klar, dass diesem Sanktionsinstrument in erster Linie eine *Kompensationsfunktion* und insoweit eine *repressive Wirkung* zukommt. Sie kann keine personellen Änderungen oder konstruktiven Beschlüsse zur Folge haben<sup>83</sup>.

Indem die Verantwortlichkeitsklage nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen die jeweiligen *Organmitglieder* persönlich gerichtet ist, kann sie nicht nur ein Kontroll-, sondern auch ein *Steuerungsinstrument* in den Händen der Aktionäre werden und eine *präventive Wirkung* erzielen. Das latente Haftungsrisiko trägt sozusagen *ex ante* zur korrekten Aufgabenerfüllung bei und schafft damit den Anreiz zum regelkonformen Tätigwerden der mit der Geschäftsführung betrauten Organe<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Vgl. zur differenzierten Solidarität BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 3 ff. zu Art. 759 OR; NIKITINE, S. 80 und 90; ROBERTO, S. 29 ff.; vgl. zur Befreiungswirkung eines geschlossenen Vergleichs in Bezug auf die Solidarschuldnerschaft BGE 133 III 116 sowie die Kommentare zu diesem Entscheid bei HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, S. 261 ff., und FORSTMOSER/STÖCKLI, S. 517 f.; BÖCKLI/BÜHLER, S. 238 f.

<sup>82</sup> Vgl. BÄRTSCHI, S. 321 ff.; NIKITINE, S. 91; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 2 ff. zu Art. 758 OR; BÜHLER/HÄRING, S. 104 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 451 ff.

<sup>83</sup> NIKITINE, S. 71.

<sup>84</sup> Vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, S. 21 ff.; WEBER, S. 5; BÄRTSCHI, S. 22; RUFFNER, S. 210 f.



### 3.2.2 Rückerstattungsklage

Hat ein Organmitglied oder eine ihm nahestehende Person Leistungen bezogen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen, so kann der Aktionär auch die Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR ergreifen. Es handelt sich bei dieser Regelung um einen *Sonderfall der ungerechtfertigten Bereicherung*<sup>85</sup>. Dies stellte die Vorlage zur Revision des Aktienrechts von 2007 noch ausdrücklich klar, indem sie in Bezug auf den Umfang der Rückerstattung explizit auf Art. 64 OR verwies<sup>86</sup>.

Das Recht auf Rückerstattung – so die Botschaft 2007<sup>87</sup> – stelle ein «*Element der innergesellschaftlichen Kontrolle*» dar und diene letztlich der Wahrung der Eigentumsrechte der an einem Unternehmen beteiligten Personen. Die Rückerstattung der ungerechtfertigten Leistung erfolgt stets an die Gesellschaft<sup>88</sup>. Das geltende Recht setzt für die Rückerstattung die *Bösgläubigkeit* des Empfängers voraus<sup>89</sup>. In Anlehnung an die allgemeinen Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung<sup>90</sup>, wonach auch eine gutgläubig erworbene Leistung zurückerstattet werden muss, wurde das Erfordernis der Bösgläubigkeit in der Revisionsvorlage 2007 völlig fallen gelassen und in der Revisionsvorlage 2008 und auch im indirekten Gegenvorschlag zur «*Abzockerinitiative*» von 2012 dann quasi – mit einer Umkehr der Beweislast – wieder eingeführt. Der gutgläubige Empfänger muss die Leistung demnach nur dann zurückerstatten, wenn er nicht nachweisen kann, dass er diese in gutem Glauben empfangen hat und im Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nicht mehr bereichert ist<sup>91</sup>. Dieser Ansatz ist insoweit problematisch, als der böse

<sup>85</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 138.

<sup>86</sup> Art. 678 Abs. 3 E-OR 2007; vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) mit Entwurf vom 21. Dezember 2007, BBI 2007, S. 1589 ff. (nachstehend «*Botschaft 2007*»), S. 1663 f., Ziff. 2.1.14; in der Neufassung von Art. 678 E-OR 2008 wurde die ausdrückliche Verweisung auf Art. 64 OR allerdings wieder fallen gelassen.

<sup>87</sup> Botschaft 2007, S. 1663 f., Ziff. 2.1.14.

<sup>88</sup> Art. 678 Abs. 3 OR; vgl. Art. 678 Abs. 4 E-OR 2007.

