

Décharge im Konzern

Von Christoph B. Bühler und Daniel Häring*

According to a common practice, in the context of a group of companies, the parent company delegates its managers to sit on the boards of its subsidiaries. This article deals with the question, under which conditions a parent company, as a major shareholder, can pass a legally valid resolution of release with respect to the members of the board and management of its subsidiaries. The authors hold that this is only admissible if the parent company does not qualify as a "factual agent" of its subsidiary, and if voting rights of the parent company are not exercised by a person having been involved in executive

matters with the subsidiary. However, these strict requirements have to be qualified in the light of the limited consequences of the release resolution, since its scope only includes facts commonly known and disclosed by the company during a limited period of time. Furthermore, the resolution is not relevant with respect to shareholders that have not approved the release nor to further stakeholders. Still, one should bear in mind that the resolution of release constitutes an important signal to the market and an appraisal of the management's work performance and integrity.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung**
- II. Rechtliche Rahmenbedingungen des Déchargebeschlusses**
 - 1. Gesetzliche und statutarische Regelung
 - 2. Rechtsnatur und Gegenstand der Entlastung
 - 3. Materiell begrenzte Tragweite der Entlastung
- III. Stimmrechtsausschluss bei der Décharge**
 - 1. Ratio legis von Art. 695 Abs. 1 OR
 - 2. Anwendungsbereich von Art. 695 Abs. 1 OR
 - 2.1 Formelle Organe der Gesellschaft
 - 2.2 Faktische Organe der Gesellschaft
 - 2.3 Personen, die für die zu entlastenden Organe persönlich haftbar sind
 - 2.4 Grundsatz des umfassenden Stimmrechtsausschlusses
- IV. Stimmrechtsausschluss der Muttergesellschaft aufgrund ihrer Organfunktion in der Tochtergesellschaft**
 - 1. Organschaft einer juristischen Person
 - 2. Faktische Organschaft der Muttergesellschaft
 - 2.1 Faktische Organschaft aufgrund Stimmen- und Kapitalmehrheit?
 - 2.2 Faktische Organschaft als Auswirkung der einheitlichen Leitung der Muttergesellschaft im Konzern
 - 2.3 Faktische Organschaft der Muttergesellschaft aufgrund der Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft?
- V. Vertretung der Muttergesellschaft beim Entlastungsbeschluss in der Tochtergesellschaft**
 - 1. Bisherige Praxis und Meinungsstand
 - 2. Leitentscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2002

VI. Verbleibender Handlungsspielraum für rechtsgültige Déchargebeschlüsse der Muttergesellschaft

VII. Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Entlastungsverfahren

- 1. Nichtigkeit der Einzelstimme und Anfechtbarkeit des Beschlusses
- 2. Rechtsbehelfe gegen eine mangelhafte Beschlussfassung
- 3. Zeitverhältnisse und Fristenlauf

VIII. Fazit

I. Einleitung

Nach einer weit verbreiteten Praxis «entsendet» die Muttergesellschaft im Konzernverbund jeweils ihre Kadermitglieder oder weitere Personen ihres Vertrauens in die Verwaltungsräte ihrer Tochtergesellschaften. Beim Traktandum «Décharge» übt sie dann ihr Stimmrecht als Mehrheits- oder Alleinaktionärin alljährlich in den Generalversammlungen der Tochtergesellschaften aus, regelmässig sogar durch den «entsandten» Vertreter.

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Frage, inwieweit diese Praxis zulässig ist. Er zeigt namentlich auf, unter welchen Voraussetzungen eine Muttergesellschaft als Aktionärin den Leitungsorganen in den Tochtergesellschaften überhaupt Décharge erteilen kann und beleuchtet neben der materiellrechtlichen Tragweite des Déchargebeschlusses im Konzern insbesondere auch die Frage nach der Vertretung der Muttergesellschaft beim Déchargebeschluss sowie die Rechtsfolgen allfällig fehlerhafter Entlastungsverfahren.

* Dr. Christoph B. Bühler, LL.M. Partner, und Dr. Daniel Häring sind als Advokaten bei Böckli Bodmer & Partner in Basel tätig.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen des Déchargebeschlusses

1. Gesetzliche und statutarische Regelung

Das Aktienrecht enthält keine einzelne Gesetzesbestimmung, welche die Entlastung des Verwaltungsrates («Décharge») umfassend regelt. Vielmehr sind Teilaspekte der gesetzlichen Entlastungsordnung in mehreren Artikeln zu finden: Als *Kompetenznorm* weist Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR der Generalversammlung die «unübertragbare Befugnis» zu, über die «Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates» Beschluss zu fassen. Art. 758 OR befasst sich mit der «Wirkung des Entlastungsbeschlusses», wobei diese Bestimmung weniger die materielle Rechtslage prägt als vielmehr prozessrechtlich ausgerichtet ist.¹ Nach Art. 695 Abs. 1 OR sind sodann Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, vom Stimmrecht bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates ausgeschlossen.² In Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen über die Entlastung können schliesslich *statutarische* Regeln anwendbar sein.

2. Rechtsnatur und Gegenstand der Entlastung

Die Déchargeerteilung hat im Prinzip eine *doppelte Rechtsnatur*: Zum einen ist die Entlastung auf den *vertragsrechtlichen* Charakter der Rechtsstellung des Mitgliedes des Verwaltungsrats gegenüber der Gesellschaft zurückzuführen. Zum anderen ist die Décharge Teilaspekt der *körperschaftsrechtlichen* Aufsichtsfunktion der Generalversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat.³

Beim Déchargebeschluss handelt es sich nach herrschender Lehre⁴ und Praxis⁵ um eine *negative Schuldanererkennung* mit dem Inhalt, dass gegen die aktienrechtlich verantwortlichen Geschäftsführungsorgane, d.h. gegen den Verwaltungsrat und – falls der Beschluss entsprechend abgefasst ist – generell gegen die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, für die betreffende Geschäftsperiode keine Forderungen der Gesellschaft wegen absichtlich oder fahrlässig mangelhafter Geschäftsführung entstanden sind und in diesem Sinne ein Verzicht ausgesprochen wird. Mit dem Entlastungsbeschluss genehmigt die Generalversammlung das Verhalten der Geschäftsführungsorgane.

3. Materiell begrenzte Tragweite der Entlastung

Die materiellrechtliche Tragweite der Déchargeerteilung ist in mehrfacher Hinsicht *eingeschränkt*:

- (i) Der inhaltliche Umfang der Entlastung umfasst gemäss Art. 758 Abs. 1 OR nur solche geschäftlichen Vorkommnisse bzw. Tatsachen, die allgemein bekannt sind oder über welche die Generalversammlung von der Gesellschaft *in Kenntnis gesetzt* wurde;⁶ die blosser Erkennbarkeit genügt in der Regel nicht. Eine Blanko-Entlastung ausgerechnet für jene Tatsachen, welche die Organe den Aktionären verschwiegen haben, wäre sinnwidrig.⁷
- (ii) Der Déchargebeschluss betrifft lediglich eine *bestimmte Zeitperiode* und ist entweder als eine allgemeine Déchargeerklärung oder als spezi-

¹ Watter/Dubs, Der Déchargebeschluss, AJP 10 (2001) 908 ff.

² Vgl. dazu hinten III.

³ Vgl. Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilbd. V5b, Die Generalversammlung, Zürich 2003, Art. 698 N 128; Watter/Dubs (Fn. 1), 908; Wolfhart F. Bürgi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738, Zürich 1969, Art. 698 N 79.

