

## Der Déchargebeschluss

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 i.S.

A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B., C. und D. (Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. et lic. rer. pol. Catherine Chammartin und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

- A. Gültigkeit des Déchargebeschlusses
- B. Bekanntgabe der Optionsgeschäfte
- C. Zeitliche Wirksamkeit des Déchargebeschlusses

#### III. Bemerkungen

- A. Stimmrechtsausschluss
  - 1. Zweck
  - 2. Vom Stimmrechtsausschluss erfasste Personen
  - 3. Hauptaktionär als materielles Organ
    - a) Tatsächliche Ausübung leitender Funktionen
    - b) Selbständige und eigenverantwortliche Ausübung
    - c) Organtypische Einflussnahme auf die Willensbildung
    - d) Fazit
- B. Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses
- C. Materielle Tragweite der Entlastung
  - 1. Bekanntgegebene Tatsachen
  - 2. Beschränkung in zeitlicher Hinsicht

#### IV. Fazit

#### I. Sachverhalt

Die A. AG macht gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegenüber drei ihrer ehemaligen Verwaltungsräte geltend. Konkret wirft die Klägerin den Beklagten vor, dass der von ihnen beauftragte Vermögensverwalter E. fast die ganzen liquiden Mittel der Klägerin in hoch spekulative Geschäfte investiert habe, was zu hohen Verlusten geführt habe.

Am 30. August 2002 gelangte die Klägerin an das Handelsgericht Zürich und verlangte die Rückerstattung des aus den Optionsgeschäften erlittenen Schadens. Das Handelsgericht wies die Klage ab mit der Begründung, dass die von E. veranlassten Optionsgeschäfte an der ordentlichen Generalversammlung vom 25. November 1998 genehmigt und dem Verwaltungsrat für dessen Geschäftstätigkeit Entlastung gewährt worden war.

Den Verwaltungsräten wurde an der Generalversammlung vom 25. November 1998 *in globo* für die

Geschäftsperiode 1997/98 Entlastung erteilt. Der Entlastungsbeschluss kam dabei mit den von G.F. vertretenen Aktien der Gebrüder F. zustande. Einer der Beklagten, der zur Vertretung der Stimmen des Aktionärs H. bzw. dessen Erben I. (deren Aktionärs-eigenschaft im massgebenden Zeitpunkt strittig ist) bevollmächtigt war, enthielt sich der Stimme.

Die Klägerin gelangt mit eidgenössischer Berufung ans Bundesgericht und rügt, die Vorinstanz habe bundesrechtswidrig den Entlastungsbeschluss vom 25. November 1998 mangels Anfechtung als gültig qualifiziert und überdies die Déchargeerteilung über den 30. Juni 1998 hinaus als wirksam erachtet.

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft zunächst die Gültigkeit des Déchargebeschlusses [A.], dann, ob die Optionsgeschäfte an der Generalversammlung in genügender Weise bekannt gegeben worden sind [B.] und in zeitlicher Hinsicht vom Déchargebeschluss erfasst sind [C.], um schliesslich die Berufung der Klägerin abzuweisen.

#### A. Gültigkeit des Déchargebeschlusses

Die Klägerin rügt, der Déchargebeschluss sei nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig, da er ausschliesslich mit den Stimmen eines nicht zur Entlastung stimmberechtigten materiellen Organs zustande gekommen sei.<sup>2</sup>

Das Bundesgericht führt aus, dass Beschlüsse der Generalversammlung nur bei schweren Verstössen gegen die Grundsätze des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts nichtig seien.<sup>3</sup> Beschlüsse der Generalversammlung, an denen unbefugte Personen teilgenommen haben, unterliegen dagegen gemäss Art. 691 Abs. 3 OR der Anfechtung.<sup>4</sup> Nach Art. 695 OR haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats kein Stimmrecht. Diese Bestimmung soll verhindern, dass die an der Geschäftsleitung beteiligten Aktionäre gegen den Willen der anderen auf Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft verzichten.<sup>5</sup> Das

<sup>1</sup> Catherine Chammartin ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>2</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.

<sup>3</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.1.

<sup>4</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.1.

<sup>5</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.2.

Bundesgericht pflichtet der Vorinstanz bei, dass «die Teilnahme von gemäss Art. 695 OR nicht stimmberechtigten Aktionären am Entlastungsbeschluss an sich nicht als so schwerwiegender Mangel zu qualifizieren ist, dass als Rechtsfolge nur die Nichtigkeit in Betracht falle».<sup>6</sup> In Ermangelung einer rechtzeitigen Anfechtung ist ein allfälliger Mangel des Entlastungsbeschlusses geheilt und die Décharge gültig erteilt worden.<sup>7</sup> Die Vorinstanz konnte somit, ohne Bundesrecht zu verletzen, die Frage offen lassen, ob die Gebrüder F. tatsächlich als materielle Organe zu qualifizieren seien und deshalb vom Stimmrecht hätten ausgeschlossen werden müssen.

## B. Bekanntgabe der Optionsgeschäfte

Gemäss Art. 758 Abs. 1 OR wirkt der Entlastungsbeschluss nur für bekannt gegebene Tatsachen. Die Klägerin rügt, dass die Aktionäre an der Generalversammlung ungenügend über die getätigten Optionsgeschäfte informiert worden seien.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht hält fest, dass sich der Entlastungsbeschluss nur auf Tatsachen beziehe, von denen sämtliche Aktionäre unbesehen der Informationsquelle tatsächlich Kenntnis gehabt hätten.<sup>9</sup> Offen gelassen wird die Frage, ob die Tatsachen ausdrücklich bekannt gegeben worden sein müssen, oder ob es genügt, wenn diese für die Aktionäre erkennbar sind.<sup>10</sup> Nicht als bloss erkennbar gelten Tatsachen, die an der Generalversammlung nicht verschwiegen, sondern wenigstens im Grundsatz bekannt gegeben wurden.<sup>11</sup> Da sich die Aktionäre das Wissen ihrer Vertreter anrechnen lassen müssen und diese gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz über die Optionsgeschäfte, deren Risiken und die bereits erlittenen Verluste informiert waren,<sup>12</sup> weist das Bundesgericht diese Rüge ab.

