

Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_350/2011 (BGE 137 III 503) vom 13. Oktober 2011 i.S. X-SA (Beschwerdeführerin) gegen Y-AG (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Benedict Burg und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Streitwerterfordernis
 - 2. Delegation der Geschäftsführung
 - 3. Ablehnung von Traktandierungsbegehren
 - 4. Beschränkung der Delegationsermächtigung
- III. Bemerkungen
 - 1. Ablehnung von Traktandierungsbegehren
 - 1.1 Lehre und Rechtsprechung
 - 1.1.1 Traktandierungsbegehren, das auf einen nichtigen Beschluss abzielt
 - 1.1.2 Traktandierungsbegehren, das auf einen anfechtbaren Beschluss abzielt
 - 1.2 Ausgangslage und Problematik
 - 1.2.1 Nichtige und anfechtbare Beschlüsse
 - 1.2.2 Beurteilung durch den Verwaltungsrat
 - 1.2.3 Unterschiede im Verfahren
 - 1.2.4 Rechtsfolgeerwägungen
 - 1.3 Vergleich mit der Kognition des Handelsregisterführers
 - 1.4 Fazit
 - 2. Kompetenzen von Verwaltungsrat und Generalversammlung bei der Delegation der Geschäftsführung
 - 2.1 Gesetzliche Kompetenzausscheidung
 - 2.2 Lehre und Rechtsprechung
 - 3. Grenzen der Delegationsbeschränkung
 - 3.1 Verstösse gegen die unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates
 - 3.2 Sachlichkeitsgebot
 - 3.2.1 Sachlichkeitsgebot bei der Einschränkung von Aktionärsrechten
 - 3.2.2 Sachlichkeitsgebot bei der Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle
 - 3.2.3 Sachlichkeitsgebot bei der Vinkulierung
 - 3.2.4 Sachlichkeitsgebot bei der Einschränkung der Delegationsermächtigung?
 - 4. Rechtsfolgen der beschränkten Delegationsermächtigung
 - 4.1 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates
 - 4.2 Keine direkte Durchsetzung der Delegationsbeschränkungen
 - 5. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Das Aktienkapital der X-SA wird zu 36,76% von der Y-AG und zu 54,4% von der Z-AG sowie deren 100%igen Tochtergesellschaft Z.A.-Ltd. gehalten.

Der Verwaltungsrat der X-SA setzt sich zusammen aus C und B (Präsident). Gleichzeitig ist B Geschäftsführer der Z-AG und Mehrheitsaktionär der W-SA (72,6% der Stimmrechte), welche wiederum beherrschende Aktionärin der Z-AG ist.

Am 15. November 2007 mandatierte die X-SA die Z.A.-Ltd. mit der diskretionären Verwaltung ihrer Konten. Im als «Investment Management Agreement» bezeichneten Vertrag wurden der Z.A.-Ltd. umfangreiche Rechte eingeräumt, unter anderem die Ermächtigung, ohne vorgängige Zustimmung der X-SA sämtliche Transaktionen im Rahmen der vorgegebenen Strategie zu tätigen, Verträge im Namen der X-SA zu unterzeichnen sowie sämtliche Massnahmen zu ergreifen, die zur Zielerreichung als notwendig erachtet werden. Über ihre Tätigkeit hatte die Z.A.-Ltd. gemäss Vertrag einem oder mehreren Verwaltungsräten der X-SA Rechenschaft zu leisten.

Mit Briefen vom 28. April und 21. Mai 2010 wandte sich die Y-AG mit verschiedenen Traktandierungsbegehren an den Verwaltungsrat der X-SA. Am 27. Mai 2010 teilte der Verwaltungsratspräsident B der Y-AG mit, die von der Y-AG vorgeschlagene Statutenänderung, wonach der «gérant des investissements de la Société» die gleichen Unabhängigkeitskriterien wie der Revisor gemäss Art. 728 OR zu erfüllen habe, verstosse gegen die zwingende Kompetenzordnung im Aktienrecht und könne daher nicht rechtsgültig der Generalversammlung zur Abstimmung vorgelegt werden.

Am 31. Mai 2010 tat die Y-AG ihre diesbezüglich abweichende Rechtsauffassung kund und verlangte erneut die Traktandierung ihres Begehrens. An der ordentlichen Generalversammlung vom 24. Juni 2010 befand sich das umstrittene Traktandum nicht auf der Tagesordnung. Alle übrigen von der Y-AG eingebrachten Traktanden wurden gemäss der Empfehlung des Verwaltungsrates abgelehnt.

Mit Eingabe vom 20. August 2010 verlangte die Y-AG gerichtlich die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung der X-SA und die Traktandierung ihres nicht aufgenommenen Begehrens. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage vollumfänglich ab.¹ Die gegen dieses Urteil erhobene

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Jugement du Tribunal de première instance de Genève du 13 décembre 2010, C/18690/2010-4.

Berufung wurde vom Kantonsgericht Genf am 2. Mai 2011 gutgeheissen.² Der Verwaltungsrat der X-SA wurde angewiesen, der Generalversammlung das entsprechende Traktandum zur Abstimmung vorzulegen. Die X-SA gelangte in der Folge mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 13. Oktober 2011 abwies.³

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Streitwerterfordernis

In Bezug auf das Streitwerterfordernis hielt das Bundesgericht fest, die Y-AG wolle mit dem strittigen Traktandierungsbegehren die Funktionsfähigkeit der X-SA sicherstellen und damit letzten Endes das Gesellschaftskapital sichern. Damit werde ein überwiegend wirtschaftlicher Zweck verfolgt, weshalb es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handle. Die Beschwerdegegnerin beabsichtigte mit ihrem Begehren indirekt, den Nominalwert ihrer Aktien zu erhalten. Da die Y-AG über Aktien der X-SA mit über CHF 11 Mio. Nennwert verfüge, sei die Streitwertgrenze von CHF 30 000.– bei Weitem übertroffen.⁴

2. Delegation der Geschäftsführung

In materieller Hinsicht prüfte das Bundesgericht in einem ersten Schritt, ob mit dem «Investment Management Agreement» überhaupt eine Delegation der Geschäftsführung stattgefunden habe oder ob es sich nicht vielmehr – wie die Beschwerdeführerin behauptet – um einen gewöhnlichen Auftrag zwischen der Gesellschaft und einem Dritten handle.

Das Bundesgericht zog in Erwägung, dass der Zweck der X-SA im Verkaufen und Verwalten von getätigten Investitionen in Beteiligungen am Kapital anderer Gesellschaften bestehe. Mit dem «Agreement» wurde der Z.A.-Ltd. die diskretionäre Verwaltung sämtlicher Konten der X-SA übertragen. Damit decke das Mandat sämtliche Aufgaben ab, welche die X-SA zur Erreichung ihres Zwecks erfüllen müsse. Daher liege eine Delegation der Geschäftsführung i.S.v. Art. 716b OR vor. Ebenfalls erfülle der Vertrag

die Anforderungen an ein schriftliches Organisationsreglement, da alle Punkte i.S.v. Art. 716b Abs. 2 OR darin enthalten seien.⁵

3. Ablehnung von Traktandierungsbegehren

Im vorliegenden Entscheid äusserte sich das Bundesgericht zum ersten Mal zur Frage, ob der Verwaltungsrat unter gewissen Umständen berechtigt sei, dem Traktandierungsbegehren eines Aktionärs nicht zu entsprechen. Dabei folgte es der überwiegenden Lehrmeinung, wonach der Verwaltungsrat ein Begehren aus materiellen Gründen nicht auf die Tagesordnung setzen müsse, wenn es unzweifelhaft nicht in die Beschlusskompetenz der Generalversammlung falle. Präzisierend führte das Gericht aus, dass schon bei geringsten Zweifeln an der Zuständigkeit der Generalversammlung dem Begehren stattgegeben werden müsse.⁶

4. Beschränkung der Delegationsermächtigung

Da der Verwaltungsrat im vorliegenden Fall das verlangte Traktandum nicht der Generalversammlung unterbreitet hatte, musste das Bundesgericht prüfen, ob die Voraussetzungen für die Ablehnung des Traktandierungsbegehrens erfüllt waren. Hierzu war zu klären, in wessen Kompetenzbereich das strittige Traktandierungsbegehren zuzuordnen sei. Die entscheidende Frage war, ob die Generalversammlung über eine Statutenklausel beschliessen könne, mit welcher die dem Verwaltungsrat erteilte Delegationsermächtigung i.S.v. Art. 716b OR an gewisse Restriktionen gebunden wird.