⁴ Wolfhart F. Bürgi (Fn. 3), Art. 698 N 78; Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einreordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993, 153 ff.; Watter/Dubs (Fn. 1), 909; Dubs/Truffer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl. Basel 2008, Art. 698 N 24.

⁵ BGer. 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.2; vgl. auch BGE 51 II 69, 70; 118 II 496, 498.

⁶ BGer. 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 3.2; Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987, N 437 ff.; Watter/Dubs (Fn. 1), 911 ff.; Chammarin/von der Crone, Der Déchargebeschluss, SZW 77 (2005) 336 f.; Dubs/Truffer (Fn. 4), Art. 698 N 26.

⁷ Vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2004, § 18 N 451; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 129; BGE 78 II 155, 156; 95 II 320 ff.

elle Entlastung für einzelne Geschäftsvorfälle ausgestaltet.⁸

- (iii) Als *gesellschaftsinterner Rechtsakt* hat die Entlastung nur Wirkungen gegenüber der Gesellschaft und gegenüber denjenigen Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt haben oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. *Keine Wirkungen* kann der Entlastungsbeschluss *gegenüber aussen stehenden Personen* entfalten, namentlich nicht gegenüber den Gläubigern.⁹ Diese können ihre Ansprüche, unbekümmert um die rein gesellschaftsrechtliche Décharge, nicht nur aus direkter Schädigung, sondern insbesondere auch aus dem der Gesellschaft von den Organen zugefügten Schaden einklagen.¹⁰ Da die allermeisten Verantwortlichkeitsklagen gerade von Gläubigern oder – für die Gläubigergesamtheit – von den Konkursverwaltern eingeleitet werden, ist die praktische Tragweite der Décharge damit von vornherein beschränkt. Für die nicht zustimmenden Aktionäre hat der Beschluss aber immerhin insoweit Bedeutung, als sie eine Verantwortlichkeitsklage nur *innert der Verwirkungsfrist von sechs Monaten* anhängig machen können.¹¹
- (iv) Der Entlastungsbeschluss berührt Ansprüche der Aktionäre aus *unmittelbarem (direktem) Schaden nicht*, da bei dieser Schadensart die Gesellschaft und die Generalversammlung gar nicht betroffen sind. Dies gilt auch, wenn der geschädigte Aktionär der Décharge zugestimmt hat, denn er verzichtet damit einzig auf die Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft.¹²
- (v) Die Wirkung der Entlastung ist schliesslich auch insoweit eingeschränkt, als die Verweigerung der Décharge den Verwaltungsrat nicht verpflichtet, für die Gesellschaft eine Verantwortlichkeitsklage einzureichen.¹³

Die materiellrechtliche Wirkung des Entscheids über die Décharge sollte deshalb *nicht überbewertet* werden. Relevant ist hingegen seine Bedeutung als *Werturteil der Aktionäre* über die Arbeit und Integrität der geschäftsführenden Personen: Die Verweigerung der Décharge vermag betroffene Verwaltungsräte allenfalls empfindlich in ihrer *Reputation* zu treffen.

III. Stimmrechtsausschluss bei der Décharge

1. Ratio legis von Art. 695 Abs. 1 OR

Um zu verhindern, dass Personen über die Décharge mitentscheiden, die am Ausgang der Abstimmung ein vitales *eigenes Interesse* haben, wird die Möglichkeit der Stimmabgabe je nach konkretem Sachverhalt und rechtlicher Konstellation durch das Gesetz *explizit ausgeschlossen*. Art. 695 Abs. 1 OR ordnet an, dass bei der Beschlussfassung *«über die Entlastung des Verwaltungsrates [...] Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht»* haben. Es geht darum zu verhindern, dass vom Ausgang des Entlastungsbeschlusses direkt betroffene Personen *selber* über ihre Haftungsbefreiung entscheiden können, da sie sich diesbezüglich in einem *Interessenkonflikt* befinden.¹⁴ Der Stimmrechtsausschluss soll somit sowohl die Gewaltenteilung in der Gesellschaft schützen, als auch die Richtigkeit des Déchargebeschlusses gewährleisten.¹⁵

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Stimmrechtsausschlusses ist erforderlich, weil sich aus dem Aktienrecht – im Gegensatz zum Vereinsrecht¹⁶ – *kein allgemeiner Grundsatz des Stimmrechtsausschlusses bei Interessenkollision* ableiten lässt,¹⁷ und zwar im Wesentlichen aus den folgenden Gründen:

⁸ Vgl. *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 337 f.

⁹ *Wolfhart F. Bürgi* (Fn. 3), Art. 698 N 74; *Watter/Dubs* (Fn. 1), 909 f.; *Brigitte Tanner* (Fn. 3), Art. 698 N 130.

¹⁰ *Peter Böckli* (Fn. 7), § 18 N 452.

¹¹ Art. 758 Abs. 2 OR; vgl. dazu auch hinten VII.3.

¹² *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 29; *Peter V. Kunz* (Fn. 4), 157; *Widmer/Gericke/Waller*, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl. Basel 2008, Art. 758 N 4.

¹³ *Leu/von der Crone*, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, SZW 74 (2002) 205 ff., 209.

¹⁴ So ausdrücklich BGE 128 III 142, 145; vgl. *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 330 f., mit weiteren Nachweisen.

¹⁵ *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 331; vgl. auch *Patrick Schleiffer*, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Bern 1993, 207 ff.

¹⁶ Art. 68 ZGB.

¹⁷ Vgl. *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 233; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 454; a.M. *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) 1 ff., 4.

- (i) Die Stimmrechtsausschlüsse ergeben sich *ab-schliessend* aus dem Gesetz, und das geltende Aktienrecht sieht keinen Stimmrechtsausschluss wegen Interessenkollision vor. Auch in der Gesetzesvorlage vom 21. Dezember 2007 und in der jüngsten Revisionsvorlage des Bundesrates vom 5. Dezember 2008¹⁸ findet sich kein Vorschlag, der auf die Einführung eines allgemeinen Stimmrechtsausschlusses bei «Interessenkollision» für Aktionäre in der Generalversammlung hinauslaufen würde. Die Annahme eines solchen würde zu einer *unzulässigen Einschränkung* des Stimmrechts der Aktionäre führen. In diesem Sinne wären auch statutarische Stimmrechtsbeschränkungen wegen Verstosses gegen das gesetzlich gewährleistete Stimmrecht *nichtig*.¹⁹
- (ii) Für eine *analoge Anwendung* der vereinsrechtlichen Regelung (Art. 68 ZGB) im Aktienrecht besteht zunächst aus *historischen* Überlegungen kein Raum. Die im Entwurf des Bundesrates zur Aktienrechtsrevision von 1936 vorgesehene Ausstandsbestimmung bei Interessenkollisionen wurde von der Bundesversammlung ersatzlos gestrichen,²⁰ und auf diesen Entscheid des Gesetzgebers ist man anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 nicht mehr zurückgekommen. Somit besteht *keine Lücke im Gesetz*, welche durch einen allgemeinen, aus Art. 68 ZGB abgeleiteten Grundsatz zu füllen wäre.²¹
- (iii) Der Stimmrechtsausschluss im Verein basiert darüber hinaus unter anderem auf dem Gedanken, dass dem Vereinsmitglied gegenüber der Gesellschaft eine *Treuepflicht* zukommt, die in Fällen einer Interessenkollision gefährdet wäre. Im Aktienrecht kommen dem Aktionär demgegenüber ausserhalb der Liberierungspflicht *keine weiteren Pflichten* zu, und zwar
- selbst wenn er an der Gesellschaft mehrheitlich beteiligt ist – auch *keine echte Treuepflicht* gegenüber «seiner» Aktiengesellschaft.²² Deshalb kann der Aktionär bei einzelnen Abstimmungen in der Generalversammlung durchaus Interessen vertreten, die mit denjenigen der juristischen Person oder den anderen Aktionären nicht übereinstimmen.²³
- (iv) Das Fehlen eines allgemeinen Stimmrechtsausschlusses wegen Interessenkonflikts steht konzeptuell auch in Übereinstimmung mit der *Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat*. Diese verbietet es der Generalversammlung, sich in die Kernaufgaben der Geschäftsführung – wo Interessenkonflikte am ehesten zu entstehen drohen – einzumischen, womit ein potenzieller Interessenkonflikt sich immer nur auf die Befugnisse der Generalversammlung, wie die Wahlen, Rechenschaftsabnahme, Ausschüttung, Kapitalstruktur und die Normsetzung auswirken kann. Gerade in diesen fünf klassischen Bereichen der Aktionärsbeschlüsse ist die Aktiengesellschaft aber so konzipiert, dass der Aktionär durchaus seine *eigenen Interessen* durchsetzen darf, solange er nicht andere Schranken des objektiven Rechts übertritt.²⁴