## C. Zeitliche Wirksamkeit des Déchargebeschlusses

Die Klägerin beanstandet schliesslich, die Vorinstanz habe dem Entlastungsbeschluss der General-

versammlung vom 25. November 1998 Wirksamkeit für die Zeit nach dem Ende des Geschäftsjahres am 30. Juni 1998 zugesprochen.<sup>13</sup>

Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt, dass die umstrittenen Optionskäufe zwischen dem 7. April 1998 und 28. August 1998 vorgenommen und die Verluste erst in den ersten zwei Monaten des nächsten Geschäftsjahres (Juli und August 1998) erlitten wurden.<sup>14</sup> An der ersten Verwaltungsratssitzung des nächsten Geschäftsjahres, am 3. September 1998, wurden die Anlagen in Optionen als zu risikoreich und banklastig kritisiert und ab diesem Zeitpunkt keine neuen Optionskäufe mehr getätigt. Das Bundesgericht geht vom Grundsatz aus, dass der Zeitpunkt der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung massgebend sei und nicht der Zeitpunkt, in dem sich allfällige Pflichtverletzungen auswirken.<sup>15</sup> Daraus folgt, dass die bis zum 30. Juni 1998 getätigten Optionsgeschäfte vom Entlastungsbeschluss gedeckt sind. Die Klägerin hat allfällige Pflichtverletzungen im Geschäftsjahr 1998/99, welche vom Entlastungsbeschluss nicht gedeckt wären, nicht gehörig substantiiert behauptet, so dass das Bundesgericht diese Rüge ebenfalls abweist.<sup>16</sup>

## III. Bemerkungen

Nachfolgend soll auf den Stimmrechtsausschluss [A.] und insbesondere die Frage, wann der Hauptaktionär eine materielle Organstellung einnimmt [A.3.], sowie auf die Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses [B.] und dessen materielle Tragweite [C.] eingegangen werden.

### A. Stimmrechtsausschluss

#### 1. Zweck

Gemäss Art. 695 Abs. 1 OR haben «Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben» bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats kein Stimmrecht. *Ratio legis* dieser Bestimmung ist zu verhindern, dass Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, selber über ihre Haftungsbefreiung entscheiden kön-

<sup>6</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.3.

<sup>7</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.4.

<sup>8</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.

<sup>9</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.2.

<sup>10</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.2.

<sup>11</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.2.

<sup>12</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.1.

<sup>13</sup> 4C.107/2005 Erw. 4.

<sup>14</sup> 4C.107/2005 Erw. 4.1 und 4.2.

<sup>15</sup> 4C.107/2005 Erw. 4.2.

<sup>16</sup> 4C.107/2005 Erw. 4.2.

nen, da sie sich diesbezüglich in einem Interessenkonflikt befinden.<sup>17</sup> Diese Regelung hat ebenfalls den Schutz der Minderheitsaktionäre zum Ziel.<sup>18</sup> Ein Mehrheitsaktionär, der Einsitz im Verwaltungsrat hat, soll die Gesellschaft nicht gegen den Willen der Minderheitsaktionäre um ihre Schadenersatzansprüche bringen können.

Das Aktienrecht kennt im Gegensatz zum Vereinsrecht<sup>19</sup> keinen allgemeinen Stimmrechtsausschluss für Aktionäre wegen Interessenkollision.<sup>20</sup> Das Fehlen eines allgemeinen Stimmrechtsausschlusses wegen Interessenkonflikts ergibt sich aus dem Charakter der Kapitalgesellschaft. Den Aktionär trifft einzig die Liberierungspflicht (Art. 680 Abs. 1 OR). Ihn treffen keine weiteren Pflichten, insbesondere keine Treuepflicht.<sup>21</sup> Der Aktionär muss – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – bei Abstimmungen in der Generalversammlung nicht auf die Interessen der Gesellschaft oder anderer Aktionäre Rücksicht nehmen.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> BGE 128 III 142, 145.

<sup>18</sup> BGE 128 III 142; BGE 118 II 496, 498. Vgl. dazu *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 12 N 119 ff.

<sup>19</sup> Art. 68 ZGB: «Jedes Mitglied ist von Gesetzes wegen vom Stimmrechte ausgeschlossen bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und dem Vereine andererseits.»

<sup>20</sup> *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 12 N 454 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 76; *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, in: SZW 1994, 1 ff., 4 f.; *Patrick Schleiffer*, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1993, 235 f.; *Rolf Watter/Dieter Dubs*, Der Déchargebeschluss, in: AJP 2001, 908 ff., 919; *Brigitte Tanner*, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987, 125 Fn 245. A.A. *Kunz*, (Fn 18), § 12 N 124 allerdings nur für den Fall, dass ein Aktionär einer Treuepflicht untersteht.

<sup>21</sup> BGE 105 II 114, 128; BGE 91 II 298, 305; *Böckli*, (Fn 20), § 1 N 14 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 39 N 142 ff.; *Alexander Vogel*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997, 159 m.w.H. A.A. *John Nenninger*, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1974, 103 ff.; *ders.*, Einige Überlegungen zum Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft, in: SAG 1975, 135 ff., 137 ff. Ebenso *Kunz*, (Fn 18), § 8 N 39 ff.; *Renate Wenninger*, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Diss. Zürich 1983, 132 ff. und *Herbert Wohlmann*, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, 73 ff. jedoch nur für Aktionäre atypischer Aktiengesellschaften (kleine Gesellschaften mit persönlichen Bindungen).

<sup>22</sup> BGE 100 II 384, 389; BGE 99 II 55, 62; BGE 84 II 57, 64.

Als Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert Art. 695 Abs. 1 OR einen Stimmrechtsausschluss bei der Beschlussfassung über die Entlastung von Verwaltungsratsmitgliedern.<sup>23</sup> Diese Ausnahme ist insofern gerechtfertigt, als die Generalversammlung beim Entlastungsbeschluss eine Aufsichtsfunktion über den Verwaltungsrat wahrnimmt.<sup>24</sup> Gegenstand des Entscheides ist namentlich die Frage, ob der Verwaltungsrat seiner Treuepflicht nach Art. 717 OR nachgekommen ist. Der Stimmrechtsausschluss soll sowohl die Gewaltenteilung in der Gesellschaft schützen als auch die Richtigkeit des Déchargebeschlusses gewährleisten.<sup>25</sup> Zu beachten ist allerdings, dass mit dem Stimmrechtsausschluss eine Machtverschiebung zu Gunsten der Minderheitsaktionäre erfolgt, welche per se keine Garantie für eine sachliche Stimmabgabe darstellt.

## 2. Vom Stimmrechtsausschluss erfasste Personen

Beim Déchargebeschluss haben nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrats sondern sämtliche Personen in den Ausstand zu treten, gegen die gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit erhoben werden können.<sup>26</sup> Der Verantwortlichkeitsklage unterliegen nicht nur formelle Organe sondern auch materielle Organe und Organe infolge Kundgabe.<sup>27</sup> Formelle Organe sind solche, die von den dafür zuständigen Organen gewählt bzw. bestimmt wurden, d.h. Verwaltungsräte

<sup>23</sup> Eine zweite Ausnahme ist das Ruhen des Stimmrechts eigener Aktien (Art. 659a Abs. 1 OR).

