

Urs Bertschinger\*

# Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung

Urteil des Bundesgerichts 4A\_350/2011 vom 13. Oktober 2011 (BGE 137 III 503)

## Inhaltsübersicht

- I. Kernsätze
- II. Sachverhalt
  1. Involvierte Parteien
  2. Streitgegenstand
  3. Prozessuale Vorgeschichte
- III. Entscheid des Bundesgerichts
  1. Delegation der Geschäftsführung aufgrund eines Managementvertrages
  2. Verweigerung der Traktandierung
  3. Beschränkungen der Delegation der Geschäftsführung
- IV. Bemerkungen und praktische Bedeutung des bundesgerichtlichen Urteils
  1. Delegation der Geschäftsführung – Anforderungen und Rechtswirkungen
    - a. «Investment Management Agreement» als Grundlage zur Delegation der Geschäftsführung
    - b. «Die falsche Bezeichnung schadet nicht»
    - c. Bewusstsein des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung
    - d. Konzerninterne und konzernexterne Delegation
  2. Gestaltungsspielraum bei der statutarischen Ermächtigungsnorm
    - a. Aktionärsfreundliche Auslegung
    - b. Organisatorischer Spielraum des Verwaltungsrates
    - c. Haftungsfolgen
    - d. Anforderungen an die Unabhängigkeit des Geschäftsführers
    - e. Weitere Beispiele zur Ausgestaltung der Ermächtigungsnorm
  3. Aspekte des Minderheitenschutzes
    - a. Minderheitenschutz als Anwendungsfall
    - b. Erweiterter Minderheitenschutz gestützt auf Art. 709 Abs. 2 OR
  4. Vermeidung von Interessenkonflikten
    - a. Verhaltensregeln für Organpersonen bei Interessenkonflikten
    - b. Entscheid der Generalversammlung zur Vermeidung oder Genehmigung einer konfliktträchtigen Konstellation
    - c. Interessenkonflikt und Verantwortlichkeit

5. Zugang zur Generalversammlung mittels Traktandierung
  - a. Im Zweifel zu Gunsten der Traktandierung
  - b. Erweiterte Zugangskontrolle zur Generalversammlung
6. Richterliche Anordnungen zur Durchführung der Generalversammlung

## I. Kernsätze

Im Rahmen der statutarischen Ermächtigung des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung (Art. 627 Ziff. 12 OR) kann die Generalversammlung *bestimmte Vorgaben und Einschränkungen* vorsehen, welche bei der Delegation durch den Verwaltungsrat zu beachten sind. Da sich mangels einer statutarischen Ermächtigungsklausel ein Delegationsverbot etablieren lässt, basiert diese Rechtslage auf dem Schluss vom Stärkeren auf das Schwächere.

Die statutarische Anordnung, dass die Geschäftsführerin gegenüber der Gesellschaft den Anforderungen zur *Unabhängigkeit* der Revisoren nach Art. 728 OR unterliegt, ist zulässig. Da die Geschäftsführerin in casu durch den Mehrheitsaktionär der Gesellschaft beherrscht wird, bezweckt diese Regelung die Vermeidung von Interessenkonflikten zum Schutz des Minderheitsaktionärs.

Soweit die Übertragung der Geschäftsführung auf eine unternehmensexterne Person mittels eines Vertrages die Voraussetzungen von Art. 716b Abs. 1 und 2 OR erfüllt, kommt dem durch Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates genehmigten *Delegationsvertrag* die Funktion eines aktienrechtlichen Organisationsreglementes zu.

Der Verwaltungsrat darf die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes nach der *Zweifelsregel* des Bundesgerichts nur verweigern, sofern der betreffende Gegenstand ohne jeden Zweifel nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt.

Nach einem *obiter dictum* des Bundesgerichts kommt Art. 709 Abs. 2 OR – trotz seiner Stellung bei den Bestimmungen zum Verwaltungsrat – für den Minderheitenschutz eine erweiterte Bedeutung zu.

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich, Professor an der Universität St. Gallen.

## II. Sachverhalt

### 1. Involvierte Parteien

Die X. AG ist eine Private Equity-Investmentgesellschaft mit Spezialisierung auf Investitionen in der GUS sowie in den baltischen Staaten. Die Gesellschaftsstatuten halten wie gewohnt fest, dass die Generalversammlung oberstes Organ ist, dessen Kompetenzen sich unter anderem auf die Festlegung und Änderung der Gesellschaftsstatuten erstrecken. Dem Verwaltungsrat der X. AG obliegen gemäss statutarischer Bestimmung alle Entscheidungen, die nicht durch Gesetz oder Statuten einem anderen Gesellschaftsorgan zugewiesen sind. Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der X. AG, soweit er sie nicht nach Massgabe eines Organisationsreglementes an einzelne Mitglieder (Delegierte) oder Dritte (Direktoren) übertragen hat. Er übt die Oberleitung der Gesellschaft aus, bestimmt deren Organisation und überwacht die Geschäftsführung nach Massgabe von Gesetz, Statuten, Reglementen und Anweisungen.

Die Y. AG (im Folgenden auch Minderheitsaktionär) ist im Finanzbereich tätig und namentlich auf die Beteiligung an anderen Unternehmen spezialisiert. Sie hält 33,76 Prozent der Aktien der X. AG. Weitere 54,4 Prozent der Aktien werden von der Z. AG sowie deren hundertprozentiger Tochter, der Z.A. Limited, gehalten. Die Z. AG wird kontrolliert durch die W. AG, die zu 72,6 Prozent von B. beherrscht wird.

Seit der Gründung der X. AG im Jahre 2007 war A. als Vertreter der Y. AG Mitglied des Verwaltungsrates der X. AG. Bis zu seinem Rücktritt Ende 2008 präsidierte er dieses Gremium. Gemäss Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts besteht der Verwaltungsrat der X. AG nun aus dem Präsidenten B., der gleichzeitig Geschäftsführer der Z. AG sowie Verantwortungsträger bei weiteren Gesellschaften der Z. Gruppe ist, und aus C. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom Juni 2010 wurde zudem D. in den Verwaltungsrat der X. AG gewählt.

Am 15. November 2007 ernannte die X. AG die Z.A. Limited zum «discretionary manager of the accounts». Die Z.A. Limited wurde unter anderem auch zur Weiterdelegation ihrer Aufgaben ermächtigt. Die Kompetenzen der Z.A. Limited erstrecken sich, ohne dass eine weitere Einwilligung der X. AG im Einzelfall nötig gewesen wäre, auf die Tätigkeit sämtlicher der Anlagepolitik der X. AG entsprechenden Investitionen, den Abschluss der dafür nötigen Verträge im Namen der X. AG sowie die Vornahme aller übrigen notwendigen oder wünschenswerten Handlungen. Die Z.A. Limited verpflichtete sich, im Einvernehmen mit der X. AG einen Anlageausschuss («comité d'investissement») zu ernennen sowie einem oder mehreren Verwaltungsräten der X. AG und einer weiteren Gesellschaft Rechenschaft abzulegen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Urteile des Bundesgerichts 4A\_215/2010 vom 27. Juli 2010 und 4A\_648/2011 vom 4. April 2012, welche Einblicke in weitere Aspekte des Rechtsstreites unter

### 2. Streitgegenstand

Im Hinblick auf die ordentliche Generalversammlung der X. AG für das Geschäftsjahr 2009 gelangte die Y. AG mit Schreiben vom 28. April und vom 21. Mai 2010 an den Verwaltungsrat der X. AG und verlangte die Traktandierung mehrerer Gegenstände, darunter Begehren Nr. 4 zur Ergänzung der Gesellschaftsstatuten betreffend die Unabhängigkeit der Verwaltungsräte der X. AG vom Investment Manager (Z.A. Limited).<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang wurde auch eine Ergänzung der Gesellschaftsstatuten angebeht, wonach der Vermögensverwalter die gleichen Unabhängigkeitsvorschriften zu erfüllen habe wie die Revisionsstelle gemäss Art. 728 OR. Dieses Begehren Nr. 6 hatte folgenden Wortlaut: «*Le gérant des investissements (ou, respectivement, la société gérante des investissements) de la Société (X. AG) doit remplir les mêmes critères d'indépendance par rapport à la Société que ceux que les auditeurs doivent remplir en vertu de l'article 728 CO.*» Nach der Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts geht es der Aktionärin mit diesem Traktandum um das gute Funktionieren der Gesellschaft und indirekt um den Erhalt des Wertes ihrer Aktien.<sup>3</sup>

Am 27. Mai 2010 teilte der Verwaltungsratspräsident der X. AG der Aktionärin (Y. AG) mit, ihre Begehren würden für die Generalversammlung traktandiert mit Ausnahme des vorstehend erwähnten Begehrens Nr. 6. Über dieses Begehren könne im Rahmen einer Generalversammlung nicht entschieden werden, da die Ernennung eines Investment Managers dem Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates zuzurechnen sei und damit statutarisch nicht beschränkt werden könne. Die Y. AG bestand erfolglos auf der Traktandierung dieses Gegenstandes.

Am 24. Juni 2010 wurde die ordentliche Generalversammlung der X. AG abgehalten. Diese genehmigte die Jahresrechnung für das Jahr 2009, entlastete den Verwaltungsrat, bestätigte die Verwaltungsräte B. und C. im

den Parteien gewähren und einen Teil der Vorgeschichte zum hier zu besprechenden Urteil beleuchten.

<sup>2</sup> Im Urteil der Vorinstanz, dem Arrêt de la cour de justice Genf, ACJC/562/2011 vom 2. Mai 2011, en fait B.e wird das Begehren, welches durch den Verwaltungsrat für die Generalversammlung vom 24. Juni 2010 traktandiert wurde, wie folgt wiedergegeben: «*Peuvent être élus en tant que membres du conseil d'administration et demeurer en tant que tel que des personnes remplissant les mêmes critères d'indépendance par rapport au gérant d'investissements (ou, respectivement, la société gérante des investissements) de la Société et par rapport au réviseur de la Société que ceux que les auditeurs doivent remplir en vertu de l'article 728 alinéa 1, 2 et 5 CO par rapport à une société. Si la gestion des investissements est effectuée partiellement ou entièrement par des employés de la Société, les membres du conseil d'administration doivent également remplir les mêmes critères d'indépendance par rapport à un actionnaire majoritaire de la Société que ceux que les auditeurs doivent remplir en vertu de l'article 728 alinéa 1, 2 et 5 CO par rapport à une société.*»

<sup>3</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 1.1 (nicht publiziert in BGE 137 III 503).

Amt und wählte, wie erwähnt, zusätzlich D. in den Verwaltungsrat. Gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates lehnte die Generalversammlung sämtliche von der Y. AG eingebrachten Traktanden ab. Das vorstehend erwähnte Begehren Nr. 6 zur Unabhängigkeit der Geschäftsführerin wurde der Generalversammlung nicht zur Beschlussfassung vorgelegt.