¹⁸ Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009, 299 ff.

¹⁹ Als Anwendungsfall des Art. 706b Ziff. 1 OR. Vgl. *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 435; im Ergebnis auch *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 235.

²⁰ Vgl. dazu *Peter Böckli*, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel 1961, 32 und *ders.* (Fn. 7), § 12 N 454; *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 233; *Hans Caspar von der Crone* (Fn. 17), 4; je mit weiteren Nachweisen.

²¹ In diesem Sinne auch *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 459.

²² Vgl. bereits Art. 680 Abs. 1 OR; daneben *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 42 N 8; *Peter Forstmoser*, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsrecht, ZGR Sonderheft 12 (1998), 254 ff.; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 1 N 14 und § 13 N 659; *Böckli/Bühler*, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff., 115.

²³ Das ergibt sich auch bereits aus dem Charakter der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft. Vgl. zum Ganzen *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 455; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 24 N 76 und § 42 N 24; *Hans Caspar von der Crone* (Fn. 17), 4 f., m.w.H.

²⁴ *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 456; in diesem Sinne auch *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 331; vgl. namentlich zu den objektiven Schranken *Böckli/Bühler*, Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 37 ff.

2. Anwendungsbereich von Art. 695 Abs. 1 OR

2.1 Formelle Organe der Gesellschaft

Im Sinne von Art. 695 Abs. 1 OR in «irgend einer Weise an der Geschäftsführung teilgenommen» hat, wer nach den für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit entwickelten Kriterien *Organperson* ist.²⁵ Dazu zählen unbestrittenermassen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die *geschäftsführenden formellen Organe* der Gesellschaft, nämlich die Mitglieder der Geschäftsleitung und die Direktoren, nicht aber Prokuristen, die nicht in die Bildung des Gesellschaftswillens einbezogen sind. Diese geschäftsführenden formellen Organe der Gesellschaft sind von der Beschlussfassung über die Décharge ausgeschlossen.²⁶

2.2 Faktische Organe der Gesellschaft

Der Ausschluss vom Stimmrecht gemäss Art. 695 Abs. 1 OR bezieht sich aber nicht nur auf die Geschäftsführer im engeren Sinne, d.h. auf die ausdrücklich ernannten Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung. Der Anwendungsbereich von Art. 695 Abs. 1 OR ist nach der Praxis des Bundesgerichts in Bezug auf den nicht stimmberechtigten Personenkreis vielmehr *extensiv* auszulegen. Er erfasst auch Personen, die *tatsächlich* den Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder welche die eigentliche Geschäftsführung besorgen und die Willensbildung der Gesellschaft *massgeblich mitbestimmen*.²⁷

Als Beeinflussung in diesem Sinne gilt jedoch nicht ein Verhalten, das sich im Wesentlichen auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte in der Generalversammlung beschränkt. Es geht vielmehr um die gezielte *Einmischung* eines Aktionärs in die Angelegenheiten der Geschäftsführung ausserhalb der

Generalversammlung.²⁸ Überdies ist heute allgemein anerkannt, dass nicht jede Tätigkeit im weiteren Bereich der Geschäftsführung unter dem Gesichtspunkt der faktischen Organschaft bereits kritisch ist. Nur wer an Entscheidungen der Exekutive in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht, kann faktisches Organ sein. Es geht um ein «*organtypisches Verhalten*»,²⁹ welches nach mehrfacher Präzisierung des Bundesgerichts *dauerhaft* ausgeübt werden muss.³⁰

Den sich auf diese Weise verhaltenden *faktischen Organen* gegenüber besteht der Stimmrechtsausschluss gemäss Art. 695 Abs. 1 OR ebenfalls. Zum Ausstand verpflichtet sind demnach auch alle Personen, die ausserordentlicherweise über Geschäftsleitungskompetenzen verfügen, selbst wenn sie als «Prokuristen» oder «Handlungsbevollmächtigte» bezeichnet werden.³¹

2.3 Personen, die für die zu entlastenden Organe persönlich haftbar sind

Ein Stimmrechtsausschluss wird sodann gestützt auf Art. 695 Abs. 1 OR gegenüber Personen angenommen, die persönlich für eine eventuelle Forderung gegen eine Organperson aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit *haften* würden.³² In der Lehre wird diese Rechtsfolge manchmal, noch weiter gehend, auch auf jene Personen ausgedehnt, die *sonstwie* deren Befriedigung *wirtschaftlich* zu tragen hätten. In diesem Sinne wären beim Déchargebeschluss sämtliche Personen von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen, gegen die gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit erhoben werden können.³³

²⁵ *Andreas Länzlinger*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl. Basel 2008, Art. 695 N 3.

²⁶ Vgl. auch BGE 117 II 570, 571 und 573; *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 331.

²⁷ BGE 132 III 523 ff.; 128 III 92, 93; 124 III 418, 420 f.; 122 III 225, 227; 117 II 570, 571 und 573; vgl. *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 417; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 37 N 4 ff.; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 18 N 109; *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 331; *Böckli/Bühler* (Fn. 22), 114 ff., m.w.H. und *Xavier Oulevey*, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Diss. Fribourg 2007, Zürich 2008, 325.

²⁸ Vgl. *Böckli/Bühler* (Fn. 22), 115; *Xavier Oulevey* (Fn. 27), 325.

²⁹ Der Begriff wurde geprägt von *Peter Forstmoser*, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff. BGE 128 III 92, 95; 128 III 29, 31; 114 V 213, 217.

³⁰ *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 438; *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 3.

³¹ *Watter/Dubs* (Fn. 1), 921; vgl. auch *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 236/37; *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 420; *Metzler/Schmuki*, Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, AJP 10 (2001) 945 ff., 946; *Xavier Oulevey* (Fn. 27), 302 f.

³² *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 331; so auch *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 3.