Das Bundesgericht entschied diese Frage erstmalig und zugunsten der Generalversammlung. Der statutarischen Delegationsermächtigung könnten gewisse Limiten und Restriktionen beigelegt werden. Das Gesetz sehe vor, dass die Delegation einer statutarischen Basis bedürfe und somit der Zustimmung der Generalversammlung unterliege. Wenn über die Statuten eine Delegation untersagt werden könne, sei nicht ersichtlich, wieso das «Minus» zum Delegationsverbot – die beschränkte Delegationsermächtigung – nicht zulässig sein solle. Des Weiteren sehe auch Art. 709 Abs. 2 OR ausdrücklich vor, dass die

² Arrêt de la Cour de justice du 2 mai 2011, ACJC/562/2011.

³ BGE 137 III 503.

⁴ BGer 4A_350/2011, Erw. 1.1 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung).

⁵ BGE 137 III 503, Erw. 3.

⁶ BGE 137 III 503, Erw. 4.1.

Gesellschaft die Möglichkeit habe, zum Schutz von Minderheiten besondere Statutenbestimmungen aufzunehmen. Zudem hindere eine entsprechende Statutenbestimmung die Freiheit des Verwaltungsrates in keiner Weise, die Delegation nicht vorzunehmen und die Geschäftsführung in corpore auszuüben, sofern die von der Generalversammlung auferlegten Restriktionen und Limiten als nicht akzeptabel betrachtet würden.

III. Bemerkungen

1. Ablehnung von Traktandierungsbegehren

Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Mio. vertreten, haben das Recht, die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes zu verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR).⁷ Weitere formelle Voraussetzungen sind die inhaltliche Vollständigkeit, die Schriftlichkeit sowie die fristgerechte Einreichung des Begehrens.⁸ Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, so muss der Verwaltungsrat als Adressat seiner grundsätzlichen Traktandierungspflicht nicht nachkommen.

Unklar ist, inwieweit der Verwaltungsrat neben der Prüfung der besagten formellen Voraussetzungen auch eine materielle Prüfung des Begehrens vornehmen darf. Dies verbunden mit der Möglichkeit, das Begehren abzulehnen, wenn der mit dem Traktandierungsbegehren verfolgte Generalversammlungsbeschluss nichtig oder anfechtbar wäre.

⁷ Die Lehre ist sich weitgehend einig, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 699 Abs. 3 OR auch ein Aktionär, der nicht über Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. verfügt, aber trotzdem mindestens 10% der Aktien vertritt, die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen kann. Vgl. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N 27; *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 699 N 23; *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 66; *Urs Bertschinger*, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 8/2001, 902; *Felix Horber*, Das Traktandierungsrecht des Aktionärs, REPRAX 1/2000, 73; a.A. *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 11 N 141 ff.

⁸ *Dieter Dubs*, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich 2008, N 43.

1.1 Lehre und Rechtsprechung

1.1.1 Traktandierungsbegehren, das auf einen nichtigen Beschluss abzielt

In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Traktandierungsrecht nur besteht, sofern der Verhandlungsgegenstand überhaupt in die Beschlusskompetenz der Generalversammlung fällt und wenn ein rechtsgültiger Beschluss gefasst werden kann. Wird die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes beantragt, über welchen die Generalversammlung mangels Zuständigkeit nicht beschliessen darf, oder wäre der herbeizuführende Beschluss aus anderem Grunde nichtig, so wäre der Verwaltungsrat folglich zur Ablehnung des Begehrens berechtigt.⁹

Im vorliegenden Entscheid folgt das Bundesgericht grundsätzlich der in der Lehre vertretenen Auffassung. Präzisierend hält es aber fest, dass dem Traktandierungsbegehren entsprochen werden müsse, wenn irgendwelche Unsicherheiten über die Beschlusskompetenz bestünden.¹⁰

1.1.2 Traktandierungsbegehren, das auf einen anfechtbaren Beschluss abzielt

Im Unterschied zu einem nichtigen Generalversammlungsbeschluss ist der bloss anfechtbare Beschluss zumindest vorderhand rechtswirksam. Dauerhafte Rechtsbeständigkeit erlangt ein anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss, wenn innerhalb der zweimonatigen Frist keine Anfechtung erfolgt (Art. 706a Abs. 1 OR). Aufgrund der grundsätzlichen Gültigkeit eines anfechtbaren Beschlusses ist sich denn auch die Lehre weitgehend darüber einig, dass der Verwaltungsrat ein Traktandierungsbegehren, das auf einen anfechtbaren Beschluss abzielt, auf die Tagesordnung setzen muss.¹¹ Ausnahmen von der Traktandierungspflicht werden dann zuerkannt, wenn ein

⁹ *Dubs* (Fn. 8), N 185; *Bockli* (Fn. 7), § 12 N 71d; *Henry Peter/Francesca Cavadini*, in: Commentaire Romand, Code des obligations II, art. 530–1186 CO, Tercier/Amstutz (Editeurs), Bâle 2008, art. 699 N 24; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP 5/2011, 590.

¹⁰ BGE 137 III 503, Erw. 4.1.

¹¹ *Eric Homburger*, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 716a N 615; *Bockli* (Fn. 7), § 12 N 71e; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 699 N 28; *Dubs* (Fn. 8), N 186 ff.

Begehren offensichtlich gesetzeswidrig¹² ist oder ein derart gravierender Rechtsmangel vorliegt, dass der Verwaltungsrat selbst zur Anfechtung des Beschlusses verpflichtet wäre.¹³

Das Gericht äussert sich im vorliegenden Entscheid nicht dazu, ob eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht des Verwaltungsrates besteht, wenn das Begehren auf einen anfechtbaren Generalversammlungsbeschluss abzielt. Dazu im Folgenden.