### 3. Prozessuale Vorgeschichte

Am 20. August 2010 gelangte die Y. AG an das erstinstanzliche Genfer Gericht mit dem Begehren, es sei eine ausserordentliche Generalversammlung der X. AG einzuberufen, in welcher über die Anpassung der Statuten der X. AG gemäss dem vorstehend erwähnten Begehren Nr. 6 zu entscheiden sei.<sup>4</sup> Überdies sei der ausserordentlichen Generalversammlung vorzuschlagen, den Verwaltungsrat zu verpflichten, einerseits jegliche Vereinbarung zum Investment Management mit der Z.A. Limited und/oder anderen Gesellschaften der Z. Gruppe oder deren Mehrheitsaktionären aufzulösen und andererseits ein neues, für die X. AG vorteilhafteres Investment Management Agreement oder eine vergleichbare Vereinbarung mit einem Dritten abzuschliessen, der die erwähnten Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllt<sup>5</sup> und folglich nicht mit einer Gesellschaft der Z. Gruppe oder deren direkten oder indirekten Mehrheitsaktionären verbunden ist.

Eventualiter machte die Klägerin geltend, es sei der Verwaltungsrat der X. AG zu verpflichten, eine ausserordentliche Generalversammlung im beschriebenen Sinne einzuberufen und den Aktionären die Begehren der Y. AG zur Abstimmung vorzulegen.

Die X. AG beantragte Abweisung der Klage. Am 13. Dezember 2010 wies das erstinstanzliche Gericht<sup>6</sup> die Begehren der Y. AG vollumfänglich ab, unter anderem mit der Begründung, dass die beantragte Statutenänderung unzulässigerweise in den Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates eingreife.

Die Y. AG gelangte gegen das erstinstanzliche Urteil an den Cour de Justice des Kantons Genf,<sup>7</sup> welcher mit Urteil vom 2. Mai 2011 den Entscheid der ersten Instanz aufhob und den Verwaltungsrat der X. AG verpflichtete, der Generalversammlung die erwähnte Statutenänderung innert 60 Tagen seit Mitteilung des Urteils zur Beschlussfassung vorzulegen. Der Cour de Justice hielt dafür, es sei der Generalversammlung durchaus erlaubt, die Bedingungen der Delegation der Geschäftsführung genauer zu umschreiben. Demgegenüber wurde das zweite

Begehren der Y. AG, wonach die Generalversammlung darüber zu entscheiden hätte, dass der Verwaltungsrat das bestehende «Investment Management Agreement» auflösen und eine neue Vereinbarung abschliessen soll, mit der Begründung abgewiesen, dass dieser Aspekt eindeutig in den Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates falle.

Gegen dieses Urteil der zweiten Instanz gelangte die X. AG ans Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Cour de Justice sei insoweit aufzuheben, als es den Verwaltungsrat verpflichte, der Generalversammlung die Statutenänderung hinsichtlich der Unabhängigkeitskriterien für die Geschäftsführerin zur Abstimmung vorzulegen.

## III. Entscheid des Bundesgerichts

### 1. Delegation der Geschäftsführung aufgrund eines Managementvertrages

Die X. AG argumentierte, dass es der Generalversammlung nicht zustehe, nach Massgabe der Gesellschaftsstatuten für die Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat Einschränkungen vorzusehen; dies stelle einen unzulässigen Eingriff in die unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates dar.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht prüft zunächst die Frage, ob es sich beim «Investment Management Agreement» um die Übertragung der Geschäftsführung i.S.v. Art. 716b OR oder stattdessen um einen einfachen Auftrag i.S.v. Art. 394 OR handelt.<sup>9</sup> Von einem blossen Auftragsverhältnis ist gemäss Bundesgericht auszugehen, wenn die übertragenen Geschäfte zeitlich und sachlich begrenzt sind.<sup>10</sup> In casu stellt das Bundesgericht fest, dass das «Investment Management Agreement» die vollständige Übertragung der Geschäftsführung bezweckt.<sup>11</sup> Da die gültige Übertragung der Geschäftsführung – neben einer statutarischen Ermächtigung – auf einem Organisationsreglement beruhen muss (Art. 716b Abs. 1 OR), prüft das Bundesgericht dieses Erfordernis und kommt zum Schluss, dass das «Investment Management Agreement» die an ein Organisationsreglement gestellten Anforderungen erfüllt, sodass die Geschäftsführung der X. AG gültig auf die Z.A. Limited übertragen wurde.<sup>12</sup>

In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht auch fest, dass von keiner Seite bestritten sei, dass die Mehrheit des Verwaltungsrates dem «Investment Manage-

<sup>4</sup> Vgl. den Wortlaut der beantragten Statutenänderung unter II.2.

<sup>5</sup> Vgl. oben unter II.2. am Ende des ersten Abschnittes.

<sup>6</sup> Jugement du Tribunal de première instance Genf, C/18690/2010-4 vom 13. Dezember 2010.

<sup>7</sup> Arrêt de la Cour de justice Genf, ACJC/562/2011 vom 2. Mai 2011.

<sup>8</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 2.1 (nicht publiziert in BGE 137 III 503).

<sup>9</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.

<sup>10</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.2.

<sup>11</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.3.

<sup>12</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.4.

ment Agreement» zugestimmt habe.<sup>13</sup> Damit wird die Einhaltung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, welche für das Organisationsreglement einen Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates verlangt, als gegeben erachtet.<sup>14</sup>

## 2. Verweigerung der Traktandierung

Weiter prüft das Bundesgericht die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat die Traktandierung eines Gegenstandes ablehnen darf. Auf der Grundlage einer Auseinandersetzung mit den in der Lehre vertretenen Ansichten kommt das Bundesgericht zum Schluss, der Verwaltungsrat könne die Traktandierung verweigern, wenn der Verhandlungsgegenstand *ohne jeden Zweifel* («*indubitablement*») nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt. Sofern dies jedoch zweifelhaft ist bzw. mit den Worten des Bundesgerichts «*s'il existe une quelconque incertitude*», muss der Verwaltungsrat einen Verhandlungsgegenstand der Generalversammlung zur Abstimmung vorlegen.<sup>15</sup>

## 3. Beschränkungen der Delegation der Geschäftsführung

Schliesslich klärt das Bundesgericht die Frage, ob die Gesellschaftsstatuten Bestimmungen enthalten dürfen, welche die Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat genauer regeln oder einschränken. Nachdem es sich auch in dieser Hinsicht mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinandergesetzt hat, hält das Bundesgericht dafür, dass «*certaines limites ou restrictions*» in der statutarischen Ermächtigungsnorm zulässig sein müssen, da nicht einzusehen sei, wieso die Generalversammlung mangels Zustimmung zu einer statutarischen Ermächtigungsnorm die Delegation der Geschäftsführung verbieten könne, es ihr jedoch verwehrt sein soll, die Ermächtigung des Verwaltungsrates gewissen Restriktionen zu unterwerfen, um insbesondere Minderheitsaktionäre zu schützen. In diesem Zusammenhang verweist das Bundesgericht auch auf Art. 709 Abs. 2 OR, wonach die Statuten besondere Bestimmungen zum Schutz von Minderheitsaktionären vorsehen können.

Auf dieser Grundlage wird der Verwaltungsrat der X. AG verpflichtet, das Begehren der Y. AG zur Schaffung einer Statutenbestimmung betreffend die Unabhängigkeit der Geschäftsführerin<sup>16</sup> zu traktandieren.<sup>17</sup>

## IV. Bemerkungen und praktische Bedeutung des bundesgerichtlichen Urteils

### 1. Delegation der Geschäftsführung – Anforderungen und Rechtswirkungen

#### a. «Investment Management Agreement» als Grundlage zur Delegation der Geschäftsführung

Die X. AG machte vor Bundesgericht geltend, dass es sich beim «Investment Management Agreement», welches mit der Z.A. Limited abgeschlossen wurde, um einen Standard-Mandatsvertrag handelt.<sup>18</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts würde dies zutreffen, wenn Aufgaben übertragen worden wären, die zeitlich und inhaltlich begrenzt sind.<sup>19</sup> Aufgrund des «Investment Management Agreement» wurde die Führung der Geschäfte der X. AG auf die Z.A. Limited übertragen, wie es bei Beteiligungsgesellschaften (Investmentgesellschaften) verbreitet ist.<sup>20</sup> Die Z.A. Limited wurde mit «*pleins pouvoirs*» zur Durchführung von Transaktionen im Rahmen des Investitionsfokus der X. AG ausgestattet, ohne dass es der Zustimmung der X. AG bedarf. Die Z.A. Limited kann mit Wirkung für die X. AG sämtliche Dokumente unterzeichnen und jegliche weiteren Handlungen vornehmen, welche zur Zweckerreichung erforderlich sind. Z.A. Limited wird als «*discretionary manager of the accounts*» der X. AG bezeichnet, wobei sie diese Aufgabe auch an einen Dritten delegieren darf. Zudem unterliegt die Z.A. Limited verschiedenen organisatorischen Pflichten, wie der Bildung eines Investment Komitees sowie der Berichterstattung über die Aktivitäten an einen oder mehrere Verwaltungsräte der X. AG sowie an eine Drittgesellschaft. Auf dieser Grundlage hat das Bundesgericht die Qualifikation des «Investment Management Agreement» als blossen Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR verworfen und darin stattdessen das Mittel zur Delegation der Geschäftsführung der X. AG an die Z.A. Limited im Sinne von

<sup>18</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3; vgl. schon oben III.1.

<sup>19</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.2. Das Bundesgericht hat die Organ- von den Hilfsaufgaben in BGE 117 II 573 lehrbuchmässig abgegrenzt: «An weitreichenden gesellschaftsrechtlichen oder -politischen Entscheiden wirkt in grösseren Gesellschaften oder Konzernen in der Regel ein breiter Kreis von auch hierarchisch untergeordneten Angestellten mit. Zu denken ist etwa an die Vorbereitung der Entschlussfassung durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen. Werden dabei Fehler im Sinne gesellschaftsrechtlicher Pflichtwidrigkeiten begangen, so richten sich deren Folgen vorab nach dem konkreten Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Die aktienrechtliche, organschaftliche Verantwortlichkeit greift dagegen nur dann Platz, wenn die Kompetenzen der Beteiligten wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten.» Diese Grundsätze zur Abgrenzung der Verantwortlichkeiten gelten entsprechend, sofern unternehmensexterne Personen beigezogen werden.

<sup>20</sup> Vgl. auch das Beispiel einer Immobiliengesellschaft in Finanz und Wirtschaft, Immobilien-IPO an der SIX, 7. April 2012, S. 13.

<sup>13</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.4.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 713 Abs. 1 OR; zum erforderlichen Beschluss des Verwaltungsrates auch Bundesgericht 4A\_501/2007 und 4A\_503/2007 vom 22. Februar 2008, jeweils E. 3.2.2.

<sup>15</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.1.

<sup>16</sup> Vgl. den Wortlaut des Begehrens unter II.2. am Ende des ersten Abschnitts.

<sup>17</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2.