Nach Auffassung der Autoren ist entscheidend, ob eine Person *direkt* – also nicht bloss irgendwie – aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden kann, d.h. für eine aus einer Pflichtverletzung «seines» Vertreters im Verwaltungsrat abgeleiteten Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR passiv legitimiert wäre. In diesem Fall hat er unmittelbar ein eigenes Interesse am Ausgang der Décharge. Durch die Beschlussfassung über die Décharge könnte sich diese Person seiner eigenen Haftung – zumindest teilweise – entledigen. Somit besteht ein augenfälliger *Interessenkonflikt*, welcher der Situation entspricht, auf welche die Bestimmung des Art. 695 Abs. 1 OR abzielt. Diese soll im Interesse der *Funktionsfähigkeit der Gesellschaft* und des *Minderheitenschutzes* verhindern, dass Personen über ihre eigene Haftungsbefreiung entscheiden können.³⁴ Niemand soll als *Richter in eigener Sache* mitbestimmen, wenn in der Generalversammlung gegenüber ihm Sanktionen ergriffen werden sollen.³⁵ Um den Minderheitenschutz geht es deshalb, weil der Generalversammlungsbeschluss über die Décharge der Gesellschaft verbietet, künftig gegen Leitungsorgane eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 756 OR («Klage auf Leistung an die Gesellschaft») einzuleiten und auch die Klagerechte der Einzelaktionäre stark einschränkt.

2.4 Grundsatz des umfassenden Stimmrechtsausschlusses

Vereinzelt wurde früher die Auffassung vertreten, die bei der Décharge vom Stimmrecht ausgeschlossenen Personen könnten nur nicht für sich selbst, wohl aber beim Beschluss über die Entlastung mit Bezug auf *andere Mitglieder* von Verwaltung und Geschäftsführung ihre Stimme abgeben.³⁶ Die herrschende Lehre spricht sich jedoch gegen eine solche Möglichkeit aus.³⁷ Vom Stimmrecht nach Art. 695 Abs. 1 OR ausgeschlossene Personen sind also nicht nur für sich bzw. für die durch sie beherrschten Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen, sondern *generell* für die

Déchargeerteilung an sämtliche Mitglieder, die sich an der Geschäftsführung beteiligt haben.

Dieser Grundsatz des umfassenden Stimmrechtsausschlusses wird auch dem weithin praktizierten Regelfall der Déchargeerteilung gerecht, in dem nicht jedem Verwaltungsrat einzeln, sondern der Geschäftsführung *global* Décharge erteilt wird.³⁸ Es versteht sich, dass auch im Fall der Globalabstimmung nicht dem Verwaltungsrat als Gesamtgremium Entlastung erteilt wird, sondern lediglich mehrere Einzeldécharges für die Mitglieder des Verwaltungsrates gemeinsam ausgesprochen werden.³⁹ Wenngleich die Globalabstimmung heute nicht mehr als mit einer guten Governance vereinbar angesehen werden darf, ist sie rechtlich zulässig. Sie schliesst nicht aus, den Beschluss über die Entlastung *nach Gruppen aufzuteilen*.⁴⁰ Mit Art. 695 OR nicht vereinbar ist jedoch, dass im Falle einer derartigen Gliederung des Entlastungsbeschlusses die vom Beschluss gerade nicht betroffenen, aber grundsätzlich unter Art. 695 OR fallenden Personen an der Abstimmung teilnehmen. Somit kommt z.B. durch eine gegenseitige bzw. kreuzweise Déchargeerteilung von Aktionären, die zugleich in der Verwaltung oder Geschäftsführung tätig sind, *kein gültiger Entlastungsbeschluss* zu Stande.⁴¹

IV. Stimmrechtsausschluss der Muttergesellschaft aufgrund ihrer Organfunktion in der Tochtergesellschaft

Vor dem Hintergrund der dargelegten Rahmenbedingungen stellt sich im Konzernverbund die Frage, ob der Muttergesellschaft in der von ihr beherrschten Tochtergesellschaft Organfunktion zukommt und sie insoweit für die von ihr gehaltenen Aktien aufgrund von Art. 695 Abs. 1 OR *per se* vom Déchargebeschluss ausgeschlossen ist.

³⁴ BGE 128 III 142, 145; 118 II 496 ff.; vgl. *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 421; *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 236 f.; *Metzler/Schmuki* (Fn. 32), 946; *Watter Dubs* (Fn. 1), 921.

³⁵ *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 236 f.

³⁶ Vgl. die Nachweise bei *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 427.

³⁷ Vgl. *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 429 f., m.w.N. in N 428; *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 5; *Brigitte Tanner* (Fn. 3), Art. 698 N 134.

³⁸ *Watter/Dubs* (Fn. 1) 914 f.; *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 5.

³⁹ *Watter/Dubs* (Fn. 1), 915; *Dubs/Truffer* (Fn. 4), Art. 698 N 25.

⁴⁰ Vgl. statt vieler *Brigitte Tanner* (Fn. 3), Art. 698 N 129; *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 5.

⁴¹ *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 430; ebenso *Brigitte Tanner* (Fn. 3), Art. 698 N 134; *Andreas Länzlinger* (Fn. 25), Art. 695 N 8.

1. Organschaft einer juristischen Person

Eine juristische Person kann in der Aktiengesellschaft selber nicht *Mitglied* des Verwaltungsrats sein.⁴² Ein Ausschluss auch für die Funktion als Mitglied der Geschäftsleitung oder einer anderen Stelle mit organmässiger Entscheidungsbefugnis findet sich im Gesetz nicht. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass eine juristische Person sowohl *formelles* als auch *faktisches Organ* sein kann, eine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat aber ausgeschlossen ist.⁴³ Soweit also die Muttergesellschaft gestützt auf gesetzliche Vorgaben oder Statuten ausdrücklich oder tatsächlich dauernd Organfunktion in den Tochtergesellschaften ausübt, ist sie direkt gestützt auf Art. 695 Abs. 1 OR von der Déchargeerteilung für die von ihr gehaltenen Aktien (Stimmen) ausgeschlossen.

2. Faktische Organschaft der Muttergesellschaft

2.1 Faktische Organschaft aufgrund Stimmen- und Kapitalmehrheit?

Die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verschafft der Muttergesellschaft als Hauptaktionärin die *Möglichkeit*, auch ausserhalb des Kompetenzbereichs der Generalversammlung der Tochtergesellschaft und in der Zeit zwischen den jährlichen Terminen auf vielfältige Weise auf die Führung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Es stellt sich die Frage, ob sich eine faktische Organschaft der Muttergesellschaft bereits allein aus dieser Einflussmöglichkeit ergibt, oder ob es darüber hinaus der tatsächlichen, organtypischen Beeinflussung von Leitungsentscheiden durch eine Einwirkung auf die Spitzenorgane bedarf, etwa durch die Erteilung konkreter Weisungen. Mit anderen Worten: reicht es für die Annahme einer faktischen Organschaft aus, wenn bloss Beteiligungsverhältnisse vorliegen, die zur

Ausübung der Leitung formell geeignet wären, auch wenn sie faktisch ungenutzt bleiben?

Mit der herrschenden, in der Schweiz heute praktisch unbestrittenen Lehre ist dafür zu halten, dass der Mehrheitsaktionär der Organverantwortlichkeit nicht untersteht, solange er nicht *tatsächlich* leitend in die Gesellschaft hineinwirkt und dadurch zum faktischen Organ wird.⁴⁴ Solange sich die Organe und Hilfspersonen der Muttergesellschaft darauf beschränken, die *Aktionärsrechte* auszuüben, ist eine faktische Organschaft der Muttergesellschaft abzulehnen. *Steuert* das Mutterunternehmen die Tochter nicht, ist es auch kein faktisches Organ. Es versteht sich, dass in der Praxis eine Konstellation, in der die Muttergesellschaft über eine Mehrheitsbeteiligung der Tochtergesellschaft verfügt, aber dennoch keinen Einfluss auf deren Führung nimmt, eher selten ist.

