

Aktuelle



Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

**JURISTISCHES
Praxis**

SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 301, CH-8853 Lachen
Tel. 055/442 68 80, Fax 055/442 68 81
E-Mail: Bestellung@dike.ch
Internet: www.dike.ch

positive Aussage zu Geschäftsführungsentscheiden durch die Generalversammlung in der Aktiengesellschaft gemacht⁴⁵.

Es bleibt somit der Einwand, dass sich die Beschlussdelegation an die Generalversammlung an der Ordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stosse⁴⁶. Dazu ist zu bemerken, dass die *faktische Organschaft* von Personen, welche Geschäftsführungsentscheide fällen, bei der Delegation "nach oben" eine zentrale Bedeutung erlangt. Unbestritten ist, dass der Hauptaktionär, der in die Geschäftsführung eingreift, als faktisches Organ zu behandeln ist und damit der Verantwortlichkeit des Art. 754 Abs. 1 OR unterliegt⁴⁷. Ob ein Aktionär Geschäftsführungsentscheide innerhalb oder ausserhalb der Generalversammlung fällt, kann für die Beurteilung seiner Verantwortlichkeit keine Rolle spielen. Dass mehrere oder gar eine Vielzahl von Aktionären an einem Geschäftsführungsentscheid beteiligt sind, ändert am Problem der Verantwortlichkeit ebenfalls nichts. Für die Anwendbarkeit des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts ist die Art der Aufgabe entscheidend. Massgeblich ist die Mitwirkung an bedeutenden Geschäftsführungsbeschlüssen. Die Grösse der Beteiligung eines Aktionärs spielt dabei keine Rolle, denn die aktienrechtliche Verantwortlichkeit setzt nicht eine weitgehend selbstständige Entscheidungskompetenz voraus. Würde die Verantwortung aus Geschäftsführung eine derartige Machtfülle voraussetzen, so könnten Mitglieder von Verwaltungsräten, welche in grösseren Gremien Entscheide fällen, angesichts ihres relativ geringeren Einflusses auch nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden.

Die Angelsachsen sagen, "there is no such thing as a free lunch"; Macht und Verantwortung gehen eben Hand in Hand. Es zeichnet sich somit für Aktionäre, welche in der Generalversammlung für die Führung der Gesellschaft massgebliche Entscheide fällen, klar die Verantwortlichkeit aus Geschäftsführung ab⁴⁸. Aktivlegitimiert sind neben der Gesellschaft und den Gläubigern auch die einem schadenstiftenden Generalversammlungsbeschluss nicht zustimmenden Aktionäre. Selbstverständlich ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit auch in diesem Falle an die allgemeinen Voraussetzungen gebunden. Es muss also ein Schaden, eine Pflichtverletzung und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung vorliegen. Selbstverständlich ist auch, dass nur diejenigen Aktionäre der Geschäftsführungshaftung unterliegen, welche einem schadenstiftenden Beschluss zugestimmt haben. Wo die Passivlegitimation nicht offensichtlich ist, wird die zivilprozessuale Aktenevidenzpflicht der Gesellschaft bedeutsam. Nach der Zürcher Zivilprozessordnung wäre die Gesellschaft wohl zur Lüftung des Stimmgeheimnisses verpflichtet. Es ist nicht anzunehmen, dass das Geschäftsgeheimnis gemäss § 160 Abs. 2 ZPO die Zeugnisverweigerung zu rechtfertigen vermag. Problematisch kann die Situation für den Kläger bei Inhaberaktien sein. Hier weiss die Gesellschaft allenfalls nicht, wer welche Stimmkarte eingelegt hat. Zwar tönt es bitter, aber Recht haben und Recht bekommen ist bekanntlich zweierlei; der Kläger trägt die Folgen der Beweislosigkeit. Man sollte deshalb de lege ferenda über eine Identifikationspflicht der Gesellschaft hinsichtlich der Stimmabgabe der Aktionäre nachdenken.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die Vorschriften zur Einberufung der Generalversammlung und zur Traktandierung von Verhandlungsgegenständen sind im Sinne der Aktionärsdemokratie liberal auszulegen. Die Generalversammlung ist ein mächtiges Gesellschaftsorgan, das weit mehr entscheiden kann, als vielen Verwaltungsräten lieb sein dürfte. Konsultativabstimmungen sind stets zulässig. Sie dürften bei Verwaltungsräten allerdings nicht allzu beliebt sein, weil sie deren Entscheide faktisch weitgehend präjudizieren können. Zudem könnte dem Verwaltungsrat anlässlich einer Konsultativabstimmung auch der (wohl unberechtigte) Vorwurf der Führungsschwäche und selbstständigen Entschlusskraft gemacht werden. Bei einer zulässigen Beschlussdelegation an die Generalversammlung ist eine allfällige aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Aktionärs nicht ein Wermutstropfen für die Aktionärsdemokratie, sondern die logische Konsequenz der Entscheidungskompetenz der Aktionäre: Wer mitgestalten will, trägt Verantwortung!