<sup>89</sup> Art. 678 Abs. 1 OR.

<sup>90</sup> Art. 62 Abs. 1 OR.

<sup>91</sup> Art. 678 Abs. 3 E-OR 2012; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «*gegen die Abzockerei*» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBI 2008, S. 299 ff. (nachfolgend «*Botschaft 2008*»), S. 316 ff., Ziff. 4.2.1).

Glaube als innerer, subjektiver Sachverhalt kaum nachzuweisen ist. Die Beweislast liegt *de lege lata* beim klagenden Aktionär, was die praktische Bedeutung der Rückerstattungsklage bisher erheblich eingeschränkt hat. Durch die gesetzliche Umkehr der Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens würde die Rückerstattungsklage als Kontrollinstrument in den Händen der Aktionäre durchaus einen höheren Stellenwert erhalten<sup>92</sup>.

Die Rückerstattungspflicht setzt nach geltendem Recht voraus, dass die bezogenen Leistungen «in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft» stehen. Dieser offene Rechtsbegriff ist insofern kritisch, als er letztlich den heiklen Entscheid, die Marktadäquanz von Leistungen an Unternehmensorgane festzustellen, an den Zivilrichter delegiert, der damit regelmässig überfordert sein dürfte<sup>93</sup>. Im indirekten Gegenvorschlag des Parlaments zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 16. März 2012 wurde dann immerhin das Erfordernis des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft fallen gelassen. Es müsse genügen, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe<sup>94</sup>.

Nicht praktikabel wäre auch ein Verzicht auf das Erfordernis der *Offensichtlichkeit* des Missverhältnisses, wie das zuletzt die Revisionsvorlage von 2008 und der indirekte Gegenvorschlag zur Abzockerinitiative von 2012 vorsahen<sup>95</sup>. Zu Recht haben bereits BÖCKLI/HUGUENIN/DESSE-MONTET<sup>96</sup> in ihrem Expertenbericht vorgeschlagen, das Erfordernis des Missverhältnisses sei durch das Kriterium der *Erheblichkeit* zu ergänzen, da unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit letztlich nur eine ins Gewicht fallende Quantität der Wertdisparität zur Ergreifung einer Rückerstattungsklage legitimieren sollte.

---

Vgl. dagegen noch Art. 678 Abs. 3 E-OR 2007 i.V.m. Art. 64 OR 1991; vgl. Botschaft 2007, S. 1663 f., Ziff. 2.1.14.

<sup>92</sup> Vgl. Botschaft 2008, S. 316, Ziff. 4.2.1: «Eine griffige und operable Regelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, welche für kotierte wie auch nicht kotierte Gesellschaften gilt, ist für eine gute Corporate Governance von grosser Bedeutung, da dadurch ein ungerechtfertigter Mittelabfluss des Gesellschaftsvermögens verhindert werden kann.»

<sup>93</sup> Art. 678 Abs. 2 E-OR 2008 und 2012; Art. 678 Abs. 2 E-OR 2007 setzte demgegenüber noch ein «*offensichtliches* Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung und *Ertragslage* der Gesellschaft» voraus (Hervorhebungen beigegefügt).

<sup>94</sup> Vgl. dazu den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates «Parlamentarische Initiative, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative ‚gegen die Abzockerei‘ vom 25. Oktober 2010», S. 8.

<sup>95</sup> Vgl. Sonderbericht HOFSTETTER, S. 22.

<sup>96</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSE-MONTET, S. 139 und 220; vgl. auch BINDER, S. 69.

Leider wurde es auch in Bezug auf diese Klage versäumt, die Regelung der *Kostentragung* entscheidend zu verbessern. Mit Art. 105 ff. ZPO wurde dem Gericht immerhin die Möglichkeit verschafft, die Prozesskosten bei Abweisung der Rückerstattungsklage nach Ermessen zu verteilen, und zwar auf die Gesellschaft und die klagende Partei. Diese Regelung dürfte allerdings nicht weit genug gehen, denn sie bietet dem Kläger keine hinreichende Rechtssicherheit hinsichtlich der Abschätzung des Kostenrisikos, das letztlich völlig in der Hand des Richters bleibt. Es fehlt auch eine klare Vorgabe – wie z.B. in Art. 697g Abs. 1 OR bei der Sonderprüfung –, wonach die Gesellschaft die Kosten trägt, falls nicht besondere Umstände eine Auferlegung an den Kläger rechtfertigen. Der Aktionär, der die Rückerstattungsklage erhebt, handelt materiell im Interesse der Gesellschaft. Er sollte daher, wenn er aus begründetem Anlass klagt und auch nicht missbräuchlich handelt, in allen Instanzen vom Risiko der Verfahrens- und der Anwaltskosten befreit werden<sup>97</sup>.