Allein aufgrund ihrer stimmen- und kapitalmässigen Mehrheit wird die Muttergesellschaft somit noch nicht zum faktischen Organ der Tochtergesellschaft; sie ist daher auch nicht bereits aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung gemäss Art. 695 OR von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen.

2.2 Faktische Organschaft als Auswirkung der einheitlichen Leitung der Muttergesellschaft im Konzern

Es stellt sich aber die Frage, ob eine faktische Organschaft der Muttergesellschaft dadurch begründet wird, dass diese die *einheitliche Leitung* über die von ihr beherrschten Tochtergesellschaften ausübt.

Eine faktische Organstellung der Muttergesellschaft wird nach den dargelegten Erkenntnissen durch die *tatsächliche Ausübung von Organfunktionen* bei der in Frage stehenden Tochtergesellschaft begründet, namentlich durch die tatsächliche Einflussnahme auf die gesellschaftsinterne Entscheidungsfindung oder durch die selbständige Ausübung organtypischer Aufgaben und Kompetenzen, ohne dass die Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft mit solchen Aufgaben betraut worden wäre.⁴⁵

⁴² Art. 707 Abs. 3 OR.

⁴³ Vgl. dazu ausführlich und mit den einschlägigen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung *Alexander Vogel*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 349 ff. und 389 ff.; für die Möglichkeit einer faktischen Organschaft der juristischen Person auch *Peter Böckli* (Fn. 7), § 11 N 465 f. und § 18 N 109; *Peter Forstmoser*, Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff., 129.

⁴⁴ *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 1993, 1994, 334; *Peter Forstmoser* (Fn. 43), 128 f.; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 18 N 109; *Chammartin/von der Crone* (Fn. 6), 332; *Xavier Oulevey* (Fn. 27), 373.

⁴⁵ Vgl. *Sebastian Harsch*, Die einheitliche Leitung im Konzern, Diss. Bern 2005, 165; *Karin Beyeler*, Konzernlei-

Die bloss gelegentliche Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenige der Tochtergesellschaft begründet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber noch keine Organschaft gegenüber der Tochtergesellschaft. Eine faktische Organstellung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft entsteht erst bzw. jedenfalls dann, wenn sich «übertragene oder usurpierte Zuständigkeiten» bilden.⁴⁶ Sie kommt somit überall dort in Betracht, wo die Muttergesellschaft *aktiv* ins Geschäft der Tochter eingreift, indem sie:

- (i) *tatsächlich* und *dauernd*⁴⁷ Leitungsfunktionen wahrnimmt;
- (ii) dies durch die formellen Organe *geduldet* wird, und
- (iii) es sich um *organtypische* Aufgaben handelt.

Die Muttergesellschaft, die eine Tochtergesellschaft in den Konzern *einordnet* und ihrer einheitlichen Leitung unterstellt, hat die Oberleitung inne und wird durch diese Tatsache grundsätzlich zum *faktischen Organ* der Tochtergesellschaft.⁴⁸ Eine Organstellung kommt in der Regel – aber nicht zwingend⁴⁹ – dort in Betracht, wo die Muttergesellschaft *Allein- oder Mehrheitsaktionärin* ist und damit die Möglichkeit hat, die formellen und materiellen Organe der Tochtergesellschaft jederzeit abzurufen. Sie verfügt somit über eine ausserordentliche Machtstellung, welche – kombiniert mit der tatsächlichen Beeinflussung von Leitungsentscheiden oder gar der selbständigen Wahrnehmung von Organkompetenzen – praktisch immer auf eine organtypische Stellung hindeutet.⁵⁰

Im Falle organtypischen Eingreifens der Organe der Muttergesellschaft im Bereich der Tochtergesellschaft wird die faktische Organschaft als *Auswirkung der einheitlichen Leitung* im Konzernverhältnis denn auch als zulässig erachtet, weil es sich dabei um ein Wirken von dort ordnungsgemäss gewählten, im Handelsregister eingetragenen und als Konzern-

leitung legitimierten Organmitgliedern der oberen Ebene handelt.⁵¹

2.3 Faktische Organschaft der Muttergesellschaft aufgrund der Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft?

Es bleibt der Frage nachzugehen, ob die faktische Organschaft der Muttergesellschaft dadurch begründet werden könnte, dass diese nach einer weit verbreiteten Praxis «Vertreter» in die Verwaltungsräte ihrer Tochtergesellschaften entsendet und dadurch indirekt auf die Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktion im Tochterunternehmen einwirkt.

Nach dem herrschenden Meinungsstand in der Lehre begründet die blossе Entsendung eines Verwaltungsrates für sich allein – sei es nach Art. 707 Abs. 3 OR, sei es nach dem Regelungsmodell des Art. 762 OR – noch *keine Organstellung* des Entsenders. Es gab früher zu OR 1936 zwar Stimmen, welche dafür hielten, dass bereits der Vorschlag zur Wahl eines Verwaltungsrates zu einem Stimmrechtsausschluss führen müsse.⁵² Seither wird ein solches absolutes Verbot aber einhellig abgelehnt.⁵³

Entsendet die Muttergesellschaft eines ihrer Kadermitglieder in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, so ist auf das *konkrete Verhältnis* zwischen der Muttergesellschaft und dem in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft entsandten Kadermitglied abzustellen. Ist das Kadermitglied aufgrund eines Arbeits- oder Auftragsverhältnisses gegenüber der Muttergesellschaft rechtlich weisungsgebunden, und erteilt diese tatsächlich entsprechende Weisungen, übt die Muttergesellschaft über das betreffende Kadermitglied als ihren «Vertreter» im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft in der Regel einen bestimmenden Einfluss aus. Der Wille der Muttergesellschaft wird faktisch direkt durchgesetzt. Es ist, als ob die Muttergesellschaft selbst im Verwaltungsrat sit-

tung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 265 ff.; *Alexander Vogel* (Fn. 43), 394 f.

⁴⁶ BGE 128 III 92, 94; 117 II 570, 574.

⁴⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 745 ff.; BGE 128 III 29, 31; 128 III 92, 95; 114 V 213, 217; *Klaus Hütte*, Anmerkungen zu BGer. Urteil vom 27. August 1991, SJ (1992) 114, in: *AJP* 1 (1992) 516 ff.

⁴⁸ *Peter Böckli* (Fn. 7), § 11 N 465.

⁴⁹ Vgl. vorne IV.2.1.

⁵⁰ *Alexander Vogel* (Fn. 43), 396.

⁵¹ *Böckli/Bühler* (Fn. 22), 115 f., m.w.H.

⁵² *Emil Schucany*, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1960, Art. 695 N 2; letztmals scheint *Michael Stämpfli*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1991, 95 ff., diesen Lösungsansatz nochmals vertreten zu haben.