45 HANS CASPAR VON DER CRONE, Finanz und Wirtschaft, 21. Oktober 2000, Nr. 84, 25, hat sich zur zukünftigen Rolle der Generalversammlung wie folgt geäussert: "In vielen Schweizer Gesellschaften ist es möglich, wesentliche Betriebsteile zu veräussern, ohne dass die Generalversammlung mitbestimmen kann. Es wäre aber richtig, der Aktionärsversammlung eine maximale Anzahl der wichtigen Unternehmensentscheidungen zu überlassen. Die Generalversammlung sollte als einfaches, schnelles und transparentes Organ ausgestaltet werden und sich ihrer Bedeutung als oberstes Entscheidungsorgan bewusst werden". Meines Erachtens sind – im Grundsatz zur herrschenden Meinung – diese Forderungen teilweise bereits unter geltendem Recht umsetzbar.

46 Vgl. oben bei FN 38.

47 Vgl. Botschaft (FN 11), 191.

48 Unter Art. 29 Abs. 2 BEHG (dazu schon oben bei FN 41) wird jedenfalls vermehrt die Verantwortlichkeit des Aktionärs aus fehlerhafter Geschäftsführung vertreten (U. BERTSCHINGER [FN 41] 333 f.; CH. 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, 274, FN 71; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Organverhaltens- und Organhaftungsregelung im Börsenrecht, AJP/PJA 1998, 1322 f.).

Au sens de l'art. 699 al. 3 CO, même les votes des actions liées devraient être considérés comme "représentés". L'assemblée générale est un organe puissant, qui peut prendre, en dehors de l'article 716a CO et malgré le principe de la parité, des décisions sur la gestion. C'est par exemple de la compétence de l'assemblée générale de décider de la manière comment les comptes sont présentés. La responsabilité des actionnaires qui ont participé aux décisions de gestion n'est pas une goutte d'amertume pour la démocratie des actionnaires, mais elle est la conséquence logique du pouvoir de décision des actionnaires.

(Alexander Berger)

Der Déchargebeschluss

908



Prof. Dr. ROLF WATTER,
LL.M., Rechtsanwalt, Zürich



Dr. DIETER DUBS,
St. Gallen/Zürich

Inhaltsübersicht:

- A. Rechtliche Einordnung und die Bedeutung des Déchargebeschlusses
 - I. Die gesetzliche Regelung der Entlastung
 - II. Der rechtliche Gehalt der Entlastung
 - 1. Erteilung der Entlastung und deren Wirkung
 - 2. Die materielle Tragweite der Entlastung im Einzelnen
 - 2.1. Allgemeiner Entlastungsbeschluss und Spezialbeschluss
 - 2.2. Bekanntgegebene Tatsachen im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR
 - 3. Verweigerung der Entlastung und deren Folgen
 - III. Die sechsmonatige Verwirkungsfrist nach Art. 758 Abs. 2 OR
- B. Das Entlastungsverfahren
 - I. Zum Entlastungsanspruch der Mitglieder des Verwaltungsrates
 - II. Globalentlastung oder Einzelentlastung
 - III. Grundsätzliches zum gesetzlichen Stimmrechtsausschluss beim Entlastungsbeschluss
 - IV. Das Nennwertprinzip beim Entlastungsbeschluss aufgrund der Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR
 - V. Die Ergebnisermittlung der Beschlussfassung über die Entlastung
- C. Insbesondere: Der Stimmrechtsausschluss beim Entlastungsbeschluss
 - I. Grundsatz und Zwecksetzung des gesetzlichen Stimmrechtsausschlusses
 - II. Die vom Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR erfassten Personen
 - III. Zum Bestehen sachlicher Anwendungsvoraussetzungen des Stimmrechtsausschlusses
 - IV. Der Entscheid über die Stimmenzulassung und Sanktionen bei fehlerhaftem Entlastungsverfahren