### 3.2.3 Klage bei Mängeln in der Organisation

Art. 731b OR sieht sodann eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation der Aktiengesellschaft vor. Erfasst sind dabei sowohl fehlende als auch nicht rechtsgenügend zusammengesetzte Organe. In einem unlängst ergangenen Entscheid<sup>98</sup> hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR namentlich vorliege, wenn eine Pattsituation im Aktionariat die Wahl eines Organs verhindere oder wenn aufgrund des Nichterreichens des notwendigen Quorums in der Generalversammlung kein Verwaltungsratsmitglied gewählt oder wiedergewählt werden kann. Es hat dabei auch klargestellt, dass in diesem Fall eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats im Hinblick auf einen drohenden Organisationsmangel nicht möglich sei<sup>99</sup>.

Die Bestimmung ermöglicht es einem Aktionär, Gläubiger oder dem Handelsregisterführer, beim zuständigen Gericht zu verlangen, die «erforderlichen Massnahmen» zu ergreifen. Es obliegt dann dem Gericht, die

---

<sup>97</sup> So auch der Vorschlag der Expertengruppe Corporate Governance: BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, S. 139.

<sup>98</sup> BGer, Urteil vom 27. Mai 2014 (4A\_235/2013), E. 2.1 und 2.8; vgl. dazu VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 405 ff.

<sup>99</sup> BGer, Urteil, a.a.O., E. 2.6.

Anordnungen zu treffen, die nach den Umständen zur Durchsetzung der zwingenden gesetzlichen Vorgaben geeignet erscheinen<sup>100</sup>.

Der Richter kann – stets unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes<sup>101</sup> – insbesondere:

- (i) der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine *Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* ansetzen<sup>102</sup>;
- (ii) das *fehlende Organ*<sup>103</sup> oder – als befristete Massnahme – einen *Sachwalter ernennen*<sup>104</sup>;
- (iii) die *Gesellschaft auflösen* und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen<sup>105</sup>.

Gestützt auf Art. 731b OR kann ein Aktionär insbesondere auch klageweise die Abberufung einer gewählten oder richterlich eingesetzten *Revisionsstelle* verlangen, wenn diese nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Dies ist etwa dort der Fall, wo die Generalversammlung entgegen den gesetzlichen Anforderungen einen Revisor ohne besonderen Fähigkeitsausweis eingesetzt hat oder wo der Revisor seine Unabhängigkeit eingebüsst oder seine Zulassung verloren hat<sup>106</sup>.

### 3.2.4      **Auflösungsklage**

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen, wenn auch als Instrument der Aktionäre zur Kontrolle der Führungsebene eher von geringer praktischer Bedeutung, ist schliesslich die Möglichkeit zur Erhebung einer *Auflösungsklage*. Gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, im Sinne einer «ultima

---

<sup>100</sup> Dazu eingehend BARTHOLD/JÖRG, S. 496; SCHÖNBÄCHLER, S. 1 ff. m.w.H.

<sup>101</sup> Vgl. BÜRGE/GUT, S. 159 f.; VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410.

<sup>102</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>103</sup> Vgl. VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 405; dazu kritisch demgegenüber PLÜSS, S. 213 ff.

<sup>104</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

<sup>105</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>106</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 100; BÜHLER, Corporate Governance, N 725; BASKWATTER/PAMER-WIESER, N 5 f. zu Art. 731b OR; LORANDI, S. 89 ff.

*ratio*»<sup>107</sup> auf Auflösung oder eine andere sachgemässe, den Beteiligten zumutbare<sup>108</sup> Lösung klagen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt<sup>109</sup>.