Art. 716b OR gesehen. Das «Investment Management Agreement» verkörpert unter den gegebenen Umständen das *Organisationsreglement* der X. AG, da gemäss den vorstehenden Ausführungen die nach Art. 716b Abs. 2 OR erforderlichen Elemente – Ordnung der Geschäftsführung, Bestimmung der hierfür erforderlichen Stellen, Umschreibung deren Aufgaben und Berichterstattung – erkennbar sind.<sup>21</sup>

Zudem wurde vor Gericht nicht geltend gemacht, dass das «Investment Management Agreement» durch den Verwaltungsrat der X. AG nicht genehmigt worden sei,<sup>22</sup> sodass auch unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzordnung nach Auffassung des Bundesgerichts nichts gegen die Qualifikation des «Investment Management Agreement» als Organisationsreglement sprach. Vor Bundesgericht stellte die X. AG das «Investment Management Agreement» allerdings als blossen einfachen Auftrag dar,<sup>23</sup> um die Vorgaben des Minderheitsaktionärs für die Unabhängigkeit der Geschäftsführerin im Rahmen der statutarischen Ermächtigungsnorm ins Lee- ren laufen zu lassen. Auf ein Vertragsverhältnis, das nicht der Delegation der Geschäftsführung dient und sich mithin nicht als Organisationsreglement entpuppt, kann der Aktionär über die Einschränkung der statutarischen Ermächtigungsnorm keinen Einfluss nehmen. Nur sofern das Vertragsverhältnis mit dem Dritten der Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben dient, unterliegt es den aktienrechtlichen Kautelen.<sup>24</sup>

Nebenbei sei erwähnt, dass die *Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (Initiative Minder)* die Delegation der Geschäftsführung an juristische Personen verbieten will (Art. 95 Abs. 3 lit. b neuBV). Die Delegationskonstellation, wie sie dem hier zu besprechenden Urteil zu Grunde liegt, käme im Falle einer Annahme der Initiative von Verfassungsrechts wegen nicht mehr in Frage.

#### b. «Die falsche Bezeichnung schadet nicht»

Die X. AG machte vor Bundesgericht geltend, dass ihr Verwaltungsrat kein Organisationsreglement entworfen habe. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass dieses Reglement nicht formell als solches redigiert sein müsse.<sup>25</sup> Dass die falsche Bezeichnung auch im Aktienrecht nicht schadet, leitet sich aus Art. 18 OR ab.<sup>26</sup> Diese Regelung findet gemäss Art. 7 ZGB zumindest analog auch auf sog. «andere zivilrechtliche Verhältnisse» Anwen-

dung, zu denen die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse gehören, mithin also auch das Aktienrecht.<sup>27</sup>

Es steht somit nichts entgegen, dass eine Vereinbarung der Aktiengesellschaft mit einem Dritten – hier dem Investment Manager – zugleich als gesellschaftsinternes Dokument im Sinne eines Organisationsreglementes dient. Dass die Statuten der Gesellschaft nach der Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts die Delegation «conformément au règlement d'organisation» verlangen,<sup>28</sup> ändert daran nichts. Der Entscheid des Bundesgerichts widersetzt sich übermässigem Formalismus im Aktienrecht zum Zwecke des Aktionärsschutzes.

#### c. Bewusstsein des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung

Das Gericht stellt für die Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat schlicht auf die gesetzlichen Minimalanforderungen ab, wie sie in Art. 716b Abs. 2 OR niedergelegt sind, und bejaht die aktienrechtliche Delegation durch das «Investment Management Agreement». Ob sich der Verwaltungsrat der X. AG, welcher das «Investment Management Agreement» offenbar genehmigt hatte,<sup>29</sup> der organisationsrechtlichen Tragweite seines Verhaltens bewusst war, bleibt letztlich etwas unklar.

Somit bleibt zu fragen, ob ohne Weiteres auf den genehmigten Delegationsvertrag abzustellen ist, es seitens der Verwaltungsräte anlässlich der Genehmigung eines Delegationsvertrages also keines spezifischen Willens oder Bewusstseins zur Delegation der Geschäftsführung bedarf.<sup>30</sup> Trifft dies zu, läge eine Delegation der Geschäftsführung vor, selbst wenn die Übereinstimmung der vertraglichen Elemente mit den aktienrechtlichen Vorgaben<sup>31</sup> samt Genehmigung des Vertrages durch Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates als ein Produkt des Zufalls erschiene, wie es aufgrund des vom Bundesgericht zu beurteilenden Sachverhaltes zumindest nicht a priori ausgeschlossen werden kann.<sup>32</sup>

Die Auslegung eines Organisationsreglementes soll sich nach vertragsrechtlichen Grundsätzen richten,<sup>33</sup> soweit Bestimmungen zu Interna des Verwaltungsrates betroffen sind; hingegen seien die Prinzipien zur Auslegung von Rechtssätzen auf Bestimmungen anzuwenden, wel-

<sup>21</sup> Vgl. Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.3.

<sup>22</sup> Vgl. Artikel 716b Abs. 1 OR und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.4.

<sup>23</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.

<sup>24</sup> Vgl. zum Einbezug der Generalversammlung als Ermächtigungsbzw. Genehmigungsinstanz für Interessenkonflikte unter IV.4.b.

<sup>25</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.4.

<sup>26</sup> Auf diese Bestimmung verweisen auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., § 13, N 522, und PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 15, N 19, FN 27.

<sup>27</sup> Vgl. HANS SCHMID/FLAVIO LARDELLI, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 7, N 6.

<sup>28</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, Faits A.a.

<sup>29</sup> Vgl. dazu schon unter IV.1.a.

<sup>30</sup> Vgl. allerdings BÖCKLI (FN 26), § 13, N 522 f., der mehrfach einen «klaren» Gestaltungsentscheid des Verwaltungsrates verlangt.

<sup>31</sup> Art. 716b Abs. 2 OR.

<sup>32</sup> Die X. AG hatte vor Bundesgericht geltend gemacht (4A\_350/2011, E. 3): «Il n'aurait jamais été question de délégation de la gestion, puisqu'aucun règlement d'organisation n'aurait été établi par son conseil d'administration.»

<sup>33</sup> Vgl. BGE 123 III 39 f. zum vertragsrechtlichen Verständnis der Auslegungsregel des Art. 18 OR (dazu schon unter IV.1.b)

che als Orientierungsmittel für Dritte, zum Beispiel eine Geschäftsleitung, dienen.<sup>34</sup> Da der Minderheitsaktionär in casu der letzteren Gruppe zuzuordnen ist, leuchtet es ohne Weiteres ein, dass es nicht entscheidend sein kann, was sich die Verwaltungsräte bei der Genehmigung des «Investment Management Agreement» dachten bzw. wie sie diese genau verstanden haben. Die Organisation in Übereinstimmung mit den aktienrechtlichen Kautelen bringt den Willen der Gesellschaft gegenüber dem Minderheitsaktionär zum Ausdruck, sodass der durch die Mehrheit des Verwaltungsrates genehmigte Delegationsvertrag auch im aktienrechtlichen Kontext normative Bedeutung erlangt.

#### d. Konzerninterne und konzernexterne Delegation

Da die Delegation der Geschäftsführung in casu an eine mit dem Mehrheitsaktionär verbundene Gesellschaft (Z.A. Limited) erfolgte, verweist das Bundesgericht auf Lehrmeinungen, welche eine derartige konzerninterne Delegation für zulässig erachten.<sup>35</sup> Wie es sich ausserhalb von Konzernverhältnissen mit der Delegation der Geschäftsführung an eine Drittgesellschaft verhält, ist umstritten,<sup>36</sup> wobei kaum Argumente für eine Differenzierung greifbar werden.<sup>37</sup>

Gemäss Ziff. 4.3 der *Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance von SIX Exchange Regulation* sind die Kernelemente von Managementverträgen zwischen dem Emittenten und Gesellschaften (oder natürlichen Personen) ausserhalb des Konzerns unter Angabe von Firma und Sitz der Gesellschaften, der übertragenen Führungsaufgaben sowie der Form und des Umfangs der Entschädigung für die Auftrags Erfüllung offenzulegen. Soweit in solchen Verträgen organotypische Aufgaben übertragen werden, handelt es sich um Organisations- bzw. Delegationsverträge, denen unter den

vorstehend erwähnten Voraussetzungen<sup>38</sup> aktienrechtliche Bedeutung zukommen kann.

## 2. Gestaltungsspielraum bei der statutarischen Ermächtigungsnorm

### a. Aktionärsfreundliche Auslegung

Nach einer Lehrmeinung kann die Generalversammlung aufgrund der Ermächtigungsnorm bloss den prinzipiellen Entscheid treffen, dem Verwaltungsrat die Delegation der Geschäftsführung gestützt auf eine statutarische Grundlage zu ermöglichen oder mangels einer entsprechenden Statutenbestimmung zu verweigern.<sup>39</sup> Demgegenüber sieht der andere Teil der Lehre – gestützt auf den Schluss vom Stärkeren zum Schwächeren (*a maiore ad minus*) – einen erweiterten Gestaltungsspielraum der Generalversammlung. Danach soll es etwa möglich sein, die Delegationskompetenz statutarisch auf Delegierte des Verwaltungsrates oder auf Dritte zu beschränken, wobei Letzteres nach dem bankenrechtlichen Muster<sup>40</sup> zur personellen Trennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung führt. Auch könne vorgeschrieben werden, dass gewisse (delegierbare) Organkompetenzen auf der Stufe des Gesamtverwaltungsrates verbleiben müssen,<sup>41</sup> was einer partiellen Kompetenz des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung entspricht.<sup>42</sup>

Das Bundesgericht spricht sich für die aktionärsfreundlichere Auffassung aus, sodass die statutarische Ermächtigungsnorm nach dem Ausdruck des Gerichts mit «*certaines limites ou restrictions*» versehen werden kann.<sup>43</sup> Inwiefern sich damit eine differenziertere Abgrenzung der Organkompetenzen ergibt, welche die Organisationsgewalt des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR) in gewisse Schranken weist<sup>44</sup> und den Aktionären

<sup>34</sup> ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Art. 716b OR, N 26.

<sup>35</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.2; vgl. dazu auch FORSTMOSER (FN 26), § 7, N 32 ff. und 44 ff., wobei dieser Autor in N 46 darauf hinweist, dass die «Seitwärtsdelegation» (Delegation der Geschäftsführung an eine Schwestergesellschaft), soweit ersichtlich, in den Organisationsreglementen keinen Niederschlag gefunden habe, sondern sich die Regelung, wenn sie überhaupt in einem einschlägigen Dokument systematisch erfolge, in einem *Mandatsvertrag* finde; siehe zudem BÖCKLI (FN 26), § 13, N 558; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 716b, N 12.

<sup>36</sup> Kritisch ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Art. 716b OR, N 759; liberaler Forstmoser (FN 26), § 7, N 15 ff., allerdings in N 51 mit der unter anderem kritischen Bemerkung, dass die gesetzliche Ordnung nicht auf ein *Outsourcing* der Geschäftsführung zugeschnitten sei; in diesem Sinne auch BÖCKLI (FN 26), § 13, N 559, der zudem in FN 1440 auf die Materialien zu Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 E-OR verweist, wonach die Ernennung von «Einzelpersonen» erfolge (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II S. 745 ff., zit. nach Separatdruck, S. 178); WATTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 716b OR, N 12.