1.2 Ausgangslage und Problematik

Das Gesetz selbst stellt neben formellen Voraussetzungen keine weiteren Anforderungen an ein Traktandierungsbegehren und geht folglich von einer Traktandierungspflicht des Verwaltungsrates aus.¹⁴ Sodann differenziert das Gesetz – in Abweichung von der allgemeinen Nichtigkeitsfolge i.S.v. Art. 20 OR¹⁵ – zwischen gesetzeswidrigen Generalversammlungsbeschlüssen mit Nichtigkeitsfolge und solchen, die trotz Gesetzesverstoss mangels fristgerechter Anfechtung volle Rechtswirksamkeit erlangen. Diese Differenzierung wird von der Lehre auf Traktandierungsbegehren übertragen und bezüglich der Rechtsfolge unterschieden: Während zur Nichtigkeit führende Begehren grundsätzlich nicht zu traktandieren sind, besteht für zur Anfechtbarkeit führende Begehren im Allgemeinen eine Traktandierungspflicht.¹⁶

Probleme bei der Ablehnung können sich dabei auf vier Ebenen ergeben: Wird bezüglich des Ablehnungsrechts des Verwaltungsrates zwischen Traktandierungsbegehren mit Nichtigkeitsfolge und solchen mit Anfechtbarkeit differenziert, so setzt dies vorderhand eine Abgrenzung der beiden Tatbestände voraus (1.2.1). Diese müsste bei einer Ablehnung vom Verwaltungsrat vorgenommen werden (1.2.2). Sodann ist nach den Auswirkungen einer Ablehnung des Traktandierungsbegehrens auf das weitere Verfahren zu fragen (1.2.3). Ob und wann sich eine Ausnahme von der gesetzlich vorgesehenen Traktandierungs-

pflcht mit den entsprechenden Auswirkungen rechtfertigt, ist insbesondere mit Blick auf die Rechtsfolgen zu beurteilen, die sich bei einer ausnahmslosen Traktandierungspflicht ergäben (1.2.4).

1.2.1 Nichtige und anfechtbare Beschlüsse

Die Grenze zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen kann nicht immer scharf gezogen werden. Vielmehr besteht aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum des Richters, welcher anhand vorgegebener Kriterien eine Qualifikation im Einzelfall vorzunehmen hat.¹⁷ In der Lehre und Rechtsprechung wurden zur klareren Abgrenzung Fallgruppen entwickelt, in welchen im Grundsatz von der Nichtigkeit eines Beschlusses auszugehen ist:

Formell mangelhaft ist ein Generalversammlungsbeschluss, wenn das zum Beschluss führende Verfahren fehlerhaft war, beispielsweise weil zur Teilnahme nicht befugte Personen mitgewirkt haben (Art. 691 Abs. 3 OR). Bei formellen Mängeln ist in aller Regel von der blossen Anfechtbarkeit des Beschlusses auszugehen.¹⁸ Die Anfechtbarkeit ist die Folge eines fehlerhaften Verfahrens und des daraus resultierenden Anscheins fehlender Legitimität des Beschlusses. Nur in Ausnahmefällen, bei gravierenden formellen Fehlern, ist von der Nichtigkeit auszugehen.¹⁹ Zu dieser Kategorie zählen insbesondere Schein- und Nichtbeschlüsse.²⁰ Die Kategorie der

¹² *Dubs* (Fn. 8), N 190; *Homburger* (Fn. 11), Art. 716a N 615; a.M. *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 9), 590.

¹³ *Böckli* (Fn. 7), § 12 N 71e; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 699 N 28.

¹⁴ Vgl. *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1433.

¹⁵ *Hans Michael Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 22; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 86.

¹⁶ Vgl. die Darstellung der Lehrmeinungen vorne, III.1.1.

¹⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 103 und 106; *Brigitte Tanner*; in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Art. 698–706b OR, 2. Aufl., Zürich 2003, Art. 706b N 34 und 91 ff.; *Kunz* (Fn. 7), § 12 N 189, m.w.H. auf weitere, in der Lehre vertretene Theorien zur Abgrenzung.

¹⁸ Vgl. die explizit im Gesetz erwähnten Anfechtungstatbestände wie die unbefugte Teilnahme respektive der unbefugte Ausschluss (Art. 691 Abs. 3 OR), Verletzung der Meldepflicht von institutionellen Stimmrechtsvertretern (Art. 689e Abs. 1 und 2 OR) oder die fehlende Präsenz des Revisors bei der Genehmigung der Jahresrechnung (Art. 731 Abs. 3 OR).

¹⁹ BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 706b N 18 ff. m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

²⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 117 ff.: «Mit einem Scheinbeschluss hat man es zu tun, wenn ein Gebilde entschieden hat, das keine Versammlung der Aktionäre ist, sondern beispielsweise eine im Aktienrecht nicht zulässige Delegiertenversammlung. Von Nichtbeschluss wird gesprochen, wenn zwar Meinungsäusserungen an einer GV erfolgten, aber die begrifflichen Voraus-

formellen Mängel spielt in der hier interessierenden Debatte um das Ablehnungsrecht des Verwaltungsrates keine Rolle, da Traktandierungsbegehren naturgemäss nicht auf Verfahrensmängel abzielen können.

In materieller Hinsicht mangelhaft ist ein Beschluss demgegenüber, wenn der beschlossene Inhalt gegen Gesetz, Statuten oder ungeschriebene Rechtsätze verstösst. Auch bei den materiell mangelhaften Generalversammlungsbeschlüssen ist die Anfechtbarkeit die Regel. Demgegenüber ist von der Nichtigkeit tendenziell in folgenden Fällen auszugehen:

In aller Regel nichtig sind Beschlüsse mit generell-abstraktem Inhalt, die zwingendem Recht widersprechen.²¹ Insbesondere handelt es sich dabei um statutenändernde Beschlüsse, die gegen zwingende Normen verstossen. Wären diese bloss anfechtbar, würden sie nach unbenutzter Anfechtungsfrist gültig und die Gesellschaft könnte sich eine «Individualrechtsordnung»²² zulegen. Um eine Verankerung rechtswidriger Bestimmungen im Gesellschaftsrecht zu verhindern, müssen solche Beschlüsse die Nichtigkeit nach sich ziehen.²³ Wird beispielsweise ein Aktionärsvertreter unberechtigterweise zu einer Generalversammlung nicht zugelassen, sind die Beschlüsse aufgrund des singulären Verstosses gegen das Teilnahmerecht grundsätzlich anfechtbar.²⁴ Soll hingegen das Vertretungsrecht in den Statuten über das zulässige Mass beschränkt werden, ist ein entsprechender Beschluss aufgrund des systematischen Verstosses nichtig.²⁵

Des Weiteren ist von der Nichtigkeit auszugehen, wenn ein Generalversammlungsbeschluss zu einer qualifizierten Verletzung zwingenden Rechts führen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die

setzungen für das Vorliegen eines Beschlusses nicht erfüllt sind [...]»

²¹ *Tanner* (Fn. 17), Art. 706b N 96 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 109 ff.; *Riemer* (Fn. 15), N 288.

²² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 109 ff.

²³ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 109 ff.

²⁴ Vgl. Art. 691 Abs. 3 OR. Gemäss der h.L. führt nicht nur die unbefugte Teilnahme an der Generalversammlung zur Anfechtbarkeit, sondern auch die unbefugte Nichtzulassung zur Generalversammlung. Anstelle vieler *Böckli* (Fn. 7), § 12 N 499.

²⁵ Beispiel bei *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 94. Ein weiteres anschauliches Beispiel findet sich bei *Rolf Bär/Peter Forstmoser*; Die Kognition des Handelsregisterführers, REPRAX 1/2000, 55 f.

verletzte Norm dem Schutz öffentlicher Interessen oder von Drittinteressen dient.²⁶

Sodann wird von der Lehre und Rechtsprechung ein Beschluss der Generalversammlung als nichtig qualifiziert, wenn die Kompetenz zur Beschlussfassung fehlte.²⁷ Eine in Frage stehende Kompetenzzuweisung der Generalversammlung und damit in aller Regel ein potenzieller Kompetenzzug des Verwaltungsrates dürfte der häufigste Fall sein, bei dem der Verwaltungsrat zu einer Ablehnung des Traktandierungsbegehrens geneigt ist.²⁸

Wenn auch die genannten Fallgruppen eine Abgrenzung zwischen anfechtbaren und nichtigen Generalversammlungsbeschlüssen zu erleichtern vermögen, besteht im Einzelfall doch oft ein Beurteilungsspielraum.²⁹ Es erscheint daher fraglich, ob der Verwaltungsrat die geeignete Instanz ist, um diese Beurteilung vorzunehmen.