A. Rechtliche Einordnung und die Bedeutung des Déchargebeschlusses

I. Die gesetzliche Regelung der Entlastung

Das Aktienrecht regelt die Entlastung¹ (Décharge) nicht umfassend in einer Gesetzesbestimmung; vielmehr bestim-

men mehrere Artikel Teilaspekte der gesetzlichen Entlastungsordnung: Als Kompetenznorm weist Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR der Generalversammlung die "unübertragbare Befugnis" zu, über die "Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates" Beschluss zu fassen. Art. 758 OR befasst sich mit der "Wirkung des Entlastungsbeschlusses", wobei diese Bestimmung weniger die materielle Rechtslage prägt als vielmehr prozessrechtlich ausgerichtet ist. Zum Regelungsumfeld des Déchargebeschlusses ist u.E. auch Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR zu zählen, wonach bei der "Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage" die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien nicht anwendbar ist und mithin bei der Abstimmung das Nennwertprinzip gilt.

Verallgemeinert beruht die Déchargeerteilung auf einer *doppelten Grundlage*²: Zum einen ist die Entlastung auf den vertragsrechtlichen Charakter der Rechtsstellung des Mitgliedes des Verwaltungsrates gegenüber der Gesellschaft zurückzuführen und zum anderen ist sie Teilaspekt der Aufsichtsfunktion der Generalversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat.

Zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen über die Entlastung können (inhaltlich beschränkte und sich an das zwingende Recht haltende) *statutarische Regeln* hinzukommen³, so etwa die Abänderung des ordentlichen Beschlussquorums für die Déchargeerteilung⁴; zulässig ist auch die sta-

- 1 Im schweizerischen Recht ist das Rechtsinstitut der "Entlastung" in Fällen der Geschäftsführung regelmässig anzutreffen, so – abgesehen vom Gesellschaftsrecht – z.B. bei der Entlastung des Vormundes durch die Vormundschaftsbehörde (vgl. z.B. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, § 51) oder bei der Entlastung des Beauftragten durch den Auftraggeber nach der Auftragsbefreiung und Rechenschaftsablegung (vgl. z.B. WALTER FELLMANN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–404, Bern 1992, Art. 400 N 69 ff.). Sämtlichen Entlastungstatbeständen dürfte gemeinsam sein, dass sie im Nachgang zur Rechenschaftsablegung über die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen erfolgen.
- 2 Vgl. dazu WOLFHART F. BÜRGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738, Zürich 1969, Art. 698 N 79.
- 3 So ausdrücklich BGE 65 II 2 ff., 12: Die Déchargeerteilung "kann dem Grundsatz nach nur so weit reichen, als allfällige Verletzungen aus den der Generalversammlung zu Verfügung gestellten Unterlagen ersichtlich waren... Es steht nun aber an sich nichts entgegen, dass eine Aktiengesellschaft in ihren Statuten eine von diesem Prinzip abweichende Ordnung trifft. Denn das Verhältnis der Aktiengesellschaft zu ihren verantwortlichen Organen ist vertraglicher Natur und daher an sich ergänzender oder abweichender Parteiabrede zugänglich. Die Grenze liegt in den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen."

tutarische Festlegung, dass über den Wortlaut von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR hinausgehend auch die Mitglieder der Geschäftsführung einen "Anspruch" auf Entlastung haben. Unzulässig wäre aber beispielsweise die Ausdehnung der Wirkung der Décharge mittels Statutenbestimmung auf Ansprüche der Aktionäre aus direktem Schaden.