Im wegleitenden Entscheid *Togal*<sup>110</sup> hat das Bundesgericht klargestellt, dass der Zweck der Auflösungsklage vor allem im Schutz der Aktionärs-minderheit vor dem *nachhaltigen Machtmissbrauch der Mehrheit* besteht<sup>111</sup>. An das Vorliegen des wichtigen Grundes legen die Gerichte strenge Kriterien an. Im Fall der «*Bijouterie*»-AG<sup>112</sup> hat das Gericht die Unzumutbarkeit des Weiterbestehens der Gesellschaft für die Minderheitsaktionäre als wichtigen Grund anerkannt. Aus diesem Entscheid darf jedoch nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die mangelnde Rentabilität allgemein einen wichtigen Grund zur Auflösung einer Aktiengesellschaft darstellen würde<sup>113</sup>. Im Fall der «*Bijouterie*»-AG ging es um eine besondere Situation einer kleinen Zweipersonengesellschaft, in welcher der Minderheitsaktionär wegen der Unverkäuflichkeit seiner Aktien schutzlos dem auf Lohnmaximierung und Gewinnminimierung ausgerichteten Geschäftsgebaren des Mehrheitsaktionärs ausgeliefert war<sup>114</sup>. Die Umstände waren somit grundlegend anders als beispielsweise bei einer grösseren Publikumsgesellschaft, bei welcher die Aktionäre sich in der Regel ohne weiteres auch durch Verkauf ihrer Aktien von ihrer Investition in die Gesellschaft trennen können. Der Auflösungsklage kommt denn auch insbesondere in privaten und kleineren Aktiengesellschaften eine wichtige Schutzfunktion für die Minderheitsaktionäre zu, denen die exit-Option verwehrt ist, weil für ihre Aktien kein Markt besteht<sup>115</sup>. Im Fall *Lorze gegen Reishauer*<sup>116</sup> hat das Bundesgericht indessen zuletzt deutlich gemacht, dass in der Aktiengesellschaft grundsätzlich die Mehrheit das Sagen hat. Differenzen zwischen den Aktionären sind grundsätzlich nach

<sup>107</sup> Der Richter muss stets von Amtes wegen prüfen, ob eine weniger weit gehende Anordnung als die Auflösung der Gesellschaft dem Missstand abhelfen kann.

<sup>108</sup> Vgl. zur Voraussetzung der Unzumutbarkeit insbesondere das Bundesgerichtsurteil i.S. «*Bijouterie*»-AG, BGE 126 III 266 ff.

<sup>109</sup> Vgl. KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 161 ff.; GERHARD, S. 143 ff.; BasK-STÄUBLI, N 26 f. zu Art. 736 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 188 ff.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 105 II 125; so auch vorher schon BGE 84 II 44 ff.

<sup>111</sup> In diesem Sinne auch BGer, Urteil vom 5. März 2010 (4A\_475/2009); vgl. dazu BEELER/VON DER CRONE, S. 334.

<sup>112</sup> BGE 126 III 226 ff.

<sup>113</sup> So aber WOHLMANN, S. 154 ff.

<sup>114</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 192.

<sup>115</sup> Vgl. FORSTMOSER, Corporate Governance, S. 482; BÜHLER, «Family Business Governance», S. 320 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 14 N 353.

<sup>116</sup> BGE 136 III 278 ff.; vgl. dazu STOFFEL, S. 71 ff.; VOGT/ENDERLI, S. 238 ff.

diesem Prinzip zu lösen<sup>117</sup>. Das Mehrheitsprinzip soll nur in schweren Fällen eines Machtmissbrauchs und wenn keine weniger weit gehende Massnahme in Frage kommt ausnahmsweise nicht gelten. So hat das Bundesgericht etwa im Fall *P. Grumser S.A.*<sup>118</sup> entschieden, dass – wie beim Machtmissbrauch durch die Mehrheit – eine ruinöse Geschäftsführung ein Versagen des Mehrheitsprinzips bewirken könne. Es hat damit klargestellt, dass die Auflösungsklage als Kontrollinstrument des Aktionärs letztlich nur für jene Fälle gedacht ist, in denen das Mehrheitsprinzip als Entscheidungsfindungsmechanismus nicht mehr funktioniert<sup>119</sup>.