1.2.2 Beurteilung durch den Verwaltungsrat

Entscheidet der Verwaltungsrat über die Zulassung eines Traktandierungsbegehrens, so ist er «Partei» und «Richter» in der gleichen Sache. Er ist «Gegenpartei» des Antragstellers und steht zugleich über diesem, indem er über das Begehren entscheidet.³⁰ Eine Beeinflussung des Entscheides durch sachfremde Anreize ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn sich der mit dem Traktandierungsbegehren anvisierte Beschluss negativ auf die Position des Verwaltungsrates auswirken könnte. Die Beurteilung, ob ein allfälliger Beschluss der Generalver-

²⁶ *Riemer* (Fn. 15), N 289 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 111 ff.

²⁷ BGE 137 III 503, Erw. 4.1; CR CO II-*Peter/Cavadini* (Fn. 9), art. 706b N 12; *Tanner* (Fn. 17), Art. 706b N 51; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 706b N 8a. Die Nichtigkeit aufgrund fehlender Kompetenz zu den formellen Nichtigkeitsgründen zählend: *Riemer* (Fn. 15), N 281; *Böckli* (Fn. 7), § 16 N 174; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 25 N 127.

²⁸ Neben der Ablehnung eines Traktandierungsbegehrens im hier besprochenen Entscheid findet sich ein weiteres Beispiel aus der Praxis bei *Bertschinger* (Fn. 7), 903: Der Verwaltungsrat hatte das Traktandierungsbegehren eines Aktionärs abgelehnt, wonach der Verwaltungsrat statutarisch verpflichtet werden sollte, in Zukunft die Rechnungslegung nach den IAS-Standards auszurichten.

²⁹ *Bär/Forstmoser* (Fn. 25), 55, mit einem ähnlichen Schema.

³⁰ So *Peter Forstmoser*, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, REPRAX 2/1999, 12, zur Situation des Handelsregisterführers, wenn er einen Antrag auf Eintragung zu prüfen hat.

sammlung nichtig oder nur anfechtbar ist, sollte daher grundsätzlich Aufgabe der Gerichte und nicht des Verwaltungsrates sein. Zumal der Entscheid des Verwaltungsrates wesentliche Auswirkungen auf das weitere Verfahren und damit die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten des Aktionärs hat.

1.2.3 Unterschiede im Verfahren

Wird ein Traktandierungsbegehren gestellt, welches offensichtlich oder auch nur möglicherweise auf eine Verletzung von Gesetz oder Statuten abzielt, so sind im Wesentlichen zwei Verfahrensverläufe denkbar: Zum einen kann der Verwaltungsrat (berechtigter- oder unberechtigterweise) das Traktandierungsbegehren ablehnen, woraufhin der Antragsteller die Möglichkeit hat, die Traktandierung gerichtlich zu verlangen (Art. 699 Abs. 4 OR). Entspricht das Gericht dem Traktandierungsbegehren, so kommt es zum Generalversammlungsbeschluss, welcher wiederum durch Verwaltungsrat und Aktionäre anfechtbar ist (Art. 706 OR). Andererseits kann der Verwaltungsrat dem Begehren entsprechen und den Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung setzen. Der daraufhin an der Generalversammlung gefasste Beschluss ist anfechtbar oder gar nichtig. Wird ein Traktandierungsbegehren gar nicht erst auf die Tagesordnung gesetzt, so ist der Aktionär folglich in die Klägerrolle gezwungen, möchte er sein Begehren durchsetzen. Das Verfahren zur gerichtlichen Anordnung des Traktandierungsbegehrens unterscheidet sich in verschiedenen Punkten vom Verfahren bei der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses. Die gerichtliche Anordnung i.S.v. Art. 699 Abs. 4 OR erfolgt im summarischen Verfahren (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO), während für die Anfechtungsklage i.d.R. ein ordentliches Verfahren durchzuführen ist. Dies hat Auswirkungen auf die zulässigen Beweismittel, die einzuhaltenden Fristen sowie unter Umständen auf die Verfahrenskosten.³¹ Sodann tritt bei der gerichtlichen Anordnung eines Traktandierungsbegehrens immer der Aktionär als Kläger auf, während bei der Anfechtungsklage der Verwaltungsrat oder die Aktionäre zur Klage legitimiert sind (Art. 706 Abs. 1 OR).

³¹ So betragen beispielsweise im Kanton Zürich die Gerichtsgebühren im summarischen Verfahren nur die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1 GebV OG-ZH, LS 211.11).

Inwieweit durch die gerichtliche Anordnung des Traktandierungsbegehrens bereits eine spätere Anfechtungsklage präjudiziert wird, ist abhängig vom konkreten Streitgegenstand: Bei der Anfechtungsklage ist strittig, ob ein Anfechtungsgrund i.S.v. Art. 706 OR vorliegt. Dies hat das Gericht mit umfassender Kognition zu untersuchen. Demgegenüber hat das Gericht gemäss Lehre und Praxis zur gerichtlichen Einberufung der Generalversammlung lediglich das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen zu prüfen.³² Insbesondere ist es nicht befugt, die Zweckmässigkeit der mit dem Einberufungsbegehren gestellten Traktanden zu beurteilen.³³ Das Gleiche sollte auch für die gerichtliche Anordnung eines Traktandums gelten.

Mit Blick auf das hier besprochene Urteil ist allerdings zu präzisieren, dass dem Gericht neben der Prüfung der formellen Voraussetzungen eines Traktandierungsgesuchs auch – und mit gleicher Kognition wie es dem Verwaltungsrat zusteht – eine beschränkte materiell-rechtliche Prüfungsbefugnis zukommen muss.

1.2.4 Rechtsfolgeerwägungen

Ob und in wie weit sich die mit der Abgrenzung von anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen verbundenen Unsicherheiten und der sich anschliessenden Auswirkung auf das weitere Verfahren rechtfertigen, ist insbesondere mit Blick auf die Rechtsfolgen einer ausnahmslos zwingenden Traktandierungspflicht zu beurteilen.

Zunächst gilt es festzuhalten, dass die Traktandierung eines auf einen nichtigen oder anfechtbaren Beschluss abzielenden Begehrens per se noch unproblematisch ist.³⁴ Die Traktandierung hat einzig zur Folge, dass die Generalversammlung über den beantragten Gegenstand zu verhandeln hat. Ob sie dem Antrag des betreffenden Aktionärs zustimmt und damit einen nichtigen oder anfechtbaren Beschluss

³² *Tanner* (Fn. 17), Art. 699 N 66 ff. mit Verweis auf BGE 102 Ia 211 sowie BGE 112 II 147; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 23 N 33 ff.; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 699 N 16 ff.

³³ BGER 4C.272/2001 vom 4. Juni 2002, Erw. 5.2; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 7), Art. 699 N 17, welche die materiell-rechtliche Prüfungsbefugnis als noch nicht im Detail geklärt erachten.