Eine *vertragliche Verpflichtung* zur Déchargeerteilung ist nur als Vereinbarung zwischen Aktionären möglich; die Gesellschaft könnte bei einer solchen Abmachung nicht Vertragspartei sein, da eine solche Verpflichtung die ausschliessliche Zuständigkeit der Generalversammlung nach Art. 698 Abs. 2 Ziffer 5 OR verletzen würde. Auch einen Verzicht auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen kann die Gesellschaft einer Organperson nicht vertraglich zusichern; denn ein solcher Vertrag widerspricht der aktienrechtlichen Kompetenzordnung des Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR, wonach sich indirekt eine Zuständigkeit der Generalversammlung ergibt, über die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen zu befinden⁴. Allerdings greift diese Bestimmung nur insoweit in die ausschliessliche Kompetenzzuweisung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat ein, als die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage als Auftrag besonderer Art an den Verwaltungsrat zu verstehen ist.

Die Gesellschaft kann gestützt auf Art. 755 OR die Revisionsstelle aus Revisionshaftung einklagen. Aus diesem Grund – was sich aber auch bereits aus der Gesetzessystematik ableiten lässt – kann die Generalversammlung auch der *Revisionsstelle Entlastung erteilen*⁵.

Entgegen dem (zu engen) Wortlaut des Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR kann die Generalversammlung nicht nur eine Entlastungserklärung gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrates aussprechen, sondern auch die geschäftsführenden Personen in den Déchargebeschluss einschliessen. Die Frage, ob die Generalversammlung auch Personen ohne Organstellung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts – wie in der Regel Prokuristen oder Bevollmächtigten – wirksam Décharge erteilen kann⁶, ist nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen. Denn der Déchargebeschluss bezieht sich aufgrund seiner systematischen Einreihung im Gesetz nur auf ausservertragliche Ansprüche *gegen Organpersonen* und kann nicht auf vertragsrechtliche Verhältnisse der Gesellschaft mit *Personen ohne Organeigenschaft* wirken. Ein Verzicht auf Ansprüche gegen solche Personen kann anders gesagt nur vom Verwaltungsrat oder anderen Exekutivorganen ausgesprochen werden.

II. Der rechtliche Gehalt der Entlastung

1. Erteilung der Entlastung und deren Wirkung

Was die Rechtsnatur der Décharge anbelangt, handelt es sich beim Entlastungsbeschluss nach herrschender Lehre um eine *negative Schuldanererkennung* mit dem Inhalt, dass gegen die aktienrechtlich verantwortlichen Geschäftsführungsorgane für die fragliche Zeitspanne keine Forderung der Gesellschaft wegen absichtlich oder fahrlässig

mangelhafter Geschäftsführung entstanden ist und in diesem Sinne ein Verzicht ausgesprochen wird⁸. Insofern wird mit der Entlastungserteilung festgestellt, dass keine Forderungen der Gesellschaft gegen den Verwaltungsrat oder – falls der Beschluss entsprechend abgefasst ist – generell gegen die mit der Geschäftsführung betrauten Personen aus Haftung im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit bestehen, wobei sich diese Feststellung nur auf die durch den Beschluss in sachlicher ("bekanntem") und zeitlicher (in aller Regel das vergangene Geschäftsjahr, über dessen Abschluss an der gleichen Generalversammlung entschieden wird) Hinsicht gedeckten geschäftlichen Vorkommnisse bezieht. Die Entlastung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; aufgrund dieser Qualifikation kann die Déchargeerteilung einer Beschränkung oder Bedingung unterworfen werden und ist ganz allgemein der Auslegung fähig⁹.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Décharge umschrieben als eine "Erklärung, dass gegen die entlasteten Organe aus deren Geschäftsführung während einer bestimmten Geschäftsperiode keine Forderungen geltend gemacht werden"¹⁰. Die Déchargeerteilung ist ein

4 Vgl. zu der Gestaltungsfreiheit der statutarischen Beschlussquoren insb. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1409c ff.