⁵³ Vgl. für eine differenzierte Beurteilung statt vieler *Metzler/Schmuki* (Fn. 32), 946; *Martin Wernli*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl. Basel 2008, Art. 707 N 40; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 438 f.

zen würde – sie ist in diesem Fall somit als *faktisches Organ* anzusehen.⁵⁴

Soweit keine rechtlich durchsetzbare Weisungsgebundenheit des entsandten Verwaltungsratsmitglieds besteht und der Vertreter auch tatsächlich nicht nach den Weisungen der Muttergesellschaft handelt, sondern der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft seine Kompetenzen vielmehr *eigenverantwortlich* und vorrangig unter Berücksichtigung der *Interessen der Gesellschaft* wahrnimmt, übt die Muttergesellschaft über den von ihr entsandten Verwaltungsrat keinen entscheidenden Einfluss aus.⁵⁵ Dies gilt selbst dann, wenn die Muttergesellschaft dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft seine allgemeine Unzufriedenheit mit der Geschäftsführung kundtut und mit der Abberufung droht, ohne aber konkrete Vorgaben zu machen oder bestimmte Geschäfte zu veranlassen.⁵⁶ Es versteht sich, dass die Muttergesellschaft bei dieser Konstellation gar keine einheitliche Leitung ausüben und die Tochtergesellschaft insoweit auch definitionsgemäss nicht als konzerniert gelten würde.⁵⁷

V. Vertretung der Muttergesellschaft beim Entlastungsbeschluss in der Tochtergesellschaft

Soweit die Muttergesellschaft nicht die rechtlichen Kriterien der formellen oder faktischen Organschaft erfüllt, ist sie grundsätzlich berechtigt, mit den von ihr gehaltenen Aktien(stimmen) am Beschluss über die Entlastung der in der Tochtergesellschaft mit der Geschäftsführung betrauten Personen teilzunehmen. Da die juristische Person ihr Stimmrecht nicht selbst ausüben kann, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie sich in der Generalver-

sammlung der Tochtergesellschaft *vertreten* lassen kann.

1. Bisherige Praxis und Meinungsstand

Nach einer in der Schweiz weit verbreiteten Praxis wurden und werden in verbundenen Unternehmen in der Regel Kadermitglieder der Muttergesellschaft in die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften «entsandt». Diese üben das Stimmrecht der Muttergesellschaft in Bezug auf die Erteilung der Décharge jeweils als deren Stimmrechtsvertreter gestützt auf eine *Spezialvollmacht* in den Generalversammlungen der Tochtergesellschaften aus.

Das in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft «entsandte» Kadermitglied hat in der Tochtergesellschaft *Organfunktion*; es vertritt als Organvertreter in den Generalversammlungen der Tochtergesellschaft jeweils die Stimmen der Muttergesellschaft. Unstrittig ist, dass ein Organvertreter als eine mit der Geschäftsführung betraute Person bei der Erteilung der Décharge *für sich selber*, d.h. mit den von ihm gehaltenen Aktien, vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Als blosser *Vertreter* der Stimmen der Muttergesellschaft wurde er aber von einem gewichtigen Teil der Lehre bisher zugelassen, soweit der vertretene Aktionär bzw. die Muttergesellschaft ihm gestützt auf Art. 689b OR eine *Spezialvollmacht mit ausdrücklicher Weisung betreffend die Stimmrechtsausübung* erteilt hatte. Der Organvertreter, der hinsichtlich der Erteilung der Décharge vom Aktionär eine bestimmte Weisung erhalten hatte, stand quasi in *weisungsgebundener Doppelrolle*.⁵⁸ Insoweit wurde die bisherige «Décharge-Praxis» der Muttergesellschaften – zumindest in denjenigen Fällen, in denen diese nach den dargelegten Grundsätzen in den Tochtergesellschaften keine Organstellung innehatte – von der herrschenden Lehre weitgehend geschützt.

⁵⁴ Peter Forstmoser (Fn. 6), N 727; Peter Böckli (Fn. 7), § 11 N 468, 469 und 470; Chammartin/von der Crone (Fn. 6), 331 f.; Martin Wernli (Fn. 53), Art. 707 N 40; vgl. dazu auch BGE 118 II 496, 499 f. und 128 III 92, 94.

⁵⁵ Peter Forstmoser (Fn. 6), N 727.

⁵⁶ Chammartin/von der Crone (Fn. 6), 332.

⁵⁷ Das ergibt sich implizit aus Art. 663e Abs. 1 OR; vgl. Peter Forstmoser, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Symposien zum schweizerischen Recht, Zürich 2004, 151 ff., 158; Peter Böckli (Fn. 7), § 11 N 14, 17 und 289; Roland von Büren, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Schweizerisches Privatrecht, Sechster Teilband, 2. Aufl. Bern 2005, 5.

⁵⁸ Vgl. Peter Forstmoser (Fn. 6), N 425; Roland von Büren, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 131 (1995) 57 ff., 67 f.; ebenso noch Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, N 1360i vor der Aktualisierung in der 3. Aufl. 2004; Andreas Länzlinger (Fn. 25), Art. 695 N 7; Watter/Dubs (Fn. 1), 919; Hans Peter Schaad, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl. Basel 2008, Art. 689c N 10; a.M. Patrick Schleiffer (Fn. 15), 210; sowie bereits früher Peter Böckli (Fn. 20), 171.

2. Leitentscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2002

Das Bundesgericht hat aber in einem weggleitenden Entscheid aus dem Jahre 2002⁵⁹ festgehalten, dass, dem Sinn und Zweck des Stimmrechtsausschlusses gemäss Art. 695 Abs. 1 OR entsprechend, alle an der Versammlung anwesenden Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen seien, die als Organe vom Entlastungsbeschluss betroffen seien, und zwar *unabhängig davon, ob sie die eigenen Aktien vertreten oder fremde*.

Das Bundesgericht geht vom Grundsatz der *Unmittelbarkeit* des Generalversammlungsbeschlusses und von der Prämisse aus, dass derjenige, der in einer Generalversammlung Stimmen vertritt, nicht bloss Bote des Vertretenen ist, sondern quasi als dessen *alter ego* an der Generalversammlung teilnimmt. Weil die Stimmen des Vertreters auch dann gültig seien, wenn er eine Weisung des Vertretenen missachte, gerate der Organvertreter in einen potenziellen *Interessenkonflikt*, wenn er beim Déchargebeschluss mit den Stimmen des Vertretenen mitstimme. Angesichts dieses Interessenkonflikts müsse der Organvertreter beim Déchargebeschluss auch bezüglich der vertretenen Stimmen vom Stimmrecht ausgeschlossen sein. Dieser Auffassung ist insoweit beizupflichten, als die Tochtergesellschaft *keine Kenntnis* von den Weisungen hatte. Interne Weisungen des Vertretenen an den Vertreter stellen bloss eine Einschränkung der Vertretungsbefugnis dar. Nach dem Grundsatz der Rechtsscheinsvollmacht sind solche Einschränkungen im Aussenverhältnis unbeachtlich: eine weisungswidrige Stimmabgabe ist somit als Folge des Vertrauensschutzes gültig.⁶⁰

Fraglich ist demgegenüber, ob eine weisungswidrige Stimmabgabe auch dann gültig ist, wenn die Tochtergesellschaft die Weisung kannte oder hätte kennen müssen. Geht man davon aus, dass die allgemeinen Regeln der Stellvertretung von Art. 32 ff. OR zur Anwendung kommen, so kann der vertretene Aktionär die Vertretungsmacht seines Vertreters beschränken, indem er der Gesellschaft zusammen mit der Vollmacht auch seine Weisungen bekannt gibt. Missachtet der Vertreter die Weisungen, so ist seine Stimmabgabe nicht mehr von der Vollmacht des ver-

tretenen Aktionärs gedeckt. Die Stimmabgabe wäre demzufolge ungültig, falls der Vertretene sie nicht nachträglich genehmigen würde.⁶¹ Die herrschende Lehre erachtet jedoch auch weisungswidrig abgegebene Stimmen selbst dann als gültig, wenn die Gesellschaft die Weisungen kannte.⁶² Dem ist zuzustimmen. Aus funktionaler Sicht ist dabei entscheidend, dass eine extern wirksame Einschränkung der Vollmacht des Stimmrechtsvertreters mangelnde Rechtssicherheit sowie einen unzumutbaren Kontrollaufwand seitens der Gesellschaften zur Folge hätte. Würde der Vertreter weitgehend zum Boten degradiert, fände die Willensbildung definitiv ausserhalb der Generalversammlung statt, was im Widerspruch zum Unmittelbarkeitsprinzip stünde. Ausserdem würde die Zulassung von Vertretern mit Stimmrechten, die den mit der Geschäftsführung betrauten Personen zuzurechnen sind, einer Umgehung des Stimmrechtsausschlusses gleich kommen, was in (analoger) Anwendung von Art. 691 Abs. 1 OR unzulässig ist.