<sup>37</sup> Siehe auch FORSTMOSER (FN 26), § 7, N 13.

<sup>38</sup> Vgl. unter IV.1.a.

<sup>39</sup> Ohne anderweitige statutarische Regelung unterliegt der Beschluss der Generalversammlung über diesen bedingt notwendigen Statuteninhalt (Art. 627 Ziff. 12 OR) dem Beschlussquorum des Art. 703 OR.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Bankenverordnung (SR 952.02).

<sup>41</sup> WATTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 716b OR, N 4; BÖCKLI (FN 26), § 13, N 525.

<sup>42</sup> PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 29, N 28, FN 5.

<sup>43</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2.

<sup>44</sup> Vgl. den Entscheid der Vorinstanz (Cour de justice Genf (FN 7), E. 5.2.3) mit folgenden allgemeinen Ausführungen: «elle (Generalversammlung) est compétente pour fixer dans les statuts des règles qui ont trait à la structure même de la société, ainsi qu'à ses principes généraux et essentiels de fonctionnement. La question de savoir si l'assemblée générale a cette compétence ou non devrait être tranchée de cas en cas, *in concreto*, en examinant notamment si les modifications de statuts voulues par l'assemblée générale ou une partie de celle-ci portent sur des points d'une importance comparable à ceux qui sont visés par les art. 626 et 627 CO». In E. 5.3 des Entschides der kantonalen Vorinstanz wird die strittige Statutenbestimmung zur Unabhängigkeit der Geschäftsführerin (vgl. oben unter II.2.) als «*un principe général et essentiel relatif à la structure et au fonctionnement*

bei der Organisation der Geschäftsführung einen erweiterten Gestaltungsspielraum einräumt, bedarf der Analyse im Einzelfall.

### b. Organisatorischer Spielraum des Verwaltungsrates

Aufgrund des bereits erwähnten Umstandes, dass die Generalversammlung die Delegation der Geschäftsführung vollständig verunmöglichen kann, wird mittlerweile selbst eine starke Einschränkung und Feinsteuerung der Delegationsmöglichkeiten durch die Generalversammlung befürwortet.<sup>45</sup> Fraglich ist, welcher Bereich mit eigenem Auswahlermessen dem Verwaltungsrat für die Organisation der Geschäftsführung verbleiben muss. Fest steht einstweilen, dass die Generalversammlung die Delegation der Geschäftsführung nicht selbst vornehmen darf und den Verwaltungsrat somit nicht überspielen kann.<sup>46</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint eine weitgehende Feinsteuerung des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung im Bereich der Delegation der Geschäftsführung aufgrund des Paritätsprinzips<sup>47</sup> als fraglich. Nach der Systematik des Gesetzes sollte dem Verwaltungsrat allemal ein angemessener Freiraum für die Gestaltung der Geschäftsführung verbleiben, da ihm von Gesetzes wegen die Organisationskompetenz sowie die Kompetenz zur Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitungsmitglieder zukommen.<sup>48</sup> Diese Regeln würden ihres Gehaltes entleert, wenn die Generalversammlung die Organisation der Geschäftsführung und deren personelle Besetzung im Detail festschreiben könnte, indem in der statutarischen Ermächtigungsklausel etwa festgehalten würde, dass Heiri Müller als einziger Geschäftsführer zu bezeichnen sei. Die Erwägungen des Bundesgerichts scheinen diese Auffassung zu stützen, da im Kontext des «Stärksten», nämlich des Delegationsverbots, nicht etwa jedwelche Einschränkungen durch die Generalversammlung für zulässig erklärt werden, sondern lediglich von «*certaines limites ou restrictions*» gesprochen wird.<sup>49</sup>

Eine weitgehende Feinsteuerung der Delegation der Geschäftsführung durch die Generalversammlung könnte letztlich ein blosses Entschliessungs- bzw. Vollzugsermessen des Verwaltungsrates bedeuten, was einem

Verstoss gegen die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft entspräche (Art. 706b Ziff. 3 OR).<sup>50</sup> Zwar hebt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang allgemein den Schutz der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger hervor,<sup>51</sup> doch geht es dabei nicht in erster Linie um Individualschutz, sondern um *Funktions- bzw. Systemschutz*,<sup>52</sup> indem das Funktionieren der Institution Aktiengesellschaft und mithin des unternehmerischen Wirkens in dieser Gesellschaftsform mit Blick auf die volkswirtschaftliche Effizienz angesprochen ist. Eine beliebige «Feinsteuerung der Delegationsmöglichkeiten»<sup>53</sup> verträgt sich nicht mit der Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft. Damit bliebe dem Verwaltungsrat zwar die Möglichkeit, die Geschäftsführung selbst an die Hand zu nehmen, was in der Praxis unter verschiedenen Gesichtspunkten oftmals eine theoretische Option darstellen dürfte, zumal die strategischen Führungsqualitäten von Verwaltungsräten keineswegs den Anforderungen an Mitglieder der Geschäftsleitung entsprechen müssen. Der Verwaltungsrat, der sich in Anbetracht einer dysfunktionalen Beschränkung der statutarischen Ermächtigungsnorm ausser Stande sieht, die Geschäftsführung selbst zu besorgen, könnte lediglich sein Amt zur Verfügung stellen, womit für das Funktionieren der Aktiengesellschaft kaum etwas gewonnen, aber möglicherweise viel verloren wäre.

Denkbar ist, die statutarische Ermächtigungsnorm innerhalb einer gewissen Bandbreite *nach dem jeweiligen Typus der Aktiengesellschaft zu differenzieren*, was nach den Gegebenheiten des Einzelfalles zu beurteilen ist.<sup>54</sup>

### c. Haftungsfolgen

Unter Haftungsgesichtspunkten ist anzumerken, dass der Verstoss gegen zulässige Restriktionen und Beschränkungen der statutarischen Ermächtigungsnorm seitens des Verwaltungsrates zur vollen Verantwortlichkeit führt, soweit sich die Delegation der Geschäftsführung als nicht «befugterweise» im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR erweist.<sup>55</sup> Wirken sich zulässige Restriktionen

*de la société, et servant en particulier à l'équilibre des pouvoirs et des forces au sein de celle-ci et à l'empêchement des conflits d'intérêts et de la concentration des pouvoirs*» umschrieben und damit von der aus Sicht des Cour de justice unzulässigen Bestimmung «de critères de nomination des délégués» (vgl. dazu auch FN 67) abgegrenzt.

<sup>45</sup> Vgl. FORSTMOSER (FN 26), § 9, N 31.

<sup>46</sup> FORSTMOSER (FN 26), § 9, N 32.

<sup>47</sup> Dazu eingehender unter IV.5.a.

<sup>48</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und 4 OR.

<sup>49</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2: «Puisque les statuts peuvent interdire la délégation de la gestion, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas la subordonner à certaines restrictions ou limites.»

<sup>50</sup> GL.M. BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 2012, S. 68.

<sup>51</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 2.2 (nicht veröffentlicht in BGE 137 III 503): «Afin d'assurer la protection des actionnaires et des créanciers ..., l'art. 706b ch. 3 CO dispose que ...» unter Verweis auf FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 42), § 25, N 88.

<sup>52</sup> Vgl. dazu auch die in FN 51 verwiesene Literaturstelle. Der Systemschutz tritt vermehrt auch im Aktienrecht in Erscheinung, vgl. BGE 137 III 255, E. 4.1.3, wonach Art. 697h Abs. 2 OR dem «Gläubiger- sowie dem Systemschutz dient».

<sup>53</sup> Vgl. FN 45.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 121 III 233 zur Differenzierung der Delegation des Bezugsrechtsausschlusses an den Verwaltungsrat in «Aktiengesellschaften kleinerer oder mittlerer Grösse» einerseits und «Grossgesellschaften mit börsenkotierten und weit gestreuten Aktien» andererseits.

<sup>55</sup> BURG/VON DER CRONE (FN 50), S. 69 f., wonach die Nichtbeachtung der durch die Generalversammlung vorgegebenen Beschrän-

nen und Beschränkungen der statutarischen Ermächtigungsnorm im Verlaufe der Zeit kontraproduktiv aus, kann das Gesellschaftsinteresse nach einer anderweitigen Delegation der Geschäftsführung verlangen. Diese Delegation entbehrt einer statutarischen Grundlage,<sup>56</sup> was nach einer Lehrmeinung für den delegierenden Verwaltungsrat gleichwohl haftungsbeschränkende Wirkung entfalten soll,<sup>57</sup> sofern die Aktionäre die Ermächtigungsnorm nicht entsprechend anpassen.

#### d. Anforderungen an die Unabhängigkeit des Geschäftsführers

Im vorliegenden Fall geht es um die Unabhängigkeit der Geschäftsführerin von der Gesellschaft und dem Mehrheitsaktionär. Der Minderheitsaktionär, welcher knapp 34 Prozent der Inhaberaktien vertritt, steht einem Mehrheitsaktionär gegenüber, der zusammen mit der vollständig durch ihn beherrschten Geschäftsführerin, der Z.A. Limited, 54,4 Prozent der Aktien der X. AG hält. Vor diesem Hintergrund beantragt der Minderheitsaktionär die Einberufung einer Generalversammlung, der folgendes Traktandum zur Abstimmung vorgelegt werden soll (im Originalwortlaut): «*Le gérant des investissements (ou, respectivement, la société gérante des investissements) de la Société doit remplir les mêmes critères d'indépendance par rapport à la Société que les auditeurs doivent remplir en vertu de l'article 728 CO.*» Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um eine zulässige Beschränkung der statutarischen Ermächtigungsnorm.