5 Unter diesem Aspekt ist ein Vergleich des Verwaltungsrates mit einer "haftbaren" Organperson über Ansprüche der Gesellschaft aus Verantwortlichkeitsrecht problematisch. Für den Fall, dass die Generalversammlung mit der fehlbaren Verwaltung einen Vergleich abschliesst, vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 139 ff., WOLFHART F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 81 und insb. ANDRÉ E. BARBEY, La Décharge en droit suisse, Genève 1949, 66 ff.

6 P. BÖCKLI (FN 4), N 1258f; P. FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 455; ULRICH WEHRLI, Die Entlastung der Kontrollstelle einer Aktiengesellschaft, SJZ 1944, 310 ff.

7 Wohl zustimmend ERIC L. DREIFUSS/ANDRÉ E. LEBRECHT, Kommentar zu Art. 698 N 24, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994.

8 W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 78 m.w.Hw.; W. F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Aktiengesellschaft, Art. 739–771, Zürich 1979, Art. 757 N 1; vgl. insb. auch PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einreihung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993, 153 ff.; vgl. auch zum Vereinsrecht AUGUST EGGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht (Art. 11–89 ZGB), Zürich 1930, Art. 69 N 9.

Nach A. E. BARBEY (FN 5), 56 ff. und RENO PICENONI, Der Entlastungsbeschluss (Décharge), Aarau 1945, 10, kommt demgegenüber dem Entlastungsbeschluss hauptsächlich Verzichtsscharakter zu.

9 BGE 78 II 155 f., 156. Zur Décharge als empfangsbedürftigem Rechtsgeschäft auch W. F. BÜRGI/U. NORDMANN-ZIMMERMANN (FN 8), Art. 757 N 5.

10 BGE 51 II 69 ff., 70. Vgl. auch BGE 65 II 2 ff., 12. In BGE 118 II 496 ff., 498 wird die Entlastung als "reconnaissance négative de dette ou renonciation à une prétention" umschrieben.

gesellschaftsinterner Rechtsakt und mithin ohne Aussenwirkungen für Dritte¹¹.

Die materielle Tragweite der Déchargeerteilung ist damit in *mehrfacher Hinsicht eingeschränkt*:

- (1) Der inhaltliche Umfang der Entlastung erfasst nur solche geschäftlichen Vorkommnisse, über die die Generalversammlung in Kenntnis gesetzt wurde; von der negativen Schuldanererkennung gedeckt sind nach dem Wortlaut von Art. 758 OR nur der Generalversammlung "bekanntgegebene Tatsachen".
- (2) Der Déchargebeschluss betrifft eine bestimmte Zeitperiode und ist entweder als eine allgemeine Déchargeerklärung oder als spezielle Entlastung für einzelne Geschäftsvorfälle ausgestaltet. Diese Einschränkungen der Déchargeerklärung beruhen auf einem entsprechenden konkreten Beschlussantrag des Verwaltungsrates oder gegebenenfalls auf einem Antrag eines Aktionärs (oder auch der Revisionsstelle).
- (3) Als gesellschaftsinterner Rechtsakt hat die ausgesprochene Entlastung nur Wirkungen gegenüber der Gesellschaft und gegenüber denjenigen Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt haben oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Keine Wirkungen kann der Entlastungsbeschluss gegenüber aussenstehenden Personen entfalten, namentlich etwa gegenüber Gläubigern, so dass deren Schadenersatzansprüche unbeschadet eines Entlastungsbeschlusses geltend gemacht werden können. Für nichtzustimmende Aktionäre (und Erwerber, die von der Déchargeerklärung nichts wissen) hat der Beschluss insoweit Bedeutung, als sie eine Verantwortlichkeitsklage innert 6 Monaten anhängig machen müssen (Art. 758 OR), mithin also nicht die volle Verjährungsfrist von Art. 760 OR ausnützen können.
- (4) Der Entlastungsbeschluss berührt Ansprüche der Aktionäre aus unmittelbarem (direktem) Schaden nicht¹², da bei dieser Schadensart die Gesellschaft und die Generalversammlung gar nicht betroffen sind.