<sup>24</sup> *Von der Crone*, (Fn 20), 5. Vgl. auch *Watter/Dubs*, (Fn 20), 908.

<sup>25</sup> *Schleiffer*, (Fn 20), 207 ff.; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 920.

<sup>26</sup> Anstelle vieler *Andreas Länzlinger*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 3 zu Art. 695 OR. Zusätzlich zu dieser persönlichen Voraussetzung plädieren *Watter/Dubs*, (Fn 20), 922 f. für eine sachliche Anwendungsvoraussetzung des Stimmrechtsausschlusses, nämlich, dass Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, nur vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, wenn sie für die Entlastung stimmen. Sie argumentieren, dass im umgekehrten Fall keine Interessenkollision bei der Stimmrechtsausübung gegeben ist. Das Bundesgericht ist dieser Argumentation bisher nicht gefolgt.

<sup>27</sup> Der Organbegriff nach Art. 754 OR unterscheidet sich vom Organbegriff nach Art. 55 ZGB. Vgl. zu dieser Abgrenzung BGE 117 II 570 und *Maya R. Pfrunder-Schiess*, Anmerkungen zu BGE 117 II 570, in: SZW 1993, 126 ff. m.w.H.

und Direktoren.<sup>28</sup> Als materielle Organe qualifizieren «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen».<sup>29</sup> Beispiele sind der Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischet,<sup>30</sup> der Hintermann, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat Weisungen erteilt, sowie jedermann, der, ohne gewählt oder besonders bezeichnet worden zu sein, dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt.<sup>31</sup> Kann aus den äusseren Umständen auf eine Organstellung geschlossen werden, spricht man von Organen infolge Kundgabe.<sup>32</sup>

### 3. Hauptaktionär als materielles Organ

Das Handelsgericht Zürich hat die Frage offengelassen, ob die Hauptaktionäre (die Gebrüder F.) materielle Organe waren. Die Klägerin brachte vor, dass die beklagten Verwaltungsräte die Weisungen und Aufträge des Hauptaktionärs «blindlings und ohne Prüfung befolgt haben».<sup>33</sup> Der Hauptaktionär habe Weisungen zum Erwerb verschiedener Beteiligungen, zur Kündigung von Festgeldanlagen, zum Kauf verschiedener Aktien sowie zur Einsetzung von E. als Vermögensverwalter erteilt und ferner an den Verwaltungsratssitzungen teilgenommen.<sup>34</sup> Die Beklagten bestreiten, dass der Hauptaktionär als materielles Organ zu qualifizieren sei. Die Verwaltungsräte hätten «den Wünschen und Weisungen der Gebrüder [F.] zwar Folge geleistet, soweit dies nach Gesetz und Statuten zulässig gewesen sei und Sinn gemacht habe. Die relevanten Entscheidungen hätten sie jedoch selbst getroffen.»<sup>35</sup> Dem Hauptaktionär seien keine Entscheidungsbefugnisse übertragen worden.<sup>36</sup>

Ein Allein- oder Hauptaktionär wird nicht allein dadurch, dass er die Gesellschaft beherrscht, zum materiellen Organ; er muss sich in die Geschäftsführung einmischen.<sup>37</sup> Es stellt sich die Frage, ob ein Hauptaktionär, der verschiedene Geschäfte initiiert und Weisungen erteilt, als materielles Organ zu qualifizieren ist, wenn die Entscheide durch den formell gewählten Verwaltungsrat gefasst werden.

#### a) Tatsächliche Ausübung leitender Funktionen

Für die Begründung der materiellen Organschaft genügt die tatsächliche Ausübung von Leitungsfunktionen.<sup>38</sup> *Vogel* spricht in diesem Zusammenhang von einer «Usurpation» solcher Funktionen.<sup>39</sup> Das Argu-

<sup>28</sup> Ein Teil der Lehre zählt einzig die Verwaltungsräte zu den formellen Organen; *Peter Widmer/Oliver Banz*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 4 zu Art. 754 OR; *Urs Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 108; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 37 N 3; *Vogel*, (Fn 21), 206, 263; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 935. Wie hier dagegen, *Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury*, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, N 14 f.

<sup>29</sup> BGE 128 III 92, 93; BGE 117 II 570, 571; BGE 117 II 432, 441 f.; BGE 107 II 349, 354 jeweils m.w.H. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird mehrheitlich der Begriff des faktischen Organs benutzt, anders jedoch BGE 121 III 176, 179, wo «les personnes qui ont la compétence de prendre des décisions indépendantes et qui participent ainsi effectivement à la gestion des affaires sociales» als materielle Organe bezeichnet werden. Ein Teil der Lehre benutzt ebenfalls den Begriff des faktischen Organs. Vgl. *Böckli*, (Fn 20), § 18 N 109; *Widmer/Banz*, (Fn 28), N 5 zu Art. 754 OR; *Max Albers-Schönberg*, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, 38 ff. Andere Autoren unterscheiden zwischen materiellen und faktischen Organen. Materielle Organe sind danach solche, die mit der Geschäftsführung betraut worden sind, namentlich Geschäftsführer und Direktoren. Faktische Organe sind Personen, die sich mit der Geschäftsführung befassen, obwohl sie weder gewählt noch besonders bezeichnet worden sind, namentlich stille Verwaltungsräte. Vgl. *Vogel*, (Fn 21), 205 ff., 263 ff. m.w.H.; *Bertschinger*, (Fn 28), N 108; Botschaft (Fn 28), 935.

<sup>30</sup> BGE 114 V 213, 219; *Andreas von Planta*, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981, 81 ff.

<sup>31</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 37 N 4 ff.; *Böckli*, (Fn 20), § 18 N 109.

<sup>32</sup> BGE 117 II 570, 571; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999, 206; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 37 N 9; *Böckli*, (Fn 20), § 18 N 109. Als solches ist beispielsweise eine Person zu qualifizieren, die behauptet sie sei Verwaltungsrätin einer Gesellschaft, ohne dass die Gesellschaft widerspricht.

<sup>33</sup> Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24.1.2005, HG020316, 16.

<sup>34</sup> Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24.1.2005, HG020316, 16 f.

<sup>35</sup> Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24.1.2005, HG020316, 17.

<sup>36</sup> Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24.1.2005, HG020316, 17.