Zur weiteren Verbesserung des Rechtsschutzes der Minderheitsaktionäre soll nach der Revisionsvorlage von 2007 der Schwellenwert für die Einreichung der Auflösungsklage gesenkt werden. Demnach sollen Aktionäre aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen können, sofern sie entweder mindestens fünf Prozent des Aktienkapitals, fünf Prozent der Stimmen oder Aktien im Nennwert von einer Million Franken vertreten<sup>120</sup>.

#### 4. Schluss

Die nähere Beleuchtung des dem Aktionär zur Verfügung stehenden rechtlichen Instrumentariums, um gegen mangelhafte Verwaltungsratsbeschlüsse vorgehen zu können, führt zur Erkenntnis, dass die fehlende Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen im System des Aktienrechts funktional zweckmässig ist und dass die Aktionärskontrolle auf der Führungsebene dennoch keineswegs als «rechtsfreier Raum» ausgestaltet ist. Mit der *Klage auf Feststellung der Nichtigkeit* steht dem Aktionär in Fällen von stossenden oder willkürlichen Verwaltungsratsbeschlüssen durchaus der Weg zum Richter offen, und auch die *Verantwortlichkeits-* und die *Rückerstattungsklage* sowie die *Klage bei Mängeln in der Organisation* oder gar die *Auflösungsklage* können aus Sicht des Aktionärs wirksame Sanktionsinstrumente zur Kontrolle der obersten Führungsentscheide in der Aktiengesellschaft bilden.

---

<sup>117</sup> So auch BGer, Urteil vom 5. März 2010 (4A\_475/2009), E. 2.2.2.

<sup>118</sup> BGE 126 III 266.

<sup>119</sup> BEELER/VON DER CRONE, S. 339.

<sup>120</sup> Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR 2007; vgl. Botschaft 2007, S. 1692 f., Ziff. 2.1.35; GERHARD, S. 143 f.; GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, S. 674 f.; BEELER/VON DER CRONE, S. 339.

## Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ, MARC/MABILLARD, ROMAN: Fusionsgesetz, Basel 2008.
- BÄR, ROLF: Die Aktienrechtsreform unter dem Gesichtspunkt des Systems des Gesellschaftsrechts, in: SSHW 74: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zürich 1984, S. 137.
- BARTHOLD, BEAT M./JÖRG, FLORIAN S.: Kleine Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 8 (2006), S. 494.
- BÄRTSCHI, HARALD: Verantwortlichkeit und Aktienrecht, Zürich 2001.
- BAHAR, RASCHID: Art. 106, in: PETER, HENRY/TRIGO TINDADE, RITA (Hrsg.): Commentaire LFus, Genf/Zürich/Basel 2005.
- BAISCH, RAINER/WEBER, ROLF H.: Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmaßnahme – Verbot der Einlagenrückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungslibrierung, SZW 83 (2011), S. 416.
- BAUER, THOMAS: Unterschiedliche Gesetze – einheitliche Zielsetzung – gesamtheitliche Betrachtung, ST 88 (2014), S. 53.
- BEELER, LUKAS/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 82 (2010), S. 329.
- BINDER, ANDREAS: Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR Sondernummer (2008), S. 66.
- BÖCKLI, PETER (Verantwortlichkeit): Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: BAER, CHARLOTTE M. (Hrsg.): Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 27.
- BÖCKLI, PETER (Aktienrecht): Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BÖCKLI, PETER (Eigenkapitalschutz): Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz, Eigenkapitaltest und Solvenzttest im kritischen Vergleich, SZW 81 (2009), 1.
- BÖCKLI, PETER (Rechnungslegung): Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014.
- BÖCKLI, PETER/BÜHLER, CHRISTOPH B.: Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Max Boemle: Festschrift zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, S. 235.
- BÖCKLI, PETER/HUGUENIN, CLAIRE/DESSEMONTET, FRANÇOIS: Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. («Family Business Governance»): «Family Business Governance» – Zehn Leitlinien einer «Good Governance» in Familienunternehmen, AJP 15 (2006), S. 317.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Corporate Governance): Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil., Zürich 2009.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Sanierung): Sanierung der Aktiengesellschaft, in: KUNZ, PETER V./ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S.: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 37.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Vergütungsfrage): Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online 1/2012, S. 1.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Zwingendes Aktienrecht): Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 8 (2013), S. 541.

- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Vergütungsregime): Neues Vergütungsregime für Publikums-  
gesellschaften: Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, *SJZ* 110 (2014), S. 449.
- BÜHLER, CHRISTOPH B./HÄRING, DANIEL: Décharge im Konzern, *SZW* 81 (2009), S. 103.
- BÜRGE, STEFAN/GUT, NICOLAS: Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG  
und der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, *SJZ*  
105 (2009), S. 159.
- DRUEY, JEAN-NICOLAS/GLANZMANN, LUKAS: AG: Der Verwaltungsrat, in: DRUEY, JEAN  
NICOLAS/DRUEY JUST, EVA/GLANZMANN, LUKAS: Gesellschafts- und Handelsrecht,  
10. Aufl., Zürich 2010, S. 188.
- FACINCANI, NICOLAS/WYSS, DOMINIC: Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen  
des Entlastungsbeschlusses, *GesKR* 7 (2013), S. 416.
- FISCHER, ROLAND/DELLI COLLI, FLAVIO: Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, Be-  
sprechung des Urteils 4A\_251/2013 des schweizerischen Bundesgerichts vom 11. No-  
vember 2013 sowie des zugrunde liegenden Urteils HG100052 des Handelsgerichts  
Zürich vom 7. März 2013, *GesKR* 8 (2014), S. 255.
- FORSTMOSER, PETER (Verantwortlichkeit): Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich  
1987.
- FORSTMOSER, PETER (Corporate Governance): Corporate Governance – eine Aufgabe auch  
für KMU?, in: VON DER CRONE, HANS CASPAR/FORSTMOSER, PETER/WEBER, ROLF H./  
ZÄCH, ROGER (Hrsg.): Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift  
für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, S. 475.
- FORSTMOSER, PETER/HIRSCH, ALAIN: Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige  
konkrete Vorschläge, *SAG* 57 (1985), S. 29.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht,  
Bern 1996.
- FORSTMOSER, PETER/STÖCKLI, KATJA: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wert-  
papierrecht, *SJZ* 103 (2007), S. 516.
- GAUCH, PETER/SCHMID, JÖRG (Hrsg.) (ZK-BEARBEITER): Zürcher Kommentar zum  
Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/b, Obligationenrecht, Der Verwaltungsrat,  
Zürich 1997.
- GERHARD, FRANK: Die Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund, *GesKR* Sondernummer  
(2008), S. 143.
- GLANZMANN, LUKAS (Verantwortlichkeitsklage): Die Verantwortlichkeitsklage unter Cor-  
porate Governance-Aspekten, *ZSR* 119 (2000) II, S. 135.
- GLANZMANN, LUKAS (Aktienrechtsrevision): Die grosse Aktienrechtsrevision, Kritische  
Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, *GesKR* 3 (2008), S. 665.
- GLANZMANN, LUKAS (Rechnungslegungsrecht): Das neue Rechnungslegungsrecht,  
*SJZ* 108 (2012), S. 205.
- GLANZMANN, LUKAS (Umstrukturierungen): Umstrukturierungen, Eine systematische Dar-  
stellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014.
- HABEGGER, PHILIPP: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Bern  
1996.
- HANDSCHIN, LUKAS (Auflösung): Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund  
und andere sachgemässe Lösungen, *SZW* 65 (1993), S. 43.
- HANDSCHIN, LUKAS (Rechnungslegung): Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel  
2013.
- HOFFMANN-NOWOTNY, URS H./VON DER CRONE, HANS CASPAR: Solidarität, Vergleich und  
Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, *Entscheid* des Schweizerischen



- Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007 i.S. X (Beklagter und Berufungskläger) gegen Y. (Kläger und Berufungsbeklagter), SZW 79 (2009), S. 261.
- HOFSTETTER, KARL: Corporate Governance im schweizerischen Börsengesellschaftsrecht, in: SIEGWART, HANS/MAHARI, JULIAN (Hrsg.): Management & Law, Meilensteine im Management, Bd. X, Basel 2003, S. 123.
- HOMBURGER, ERIC (Minderheitenschutz): Zum Minderheitenschutz, SAG 56 (1984), S. 75.
- HOMBURGER, ERIC (Klagerechte): Klagerechte und Minderheitenschutz, in: Aktienrechtsreform, 1984, SSTR 59, S. 51.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012.
- HUGUENIN, CLAIRE: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil., Zürich 1994.
- JAGMETTI, CARLO: Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1958.
- JENNY, DANIEL: Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss., Zürich 2012.
- JÖRG, FLORIAN S.: Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, S. 19.
- KOHLER, FRANÇOIS: Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1950.
- KRIEGER, GERD: Fehlerhafte Satzungsänderungen: Fallgruppen und Bestandeskraft, ZHR 158 (1994), S. 35.
- KRNETA, GEORG: Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005.
- KUNZ, PETER V. (Auflösungsklage): Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: VON BÜREN, ROLAND: Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 235.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Umwandlung): Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 13 (2004), S. 802.
- KUNZ, PETER V. (Eigenkapital): Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung, GesKR 8 (2014), S. 52.
- LORANDI, FRANCO: Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen, ST 83 (2009), S. 89.
- MEYER, TOBIAS: Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss., Zürich 2009.
- MONTAVON, PASCAL: Droit Suisse de la société anonyme, 3. Aufl., Lausanne 2004.
- NENNINGER, JOHN: Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. 1969, Basel 1974.
- NIKITINE, ALEXANDER: Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss., Zürich 2007.
- NOBEL, PETER: Aktienrechtliche Entscheide, 2. Aufl., Bern 1991.
- PATRY, ROBERT: La nullité des décisions des organes sociaux de la société anonyme, in: Mélanges Robert Secrétan: Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1994, S. 227.
- PLÜSS, ADRIAN: Können Richter Verwaltungsräte absetzen?, AJP 23 (2014), S. 213.
- RHEIN, MIRIAM SIMONE: Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss., Zürich 2000.
- RIEMER, HANS MICHAEL: Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998.

- ROBERTO, VITO: Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 1 (2006), S. 29.
- RUFFNER, MARKUS: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts der Publikumsgesellschaften, Zürich 2000.
- SCHENKER, URS: Art. 106, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.): Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Bern 2003.
- SCHÖNBÄCHLER, MARCEL: Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss., Zürich 2013.
- SCHLUEP, WALTER RENÉ: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss., St. Gallen 1955.
- SIEGWART, ALFRED: Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ 39 (1943), S. 421.
- SPRECHER, THOMAS/SOMMER, CHRISTA: Sanierung nach Aktienrecht, ST 88 (2014), S. 551.
- STAUBER, ERIC F.: Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1985.
- STEBLER, OTTO: Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates, Diss., Freiburg i.Ue. 1944.
- STOFFEL, WALTER A.: Das Gesellschaftsrecht 2010, SZW 83 (2011), S. 68.
- STRUB, ARMIN: Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss., Freiburg 1944.
- TANNER, BRIGITTE (Quoren): Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1987.
- TANNER, BRIGITTE (ZK-TANNER): Art. 698-706b, in: GAUCH, PETER/SCHMID, JÖRG (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5b, Obligationenrecht, Die Generalversammlung, Zürich 2003.
- VISCHER, MARKUS/HOHLER, DOMINIK/ECKERT, FABRICE: Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrates, Besprechung des Urteils 4A\_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014, GesKR 8 (2014), S. 405.
- VOGEL, ALEXANDER/HEIZ, CHRISTOPH/BEHNISCH, URS: Fusionsgesetz, Zürich 2005.
- VOGT, HANS-UELI/ENDERLI, THOMAS: Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR), recht (2010), S. 238.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR: Aktienrecht, Zürich 2014.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/HUNZIKER, SILVIA: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR Beiheft 43, Basel 2006.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/GERSBACH, ANDREAS/KESSLER, FRANZ J./DIETRICH, MARTIN/BERLINGER, KATIJA: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005.
- WEBER, ROLF H.: Streifzüge durch das Verantwortlichkeitsrecht, Anwalts-Revue 5 (2002), S. 5.
- WOHLMANN, HERBERT: Mangelnde Rentabilität als Auflösungsgrund einer Aktiengesellschaft – Gilt dies auch für börsennotierte Gesellschaften?, SZW 73 (2001), S. 154.
- ZÖLLNER, WOLFGANG: Folgen der Nichtigerklärung durchgeführter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, Die Aktiengesellschaft 38 (1993), S. 68.