Soll Art. 728 OR auf den Geschäftsführer Anwendung finden, ist nach dem konkreten Gehalt dieser Regelung zu fragen. Nach Auffassung der Vorinstanz, des Genfer Cour de justice, hätte die Annahme der Statutenbestimmung zur Folge, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates, alle weiteren Personen mit Entscheidungsfunktionen in der X. AG sowie ein bedeutender Aktionär von der Funktion als Geschäftsführer ausgeschlossen wären.<sup>58</sup>

Unter Einbezug des gesamten Wortlautes der strittigen Statutenbestimmung, wonach der Investment Manager gegenüber der Gesellschaft dieselben Unabhängigkeitskriterien erfüllen muss, wie sie nach Art. 728 OR für die Revisoren gelten, ergibt sich zunächst, dass dem Geschäftsführer eine Entscheidungsfunktion in der Gesellschaft – in Analogie zu Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1 OR – nicht verboten sein kann, da die Entscheidungskraft zu Gunsten der Gesellschaft in der Natur der geschäftsführen-

den Funktion liegt. Auf den Geschäftsführer anwendbar ist hingegen der Gehalt von Art. 728 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Nach dieser Bestimmung dürfen die Revisoren keine direkte oder bedeutende indirekte Beteiligung am Aktienkapital der Gesellschaft halten, was unter den gegebenen Umständen auch auf den Investment Manager, die Z.A. Limited, zutreffen soll und zur Unvereinbarkeit mit deren Stellung als Geschäftsführerin führt.<sup>59</sup> Nach Art. 728 Abs. 2 Ziff. 3 OR ist eine enge Beziehung zu einem bedeutenden Aktionär<sup>60</sup> nicht mit der Unabhängigkeit der Revisionsstelle zu vereinbaren, was aufgrund der hundertprozentigen Beherrschung des Investment Managers durch die Z. AG für die Z.A. Limited die Unvereinbarkeit mit der Stellung als Investment Manager der X. AG bewirkt. Sodann steht der Stellung der Z.A. Limited als Investment Manager der X. AG auch die Konzernklausel des Art. 728 Abs. 6 OR entgegen,<sup>61</sup> da, wie erwähnt, die Geschäftsführerin (Z.A. Limited) unter einheitlicher Leitung der Z. AG steht, sodass die Unabhängigkeitsbestimmungen des Art. 728 OR auch auf diese Gesellschaft als beherrschende Aktionärin der X. AG anzuwenden sind.

Zusammenfassend ergibt sich, dass im Falle der Anwendung von Art. 728 OR auf die Geschäftsführerin, wie es der Minderheitsaktionär aufgrund einer statutarischen Bestimmung anstrebt, die vom Mehrheitsaktionär beherrschte Z.A. Limited die Geschäftsführung für die X. AG unter verschiedenen Gesichtspunkten nicht übernehmen kann.

#### e. Weitere Beispiele zur Ausgestaltung der Ermächtigungsnorm

Nach der allgemeinen Formel des Bundesgerichts, wonach die statutarische Ermächtigungsnorm mit gewissen Begrenzungen und Restriktionen versehen werden kann,<sup>62</sup> dürften – im vorstehend dargelegten Rahmen<sup>63</sup> – auch weitere Attribute für Geschäftsleitungsmitglieder durch den Schluss vom Stärkeren (Delegationsverbot) auf das Schwächere (kanalisierte Delegation) gedeckt sein. Denkbar ist eine allgemeine statutarische Vorgabe,

kungen – egal welcher Art – stets den Wegfall der Haftungsbeschränkung bewirken soll (S. 70).

<sup>56</sup> Art. 716b Abs. 1 OR, Art. 627 Ziff. 12 OR.

<sup>57</sup> Vgl. FORSTMOSER (FN 26), § 10, N 22, für den Fall einer sachlich gebotenen Lösung, da die Organisationspflicht des Verwaltungsrates den formalen Anforderungen an die Kompetenzdelegation vorgehe.

<sup>58</sup> Cour de justice Genf (FN 7), E. 5.3.

<sup>59</sup> Vgl. dazu schon oben unter II.1., wonach die Z.A. Limited eine nicht näher bestimmte direkte Beteiligung an der X. AG hält, sowie Bundesgericht 4A\_350/2011, Faits A.b: «Le capital-actions de X. (Gesellschaft) est détenu à raison de 33,76 % par Y. (Minderheitsaktionär) et à raison de 54,40 % par Z. AG et sa filiale à 100 %, soit Z.A. Limited (Geschäftsführerin).»

<sup>60</sup> Nach der Lehre gilt eine Beteiligung gemäss Art. 663c Abs. 2 OR allemal als bedeutend, sofern sie fünf Prozent aller Stimmrechte übersteigt (vgl. ROLF WATTER/CORRADO RAMPINI, Basler Kommentar Revisionsrecht, Art. 728 OR, N 28).

<sup>61</sup> Zur Definition des Revisionsunternehmens unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit siehe auch Art. 5 der Richtlinien der Treuhänder-Kammer zur Unabhängigkeit 2007 (mit Änderungen von 2010), wonach die Definition alle de facto oder de iure unter einheitlicher Leitung stehenden Gesellschaften, inklusive nahe stehenden Gesellschaften, erfasst.

<sup>62</sup> Vgl. unter IV.2.a.

<sup>63</sup> Siehe unter IV.2.b.



wonach der Verwaltungsrat eine *angemessene Vertretung beider Geschlechter in der Geschäftsleitung* anstrebt.<sup>64</sup> Hingegen könnte sich zum Beispiel eine prozentuale und kurzfristig umzusetzende Frauenquote im Topmanagement unter dem Gesichtspunkt des erforderlichen Auswahlermessens für den Verwaltungsrat als heikel erweisen.<sup>65</sup> Ob statutarische *Vorgaben zu bestimmten Qualifikationen der Geschäftsleitungsmitglieder*, wie Auslanderfahrung oder Ausbildungsabschlüsse,<sup>66</sup> in Betracht fallen können, ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>67</sup>

Ein regulatorisch bedingter Anwendungsfall betrifft die *Investmentclubs* im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. f Kollektivanlagengesetz<sup>68</sup> und Art. 1 Kollektivanlagenverordnung (KKV). Sie sind unabhängig von ihrer Rechtsform dem Kollektivanlagenrecht nicht unterstellt. Erforderlich ist, dass die maximal zwanzig Mitglieder eines Investmentclubs<sup>69</sup> in der Lage sind, ihre Vermögensinteressen selber wahrzunehmen, sodass nach dem Wortlaut der Kollektivanlagenverordnung die Mitglieder oder ein Teil der Mitglieder die Anlageentscheide fällen.<sup>70</sup> Die Mitgliedschaftsrechte der Anleger müssen «in dem für die gewählte Rechtsform massgebenden konstitutiven Dokument aufgeführt» werden.<sup>71</sup> Beruht der Investmentclub auf einer Aktiengesellschaft, muss es nach dem hier zu besprechenden Bundesgerichtsentscheid möglich sein, die Ermächtigung des Verwaltungsrates zur Delegation der Geschäftsführung in den Gründungsstatuten in dem Sinne zu beschränken, dass der Verwaltungsrat im Organisationsreglement aufgrund der Vorgabe in Art. 1 lit. b KKV stets sämtliche oder zumindest den betreffenden Teil der Aktionäre<sup>72</sup> als Geschäftsführer einsetzt,<sup>73</sup> soweit nicht sämtliche Aktionäre als geschäftsführende Verwaltungsräte agieren wollen. Um im ersteren Fall die

nach Kollektivanlagenrecht erforderliche Selbstverwaltung durch die Aktionäre sicherzustellen, bedarf es der effektiven Übertragung der Geschäftsführungsentscheide durch den Verwaltungsrat an die Aktionäre, da die Generalversammlung, wie erwähnt, die Delegation nicht selbst anordnen kann.<sup>74</sup>

### 3. Aspekte des Minderheitenschutzes

#### a. Minderheitenschutz als Anwendungsfall

Das Bundesgericht rechtfertigt den Gestaltungsspielraum der Generalversammlung bei der Ermächtigungsnorm zur Delegation der Geschäftsführung<sup>75</sup> auch mit dem Minderheitenschutz.<sup>76</sup> Damit werden die allgemeinen bundesgerichtlichen Erwägungen in den Kontext der konkreten Umstände des Einzelfalles gestellt, ohne dass eine entsprechende Konstellation zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionär generell vorausgesetzt wäre. Es bleibt somit auch einem Mehrheitsaktionär oder einem beliebigen Aktionär, der die Traktandierungsschwelle erreicht, unbenommen, Konkretisierungen der statutarischen Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsführung einzubringen.

#### b. Erweiterter Minderheitenschutz gestützt auf Art. 709 Abs. 2 OR

In einem *obiter dictum* rechtfertigt das Gericht die statutarische Unabhängigkeitsvorschrift für die Geschäftsführerin mit Art. 709 Abs. 2 OR.<sup>77</sup> Nach dieser Norm können die Statuten besondere Bestimmungen zum Schutz von Minderheiten oder einzelner Gruppen von Aktionären vorsehen. Die Botschaft des Bundesrates aus dem Jahre 1983 zur damaligen Aktienrechtsrevision hält fest, dass mit dieser Norm Minderheiten gemeint sind, «die sich nicht durch bestimmte Aktienkategorien auszeichnen, sondern durch besondere Interessenlagen (z.B. Minderheitsaktionäre, Besitzer von Arbeitnehmeraktien).»<sup>78</sup> Der Vorläufer dieses Gesetzesartikels findet sich in Art. 708 Abs. 5 altOR 1936, wonach die Statuten zum Schutz der Minderheiten oder einzelner Gruppen von Aktionären weitere Bestimmungen über die Wahlart aufstellen konnten. Im Zuge der Aktienrechtsrevision von 1991

<sup>64</sup> Vgl. dazu – wenn auch mit Blick auf den Verwaltungsrat – das Grünbuch der Europäischen Kommission, *Europäischer Corporate Governance-Rahmen*, 5. April 2011, KOM(2011) 164/3, Ziff. 1.1.3.

<sup>65</sup> Vgl. unter IV.2.b.

<sup>66</sup> Zum Erfordernis eines bestimmten Ausbildungsabschluss vgl. die Analogie zu den Revisoren in Art. 4/5 Revisionsaufsichtsgesetz (RAG), wobei nach der hiervor vertretenen Einschränkung (siehe unter IV.2.b) im Auge zu behalten ist, dass die Ausbildung längst nicht in allen Sektoren einen Standardisierungsgrad erreicht hat, wie es für die Revisoren zutrifft.

<sup>67</sup> BURG/VON DER CRONE (FN 50), S. 70, sprechen sich zu Gunsten von personenbezogenen Kriterien aus. Der Cour de justice Genf (FN 7), E. 5.2.3, hält hingegen allgemein fest: «*l'assemblée générale n'est indubitablement pas compétente pour définir les qualités personnelles ou professionnelles ou les caractéristiques particulières que doivent avoir les délégués.*»

<sup>68</sup> SR 951.31.

<sup>69</sup> Art. 1 lit. d KKV (SR 951.311).

<sup>70</sup> Art. 1 lit. b KKV.

<sup>71</sup> Art. 1 lit. a KKV.

<sup>72</sup> Vgl. zum Ganzen FRANZ HASENBÖHLER (Hrsg.), *Recht der kollektiven Kapitalanlagen*, Zürich 2007, S. 32 f.

<sup>73</sup> Im Unterschied zu den Ausführungen von MARKUS PFENNINGER, *Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz*, Basel 2009, Art. 2, N 22, geht es dabei nicht um eine Delegation der Geschäftsführung an die Generalversammlung, zumal Anlegerversammlungen unter Einbezug sämtlicher Aktionäre auch nicht ohne Weiteres als Universalversammlungen (Art. 701 OR) aufgefasst werden können.

<sup>74</sup> Dazu schon bei FN 46.

<sup>75</sup> Dazu IV.2.a.

<sup>76</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2: «Puisque les statuts peuvent interdire la délégation de la gestion, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas la subordonner à certaines restrictions ou limites afin de protéger en particulier les actionnaires minoritaires, ...».