<sup>37</sup> BGE 122 III 195, unpublizierte Erw. 6a, 2. Abs., zit. in: *Henry Peter*, La responsabilité de – et par – l'organe de fait, in: *Christine Chappuis/Henry Peter/Andreas von Planta*, Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zürich 2000, 29 ff., 35; *Albers-Schönberg*, (Fn 29), 41.

<sup>38</sup> *Vogel*, (Fn 21), 302; *Albers-Schönberg*, (Fn 29), 39 f.

<sup>39</sup> *Vogel*, (Fn 21), 302. *Albers-Schönberg*, (Fn 29), 40 spricht von einem «Eingriff in die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung».

ment der Beklagten, dem Hauptaktionär seien keine Entscheidungsbefugnisse delegiert worden, greift ins Leere, da eine Delegation nicht Voraussetzung ist.

Die «Usurpation» von Leitungsfunktionen ist nur möglich, wenn die Gesellschaft in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht und auf Grund der Machtverhältnisse einen Eingriff in ihre Zuständigkeitsordnung duldet.<sup>40</sup> Der Allein- oder Hauptaktionär verfügt zweifelsohne über eine solche Beeinflussungsmöglichkeit, da er die Generalversammlung beherrscht.<sup>41</sup> Zu prüfen ist allerdings, ob von dieser Beeinflussungsmöglichkeit tatsächlich und in organotypischer Weise Gebrauch gemacht wurde.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann «grundsätzlich nur die oberste Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie» Organ sein.<sup>42</sup> Nur Personen, die dauerhaft für leitende Entscheide zuständig sind, können als Organe qualifizieren. Die Vornahme einzelner, dem Bereich der Geschäftsführung zuzurechnender Handlungen genügt nicht, um eine Organstellung zu begründen.<sup>43</sup> Formelle Kriterien wie der Handelsregistereintrag oder die Zeichnungsberechtigung sind nicht ausschlaggebend.<sup>44</sup>

Im vorliegenden Fall sind die oben erwähnten Geschäftsvorfälle – z.B. der Erwerb verschiedener

Beteiligungen – zweifelsohne von unternehmerischer Bedeutung und sprengen den Rahmen des täglichen Geschäftes. Die angeführten Geschäftsvorfälle erstrecken sich auf einen Zeitraum von mehreren Jahren, so dass das Erfordernis der Dauerhaftigkeit ebenfalls erfüllt ist.

#### b) Selbständige und eigenverantwortliche Ausübung

Eine weitere Voraussetzung ist, dass die Person, welche Leitungsfunktionen wahrnimmt, selbständig und eigenverantwortlich handelt.<sup>45</sup> Ist eine Person an die Weisungen eines Dritten gebunden, schliesst dies per se eine Organstellung aus. «Eine blosser Mithilfe bei der Entscheidung» genügt nicht, um eine Organstellung zu begründen.<sup>46</sup> Eine Person, welche technische, kaufmännische oder juristische Grundlagen für die Entschlussfassung beisteuert, jedoch bei der Entschlussfassung selber nicht mitwirkt, ist kein Organ.<sup>47</sup> Vorliegend haben die Gebrüder F. mehr als nur Entscheidungsgrundlagen geliefert. Sie haben klare Weisungen erteilt, welche Geschäfte sie abgewickelt sehen möchten.

#### c) Organtypische Einflussnahme auf die Willensbildung

Die Beeinflussung der Willensbildung muss in «organtypischer Weise» erfolgen.<sup>48</sup> Der Geschäftspartner, der im Stande ist, die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich zu beeinflussen, sowie die Bank, welche eine Kreditvergabe von der Einhaltung einer bestimmten Finanz- und Geschäftspolitik abhängig macht, nehmen als gesellschaftsfremde Dritte keine Organstellung ein.<sup>49</sup> Ebenso ist der Fall zu beurteilen, in dem ein Hauptaktionär dem Verwaltungsrat einzig seine allgemeine Unzufriedenheit mit der Geschäftsführung kundtut und mit der Abberufung droht, ohne konkrete Vorgaben zu machen oder bestimmte Geschäfte zu veranlassen. Er ist nicht als materielles Organ zu qualifizieren, denn er beschränkt sich auf die Ausübung seiner Aktionärsrechte. Mangels Konkretisierung seiner Rüge ist keine Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft auszumachen.

Sobald jedoch ein solcher Dritter oder der Hauptaktionär mit vollem Stimmrecht an den Sitzungen

<sup>40</sup> *Albers-Schönberg*, (Fn 29), 40; *Vogel*, (Fn 21), 303.

<sup>41</sup> Er kann u.a. die Einberufung einer Generalversammlung verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR) und die Mitglieder des Verwaltungsrats abberufen (Art. 705 Abs. 1 OR).

<sup>42</sup> BGE 117 II 570, 573. Das Bundesgericht führt aus, dass die subordinierte Führung der Geschäfte keine Organstellung begründet. Im selben Jahr in BGE 117 II 432, 442, hatte das Bundesgericht eine Prokuristin einer Kleinbank, welche Geschäfte abwickelte, die «nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts» gehörten als Organ qualifiziert. Dieser Entscheid wurde in der Lehre stark kritisiert. Vgl. *Klaus Hütte*, Anmerkungen zu BGE 117 II 432, in: *AJP* 1992, 516 ff.; *Peter Kunz*, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, *Diss.* Bern 1993, 186 f.; *Forstmoser/Sprecher/Töndury*, (Fn 28), N 20. Das Bundesgericht hat in einem späteren Entscheid, BGE 128 III 29, 31, dieser Kritik Rechnung getragen.

<sup>43</sup> BGE 128 III 29, 31; *Botschaft*, (Fn 28), 935; *Klaus Hütte*, Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, in: *Peter Forstmoser*, Die Haftung des Verwaltungsrates, 41 ff., 49; *Müller/Lipp/Plüss*, (Fn 32), 206. A.A. *Vogel*, (Fn 21), 310 und *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 669, wonach die Beeinflussung einzelner wesentlicher Entscheide eine Organstellung begründet, wenn die beeinflussten Entscheide wichtige Organkompetenzen oder gar Kernkompetenzen des Verwaltungsrates betreffen.

<sup>44</sup> BGE 117 II 570, 573; BGE 114 V 213, 216.

<sup>45</sup> BGE 114 V 213, 215.

<sup>46</sup> BGE 128 III 29, 31; BGE 117 II 570, 573.

<sup>47</sup> BGE 117 II 570, 573.

<sup>48</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 37 N 7; *Böckli*, (Fn 20), § 18 N 109.