³⁴ Einmal abgesehen von der mit (erheblichen) Mehrkosten verbundenen Ausnahme, wenn extra eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden müsste.

fasst, wird durch die Traktandierung nicht indiziert. Auch hat der Verwaltungsrat selbst die Möglichkeit, einen Antrag zum verlangten Traktandum zu stellen, verbunden mit dem Hinweis auf die nach seiner Ansicht bestehende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Die Generalversammlung hat somit stets die Möglichkeit, auf die begründete Ansicht des Verwaltungsrates zu reagieren.³⁵

Sollte die Generalversammlung dennoch dem Aktionärsantrag zustimmen und somit einen nichtigen oder anfechtbaren Beschluss fassen, kann dieser sowohl vom Verwaltungsrat wie auch von den nicht zustimmenden Aktionären angefochten respektive dessen Nichtigkeit festgestellt werden.

Sofern ein Generalversammlungsbeschluss zu einer Änderung oder Eintragung im Handelsregister führt, besteht zudem ein weiteres Kontrollinstrument: Der Registerführer wird die Eintragung eines gegen zwingendes Recht verstossenden Beschlusses verweigern, wenn die verletzte Norm dem Schutz öffentlicher Interessen oder von Drittinteressen dient.³⁶

Die Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine ausnahmslose Traktandierungspflicht ist folglich eher gering. Dass ein Traktandierungsbegehren effektiv zu einem offensichtlich nichtigen Beschluss der Generalversammlung führt, die Nichtigkeit von niemandem geltend gemacht wird und der Beschluss gegebenenfalls noch entgegen dem Verweigerungsrecht ins Handelsregister eingetragen wird und damit durch den Anschein der Gültigkeit die Rechtssicherheit gefährdet, dürfte eher selten sein.

1.3 Vergleich mit der Kognition des Handelsregisterführers

Für die hier untersuchte Frage ist auch auf die vergleichbare Problematik bei der Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers hinzuweisen. Diesem wird, gleich wie dem Verwaltungsrat bei den Traktandierungsbegehren, eine unbeschränkte Prüfungsbefugnis bezüglich der formellen (und registerrechtli-

chen) Eintragungsvoraussetzungen zuerkannt. Die Kognition bezüglich der materiellrechtlichen Voraussetzungen ist demgegenüber stark eingeschränkt.³⁷ Sind die formellen Anforderungen erfüllt, so darf der Registerführer eine Eintragung gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts nur dann verweigern, wenn das Begehren offensichtlich und unzweideutig gegen eine zwingende Rechtsnorm verstösst, welche zudem der Wahrung öffentlicher Interessen oder von Drittinteressen dient.³⁸

Diese enge materiellrechtliche Kognitionsbefugnis des Registerführers wirkt sich in Bezug auf die in das Handelsregister einzutragenden Beschlüsse der Generalversammlung dahingehend aus, dass der Registerführer immer nur die Eintragung nichtiger Beschlüsse verweigern darf. Hingegen darf er nicht sämtlichen nichtigen Beschlüssen die Eintragung verweigern:

Einerseits muss die verletzte Rechtsnorm dem Schutz öffentlicher Interessen oder von Drittinteressen dienen. Für die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ist dies keine zwingende Voraussetzung. Ein Beschluss kann auch dann nichtig sein, wenn er in generell-abstrakter Weise gegen zwingendes Recht verstösst, ohne dass die verletzte Rechtsnorm eine Schutzfunktion im oben genannten Sinne aufweist.³⁹ Andererseits muss die Verletzung zwingenden Rechts offensichtlich und unzweideutig sein, weshalb der Registerführer im Zweifelsfall eine Eintragung trotz eventueller Nichtigkeit vorzunehmen hat.

Die Offensichtlichkeit der Rechtsnormverletzung wird sowohl beim Registerführer als auch beim Verwaltungsrat für die Ablehnung verlangt. Dies ist freilich kein scharfes Kriterium, weshalb die Registerführer – wie vermutungsweise auch der Verwaltungsrat – ihren subjektiven Interpretationsspielraum ausschöpfen werden.⁴⁰ Ob für eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht auch beim Verwaltungsrat die Schutzfunktion der verletzten Rechtsnorm voraussetzen ist, zieht das Bundesgericht nicht in Erwä-

³⁵ Dass das Traktandierungsbegehren eines Mehrheitsaktionärs in der Generalversammlung angenommen werden würde, auch wenn es auf einen nichtigen oder anfechtbaren Beschluss abzielt, ist richtig. Allerdings ist dies kein Argument für eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht, da der Verwaltungsrat mit aller Wahrscheinlichkeit bei einem Begehren des Mehrheitsaktionärs von dieser Ausnahme auch keinen Gebrauch machen würde.

³⁶ Dazu sogleich hinten III.1.3.

³⁷ *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 6 N 42; BGE 132 III 668, 672 m.w.H. auf die ältere Rechtsprechung.

³⁸ BGE 132 III 668, 672 m.w.H.

³⁹ Vgl. vorne III.1.2.1.

⁴⁰ So *Forstmoser* (Fn. 30), 13: «Nach den Erfahrungen von Praktikern kommen Kompetenzüberschreitungen der Registerämter relativ häufig vor.»

gung. Zumindest mit Blick auf die höhere Gefährdung der Rechtssicherheit aufgrund eines im Handelsregister eingetragenen nichtigen Beschlusses verglichen mit der eher geringen Gefährdung durch ein auf einen nichtigen Beschluss abzielenden Traktandierungsbegehren liesse sich die Schutzfunktion der verletzten Rechtsnorm auch als Voraussetzung für das Ablehnungsrecht des Verwaltungsrates rechtfertigen.

1.4 Fazit

Dem Verwaltungsrat Ausnahmen von der Traktandierungspflicht zu gewähren, ist in verschiedener Hinsicht problematisch. Demgegenüber ist die Gefährdung der Rechtssicherheit durch ein auf einen nichtigen Beschluss abzielendes Traktandierungsbegehren eher gering. Es ist deshalb folgerichtig, wenn das Bundesgericht nur dann auf eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht erkennt, wenn formelle Anforderungen nicht erfüllt sind oder aber das Begehren offensichtlich und unzweideutig nicht in die Beschlusskompetenz der Generalversammlung fällt.

Eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht des Verwaltungsrates für ein Begehren, das einen bloss anfechtbaren Beschluss zur Folge haben könnte oder dessen Nichtigkeit zweifelhaft ist, ist hingegen zu verneinen. Das Interesse an der Wahrung des Traktandierungsrechts als Minderheitenrecht überwiegt jenes der Gesellschaft, anfechtbare Beschlüsse schon bei der Traktandierung zu verhindern. Andernfalls könnte der Verwaltungsrat eine Anfechtungsklage, bei welcher er selber als Kläger auftreten müsste, vermeiden und die Klägerrolle dem Antragsteller aufzwingen. Ein ausserhalb der Gesellschaft liegendes Interesse an der Vermeidung anfechtbarer Beschlüsse besteht zudem nicht.

2. Kompetenzen von Verwaltungsrat und Generalversammlung bei der Delegation der Geschäftsführung

Möchte der Verwaltungsrat die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder Dritte übertragen, so bedarf es hierzu einer statutarischen Ermächtigung durch die Generalversammlung (Art. 716b Abs. 1 OR). Ob diese Delegationsermächtigung mit Limiten und Restriktionen verbunden werden kann, ist in der Lehre umstritten und wurde vom Bundesgericht nun erstmals bejaht.