<sup>77</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2. Der Cour de justice Genf (FN 7), E. 5.3 am Ende, hatte noch zurückhaltender ausgeführt: «selon l'art. 709 al. 2 CO relatif à la représentation de groupes d'actionnaires au sein du conseil d'administration, dont on peut s'inspirer par analogie».

<sup>78</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., zitiert nach Separatdruck, S. 174.

wurde diese Bestimmung zum Schutz der Minderheitsaktionäre erweitert.

Nach seiner systematischen Stellung verankert Art. 709 Abs. 2 OR zunächst einmal die Möglichkeit einer Minderheitsvertretung im Verwaltungsrat.<sup>79</sup> Ob statutarische Minderheitsquoten zulässig sind, ist umstritten.<sup>80</sup> Im vorliegenden Fall geht es um die Unabhängigkeit der Geschäftsführerin vom Mehrheitsaktionär. Der Minderheitsaktionär, welcher knapp 34 Prozent der Inhaberaktien vertritt, steht einem Mehrheitsaktionär gegenüber, der zusammen mit der vollständig durch ihn beherrschten Geschäftsführerin, der Z.A. Limited, 54,4 Prozent der Aktien der Gesellschaft hält. Vor diesem Hintergrund will der Minderheitsaktionär einer Generalversammlung statutarischen Schutz seiner Interessen beantragen: Die Geschäftsführerin soll, wie erwähnt, gegenüber der Gesellschaft (einschliesslich deren Mehrheitsaktionär) die Vorgaben für die Revisoren nach Art. 728 OR erfüllen.<sup>81</sup> Indem das Bundesgericht die Statutenbestimmung zur Unabhängigkeit der Geschäftsführerin unter dem Gesichtspunkt von Art. 709 Abs. 2 OR rechtfertigt, wird diese Bestimmung – getreu ihrem Wortlaut und entgegen der herrschenden Lehre<sup>82</sup> – über den systematischen Kontext der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsrates hinaus gehoben. Der erweiterte Anwendungsbereich von Art. 709 Abs. 2 OR bildet einen zusätzlichen Bezugspunkt in der Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat. Aspekte zum Schutz von Minderheitsaktionären können in die statutarische Ermächtigungsnorm zur Delegation der Geschäftsführung einfließen, soweit dem Verwaltungsrat – nach der hier vertretenen Auffassung – ein ausreichender eigener Spielraum zur Organisation der Geschäftsführung verbleibt.<sup>83</sup> Auf dieser Grundlage lässt es sich in einer Familienaktiengesellschaft allenfalls rechtfertigen, dem Familienstamm der Minderheitsaktionäre aufgrund der statutarischen Ermächtigungsnorm die Vertretung in der Geschäftsleitung der Gesellschaft zu sichern,<sup>84</sup> soweit die Beteiligten dies unter dem Gesichtspunkt der handelsregisterrechtlichen Statutenpublizität nicht als unangemessen erachten.<sup>85</sup>

Sofern die Statuten den Begriff der Minderheit nicht definieren,<sup>86</sup> ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Schwellenwerte des Art. 699 Abs. 3 OR – zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktiennennwerte von einer Million Franken<sup>87</sup> – Minderheiten im Sinne von Art. 709 Abs. 2 OR charakterisieren.<sup>88</sup> Anzumerken bleibt, dass nur Art. 709 Abs. 1 OR für verschiedene Kategorien von Aktien eine statutarische Gestaltungspflicht etabliert, welcher mit den verfügbaren Rechtsbehelfen Nachachtung verschafft werden kann.<sup>89</sup> Art. 709 Abs. 2 OR verankert hingegen eine blosser Kann-Vorschrift, sodass diese Bestimmung zum Schutz von Minderheiten grundsätzlich keine Ansprüche verleiht, welche gegen die Mehrheit der Aktionäre<sup>90</sup> durchgesetzt werden können.

#### 4. Vermeidung von Interessenkonflikten

##### a. Verhaltensregeln für Organpersonen bei Interessenkonflikten

Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Diese Treuepflicht charakterisiert sich als Interessenwahrungspflicht und gebietet, dass die Organpersonen ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene oder Dritt-Interessen zurückstellen, wobei nach der Rechtsprechung ein strenger Massstab gilt. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat die betroffene Organperson mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden.<sup>91</sup>

Da allgemeine Grundsätze im modernen Wirtschaftsrecht an Bedeutung einbüßen, hat der Bundesrat in der laufenden Aktienrechtsrevision mit Art. 717a E-OR für Interessenkonflikte einen spezifischen Akzent gesetzt.<sup>92</sup> Nach dieser Bestimmung informieren die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung den Präsidenten des Verwaltungsrates unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte, wobei bereits ein

<sup>79</sup> So auch BÖCKLI (FN 26), § 11, N 357, und § 12, N 429.

<sup>80</sup> Dagegen BÖCKLI (FN 26), § 12, N 430; in diesem Sinne auch MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Art. 709, N 20; XAVIER OULEVEY, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Zürich 2008, S. 283; dafür FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 42), § 24, N 54.

<sup>81</sup> Vgl. schon oben unter IV.2.d.

<sup>82</sup> BÖCKLI (FN 26), § 13, N 75; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 42), § 27, N 88; WERNLI/RIZZI (FN 80), Art. 709 OR, N 20.

<sup>83</sup> Vgl. oben unter IV.2.b.

<sup>84</sup> Vgl. zur Differenzierung nach dem Typus der Aktiengesellschaft schon vor FN 54.

<sup>85</sup> In der Praxis wird dieser Aspekt eher in einem Aktionärsbindungsvertrag geregelt.

<sup>86</sup> Vgl. HOMBURGER (FN 36), Art. 709 OR, N 197a.

<sup>87</sup> Sofern im Zuge der laufenden Aktienrechtsrevision andere Schwellenwerte festgelegt werden, können sie als Ausdruck der relevanten Minderheit gesehen werden.

<sup>88</sup> FRANZISKA BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung – Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Zürich 2008, S. 95, verlangt für das Vorliegen von Aktionärsgruppen, dass sie sich in persönlicher Hinsicht oder in ihrer wirtschaftlichen Interessenlage nach aussen erkennbar unterscheiden und einen gewissen Dauercharakter aufweisen, wobei sie eine enge Auslegung von Art. 709 Abs. 2 OR im Sinne der herrschenden Lehre (vgl. FN 82) vertritt (S. 94).

<sup>89</sup> Vgl. WERNLI/RIZZI (FN 80), Art. 709 OR, N 7.

<sup>90</sup> Vgl. insbesondere Art. 703 OR.

<sup>91</sup> Bundesgericht 4A\_462/2009 vom 16. März 2010, E. 6.3 (nicht publiziert in BGE 136 III 322).

<sup>92</sup> Heute orientiert sich die Praxis an Ziffer 16 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

potentieller Interessenkonflikt die Offenlegungspflicht auslösen soll.<sup>93</sup> Gestützt darauf ergreift der Verwaltungsrat diejenigen Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Die Botschaft betont, dass es sich bei Art. 717a E-OR um eine «wichtige Neuerung für eine gute Corporate Governance» handelt.<sup>94</sup>

Vergleichbar der allgemeinen Regelung für die Revisoren<sup>95</sup> müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in ihrer Entscheidungsfindung tatsächlich sowie dem Anschein nach unabhängig sein bzw. dürfen keinem tatsächlichen oder potentiellen Interessenkonflikt unterliegen. Die «*independence in fact*» und die «*independence in appearance*» gehören zum Anforderungsprofil der Organpersonen in der Führung der Aktiengesellschaft. Das Vertrauen in die Unternehmensführung würde selbst dann untergraben, wenn die Unabhängigkeit von Verwaltungsräten oder Geschäftsleitungsmitgliedern bloss dem Anschein nach beeinträchtigt wäre.<sup>96</sup> Wer einem Interessenkonflikt unterliegt, ist in den Angelegenheiten der Gesellschaft nicht mehr frei in seiner Entscheidungsfindung, womit die Interessen der Gesellschaft zumindest potentiell beeinträchtigt sind. Die vom Minderheitsaktionär eingebrachte Statutenbestimmung<sup>97</sup> und das Urteil des Bundesgerichts liegen auf dieser Linie, indem von den «*possible conflits d'intérêts*» die Rede ist, die es zu vermeiden gelte.<sup>98</sup>

#### b. Entscheid der Generalversammlung zur Vermeidung oder Genehmigung einer konfliktträchtigen Konstellation

Die Erwägungen des Bundesgerichts im hier zu besprechenden Entscheid bringen ein gewisses Misstrauen hinsichtlich der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen der Geschäftsführerin und dem Mehrheitsaktionär der X. AG zum Ausdruck.<sup>99</sup> Da die Geschäftsführerin vollständig durch den Mehrheitsaktionär beherrscht wird, geht es nach Auffassung des Bundesgerichts um die Vermeidung von Interessenkonflikten, sodass die Statutenbestimmung zur Unabhängigkeit der Geschäfts-

führerin<sup>100</sup> ohne Weiteres der Generalversammlung vorzulegen sei.<sup>101</sup> Geht man aufgrund der Beherrschung der Geschäftsführerin durch den Mehrheitsaktionär generell von einem Handeln des Geschäftsführungsorgans unter potentiell Interessenkonflikt aus, fällt die Ermächtigung des Verwaltungsrates zum Abschluss des «Investment Management Agreement» bzw. dessen Genehmigung durch ein übergeordnetes Organ, hier die Generalversammlung, in Betracht.<sup>102</sup> Zwar zielt der Einbezug des «obersten Organs» der Gesellschaft<sup>103</sup> mit dem Beschluss über die Ermächtigungsnorm gemäss Art. 627 Ziff. 12 OR in casu auf die Vermeidung von Interessenkonflikten. Sofern die vom Minderheitsaktionär vorgeschlagene Unabhängigkeitsregelung für die Geschäftsführerin<sup>104</sup> durch die Generalversammlung abgelehnt wird, gilt die konfliktträchtige Konstellation seitens der Geschäftsführerin allerdings einstweilen als genehmigt.<sup>105</sup>

Anzumerken bleibt, dass auch der Verwaltungsrat der X. AG der Geschäftsführerin übergeordnet ist, doch hat er infolge der Delegation der Geschäftsführung an die Z.A. Limited die konfliktträchtige Konstellation selbst geschaffen und erscheint unter den gegebenen Umständen zur Genehmigung dieser Konstellation nicht als ausreichend unabhängig: B., der als Präsident des dreiköpfigen Verwaltungsrates der X. AG amtiert, verfügt über 72,6 Prozent der Stimmrechte an der W. AG, welche die Z. AG (Mehrheitsaktionärin der X. AG), bei der B. Geschäftsführer ist, kontrolliert. Und die Z. AG wiederum beherrscht die Z.A. Limited, also die Geschäftsführerin der X. AG. Die Geschäftsführerin steht damit zumindest dem Anschein nach in einem Konflikt zwischen den Interessen der X. AG und denjenigen des Mehrheitsaktionärs, der sie beherrscht. Unter diesen Umständen wäre der Einbezug der Generalversammlung als Ermäch-

<sup>93</sup> WATTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 717 OR, N 6a.