<sup>49</sup> BGE 107 II 349, 355.

des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsleitung teilnimmt, übt er einen direkten Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aus und qualifiziert als Organ.<sup>50</sup> Im vorliegenden Fall haben die Gebrüder F. jedoch nur als Gast an den Verwaltungsratssitzungen teilgenommen und hatten kein Stimmrecht. Die Abgrenzung zwischen blosser Überzeugungsarbeit und tatsächlicher Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess bereitet Schwierigkeiten. Das Bundesgericht hat einer Bank, die sich vertraglich eine «stille Einsitznahme in den Verwaltungsrat» zusichern liess und regelmässig Mitarbeiter an Verwaltungsratssitzungen entsandte, welche sich «zu allen Verhandlungsgegenständen» äusserten, eine materielle Organschaft zuerkannt.<sup>51</sup> Ob nach Ansicht des Bundesgerichts jede stille Einsitznahme in den Verwaltungsrat zur materiellen Organschaft führt, ist dagegen fraglich. Das Bundesgericht führte nämlich aus, dass sich die «Bedeutung ihrer Teilnahme [...] vor allem daraus [ergibt], dass seit 1971 der Verwaltungsrat der Gesellschaft nur noch aus einem Mitglied bestand».<sup>52</sup> Das Bundesgericht hob weiter die persönliche Überzeugungskraft und Machtstellung der Vertreter hervor.<sup>53</sup> In einem späteren Entscheid von 1991 führte das Bundesgericht aus, dass «der Umstand [...], dass die drei Beklagten – obschon als Führungsgremium der untergeordneten Konzerngesellschaften amtierend – an den Verwaltungsratssitzungen der Holdinggesellschaft nur mit beratender Stimme oder als Gäste teilnahmen» ein Indiz gegen eine materielle Organschaft in der Holdinggesellschaft darstelle.<sup>54</sup>

Massgeblich für die Bestimmung, ob eine Person materielles Organ ist, ist der tatsächliche Einfluss, den diese Person ausübt. Eine regelmässige Teilnahme an den Verwaltungsrats- und/oder Geschäftsleitungssitzungen bildet ein starkes Indiz dafür, dass eine Person auf den Willensbildungsprozess der Gesellschaft Einfluss nimmt, selbst wenn sie kein Stimmrecht hat.<sup>55</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass in

einem konkreten Fall eine Person trotz Teilnahme an den Verwaltungsrats- und/oder Geschäftsleitungssitzungen keinen massgebenden Einfluss ausgeübt hat, namentlich wenn sie rein passiv an den Sitzungen teilgenommen und sich nicht zu den Verhandlungsgegenständen geäussert hat. In casu waren die Gebrüder F. jedoch nicht nur anwesend, sondern haben aktiv an den Verwaltungsratssitzungen teilgenommen und den Verwaltungsräten in Bezug auf die Geschäftsführung Weisungen erteilt.

#### d) Fazit

Gestützt auf die obigen Ausführungen ist ein Hauptaktionär, von dem die Initiative für verschiedene Geschäfte ausgeht, und der Weisungen erteilt, als materielles Organ zu qualifizieren.

Die Definition des materiellen Organs ist nicht nur für die Bestimmung der beim Déchargebeschluss vom Stimmrecht ausgeschlossenen Aktionäre massgebend, sondern auch und vor allem für die Festlegung derjenigen Personen, die Verantwortlichkeitsansprüchen aus Art. 754 Abs. 1 OR unterliegen. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage dient dem Schutz der Gläubiger und der Aktionäre vor nicht pflichtgemässen Wirken der leitenden Personen.<sup>56</sup> Voraussetzung für einen umfassenden Schutz ist, dass alle Personen, die an der Geschäftsführung mitgewirkt haben, auch tatsächlich dieser Verantwortlichkeit unterliegen. Die gleiche Definition des materiellen Organs ist – ungeachtet der Tatsache, dass die Déchargeerteilung ein gesellschaftsinterner Rechtsakt ist<sup>57</sup> – bei der Entlastung anzuwenden. Es besteht eine Kongruenz mit der Verantwortlichkeitsklage, welche die Gesellschaft im Falle der Déchargeerteilung nicht mehr erfolgreich gegen die entlasteten Organpersonen erheben kann.

## B. Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses

Rechtsprechung und Lehre vertreten einhellig den Standpunkt, dass ein Generalversammlungsbe-

<sup>50</sup> Vogel, (Fn 21), 305; Peter, (Fn 37), 35 Fn 19; Forstmoser, (Fn 43), N 665; Thomas Sauber, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Zürich 1987, 101.

<sup>51</sup> BGE 107 II 349, 354.

<sup>52</sup> BGE 107 II 349, 354.

<sup>53</sup> BGE 107 II 349, 354 f. Kritisch dazu Forstmoser, (Fn 43), N 667.

<sup>54</sup> BGE 117 II 570, 574.

<sup>55</sup> Ebenso Vogel, (Fn 21), 305; Hütte, (Fn 43), 49. Zurückhaltender Jürg A. Koeflerli, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994, 191. Differenzierter Forstmoser, (Fn 43), N 666 wonach die Einladung zu allen Sitzungen des Verwaltungsrats für eine Organstellung, die Bezeichnung als Gast, die Einladung nur zu einzelnen Sitzungen oder zu bestimmten Traktanden jedoch gegen eine Organstellung sprechen.

<sup>56</sup> Peter V. Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 35 ff.

<sup>57</sup> Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar Bd. V/5/b/2: Art. 698–738, Zürich 1969, N 74 zu Art. 698 OR.

schluss, der unter Mitwirkung einer vom Stimmrecht ausgeschlossenen Person zu Stande gekommen ist, lediglich als anfechtbar und nicht als nichtig zu betrachten sei.<sup>58</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Beschluss, der – wie im vorliegenden Fall – einzig durch einen vom Stimmrecht ausgeschlossenen Aktionär gefasst wurde, gleich zu qualifizieren ist wie ein Beschluss an dem auch stimmberechtigte Aktionäre mitgewirkt haben. Das Handelsgericht übergeht die Problematik mit dem Hinweis, dass «weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung [...] eine solche Unterscheidung getroffen» werde.<sup>59</sup> Das Bundesgericht stützt das Urteil der Vorinstanz, wonach «die Teilnahme von gemäss Art. 695 OR nicht stimmberechtigten Aktionären am Entlastungsbeschluss an sich nicht als so schwerwiegender Mangel zu qualifizieren ist, dass als Rechtsfolge nur die Nichtigkeit in Betracht falle».<sup>60</sup> Ob die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Aktionäre, die einzigen waren, die am Entlastungsbeschluss mitgewirkt haben, oder ob noch andere Aktionäre mitgestimmt haben, ist gemäss Bundesgericht unwesentlich.<sup>61</sup>