2.1 Gesetzliche Kompetenzausscheidung

Das Gesetz weist sowohl der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 OR) als auch dem Verwaltungsrat (Art. 716a Abs. 1 OR) einen Katalog von undelegierbaren und unentziehbaren Aufgaben zu. Im Geltungsbereich dieser Bestimmungen ist die Beschlussfassung durch ein anderes Organ nichtig.⁴¹ Für sämtliche nicht zu den zwingenden Kompetenzen eines Organs zählenden Aufgaben besteht eine subsidiäre Beschlusskompetenz des Verwaltungsrates (Art. 716 Abs. 1 OR). In diesem Bereich hat die Generalversammlung die Möglichkeit, sich selbst durch die Änderung der Statuten für zuständig zu erklären (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR), womit gleichzeitig dem Verwaltungsrat die Beschlusskompetenz über denselben Gegenstand entzogen wird.⁴²

In Bezug auf die Kompetenzordnung bei der Geschäftsleitung sind verschiedene gesetzliche Regelungen zu beachten: In Art. 716 OR wird zunächst der Grundsatz aufgestellt, wonach der Verwaltungsrat die Geschäfte führt, soweit er diese nicht übertragen hat. Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehört sodann die Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1), die Festlegung der Organisation (Ziff. 2), die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 4) sowie die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 5).

Die Ermächtigung des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung ist demgegenüber zwingend von der Generalversammlung zu erteilen. Erst durch eine in den Statuten enthaltene Delegationsermächtigung ist der Verwaltungsrat zur Übertragung der Geschäftsleitung befugt (Art. 716b Abs. 1 und Art. 627 Ziff. 12 OR).

Somit sind die Kompetenzen zur Delegation der Geschäftsführung für folgende Entscheide ausdrücklich im Gesetz geregelt: Der Grundsatzentscheid, ob eine Delegation überhaupt vorgenommen werden darf oder ob nicht vielmehr der Verwaltungsrat als

⁴¹ Vgl. die Hinweise in Fn. 27.

⁴² *Christian J. Meier-Schatz*, Die Entscheidung durch die Generalversammlung von Fragen aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 265, spricht diesbezüglich von der «Kompetenz-Kompetenz» der Generalversammlung.

Gesamtgremium zur Geschäftsführung verpflichtet werden soll, liegt bei der Generalversammlung. Demgegenüber liegt der konkrete Entscheid, ob von einer allfälligen Ermächtigung durch die Generalversammlung Gebrauch gemacht wird (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR) und wenn ja, mit welcher personellen Besetzung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR), im zwingenden Kompetenzbereich des Verwaltungsrates.

Darüber, in wessen Kompetenz es steht, über die Auswahlmodalitäten oder den Umfang der delegierbaren Geschäftsführung zu beschliessen, findet sich im Gesetz keine ausdrückliche Antwort. Entscheidend ist letztlich, ob die diesbezüglichen Beschlüsse in den zwingenden Aufgabenkatalog des Verwaltungsrates fallen oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so kann die Delegation der Geschäftsführung im Einklang mit der gesetzlichen Kompetenzordnung in den Statuten an gewisse Limiten und Restriktionen geknüpft werden.

2.2 Lehre und Rechtsprechung

Ein Teil der Lehre⁴³ erachtet es als zulässig, dass die Delegationsermächtigung in den Statuten mit gewissen Schranken und Auflagen verbunden werden darf. Die Generalversammlung kann die Delegation gänzlich verbieten. Deshalb sei nicht ersichtlich, wieso die Generalversammlung nicht auch ermächtigt sein soll, die Delegation von gewissen Kriterien abhängig zu machen («a maiore ad minus»). Möglich wären nach dieser Auffassung etwa Statutenbestimmungen, die den Verwaltungsrat nur zur Delegation an eigene Mitglieder oder eben Nichtmitglieder ermächtigen, oder aber dem Verwaltungsrat nur die Delegation einzelner Teile der Geschäftsführung erlauben.⁴⁴ Die gegenteilige Auffassung wird im We-

sentlichen damit begründet, solche Statutenbestimmungen würden in die zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates eingreifen.⁴⁵

Das Bundesgericht, welches sich im vorliegenden Entscheid erstmals zu dieser Rechtsfrage äussert, erachtet eine statutarische Beschränkung der Delegationsermächtigung grundsätzlich als zulässig.⁴⁶ Es folgt der erstgenannten Lehrmeinung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung. Damit noch nicht geklärt ist jedoch, wo die Grenzen der zulässigen Delegationsbeschränkung liegen.

3. Grenzen der Delegationsbeschränkung

Die Beschlussfreiheit der Generalversammlung wird inhaltlich einerseits durch die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates beschränkt. Andererseits könnten sich Restriktionen auch aus dem Sachlichkeitsgebot ergeben.

3.1 Verstösse gegen die unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates

Zwingend vom Verwaltungsrat festzulegen ist die Organisation der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Dies beinhaltet die Entscheidung, ob eine Delegation der Geschäftsführung überhaupt erfolgen soll oder ob die Geschäftsführung nicht vielmehr vom Verwaltungsrat als Gesamtgremium wahrzunehmen sei.⁴⁷ Nichtig wären folglich Statutenbestimmungen, die den Verwaltungsrat zur Delegation verpflichten oder einen Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung zur Übertragung der Geschäftsführung vorsehen. Die Generalversammlung kann lediglich ermächtigen, nicht aber über die Delegation entscheiden.

Unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates ist sodann die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 716a

⁴³ BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 7), Art. 716b N 4; Böckli (Fn. 7), § 13 N 525 und 536; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 7), § 29 N 28 und Fn. 5; François Chaudet/Anne Cherpillod/Juan Carlos Landrove, *Droit suisse des affaires*, 3^e éd., Bâle 2010, N 913; CR CO II-Peter/Cavadini (Fn. 9), art. 716b; Véronique Pittet, *Les compétences et la responsabilité de l'administrateur-directeur dans le droit de la société anonyme*, Diss. Lausanne 1999, 62 f.; Adrian Kammerer, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 1997, 86 und 150; differenzierend Pascal Montavon, *Droit suisse de la SA*, 3^e éd., Lausanne 2004, 611.

⁴⁴ Peter Forstmoser, *Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates*, SZW 4/1994, 173; Böckli (Fn. 7), § 13 N 525.

⁴⁵ Homburger (Fn. 11), Art. 716b N 734; Olivier Bastian, *Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration*, Lausanne 2010, 36 ff.; Krneta (Fn. 14), N 1634 ff.; Michael Wegmüller, *Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates*, Diss. Bern 2008, 109 f.; Katja Roth Pellanda, *Organisation des Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 2007, 242; Rita Trigo Trindade, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, Diss. Basel 1996, 170 f.

⁴⁶ BGE 137 III 503, Erw. 4.2.

⁴⁷ CR CO II-Peter/Cavadini (Fn. 9), art. 716b N 19; Pittet (Fn. 43), 63.

Abs. 1 Ziff. 4 OR). Entscheidet sich der Verwaltungsrat zur Übertragung der Geschäftsführung, so liegt es in seiner ausschliesslichen Kompetenz, die Mitglieder zu bestimmen und diese gegebenenfalls wieder abzu-berufen. Hierfür ist zumindest eine gewisse Auswahl an potenziellen Geschäftsleitungsmitgliedern vorauszusetzen. Eine Statutenbestimmung, die faktisch nur noch die Delegation an vorbestimmte Personen erlauben würde, wäre daher nichtig. In welchem Umfang allerdings eine solche Auswahlmöglichkeit noch bestehen müsste, ist abstrakt kaum zu umschreiben.