<sup>94</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 18. März 2008, S. 1687.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 728 Abs. 1 OR und Art. 729 Abs. 1 OR.

<sup>96</sup> In Analogie zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht sowie Revisionsaufsichtsgesetz), BBl 20. Juli 2004, S. 4018.

<sup>97</sup> Vgl. den Wortlaut unter II.2.

<sup>98</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2 am Ende.

<sup>99</sup> Im Kotierungsprospekt der Swiss Finance & Property Investment (vgl. dazu schon FN 20) vom 16. November 2007 betreffend der damaligen Kotierung der Aktien an der BX Berne eXchange wird unter den Risikofaktoren, Ziff. 3.6, auf die Möglichkeit von Interessenkonflikten hingewiesen, da die Gesellschaft und der Asset Manager den gleichen Hauptaktionär haben.

<sup>100</sup> Vgl. den Wortlaut der vorgeschlagenen Statutenbestimmung unter II.2.

<sup>101</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.2 am Ende, wo auch ausgeführt wird, dass diese «*restriction tendant à éviter la naissance de possibles conflits d'intérêts, est bien de la compétence de l'assemblée générale ..., laquelle peut donc prendre une décision valable concernant cet objet lorsqu'elle sera appelée à le faire*».

<sup>102</sup> Vgl. dazu Bundesgericht 4C.25/2005 vom 15. August 2005, E. 1 (in BGE 131 III 636 nicht publiziert); BGE 126 III 363 ff., E. 3 und E. 5, wonach im Falle von Konflikten zwischen den Interessen der juristischen Person und jenen des handelnden Organs grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen. Für Rechtsgeschäfte mit «*potentiellen Interessenkonflikten*» verlangte das Bundesgericht zum Schutz der Aktionärsminorität eine entsprechende Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses der Generalversammlung (E. 5); siehe auch DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Art. 698 OR, N 31.

<sup>103</sup> Art. 698 Abs. 1 OR.

<sup>104</sup> Siehe den Wortlaut der vorgeschlagenen Statutenbestimmung unter II.2.

<sup>105</sup> Zur Bedeutung der Teilnahme des Mehrheitsaktionärs an der Beschlussfassung vgl. DUBS/TRUFFER (FN 102), Art. 698 OR, N 31; BÖCKLI (FN 26), § 12, N 44.

tigungs- bzw. Genehmigungsinstanz<sup>106</sup> selbst dann in Betracht gefallen, wenn der Verwaltungsrat der X. AG mit seiner Argumentation vor Bundesgericht durchgedrungen wäre, dass das «Investment Management Agreement» als blosser Standard-Mandatsvertrag, ohne Bedeutung für die Delegation der Geschäftsführung, aufzufassen sei.<sup>107</sup>

### c. Interessenkonflikt und Verantwortlichkeit

Das geltende und in gesteigertem Masse das zukünftige Recht adressieren tatsächliche und potentielle Interessenkonflikte geschäftsführender Organpersonen mittels Wohlverhaltensregeln.<sup>108</sup> Eine Konstellation zwischen der Geschäftsführerin und dem Mehrheitsaktionär, wie sie dem hier zu besprechenden Entscheid zu Grunde liegt, bleibt in der Praxis weiterhin möglich, birgt aber zusätzliche Haftungsrisiken.

Nach der Rechtsprechung sind strenge Massstäbe anzulegen, wenn Organpersonen nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handeln.<sup>109</sup> Dieser Grundsatz fliesst, wie bereits erwähnt wurde, unter geltendem Recht aus der Treuepflicht der geschäftsführenden Organpersonen gegenüber der Gesellschaft gemäss Art. 717 Abs. 1 OR. In einer konfliktträchtigen Entscheidungsfindung liegt eine Pflichtverletzung, die unter Art. 754 OR zur Haftung führen kann.<sup>110</sup> Für den Kläger, der die Haftung einer geschäftsführenden Organperson mit einem Interessenkonflikt bzw. mangelnder Unabhängigkeit begründen will, dürfte sich freilich der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Pflichtwidrigkeit als «pièce de résistance» erweisen. Allerdings wird einer geschäftsführenden Organperson im Falle des Handelns unter Interessenkonflikt eine faktische Vermutung entgegen stehen, welche eine erhebliche Akzentuierung der Darlegungs- und Gegenbeweislaster dieser Organperson bewirken dürfte. Nach einer für die Revisionsstelle entwickelten Lehrmeinung führt fehlende Unabhängigkeit zu «einer Art Beweislastumkehr», indem die abhängige Revisionsstelle, welche einen Fehler in der Jahresrechnung übersehen hat, darlegen muss, dass auch eine unabhängige Prüferin diesen Fehler bei Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht entdeckt hätte.<sup>111</sup> Diese Regel dürfte auch bei den geschäftsführen-

den Organpersonen Anwendung finden.<sup>112</sup> Damit wird augenscheinlich, dass sich im Falle des Scheiterns eines geschäftlichen Vorhabens aus einem begleitenden Interessenkonflikt für die Entscheidungsträger alsbald potentielle Haftungsrisiken ergeben können.

Diesen Haftungskeim gilt es auch als Bestandteil der wirtschaftlichen Verflechtung zu beachten, wie sie im vorliegenden Fall zwischen der Geschäftsführerin (Z.A. Limited) und dem Mehrheitsaktionär der X. AG besteht. Daraus können sich nicht nur für die Z.A. Limited, sondern nach einer verbreiteten Meinung auch für die Personen, welche die Geschäftsführung für die Z.A. Limited besorgen,<sup>113</sup> unter Art. 754 Abs. 1 OR Haftungsrisiken ergeben. Seitens der Verwaltungsräte der X. AG ist die Wahl einer potentiell konfliktbelasteten Geschäftsführerin insbesondere unter dem Auswahlverschulden zu würdigen, was sich im Rahmen des Entlastungsbeweises nach Art. 754 Abs. 2 OR negativ auswirken kann.

Aktionäre, welche die vorgeschlagene Statutenbestimmung<sup>114</sup> verwerfen und später mit einer Verantwortlichkeitsklage ein pflichtwidriges Handeln der Geschäftsführerin wegen eines Interessenkonflikts geltend machen wollen, müssten sich allenfalls ein widersprüchliches Verhalten anrechnen lassen (*venire contra factum proprium*).

## 5. Zugang zur Generalversammlung mittels Traktandierung

### a. Im Zweifel zu Gunsten der Traktandierung

Das Gesetz weist sowohl der Generalversammlung in Art. 698 OR als auch dem Verwaltungsrat in Art. 716a OR unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu. Wenngleich Art. 698 Abs. 1 OR die Generalversammlung als «oberstes Organ» der Aktiengesellschaft bezeichnet, wird nicht die Omnipotenz der Generalversammlung etabliert, sondern ein nach dem wertenden Entscheid des Gesetzgebers balanciertes Machtgefüge mit zwingenden Organkompetenzen beider Organe, welches als *Paritätsprinzip* bezeichnet wird.<sup>115</sup> Im Einzelnen ist die Rechtslage bei der Kompetenzabgrenzung zwischen der

<sup>106</sup> Vgl. die in FN 102 verwiesenen Quellen.

<sup>107</sup> Vgl. schon oben unter IV.1.a sowie Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 3.

<sup>108</sup> Vgl. oben IV.4.a.

<sup>109</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.2; BGE 113 II 52, E. 3.a.

<sup>110</sup> Botschaft Aktienrechtsrevision 2007 (FN 94), S. 1688 f.; vgl. auch ROLF WATTER, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, Eigentore im Bereich der Corporate Governance, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, S. 295.

<sup>111</sup> KATJA ROTH PELLANDA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung der Revisionsstelle, SZW 2003, S. 291; WATTER/RAMPINI (FN 60), Art. 728 OR, N 67.

<sup>112</sup> Im Urteil 4C.139/2001 vom 13. August 2001 hat das Bundesgericht in E. 2.a.bb, wenn auch zur Rechtsstellung des Liquidators, festgehalten: «Dem Liquidator steht zwar wie dem Verwaltungsrat ein beachtlicher Handlungsspielraum zur Verfügung. Dieser wird jedoch dadurch begrenzt, dass der Liquidator die Interessen der Gesellschaft wahren muss und er nicht im eigenen Interesse oder in jenem von bestimmten Aktionären oder von Drittpersonen handeln darf. Dazu kommt, dass bei einem Handeln unter Interessenkonflikt die sonst geltende Vermutung zu Gunsten eines pflichtgemässen Handelns entfällt und stattdessen Pflichtwidrigkeit zu vermuten ist.»

<sup>113</sup> WATTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 716b OR, N 12; BÖCKLI (FN 26), § 13, N 559.

<sup>114</sup> Vgl. den Wortlaut der Statutenbestimmung oben unter II.2.

<sup>115</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 42), § 20, N 12 ff.

Generalversammlung und dem Verwaltungsrat oft unklar und umstritten, sodass sich bei unliebsamen Traktandierungsbegehren von Aktionären Diskussionen ergeben können.<sup>116</sup>

Dem Zugang zur Generalversammlung kommt unter dem Gesichtspunkt der Governance in der Aktiengesellschaft eine grosse Bedeutung zu. Das Bundesgericht folgt der Lehre, welche die Traktandierung lediglich ausschliesst, sofern ein Verhandlungsgegenstand *ganz offensichtlich* («manifestement») und *zweifellos* («sans conteste») nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt.<sup>117</sup> Über einen Gegenstand, der *unzweifelhaft* («indubitablement») nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt, sollte durch diese auch nicht beschlossen werden, weil ansonsten gegen die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft verstoßen würde, was zur Nichtigkeit des Beschlusses der Generalversammlung führt (Art. 706b Ziff. 3 OR). Sofern die Abgrenzung der Kompetenzen hingegen zweifelhaft ist, muss der Verwaltungsrat ein Traktandum der Generalversammlung zur Abstimmung vorlegen.<sup>118</sup> Das Bundesgericht spricht sich mit dieser *Zweifelsregel* zu Gunsten der Stimme der Aktionäre («Voice») aus. Hingegen lässt sich dem Urteil nichts zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung entnehmen. Die Zweifelsregel des Bundesgerichts steht ausschliesslich im Kontext des Zugangs zur Generalversammlung mittels Traktandierung, ohne die konkrete Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bzw. einen allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsprozess zu präjudizieren.<sup>119</sup>

## b. Erweiterte Zugangskontrolle zur Generalversammlung

Das Bundesgericht hält fest, dass es sich bislang nicht zum Spielraum des Verwaltungsrates bei der Traktandierung geäussert hat.<sup>120</sup> Allerdings hat das Gericht in

einem Urteil vom 4. Juni 2002,<sup>121</sup> wenn auch zu einer Genossenschaft, jedoch mit Verweis auf die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft, ausgeführt, dass der Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung durch das Gericht lediglich daraufhin geprüft werde, ob die formellen Voraussetzungen gegeben sind.<sup>122</sup> Die formellen Voraussetzungen umfassen die Stellung des Antragstellers als Aktionär, die Erfüllung des betreffenden Schwellenwertes gemäss Art. 699 Abs. 3 OR, die Schriftlichkeit und inhaltliche Vollständigkeit sowie die rechtzeitige Einreichung des Traktandierungsbegehrens.<sup>123</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Verwaltung (der Genossenschaft) hingegen *«nicht berechtigt, darüber zu entscheiden, ob die beantragten Traktanden sinnvoll sind oder nicht.»*<sup>124</sup> Wenngleich es in diesem Fall mit der Abberufung des (Genossenschafts-)Präsidenten um einen Verhandlungsgegenstand ging, der unstreitig in der Kompetenz der Generalversammlung lag,<sup>125</sup> scheint BGE 137 III 503 den Zugang zur Generalversammlung – im Vergleich zum erwähnten genossenschaftsrechtlichen Präjudiz – eher zu beschränken, da im Rahmen der neuen Zweifelsregel des Bundesgerichts neben einer Prüfung der formellen Voraussetzungen eine gewisse, sogleich noch zu erläuternde materiell-rechtliche Prüfung der Kompetenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat unumgänglich ist.