Eine formale Betrachtungsweise legt demgegenüber den Schluss nahe, dass es sich bei einem Beschluss, an dem ausschliesslich nicht Stimmberechtigte mitgewirkt haben, um einen Nicht-Beschluss handelt, denn dieser Beschluss hätte ohne Rechtsverletzung gar nicht gefällt werden können. Am Beispiel der Einmangengesellschaft führt *Schleiffer* aus, dass ein solcher Entlastungsbeschluss wirkungslos und bedeutungslos sei.<sup>62</sup> *Forstmoser* spricht von der Ungültigkeit eines solchen Beschlusses, schränkt aber ein, dass zustimmende Aktionäre persönlich gebunden sind und ihre Ansprüche aus mittelbarer Schädigung erlöschen.<sup>63</sup> Gemäss *Gross* ist ein solcher Entlas-

tungsbeschluss unmöglich.<sup>64</sup> Entgegen der Ansicht des Handelsgerichts unterscheidet die Lehre durchaus, ob sämtliche oder nur ein Teil der am Entlastungsbeschluss mitwirkenden Aktionäre an der Geschäftsführung beteiligt waren.

Im Gegensatz zum Vertragsrecht, wo jeder Verstoß gegen zwingendes Recht zur Nichtigkeit führt (Art. 20 OR), stellt die Nichtigkeit bei Generalversammlungsbeschlüssen aus Rechts- und Verkehrssicherheitsgründen die Ausnahme dar.<sup>65</sup> Ein nichtiger Entlastungsbeschluss beeinträchtigt jedoch weder Rechts- noch Verkehrssicherheit. Der Entlastungsbeschluss ist wie bereits erwähnt ein gesellschaftsinterner Rechtsakt,<sup>66</sup> so dass die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigt wird. Die Nichtigkeit eines Entlastungsbeschlusses hat einzig zur Folge, dass vermeintlich untergegangene Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der Gesellschaft weiterbestehen, sofern sie nicht inzwischen verjährt wären.<sup>67</sup> Unseres Erachtens entsteht daraus keine unzumutbare Rechtsunsicherheit, denn die betroffenen Personen haben durch ihre rechtswidrige Teilnahme am Entlastungsbeschluss selber dazu beigetragen.<sup>68</sup>

Die neuere Lehre geht jedoch vom Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge aus.<sup>69</sup> Nichtigkeit

<sup>58</sup> BGE 128 III 142; BGE 86 II 165, 167; *Böckli*, (Fn 20), § 12 N 492 und § 16 N 163; *Schleiffer*, (Fn 20), 280 f., 295 ff.; *Bürgi*, (Fn 57), N 12 zu Art. 706 OR; *Forstmoser*, (Fn 43), N 432; *Lukas Metzler/Markus Schmuki*, Voraussetzungen und Folgen der Déchargeerteilung der Generalversammlung an den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, in: AJP 2001, 945 ff., 946; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 923.

<sup>59</sup> Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24.1.2005, HG020316, 21.

<sup>60</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.3.

<sup>61</sup> 4C.107/2005 Erw. 2.3.

<sup>62</sup> *Schleiffer*, (Fn 20), 214 f. Vgl. ebenfalls *Metzler/Schmuki*, (Fn 58), 948.

<sup>63</sup> *Forstmoser*, (Fn 43), N 426 ff. m.w.H. Ebenso *Kunz*, (Fn 42), 155.

<sup>64</sup> *Kurt Jean Gross*, Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1990, 245.

<sup>65</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 25 N 86; *Bürgi*, (Fn 57), N 13 zu Art. 706 OR; *Ulysses von Salis*, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1996, 10; *Hans Michael Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 1.

<sup>66</sup> Vgl. oben III.A.3.d).

<sup>67</sup> Zur Verjährung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, vgl. Art. 760 OR.

<sup>68</sup> A.A. *Böckli*, (Fn 20), § 16 N 164 und 174 Fn 341, der die Rechtssicherheit in einem anderen Sinne versteht. Er stellt nicht auf die Folgen eines nachträglich als nichtig erkannten Beschlusses ab, sondern auf die Offensichtlichkeit des Beschlussmangels. Besteht ein Rechtsstreit, ob ein Beschluss mangelhaft ist, so ist der Beschluss nicht nichtig, sondern anfechtbar. In Anwendung dieses Ansatzes muss zum Schluss gekommen werden, dass der Entlastungsbeschluss anfechtbar ist. Wer als materielles Organ zu qualifizieren ist, ist nämlich keine klar und einfach zu beantwortende Frage.

<sup>69</sup> *Böckli*, (Fn 20), § 16 N 178; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 25 N 86; *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, N 18 zu Art. 706b OR; *Mirjam Simone Rhein*, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss. Zürich 2001, 125; *Kunz*, (Fn 18), § 12 N 189; *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N 861.

ist nur dann anzunehmen, wenn die Anfechtbarkeit keine genügende Sanktion darstellt, weil der in Frage stehende Mangel selbst eine Anfechtung gerade vereitelt.<sup>70</sup> Dies ist vorliegend nicht der Fall.<sup>71</sup> Obwohl auch Argumente für die Nichtigkeit des mangelhaften Entlastungsbeschlusses bestehen, spricht sich das Bundesgericht klar für den Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge aus und erteilt einer formalen Betrachtungsweise eine Absage. Für diesen Ansatz spricht die Tatsache, dass die Aktionäre in Kenntnis des Mangels am Entlastungsbeschluss mitgewirkt haben und deshalb nicht des Schutzes eines nichtigen Entlastungsbeschlusses bedürfen. Im Endergebnis ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass der umstrittene Entlastungsbeschluss lediglich als anfechtbar zu qualifizieren ist.

### C. Materielle Tragweite der Entlastung

Mit der Entlastungserteilung wird festgestellt, dass keine aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegen den Verwaltungsrat bestehen. Diese Feststellung ist aber in sachlicher («bekanntgegebene Tatsachen») und zeitlicher Hinsicht (in der Regel das abgelaufene Geschäftsjahr) beschränkt.