VI. Verbleibender Handlungsspielraum für rechtsgültige Déchargebeschlüsse der Muttergesellschaft

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts steht fest, dass eine Muttergesellschaft, soweit ihr in den Tochtergesellschaften im Einzelfall Organfunktion zukommt, mit allen ihren Aktienstimmen dem *Stimmrechtsausschluss* von Art. 695 Abs. 1 OR unterliegt. Dabei spielt es grundsätzlich auch keine Rolle, ob die Muttergesellschaft ihre Stimmen in der Tochtergesellschaft durch einen *Organvertreter* oder einen nicht mit der Geschäftsführung betrauten *Dritten* ausüben lässt. Déchargebeschlüsse, welche die Muttergesellschaft in Tochtergesellschaften fällt, *in denen sie eine faktische Organstellung einnimmt*, sind damit rechtswidrig.

Eine Muttergesellschaft kann in «ihren» Tochtergesellschaften nur dann rechtsgültige Entlastungsbeschlüsse fällen,

⁵⁹ BGE 128 III 142 ff.

⁶⁰ Vgl. *Leu/von der Crone* (Fn. 13), 207 f.; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 440.

⁶¹ Vgl. *Leu/von der Crone* (Fn. 13), 207 f.; *Watter/Schneller*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Aufl. Basel 2007, Art. 38 N 2 ff.

⁶² *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 304; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 24 N 129; *Leu/von der Crone* (Fn. 13), 208.

- (i) wenn ihr in der betreffenden Tochtergesellschaft weder eine *formelle* noch eine *faktische Organstellung* zukommt, und
- (ii) das Stimmrecht der von der Muttergesellschaft gehaltenen Aktien *nicht* durch eine Person ausgeübt wird, die ihrerseits in der relevanten Geschäftsperiode in irgendeiner Weise *an der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft beteiligt* war und somit selber als Vertreterin der Muttergesellschaft für den Entlastungsbeschluss disqualifiziert ist.

Vorbehalten bleibt der Fall, in dem ein rechtswidriger Déchargebeschluss mangels Anfechtung in Rechtskraft erwächst. Darauf ist nun abschliessend einzugehen.

VII. Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Entlastungsverfahren

1. Nichtigkeit der Einzelstimme und Anfechtbarkeit des Beschlusses

Ein Verstoß gegen den gesetzlichen Stimmrechtsausschluss führt zunächst zur *Nichtigkeit* der abgegebenen *Einzelstimme*, da in diesem Fall die Stimmabgabe des Aktionärs nicht rechtmässig vom Stimmrecht gedeckt ist.⁶³ Davon zu unterscheiden ist jedoch die Rechtsfolge im Hinblick auf den von der Generalversammlung gefassten *Beschluss* als solchen. Nach herrschender Lehre und Praxis ist ein Generalversammlungsbeschluss, der unter Mitwirkung einer vom Stimmrecht ausgeschlossenen Person zu Stande gekommen ist, lediglich *anfechtbar*, nicht *nichtig*.⁶⁴ Auch eine Anfechtung mit der Klage aus Art. 706 bzw. Art. 691 OR ist wesentlich eingeschränkt dadurch, dass der Generalversammlungsbeschluss nur dahin fällt, wenn die unerlaubte Stimmbeteiligung das Ergebnis der Abstimmung *verändert* hat.⁶⁵

Die Rechtsfolge der blossen *Anfechtbarkeit* ergibt sich eindeutig aus Art. 691 Abs. 3 OR, der bei Mitwir-

kung Unbefugter als Sanktion nicht die Unwirksamkeit des Beschlusses vorsieht, sondern bloss dessen Anfechtbarkeit.⁶⁶ Anders hergeleitet ergibt sich die blosser Anfechtbarkeit auch aus dem Umstand, dass ein Generalversammlungsbeschluss nur dann *nichtig* ist, wenn er gegen zwingende Normen verstösst, die im öffentlichen Interesse aufgestellt wurden und das Wesen oder die Organisation der Aktiengesellschaft entscheidend bestimmen.⁶⁷ Im Gegensatz zum Vertragsrecht, wo jeder Verstoß gegen zwingendes Recht zur Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit führt,⁶⁸ stellt die Nichtigkeit bei Generalversammlungsbeschlüssen aus Rechts- und Verkehrssicherheitsgründen die absolute Ausnahme dar;⁶⁹ es gilt der *Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge*.

Es steht somit fest, dass ein Generalversammlungsbeschluss, der unter Einrechnung von eigentlich vom Stimmrecht ausgeschlossenen Aktienstimmen zustande gekommen ist, nach Ablauf der Zweimonatsfrist des Art. 706a OR unanfechtbar und demnach *rechtsbeständig* ist.

2. Rechtsbehelfe gegen eine mangelhafte Beschlussfassung

Bei den Rechtsbehelfen des Aktionärs gegen fehlerhafte Entlastungsverfahren ist zu unterscheiden, worauf die Mangelhaftigkeit des Beschlusses zurückzuführen ist:

- (i) Wurde der Stimmrechtsausschluss durch einen Beschluss des Verwaltungsrates oder einen Entscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung rechtswidrig gehandhabt, steht dem Aktionär während – oder je nach Sachverhalt bereits vor – der Generalversammlung der *Einspruch* nach Art. 691 Abs. 2 OR zur Verfügung.⁷⁰
- (ii) Wurde das Stimmrecht rechtswidrig gehandhabt kann jeder Aktionär nach Bekanntgabe des Beschlussergebnisses gestützt auf Art. 691 Abs. 3 OR mittels der positiven Beschlussfeststellungsklage den Entlastungsbeschluss *an-*

⁶³ Patrick Schleiffer (Fn. 15), 279 f., 288.

⁶⁴ Vgl. BGer. 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.1 und 2.2; BGE 86 II 165, 167; Patrick Schleiffer (Fn. 15), 280/81 sowie 288, 295 ff.; Peter Böckli (Fn. 7), § 12 N 439 und 492 sowie § 16 N 163; Chammartin/von der Crone (Fn. 6), 334 ff.

⁶⁵ Kausalitätserfordernis nach Art. 691 Abs. 3 OR; vgl. Metzler/Schmuki (Fn. 32), 946.

⁶⁶ Patrick Schleiffer (Fn. 15), 280; Peter Böckli (Fn. 7), § 12 N 439.

⁶⁷ Art. 706b OR; vgl. Patrick Schleiffer (Fn. 15), 281.

⁶⁸ Art. 20 OR.

⁶⁹ Chammartin/von der Crone (Fn. 6), 335.