Liegen Aktionär und Verwaltungsrat über die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes im Streit, erfolgt die gerichtliche Klärung nach Art. 699 Abs. 4 OR im *summarischen Verfahren* (Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO). Da die Einberufungs- und Traktandierungsklage unter dem Gesichtspunkt einer funktionierenden Corporate Governance beschleunigt erledigt werden müssen,<sup>126</sup> bleibt es auch im Rahmen der bundesgerichtlichen Zweifelsregel dabei, dass die Beurteilung der Kompe-

<sup>116</sup> Vgl. zur Frage nach dem anwendbaren Rechnungslegungswerk URS BERTSCHINGER, *Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung*, AJP 2001, S. 903 ff.

<sup>117</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.1.

<sup>118</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.1: «Toutefois, s'il y a doute sur le point de savoir si la question à débattre est du domaine de compétence exclusif de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, ledit conseil doit alors inscrire l'objet à l'ordre du jour»; und «Par contre, le Tribunal fédéral précise que s'il existe une *quelconque incertitude* à ce propos, le conseil d'administration doit déférer à la requête de l'actionnaire et inscrire l'objet à l'ordre du jour»; vgl. zur Differenzierung der Traktandierungsbegehren, die auf einen nichtigen oder anfechtbaren Beschluss ausgerichtet sind, BURG/VON DER CRONE (FN 50), S. 61 ff. Diese Autoren stellen hohe Anforderungen an eine Ausnahme von der Traktandierungspflicht (S. 63 f. und S. 71).

<sup>119</sup> Vgl. auch DUBS/TRUFFER (FN 102), Art. 699 OR, N 29, sowie sogleich unter IV.5.b.

<sup>120</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.1.

<sup>121</sup> Bundesgericht 4C.272/2001 vom 4. Juni 2002, E. 5.2 (nicht publiziert in BGE 128 III 375); dazu auch DUBS/TRUFFER (FN 102), Art. 699 OR, N 18; STEFAN KNOBLOCH, *Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten*, Zürich 2011, S. 424.

<sup>122</sup> Ähnlich schon BGE 112 II 147, E. 2.a.

<sup>123</sup> DIETER DUBS, *Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht*, Zürich 2008, N 43.

<sup>124</sup> Bundesgericht 4C.272/2001 vom 4. Juni 2002, E. 5.2 (nicht publiziert in BGE 128 III 375); auf dieser Linie auch Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich, Urteil vom 16. November 1993, ZR 94/1995, Nr. 43, S. 136: «Das Eingriffsrecht (gemäss Art. 699 Abs. 4 OR) des Richters ist dabei rein formaler Natur. Er untersucht weder die materielle Begründetheit des Gesuchs, noch die rechtliche Durchsetzbarkeit der Verhandlungsgegenstände in der Traktandenliste...»

<sup>125</sup> Art. 890 Abs. 1 OR.

<sup>126</sup> STEPHAN MAZAN, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Art. 250, N 29; BGE 102 Ia 209, S. 211, wo sich auch das Argument findet, dass Art. 699 Abs. 4 OR den praktischen Bedürfnissen entspreche und eine dringliche Einberufung einer Generalversammlung ermöglichen soll. Der Richter sei deshalb nicht verpflichtet, die Besitzfrage der Aktien endgültig zu klären, da in diesem Fall kaum mit der nötigen Schnelligkeit vorgegangen werden könnte.

tenzabgrenzung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat im summarischen Verfahren *provisorisch* erfolgt<sup>127</sup> und folglich in einem allfälligen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsprozess<sup>128</sup> vertieft überprüft werden kann.

Unter dem Vorbehalt offensichtlicher Gesetzeswidrigkeit wirkt sich die Zweifelsregel des Bundesgerichts<sup>129</sup> bei der Prüfung eines Traktandierungsbegehrens durch das Gericht – wie beim Verwaltungsrat<sup>130</sup> – tendenziell zu Gunsten der Zulassung eines Begehrens bzw. der Traktandierung aus.<sup>131</sup> Wird die Verweigerung der Traktandierung vom Gericht geschützt, kann die materiell-rechtliche Abgrenzung der Organkompetenzen nicht in einem Anfechtungsverfahren<sup>132</sup> aufgegriffen werden, da es an einem Beschluss der Generalversammlung bzw. an einem Anfechtungsobjekt mangelt. Es bleibt – selbst nach einem erfolglosen Summarverfahren<sup>133</sup> – jedoch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses, mit welchem die Traktandierung eines Gegenstandes abgelehnt wurde,<sup>134</sup> da bei der Traktandierung ein dem Aktionär vom Gesetz zwingend gewährtes Recht in Frage steht (Art. 714 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 1 OR).

## 6. Richterliche Anordnungen zur Durchführung der Generalversammlung

Sofern sich der Verwaltungsrat einem Begehren auf Einberufung einer Generalversammlung oder Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes<sup>135</sup> widersetzt, steht – trotz des zu engen Gesetzeswortlautes – in beiden Fällen der Gang ans Gericht offen (Art. 699 Abs. 4 OR).<sup>136</sup> Nach dem Wortlaut dieser Norm hat der Richter auf Antrag des Gesuchstellers «die Einberufung anzuordnen». Der Buchstabe des Gesetzes deutet eher auf eine richterliche Anordnung an den Verwaltungsrat der Gesellschaft hin, die Generalversammlung einzuberufen.<sup>137</sup> Sofern sich dieses Vorgehen von vornherein als nutzlos erweist, weil davon auszugehen ist, dass sich der Verwaltungsrat der Anordnung des Richters widersetzen

wird,<sup>138</sup> hat das Bundesgericht bereits vor einigen Jahren entschieden, dass der Richter die Generalversammlung selbst einberufen kann.<sup>139</sup> In BGE 132 III 555 wird die über den Wortlaut des Gesetzes hinaus gehende, aber dessen Zweck folgende direkte Einberufung der Generalversammlung durch das Gericht mit den überwiegenden Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit seiner Mitglieder gerechtfertigt, hinter welche Einzelinteressen, die zu einer Blockierung der Gesellschaft führen könnten, zurückstehen müssen. Die direkte Einberufung der Generalversammlung durch den Richter greift nur, sofern die Verzögerung für den Aktionär mit einem ernsthaften Nachteil verbunden wäre.<sup>140</sup> Die richterliche Einberufung der Generalversammlung unterliegt allemal Art. 700 Abs. 1 und 2 OR.<sup>141</sup>

Weil für die Interessen des Aktionärs in casu keine Gefahr im Verzug war, hält das Bundesgericht fest,<sup>142</sup> dass für die kantonale Instanz kein Anlass bestand, die Generalversammlung selbst einzuberufen. Stattdessen hatte die Vorinstanz den Verwaltungsrat der Gesellschaft angewiesen, das strittige Traktandum der ordentlichen Generalversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen, welche nach Gesetz und Statuten vor dem 1. Juli 2011 bzw. innert 60 Tagen seit Zustellung des kantonalen Entscheides stattfinden sollte. Andernfalls war nach dem vorinstanzlichen Entscheid eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, um die strittige Statutenbestimmung<sup>143</sup> zur Abstimmung zu bringen.<sup>144/145</sup> Das Bundesgericht bestätigt dieses Urteil der Vorinstanz.

<sup>127</sup> BURG/VON DER CRONE (FN 50), S. 64, sprechen sich für eine «beschränkte materiell-rechtliche Prüfungsbefugnis» des Gerichts aus.

<sup>128</sup> Art. 706 OR, Art. 706b OR, Art. 714 OR.

<sup>129</sup> Dazu schon oben IV.5.a.

<sup>130</sup> Dafür spricht auch der Umstand, dass der Verwaltungsrat, der ein umstrittenes Traktandierungsbegehren eines Aktionärs zur Abstimmung zulässt, grundsätzlich nicht von der nachträglichen Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses ausgeschlossen ist.

<sup>131</sup> In diesem Sinne schon HOMBURGER (FN 36), Art. 716a OR, N 615.

<sup>132</sup> Art. 706 OR.

<sup>133</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 9 ZPO.

<sup>134</sup> Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR betreffend Vorbereitung der Generalversammlung durch den Verwaltungsrat; siehe dazu auch WÄTTER/ROTH PELLANDA (FN 34), Art. 716a OR, N 30.

<sup>135</sup> Art. 699 Abs. 3 OR.

<sup>136</sup> Vgl. DUBS/TRUFFER (FN 102), Art. 699 OR, N 33.

<sup>137</sup> Vgl. auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR.

<sup>138</sup> Es handelt sich um einen Fall der antizipierten Leistungsverweigerung; vgl. Art. 108 Ziff. 1 OR, der i.V.m. Art. 7 ZGB (dazu schon bei FN 27) auch im Aktienrecht Anwendung findet.

<sup>139</sup> BGE 132 III 555, E. 3.4.3.2, zu einem Fall, in welchem der einzige Verwaltungsrat mit der Gesellschaft über einen Betrag im Umfang des Vierfachen des Aktienkapitals im Streit lag.

<sup>140</sup> BGE 132 III 555, E. 3.4.3.2: «s'il y a péril en la demeure».

<sup>141</sup> BGE 132 III 555, E. 3.4.3.3.

<sup>142</sup> Bundesgericht 4A\_350/2011, E. 4.4.

<sup>143</sup> Vgl. den Wortlaut der vorgeschlagenen Statutenbestimmung unter II.2.

<sup>144</sup> Cour de Justice Genf (FN 7), E. 6.

<sup>145</sup> Vgl. zur angemessenen Frist zur Einberufung einer Generalversammlung auch Bundesgericht 4C.272/2001 vom 4. Juni 2002, E. 5.1.2 (nicht publiziert in BGE 128 III 375).