#### 1. Bekanntgegebene Tatsachen

Art. 758 Abs. 1 OR besagt, dass der Entlastungsbeschluss nur für bekanntgegebene Tatsachen wirkt. Die Entlastung kann global erteilt werden, z.B. für das letzte Geschäftsjahr, oder für einzelne spezifiziertere Geschäfte.<sup>72</sup> Die Tragweite einer allgemeinen Entlastungserklärung wird durch den Informationsgrad der Generalversammlung beschränkt.<sup>73</sup> Unerheblich ist, aus welcher Quelle die Informationen stammen und in welcher Form sie bekanntgegeben

wurden. Diese können an der Generalversammlung (Jahresbericht, Jahresrechnung, Revisionsbericht) oder ausserhalb dieser (Ad hoc-Mitteilungen, Prospekte, Aktionärsbriefe, Zeitungsinserate) erteilt werden.<sup>74</sup> Vom Déchargebeschluss nicht erfasst sind Tatsachen, welche vorsätzlich oder fahrlässig nicht, unvollständig oder falsch dargestellt wurden.<sup>75</sup> Ebenfalls nicht erfasst sind Tatsachen, die nur einzelnen Aktionären bekannt sind.<sup>76</sup>

Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid ausgeführt, dass die Entlastungserklärung nur so weit reicht, als «die Generalversammlung [...] über die Bedeutung dieses Geschäftes für die Frage der Verantwortlichkeit orientiert war».<sup>77</sup> Ausgehend von der Tatsache, dass die Entlastungserklärung eine Willenserklärung ist, stützt sich das Bundesgericht für die Auslegung und Einschränkung der Entlastungserklärung auf das Vertrauensprinzip.<sup>78</sup> Daraus folgt, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung nicht nur über die getätigten Geschäfte informieren muss, sondern ebenfalls über die Umstände, wie Schaden und Pflichtverletzungen, welche allenfalls Verantwortlichkeitsansprüche begründen können.<sup>79</sup> Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Verwaltungsrat selber die Schlussfolgerung zieht und der Generalversammlung kommuniziert, dass Verantwortlichkeitsansprüche bestehen. Die rechtliche Würdigung der kommunizierten Tatsachen bleibt Sache der Aktionäre. Um die Tragweite der Entlastung zu bestimmen, sind die Umstände, unter denen die Entlastung erteilt wird, ebenfalls zu berücksichtigen. Die Entlastungserteilung hat nur beschränkte Wirkung, wenn sie zum Beispiel überstürzt oder ohne Unterlagen ab-

<sup>70</sup> *Dubs/Truffer*, (Fn 69), N 19 zu Art. 706b OR.

<sup>71</sup> Selbst wenn den Erben I. die Aktionäreigenschaft abgestritten wird und sie deshalb keine Anfechtungsklage erheben können, kann der Verwaltungsrat den Entlastungsbeschluss anfechten. Die Tatsache, dass er infolge Art. 695 OR beim Entlastungsbeschluss vom Stimmrecht ausgeschlossen war, schliesst ihn nicht von der Anfechtungsklage aus. *Schleiffer*, (Fn 20), 305; *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/2, Basel 1982, 193 Fn 34.

<sup>72</sup> *Widmer/Banz*, (Fn 28), N 3 zu Art. 758 OR; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 910.

<sup>73</sup> *Böckli*, (Fn 20), § 18 N 451.

<sup>74</sup> BGE 95 II 320, 328 ff.; *Forstmoser*, (Fn 43), N 443; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 911.

<sup>75</sup> *Forstmoser*, (Fn 43), N 437 ff.; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 911; *Metzler/Schmuki*, (Fn 58), 947.

<sup>76</sup> BGE 95 II 320, 328; BGE 65 II 2, 9 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 36 N 130; *Watter/Dubs*, (Fn 20), 912; *Bürgi*, (Fn 57), N 109 zu Art. 698 OR.

<sup>77</sup> BGE 65 II 2, 14. Vgl. auch BGE 95 II 320, 328.

<sup>78</sup> BGE 95 II 320, 328 f.

<sup>79</sup> *Watter/Dubs*, (Fn 20), 912; *Christian Schmeling*, Die Entlastung von Mitgliedern geschäftsführender Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, Diss. Saarbrücken 2003, 115; A.A. *Metzler/Schmuki*, (Fn 58), 947; *Forstmoser*, (Fn 43), N 441, wonach die Erwähnung eines wichtigen Geschäftes im Regelfall genügen muss, damit es unter die Entlastungserklärung fällt. In N 445 präzisiert *Forstmoser* jedoch in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass den Aktionären die Bedeutung des Geschäftes für die Frage der Verantwortlichkeit bekannt sein muss.

gegeben wurde.<sup>80</sup> Im vorliegenden Fall wurden die Aktionäre bzw. ihre Vertreter anlässlich der ordentlichen Generalversammlung über die Optionsgeschäfte, deren Risiken sowie die bereits erlittenen Verluste informiert.<sup>81</sup> Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass die erteilten Informationen umfassend genug waren, damit die Aktionäre die Tragweite des Entlastungsbeschlusses beurteilen konnten.

In dieser Entscheidung offengelassen und in der Lehre strittig ist die Frage, ob lediglich erkennbare Tatsachen vom Déchargebeschluss gedeckt sind. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, *Widmer/Banz* und *Metzler/Schmuki* führen – ohne dies jedoch zu begründen – aus, dass nach neuem Recht bloss erkennbare Geschäftshandlungen nicht mehr unter die Wirkung des Entlastungsbeschlusses fallen.<sup>82</sup> *Watter/Dubs* bezeichnen Tatsachen dann als erkennbar, wenn sie mittels einfacher Schlussfolgerungen des Aktionärs zu mit Bestimmtheit bekannten Tatsachen werden.<sup>83</sup> Bei einer so engen Definition ist nicht ersichtlich, warum diese nicht als bekanntgegeben im Sinne von Art. 758 OR zu erachten sind. Dem Verwaltungsrat obliegt gestützt auf Art. 717 OR eine Aufklärungs- und Informationspflicht, d.h. er muss die wesentlichen Tatsachen «d'une façon claire et complète»<sup>84</sup> bekannt geben. Dabei stellt das Bundesgericht für die Frage, was sich aus bestimmten Unterlagen herauslesen lässt, nicht auf den Sorgfaltsmassstab des ordentlichen Geschäftsmannes, sondern denjenigen des ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen ab.<sup>85</sup> Die Subsumtion der im Sinne von *Watter/Dubs* verstandenen erkennbaren Tatsachen unter die bekanntgegebenen hat

somit keine Aushöhlung des Schutzes nicht geschäftserfahrener Aktionäre zur Folge.