3.2 Sachlichkeitsgebot

3.2.1 Sachlichkeitsgebot bei der Einschränkung von Aktionärsrechten

Sowohl der Verwaltungsrat als auch die Aktionäre können Generalversammlungsbeschlüsse anfechten, durch welche in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entzogen oder beschränkt werden (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Einschränkungen der Aktionärsrechte sind mit anderen Worten nur dann zulässig, wenn sie durch die Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt erscheinen.⁴⁸ Es sollen jene Fälle erfasst werden, in denen ein durch Partikularinteressen motivierter Beschluss in Aktionärsrechte eingreift, ohne dass dies durch die Gesellschaftsinteressen gedeckt wäre.⁴⁹

Damit sind zunächst einmal jene Statutenbestimmungen anfechtbar, welche die Delegation der Geschäftsführung an Kriterien knüpfen, die zu einer ungerechtfertigten Einschränkung der Aktionärsrechte führen. Delegationsbeschränkungen beschneiden aber in erster Linie den Handlungsspielraum des Verwaltungsrates und nicht der Aktionäre.

Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit Delegationsbeschränkungen einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, auch wenn dadurch die Aktionärsrechte nicht direkt betroffen sind. Die Begrenzung der Delegationsbefugnis wirkt sich primär auf die Zusammensetzung der Geschäftsleitung aus.⁵⁰ Als Leitlinie für die Beantwortung kann daher ein Vergleich mit dem Inhalt des Sachlichkeitsgebotes bei der Bestellung und Zusammensetzung anderer Organe der Aktiengesellschaft dienen.

3.2.2 Sachlichkeitsgebot bei der Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle

Einerseits werden gesetzliche Vorgaben für die Wählbarkeit einer Person in den Verwaltungsrat gemacht. So ist beispielsweise die Wahl einer juristischen Person in den Verwaltungsrat nicht zulässig (Art. 707 Abs. 3 OR). Andererseits können auch die Statuten weitere persönliche Wählbarkeitsvoraussetzungen vorsehen.⁵¹ Zu denken ist etwa an Alterslimiten, bestimmte Qualifikationen oder die Unabhängigkeit von Konkurrenzunternehmen. Solche statutarischen Beschränkungen des passiven Wahlrechts sind hingegen nur unter Wahrung des Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsprinzips zulässig.⁵²

Auch bei der konkreten Wahl des Verwaltungsrates, bei welcher der Aktionär grundsätzlich seine Stimme frei vergeben kann, ist unter Umständen das Sachlichkeitsgebot zu beachten. Wurde beispielsweise einer Aktionärskategorie statutarisch ein Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat zuerkannt, so ist deren Wahlvorschlag insoweit verbindlich, als die Wahl nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf.⁵³ Wichtige Gründe sind insbesondere mangelnde fachliche oder persönliche Qualifikationen.⁵⁴ In jedem Fall aber können immer nur sachliche Gründe zu einer zulässigen Nichtbeachtung eines verbindlichen Wahlvorschlages führen.

Bei der Wahl der Revisionsstelle ist die Generalversammlung ebenfalls an das Sachlichkeitsgebot gebunden. Als Revisionsstelle kommt nur in Frage, wer die gesetzlichen Vorgaben erfüllt.⁵⁵ Diese Anforderungen – wie beispielsweise die Unabhängigkeit – sind durch die Funktion und die Aufgaben, welche die Revisionsstelle zu erfüllen hat, gerechtfertigt.

3.2.3 Sachlichkeitsgebot bei der Vinkulierung

Mit der Vinkulierung von Namenaktien werden die Übertragbarkeit, respektive der Übergang der Mitgliedschaftsrechte bei börsenkotierten Aktien, begrenzt. Zumindest bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann damit der Kreis potenzieller Aktionäre

⁴⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 87.

⁴⁹ *Böckli* (Fn. 7), § 16 N 113.

⁵⁰ Ausser es soll eine umfangmässige Beschränkung der Delegationsbefugnis statuiert werden. Dazu hinten III.4.1.

⁵¹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 27 N 12.

⁵² *Krnet* (Fn. 14), N 60; BSK OR II-*Wernli* (Fn. 7), Art. 707 N 30; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 27 N 14.

⁵³ BGE 66 II 50 ff.; 107 II 179, Erw. 3; *Böckli* (Fn. 7), § 13 N 68; *Krnet* (Fn. 14), N 369; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 27 N 81.

⁵⁴ BSK OR II-*Wernli*, Art. 709 N 14.

⁵⁵ Vgl. z.B. die Anforderungen in Art. 727b ff. OR.

eingeschränkt werden. Die Vinkulierung ist allerdings nur in engen Grenzen zulässig: Eine Person kann nur dann als Aktionär abgelehnt werden, wenn hierfür ein wichtiger, in den Statuten genannter Grund besteht (Art. 685b Abs. 1 OR). Als wichtige Gründe gelten Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen (Art. 685b Abs. 2 OR).

Wie die Konkretisierung der zur Ablehnung erforderlichen «wichtigen Gründe» in Art. 685b Abs. 2 OR zeigt, vermögen auch hier nur sachliche Gründe eine Ablehnung zu rechtfertigen.⁵⁶ In gewisser Masse können die Aktionäre verhindern, dass «unerwünschte» Personen sich an ihrer Aktiengesellschaft beteiligen. Die enge Bindung an das Sachlichkeitsgebot ist deshalb gerechtfertigt, weil mit der Vinkulierung ein der Aktiengesellschaft an sich fremdes, personenbezogenes Element beigefügt wird.⁵⁷

3.2.4 Sachlichkeitsgebot bei der Einschränkung der Delegationsermächtigung?

Das Aktienrecht lässt es zu, dass die Aktionäre die Zusammensetzung aller Organe, wenn auch in unterschiedlichem Masse, beeinflussen können: Der Verwaltungsrat sowie die Revisionsstelle werden direkt von der Generalversammlung gewählt, auf die Zusammensetzung der Generalversammlung kann bedingt durch die Vinkulierung Einfluss genommen werden. Dabei ist das Sachlichkeitsgebot in unterschiedlicher Strenge stets zu beachten.

Mit der Wahl des Verwaltungsrates wird diesem grundsätzlich auch die Geschäftsführung übertragen. Besteht eine statutarische Ermächtigung, so kann die Geschäftsführung weiterdelegiert werden. Das Sachlichkeitsgebot ist – wenn auch eingeschränkt – von der Generalversammlung bei der Wahl des Verwaltungsrates zu beachten. Es erscheint daher naheliegend, das Sachlichkeitsgebot auch dann für anwendbar zu erklären, wenn die Generalversammlung

statutarische Kriterien für die (Weiter-)Übertragung der Geschäftsführung einführen will.

Als sachlich gerechtfertigt erscheinen Restriktionen in Bezug auf die Delegationsermächtigung insbesondere, wenn sie dem Minderheitenschutz dienen⁵⁸ oder Interessenkonflikten bei den Geschäftsleitungsmitgliedern sowie bei deren Ernennung durch den Verwaltungsrat vorbeugen.

4. Rechtsfolgen der beschränkten Delegationsermächtigung

4.1 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die Übertragung von Aufgaben hat für den Verwaltungsrat in erster Linie Auswirkungen auf dessen Verantwortlichkeit: Wird die Geschäftsführung befugterweise übertragen, so haftet der Delegierende nur für den aus der Geschäftsführung entstandenen Schaden, wenn ihm der Nachweis der sorgfältigen Auswahl, Unterrichtung und Überwachung nicht gelingt (Art. 754 Abs. 2 OR). Voraussetzung für diese Haftungsbeschränkung ist jedoch, dass die Delegation befugterweise erfolgte.