2. Die materielle Tragweite der Entlastung im Einzelnen

2.1. Allgemeiner Entlastungsbeschluss und Spezialbeschluss

Gegenstand des Entlastungsbeschlusses ist in der Regel der allgemeine Geschäftsgang während einer bestimmten Zeitperiode, normalerweise des Geschäftsjahres. Dieser *allgemeine Entlastungsbeschluss* bezieht sich ganz allgemein auf die Geschäftsvorgänge in der bezeichneten Zeitperiode. Ausgangspunkt der allgemeinen Déchargeerklärung ist vorerst zum einen die Genehmigung des Jahresberichts (Art. 663d OR) und der Jahresrechnung (Art. 662a OR) gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR und zum anderen die Kenntnisnahme des Revisionsberichtes (Art. 729 OR

und 729c OR)¹³. Hinzu kommen als Informationsbasis sämtliche weiteren Mitteilungen an die Generalversammlung sowie alle Tatsachen, die ausserhalb der Generalversammlung den Aktionären zur Kenntnis gebracht wurden. Neben dem üblichen allgemeinen Entlastungsbeschluss ist es auch denkbar, einen Beschluss nur über einen oder mehrere bestimmte spezielle Geschäftsvorfälle zu fassen, etwa über einen Rückkauf von eigenen Aktien. Zulässig ist auch, dass der Antrag zu einer allgemeinen Déchargeerteilung dahingehend ergänzt wird, dass *einzelne Geschäftsvorfälle* durch namentliche Aufzählung ausdrücklich zum Beschlussgegenstand erhoben werden. Im Weiteren kann eine allgemeine Entlastung auch – praktisch als Folge eines Antrages eines Aktionärs nach Art. 700 Abs. 4 OR – unter Vorbehalt bestimmter Geschäftsvorfälle erfolgen, so dass die vom Vorbehalt erfassten Geschäfte von der Déchargeerklärung ausgeschlossen sind. Wie zu zeigen sein wird, kann auch eine Organperson, über deren Entlastung abgestimmt werden soll, in Ausübung des individuellen Antragsrechts den Beschlussgegenstand der Déchargeerteilung (mit-)gestalten. Überhaupt ist die Déchargewirkung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht durch den Antrag bestimmt, der dem Beschluss zugrunde liegt. Die Zulässigkeit verschiedener Ausgestaltungsformen der Décharge ist darauf zurückzuführen, dass der Entlastungsbeschluss eine Willenserklärung der Gesellschaft darstellt. Die grundsätzliche materielle Tragweite des Beschlusses ist somit durch Aus-

11 W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 74; A. E. BARBEY (FN 5), 54 ff.

12 W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 75, N 116.

13 Zahlreiche Lehrmeinungen aus vergangener Zeit vertreten die Ansicht, dass eine vorbehaltlose Zustimmung zur Jahresrechnung eine Entlastungserklärung umfasse (vgl. dazu die Angaben bei HARALD SIEGERT, Die Entlastung der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht im Vergleich mit dem französischen und schweizerischen Recht, Kleve 1966, 46 ff. und W. F. BÜRGI [FN 2], Art. 698 N 73). Allerdings konnte bereits ein in der Generalversammlung erhobener, unwidersprochener Vorbehalt diese Vermutung zerstören (BGE 14, 704). Das Bundesgericht entschied aber im Jahre 1952 gegen die Unterstellung der Entlastungserteilung bei vorbehaltloser Annahme der Jahresrechnung, indem es feststellte, dass die Entlastung und die Genehmigung der Jahresrechnung zwei verschiedene Dinge seien, und es aus diesem Grunde keine allgemeingültige Vermutung gebe, eine vorbehaltlose Genehmigung der Jahresrechnung beinhalte die Entlastung. Der Entlastungsbeschluss sei ein unabhängiger Beschluss nach der Abnahme der Berichte, allerdings seien diese Grundlage des Beschlusses (BGE 78 II 155 f.). Zumindest theoretisch möglich ist aber eine statutarische Bestimmung, die festhält, dass die Genehmigung des Jahresberichtes und der Jahresrechnung gleichzeitig die Déchargeerteilung bedeutet (vgl. BGE 65 II 2 ff., 13). Fraglich ist allerdings, ob ein solch doppelter Beschlussgegenstand unter dem Aspekt der "Einheit der Materie" im Falle einer Anfechtung Bestand haben kann.

legung des Antrages, unter Umständen in Verbindung mit dem Verhandlungsgegenstand (Traktandum) zu ermitteln.