⁷⁰ Patrick Schleiffer (Fn. 15), 295; Watter/Dubs (Fn. 1), 923.

fechten und die richterliche Korrektur des Beschlussinhalts beantragen.⁷¹

- (iii) Hat der Verwaltungsrat⁷² bei seinen Ausführungen zum Beschlussgegenstand der Décharge die Aktionäre in Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR *mangelhaft aufgeklärt*, ist der Déchargebeschluss gestützt auf Art. 706 OR wegen Verletzung von Art. 717 OR oder unter Berufung auf Willensmängel⁷³ theoretisch *anfechtbar*; Gleiches gilt, wenn der Aktionär aus anderen Gründen in Unkenntnis der Sachlage zu Gunsten der Entlastung gestimmt hat.⁷⁴ Die Entlastung dürfte allerdings in dem Umfang, in dem die Versammlung von irrigen Voraussetzungen ausging, ohnehin schlicht keine Wirkung haben.⁷⁵

3. Zeitverhältnisse und Fristenlauf

Läuft die *zweimonatige* Anfechtungsfrist⁷⁶ unbenützt aus, erlangt der an sich rechtswidrige Déchargebeschluss *Rechtsgültigkeit*.⁷⁷ Soweit eine Muttergesellschaft in der Vergangenheit unzulässigerweise an der Beschlussfassung über die Décharge der in den Tochtergesellschaften mit der Geschäftsführung betrauten Personen teilgenommen hat, ist nach Ablauf der zweimonatigen Frist *keine Anfechtung* mehr möglich. Der Mangel, an dem der Beschluss eigentlich litt, wurde durch Zeitablauf «geheilt».

Ungeachtet dessen bleibt der Verwaltungsrat bis zum Ablauf der *sechsmonatigen Verwirkungsfrist* für die Verantwortlichkeitsklage⁷⁸ während weiterer vier Monate dem Risiko einer solchen Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR ausgesetzt.⁷⁹ Aktionäre,

die dem Beschluss nicht zugestimmt haben – etwa weil sie an der Abstimmung nicht teilgenommen oder gegen die Entlastung votiert haben –, können weiterhin die Rechte der Gesellschaft geltend machen, müssen dies aber ebenfalls innerhalb der Frist von *sechs Monaten nach der Generalversammlung* tun.

Nach *Ablauf dieser sechsmonatigen Frist* können selbst jene Aktionäre, die gegen den Entlastungsbeschluss gestimmt haben, keine Verantwortlichkeitsklage mehr erheben.⁸⁰ Hierbei handelt es sich um eine nicht zu unterbrechende und nicht erstreckbare *Verwirkungsfrist*.⁸¹ Insoweit können also rechtlich ungültige Entlastungsbeschlüsse nach Ablauf der sechsmonatigen Verwirkungsfrist sozusagen in «*Rechtskraft*» erwachsen.

VIII. Fazit

Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss bei der Décharge gemäss Art. 695 Abs. 1 OR erstreckt sich auf alle an der Geschäftsführung massgeblich beteiligten Personen, die in der Zeit, auf die sich die Entlastung bezieht, eine formelle oder faktische *Organfunktion* der Gesellschaft ausgeübt haben oder persönlich für eine eventuelle Forderung gegen eine Organperson haften würden.

Im Konzern wird eine *faktische Organstellung* der Muttergesellschaft durch die Ausübung der *einheitlichen Leitung* gegenüber den von ihr beherrschten Tochtergesellschaften begründet, indem jene *aktiv* in deren Geschäft eingreift, im organtypischen Aufgabenbereich *tatsächlich* und *dauernd* Leitungsfunktionen wahrnimmt und dies durch die formellen Organe *geduldet* wird. Die blosse Mehrheitsbeteiligung oder «Entsendung» eines Kadermitgliedes der Muttergesellschaft in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft begründet demgegenüber für sich allein noch keine faktische Organstellung.

Nimmt eine Muttergesellschaft *faktische Organfunktion* ein, so ist sie mit ihren Stimmen nach Art. 695 Abs. 1 OR vom Déchargebeschluss in Bezug auf *sämtliche* Leitungsorgane der betreffenden Tochtergesellschaft *ausgeschlossen* und kann sich diesbezüglich auch *nicht vertreten* lassen.

⁷¹ Vgl. BGer. 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.1; *Patrick Schleiffer* (Fn. 15), 295 f.; *Watter/Dubs* (Fn. 1), 923.

⁷² Den Entscheid über den Stimmrechtsausschluss bei der Abstimmung über die Décharge hat nach Art. 702 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR (Vorbereitung der Generalversammlung) der *Verwaltungsrat* zu treffen.

⁷³ Art. 23 ff. OR.

⁷⁴ Vgl. *Watter/Dubs* (Fn. 1), 923; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 12 N 229.

⁷⁵ *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 481 Fn. 947; vgl. zur materiellrechtlich begrenzten Tragweite der Entlastung oben II.3.

⁷⁶ Art. 706a OR.

⁷⁷ BGer. 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.4; *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 479.

⁷⁸ Art. 758 Abs. 2 OR.

⁷⁹ *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 480.

⁸⁰ *Peter Böckli* (Fn. 7), § 18 N 453; *Widmer/Gericke/Waller* (Fn. 12), Art. 758 N 9.

⁸¹ *Peter Forstmoser* (Fn. 6), N 472; *Watter/Dubs* (Fn. 1), 913; *Peter Böckli* (Fn. 7), § 18 N 453.

Der Handlungsspielraum für die Déchargeerteilung der Muttergesellschaft an die in der Tochtergesellschaft mit der Geschäftsführung betrauten Personen ist damit stark eingeschränkt. Sie kann den Leitungsorganen ihrer Tochtergesellschaften praktisch nur in Ausnahmefällen eine rechtsgültige Décharge erteilen, nämlich wenn

- (i) der Muttergesellschaft in der betreffenden Tochtergesellschaft *weder formelle noch faktische Organfunktion* zukommt, und
- (ii) das Stimmrecht der von der Muttergesellschaft gehaltenen Aktien *nicht* durch eine Person ausgeübt wird, die ihrerseits in der relevanten Geschäftsperiode in irgendeiner Weise *an der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft beteiligt* war und somit selber als Vertreterin der Muttergesellschaft für den Entlastungsbeschluss disqualifiziert ist.

Dieses Ergebnis wird durch die *materiell begrenzte Tragweite* des Entlastungsbeschlusses relati-

viert, der lediglich für allgemein bekannte und von der Gesellschaft *bekannt gegebene Tatsachen* wirkt, und nur Handlungen und Unterlassungen der Organpersonen in einer *bestimmten Zeitperiode* betrifft. Daneben hat die Décharge als *gesellschaftsinterner Rechtsakt* nur Wirkungen gegenüber der Gesellschaft und gegenüber denjenigen Aktionären, die *dem Beschluss zugestimmt* haben oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. *Keine Wirkungen* kann der Entlastungsbeschluss *gegenüber aussen stehenden Personen* entfalten, namentlich gegenüber den Gläubigern, und der Entlastungsbeschluss lässt auch Ansprüche der Aktionäre aus *direktem Schaden* unberührt.

Die rechtliche Bedeutung des Entlastungsbeschlusses sollte deshalb gerade im Konzernverhältnis *nicht überbewertet* werden. Relevant ist hingegen seine Bedeutung als *Werturteil der Aktionäre* über die Arbeit und Integrität der geschäftsführenden Personen.