Eine solche Delegation setzt voraus, dass sowohl die formellen Voraussetzungen als auch die materiellen Grenzen der Delegationsmöglichkeit beachtet wurden.⁵⁹ In formeller Hinsicht bedarf es für eine zulässige Delegation einer statutarischen Delegationsermächtigung und eines Organisationsreglements (Art. 716b Abs. 1 OR), materiell ist die Übertragung der Geschäftsführung durch die zwingend vom Verwaltungsrat wahrzunehmenden Aufgaben begrenzt (Art. 716a OR).⁶⁰

Eine durch die Generalversammlung beschlossene statutarische Beschränkung der Delegationsbefugnis kann einerseits als umfangmässige Begrenzung ausgestaltet werden, indem die Ermächtigung zur Delegation nur für einzelne Teile der Geschäftsführung erteilt wird.⁶¹ Diese umfangmässige Be-

⁵⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 44 N 139: Ein Ablehnungsgrund ist «nur dann als «wichtig» einzustufen, wenn er nach objektiven Massstäben als sachlich gerechtfertigt erscheint. Das subjektive Verständnis der Gesellschaft und ihrer Organe reicht nicht.»

⁵⁷ *Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber*, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 283.

⁵⁸ Vgl. auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid, BGE 137 III 503, Erw. 4.2.

⁵⁹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 37 N 40.

⁶⁰ Zu den formellen und materiellen Delegationsvoraussetzungen vgl. ausführlicher *Alex Domeniconi/Hans Caspar von der Crone*, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung, SZW 5/2008, 515 f.

⁶¹ So z.B. *Forstmoser* (Fn. 44), 173; *Böckli* (Fn. 7), § 13 N 525.

schränkung kann als formelle Begrenzung in dem Sinne gesehen werden, als für die nicht von der Ermächtigung umfassten Teile der Geschäftsführung die statutarische Grundlage fehlt. Andererseits lässt sich die Teilermächtigung auch als eine über Art. 716a OR hinausgehende materielle Grenze der Delegationsmöglichkeit betrachten. So oder anders hat eine Übertragung der Geschäftsführung in den Teilen, die nach den Statuten nicht hätten delegiert werden dürfen, als eine unzulässige Delegation i.S.v. Art. 754 Abs. 2 OR zu gelten.

Andererseits können die statutarischen Beschränkungen auch die Person des Geschäftsführers betreffen, indem beispielsweise bestimmte Anforderungen an diesen gestellt werden. Dies kann – gleich wie bei der umfangmässigen Beschränkung – auf die Frage der Zulässigkeit einer konkreten Delegation Auswirkung haben. Andererseits können personenbezogene Kriterien auch als Vorgaben zur sorgfältigen Auswahl i.S.v. Art. 754 Abs. 2 OR verstanden werden: Besteht, wie regelmässig bei der Auswahl eines Geschäftsführungsmitgliedes, ein Ermessensspielraum, so ist eine unsorgfältige Auswahl dann anzunehmen, wenn aus einer ex-ante-Sicht das Ermessen missbraucht wurde, der Verwaltungsrat nicht unbefangen war oder aufgrund unzureichender Informationsbasis entschieden hat.⁶² Keine sorgfältige Auswahl hat der Verwaltungsrat demnach getroffen, wenn bei ausreichender Informationsbasis erkannt wurde oder hätte erkannt werden können, dass die betreffende Person die nötigen beruflichen Fähigkeiten, Ausbildungen und Charaktereigenschaften nicht aufweist, und er sich dennoch für diese Person entscheidet.

Darüber, welche Ausbildung, welche beruflichen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften eine Person mitbringen muss, um als Geschäftsleitungsmitglied in Frage zu kommen, besteht für den Verwaltungsrat ein relativ weiter Ermessensspielraum. Werden durch die Aktionäre in den Statuten gewisse Restriktionen oder Anforderungen an die Geschäftsleitungsmitglieder gestellt, so wird damit letztlich der Ermessensspielraum des Verwaltungsrates in dieser Hinsicht beschränkt. Bei einer Missachtung desselben ist fraglich, ob theoretisch ein Exkulpationsbeweis überhaupt noch möglich wäre. Praktisch wird dem Ver-

waltungsrat der Nachweis der sorgfältigen Auswahl aber ohnehin kaum mehr gelingen, da die Unsorgfältigkeit seines Handelns durch die Missachtung der Statuten bereits indiziert ist.

Die Nichtbeachtung der durch die Generalversammlung vorgegebenen Beschränkungen – egal welcher Art – bewirkt somit im Ergebnis immer den Wegfall der Haftungsbeschränkung und damit die volle Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates auch für den durch die Geschäftsleitung verursachten Schaden.

4.2 Keine direkte Durchsetzung der Delegationsbeschränkungen

Die Übertragung einer Geschäftsführungsaufgabe erfolgt durch einen Beschluss des Verwaltungsrates, welcher nicht der Anfechtung unterliegt. Einzig die Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses könnte auf Begehren eines Aktionärs festgestellt werden. Ein nichtiger Verwaltungsratsbeschluss ist hingegen nur unter den gleich engen Grenzen anzunehmen wie die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 714 i.V.m. 706b OR). Verletzt ein Generalversammlungsbeschluss die Statuten, so ist dieser in aller Regel anfechtbar (Art. 706 Abs. 1 Ziff. 1 OR), aber nicht nichtig.⁶³ Folglich hat die unbefugte oder unsorgfältige Einsetzung einer Geschäftsleitung zwar haftungsrechtliche Folgen für den Verwaltungsrat, sie ist aber rechtlich gültig und wirksam. Eine direkte Durchsetzung der Kriterien, mithin eine Möglichkeit der Aktionäre, auf Einhaltung der Kriterien durch den Verwaltungsrat zu klagen, besteht indessen nicht.

5. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Urteil erstmalig entschieden, dass unter strengen Voraussetzungen – die i.c. nicht erfüllt waren – eine Ausnahme von der grundsätzlichen Traktandierungspflicht des Verwaltungsrates besteht: Der Beschluss eines unzuständigen Organs sei nichtig, weshalb der Verwaltungsrat ein Traktandierungsbegehren ablehnen könne, wenn es offensichtlich und unzweifelhaft nicht in die Beschlusskompetenz der Generalversammlung falle. Die Ablehnung eines Traktandierungsbegehrens durch den Verwaltungsrat bringt verschiedene Probleme mit sich. Insbesondere kann er

⁶² Hans Caspar von der Crone/Benedict Burg, Salärgovernance und Markt für Führungskräfte, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 345.

⁶³ Dazu vorne III.1.2.1.

die Verfahrensart beeinflussen und den Antragsteller entgegen der gesetzlichen Konzeption in die Klägerrolle zwingen. Da die Gefährdung der Rechtssicherheit durch Traktanden, die auf einen nichtigen Beschluss abzielen, als gering einzuschätzen ist, sind hohe Anforderungen an eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht zu stellen.

Ebenfalls erstmalig ist das Bundesgericht der in der Lehre umstrittenen Auffassung gefolgt, wonach die statutarische Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsleitung mit Limiten und Restriktionen verbunden werden könne. Da die Generalversammlung

die Delegation der Geschäftsführung ohnehin nicht zulassen müsse, sei nicht ersichtlich, weshalb die Delegationsermächtigung nicht auch beschränkt werden könne. Der zulässigen Delegationsbeschränkung sind aber durch die zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates und das Sachlichkeitsgebot Grenzen gesetzt. Ausserdem können die statutarischen Limiten von den Aktionären nicht klageweise durchgesetzt werden. Eine Nichtbeachtung der Delegationsbeschränkung bewirkt hingegen die volle Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates auch für den von der Geschäftsleitung verursachten Schaden.