Die Entlastung kann auch für einzelne, speziell erwähnte Geschäfte erteilt werden. Den Aktionären ist diesfalls zuzumuten, – da es sich um spezifische Geschäfte handelt – bei mangelnder Information von ihren Informationsrechten (Art. 697 ff. OR) Gebrauch zu machen.<sup>86</sup> Im Gegensatz zur Globalentlastung genügt unseres Erachtens die Erwähnung des Geschäftes, damit es als bekanntgegeben zu qualifizieren ist.<sup>87</sup>

## 2. Beschränkung in zeitlicher Hinsicht

Der globale Déchargebeschluss betrifft eine bestimmte Zeitperiode, in der Regel das abgelaufene Geschäftsjahr. Erfasst sind alle Geschäftshandlungen, die in diesem Zeitrahmen getätigt wurden. Das Bundesgericht führt aus, dass «es nicht darauf ankommen kann, wann sich die allfälligen Pflichtverletzungen auswirken; vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme der pflichtwidrigen Handlungen an (bzw. bei pflichtwidrigen Unterlassungen auf den Zeitpunkt, an dem die sorgfaltswidrig unterbliebenen Handlungen hätten vorgenommen werden müssen)».<sup>88</sup> Diesem Grundsatz kann so pauschal nicht gefolgt werden. Wie bereits dargelegt muss die Generalversammlung nicht nur über die vorgenommenen Geschäfte informiert sein, sondern ebenfalls «über die Bedeutung dieses Geschäftes für die Frage der Verantwortlichkeit».<sup>89</sup> Wirken sich Pflichtverletzungen erst zu einem späteren Zeitpunkt aus – zum Beispiel nach der Generalversammlung, an der die Entlastung erteilt worden ist, und wurden die Aktionäre über die Risiken der Geschäftshandlungen nicht aufgeklärt – waren sie nicht in der Lage die Tragweite der Décharge für diese Geschäfte zu beurteilen. Massgebend ist somit der Zeitpunkt an dem die Generalversammlung über die nötigen Informationen verfügt, um die Bedeutung des Geschäftes zu erkennen, d.h. ob Pflichtverletzungen und ein Schaden vorliegen oder die Risiken des Geschäftes erläutert wurden.<sup>90</sup> So hat das Bundesgericht auch in BGE 95

<sup>80</sup> BGE 67 II 167, 173 f.; BGE 65 II 2, 14.

<sup>81</sup> 4C.107/2005 Erw. 3.1.

<sup>82</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, (Fn 20), § 36 N 129 Fn 67; *Widmer/Banz*, (Fn 28), N 3 zu Art. 758 OR; *Metzler/Schmuki*, (Fn 58), 947. A.A. mit dem Hinweis, dass die Revision an der Regelung der Déchargeerteilung materiell nichts geändert hat, *Roland von Büren*, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, in: ZBJV 1995, 57 ff., 67 und *Pierre Tercier*, Le nouveau régime de la responsabilité dans les sociétés anonymes, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne (Cedidac) 1993, 449 ff., 474.

<sup>83</sup> *Watter/Dubs*, (Fn 20), 911.

<sup>84</sup> BGE 95 II 320, 329.

<sup>85</sup> BGE 65 II 2, 14. Teilweise wird postuliert, der Massstab des ordentlichen Geschäftsmannes sei anzuwenden, wenn sämtliche Aktionäre geschäftserfahren sind. Vgl. *Gross*, (Fn 64), 244 m.w.H.

<sup>86</sup> *Watter/Dubs*, (Fn 20), 912.

<sup>87</sup> Ebenso *Watter/Dubs*, (Fn 20), 912.

<sup>88</sup> 4C.107/2005 Erw. 4.2.

<sup>89</sup> BGE 65 II 2, 14.

<sup>90</sup> Für *Schmelting*, (Fn 79), 115 f. muss die pflichtwidrige Handlung und der daraus entstehende Schaden erkennbar sein. Gemäss *Jörg Meier-Wehrli*, Die Verantwortlichkeit

II 320, 331 entschieden, als es ausführte, dass einzelne Geschäfte nicht von der Entlastungserteilung erfasst seien, da die ersten Schwierigkeiten in Bezug auf diese erst im folgenden Geschäftsjahr aufgetreten waren und an der Generalversammlung nicht bekannt waren.

Im vorliegenden Fall ist dem Bundesgericht im Ergebnis jedoch zuzustimmen. Die Verluste infolge der Optionsgeschäfte wurden erst im folgenden Geschäftsjahr erlitten, doch wurden diese anlässlich der Generalversammlung offen gelegt. Die Déchargeerteilung ist somit auch für die Optionsgeschäfte gültig erteilt worden. Anders wäre zu urteilen gewesen, wenn die Verluste zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten wären und die Generalversammlung diese nicht gekannt hätte.

#### IV. Fazit

Der Hauptaktionär, der verschiedene Geschäfte initiiert und Weisungen erteilt, ist als materielles Organ zu qualifizieren. Selbst wenn er ohne Stimmrecht an den Verwaltungsratssitzungen teilnimmt, übt er einen massgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aus. Er unterliegt dem Stimmrechtsausschluss nach Art. 695 Abs. 1 OR.

Bei einer formalen Betrachtungsweise ist ein Entlastungsbeschluss, der ausschliesslich unter Mitwirkung vom Stimmrecht ausgeschlossener Personen zu Stande gekommen ist, als Nicht-Beschluss zu qualifi-

zieren. Für die Nichtigkeit spricht ebenfalls die Tatsache, dass weder Rechts- noch Verkehrssicherheit durch einen nichtigen Entlastungsbeschluss beeinträchtigt werden. Dennoch stützt das Bundesgericht zu Recht den von der neueren Lehre entwickelten Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge. Den Aktionären ist die Erhebung einer Anfechtungsklage zuzumuten.

Die materielle Tragweite der Entlastung ist in sachlicher und zeitlicher Hinsicht beschränkt. Bei einer global erteilten Décharge muss die Generalversammlung in Anwendung des Vertrauensprinzips über die Bedeutung des Geschäftes für die Frage der Verantwortlichkeit orientiert werden. Wird die Entlastung dagegen für einzelne spezifizierte Geschäfte erteilt, genügt deren Erwähnung, damit sie vom Entlastungsbeschluss erfasst sind. Erkennbare Tatsachen, das heisst Tatsachen, die mittels einfacher Schlussfolgerungen des Aktionärs zu mit Bestimmtheit bekannten Tatsachen werden, sind als bekanntgegeben im Sinne von Art. 758 OR zu erachten. Ein globaler Entlastungsbeschluss betrifft in der Regel das abgelaufene Geschäftsjahr. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts, dass es auf den Zeitpunkt der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung bzw. Unterlassung ankommt, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem die Generalversammlung über die nötigen Informationen verfügt, um die Tragweite der Décharge für diese Geschäfte zu beurteilen.