Die Entlastungserklärung erfolgt in der Regel anlässlich der ordentlichen Generalversammlung und deckt somit vermutlich das abgelaufene Geschäftsjahr ab. Möglich ist jedoch auch, die Décharge für eine genau bezeichnete Zeitspanne zu erteilen, sei dies nur für einen Teil des Geschäftsjahres oder für einen das Geschäftsjahr überschreitenden Zeitrahmen. Damit zusammenhängend können die Aktionäre sowohl an ordentlichen als auch an ausserordentlichen Generalversammlungen über eine Décharge befinden. Zu beachten ist jedoch, dass der Kenntnisstand der Generalversammlung an ausserordentlichen Generalversammlungen wegen fehlenden Informationsgrundlagen (Geschäftsbericht) ohne besondere Mitteilungen zu einer stark eingeschränkten "Abdeckungswirkung" der Décharge führt.

2.2. Bekanntgegebene Tatsachen im Sinne von Art. 758 Abs. 1 OR

Der dem Art. 758 OR entsprechende Art. 757 altOR Aktienrecht 1936 beschränkte die Entlastung in keiner Weise. Ausgehend davon, dass der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung als Rechtshandlung wie eine Willenserklärung auszulegen ist, ist die Tragweite der Entlastungserklärung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf der Grundlage des Vertrauensprinzips zu bestimmen¹⁴: "La déclaration de décharge est un acte juridique comme un autre, qui doit être interprété et apprécié comme toute autre déclaration de volonté."¹⁵ Nach dem Vertrauensprinzip ist massgebend, wie der Empfänger der Entlastungserklärung diese Entlastung verstehen muss und durfte. Folglich hat ein Entlastungsbeschluss diejenige materielle Tragweite, die ihr die entlastete Person nach Treu und Glauben, d.h. nach vernünftiger Einschätzung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beimessen darf und muss¹⁶.

Auf diese Rechtsprechung zu Art. 757 altOR¹⁷ bzw. Aktienrecht 1936 nimmt das bei der Neuformulierung des Art. 758 OR aufgenommene Tatbestandselement "bekanntgegebene Tatsachen" Bezug: "Die Ansicht von Lehre und Rechtsprechung, wonach der Entlastungsbeschluss nur für Tatsachen wirkt, die der Generalversammlung bekanntgegeben wurden, wird im Gesetz verankert"¹⁸.

Um die materielle Tragweite der Wirkung der Entlastung im Einzelfall zu bestimmen, ist das Tatbestandselement "bekanntgegebene Tatsachen" des Art. 758 OR entsprechend dem Vertrauensprinzip anzuwenden, wobei zwischen dem allgemeinen Entlastungsbeschluss und einer Déchargeerklärung zu unterscheiden ist, die sich auf einzelne Geschäftsvorfälle beschränkt. Von einem allgemeinen Entlastungsbeschluss ist erfasst, worüber die Generalversammlung Kenntnis hat, sei es, dass ihr entsprechende Informationen anlässlich der Versammlung unterbreitet wurden, sei es, dass sie Kenntnis infolge Mitteilungen ausserhalb der Generalversammlung hat, beispielsweise aufgrund von Aktionärsbriefen oder ad hoc Mitteilungen nach Art. 72 Kotierungsreglement oder dass es sich um notorisch bekannte Tatsachen handelt. Entscheidend ist im Fal-

le der Kenntnis immer das tatsächliche Wissen, unabhängig davon, aus welcher Quelle dieses stammt. Auch lediglich erkennbare Tatsachen sind aufgrund der Massgeblichkeit des Vertrauensprinzips grundsätzlich unter "bekanntgegebene Tatsachen" zu subsumieren¹⁹. Werden Geschäftsvorfälle hingegen aufgrund einer Täuschung nicht korrekt dargestellt, sei es, dass bewusst unvollständige oder (bewusst oder unbewusst) falsche Angaben gemacht werden, kann die beschlossene Entlastung für diese Geschäftsvorgänge nicht greifen; denn diesfalls kann die vermeintlich entlastete Organperson in Anwendung des Vertrauensprinzips nicht von der Entlastung für die getäuscht dargestellten Geschäftsvorkommnisse ausgehen²⁰. Offensichtlich sind folglich wissentlich verschwiegene Tatsachen durch die Déchargeerklärung nicht erfasst, nicht kundgegebene Tatsachen hingegen dann, wenn sie erkennbar waren ("Kennenmüssen")²¹. Die Erkennbarkeit verlangt jedoch bei einem allgemeinen Entlastungsbeschluss nicht, dass die Aktionäre vor der Beschlussfassung ihr Auskunftsrecht nutzen, um Kenntnis zu erlangen. Erkennbare Tatsa-

14 Zu dieser Einschränkung der Entlastungswirkung bei der fehlenden gesetzlichen Grundlage BGE 95 II 320 ff., 328 f. In BGE 65 II 2 ff., 15 f. wurde die Einschränkung der Wirkung mit Bezugnahme auf den Grundlagenirrtum begründet.

15 BGE 95 II 328.

16 P. FORSTMOSER (FN 6), N 438; BGE 95 II 321 ff., 328 f. Diese Auffassung gründet auch darauf, dass die Entlastung als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft gilt, auf die sich nur diejenigen Personen berufen können, an die die Entlastungserklärung gerichtet ist.

17 Art. 757 altOR: "Der Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs steht ein Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur entgegen, wenn der Aktionär der Beschlussfassung zugestimmt hat oder die Aktien seither in Kenntnis der Schlussnahme erworben oder wenn er binnen sechs Monaten seit der Schlussnahme die Klage angehoben hat."

18 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, Sonderdruck 83.015, Seite 194.

19 Nach P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 5), § 36 N 129, FN 67, genügt Erkennbarkeit nicht (mehr).

20 Vgl. dazu BGE 95 II 320 ff., insb. 327 ff. Zeigt beispielsweise die Erfolgsrechnung einen Verlust für das abgeschlossene Geschäftsjahr und wird dem Verwaltungsrat Décharge gewährt, so heisst das nicht, dass sämtliche Fehlentscheidungen des Verwaltungsrates nun abgedeckt wären, ausser es würden zu den Verlustursachen spezifische Angaben gemacht.

21 Vgl. die Zusammenfassung des Bundesgerichtes zur materiellen Tragweite der Déchargeerklärung in BGE 95 II 320 ff., 330: "En conclusion, la décharge n'est opérante que dans la mesure où les administrateurs peuvent raisonnablement et de bonne foi la comprendre comme l'avis d'une assemblée informée. Elle est sans portée s'agissant de faits ignorés des actionnaires. En règle générale, c'est aux rapports et aux communications adressés à l'assemblée qu'il convient de se référer pour dire dans quelle mesure l'assemblée est renseignée. Mais il est loisible aux administrateurs qui invoquent la décharge – et non certains d'entre eux seulement – étaient renseignés par d'autres voies que les communications à l'assemblée".

chen sind somit nur solche, die durch einfache Schlussfolgerungen des Aktionärs ohne weitere Informationen mit Bestimmtheit bekannte Tatsachen werden. An das "Kennenmüssen" der Aktionäre sind somit beim allgemeinen Entlastungsbeschluss keine strengen Anforderungen zu stellen²².

Sofern der Verwaltungsrat (oder ein Aktionär) – allenfalls zusätzlich zur allgemeinen Déchargeerklärung – bei der Beschlussfassung über die Décharge den Antrag stellt, es sei für bestimmte und namentlich genannte Geschäftsvorfälle Entlastung zu erteilen, sind nach der hier vertretenen Auffassung an das "Kennenmüssen" der Grundlagen des Beschlusses über die Entlastung auf Seiten der Aktionäre höhere Anforderungen zu stellen. Unter Umständen kann diesfalls, da die Entlastung für spezifische Geschäftsvorfälle verlangt wird, von Aktionären gefordert werden, dass sie bei Unklarheiten von ihrem Auskunftsrecht nach Art. 697 OR Gebrauch machen, damit sie sich Klarheit über die Tragweite des Entlastungsbeschlusses verschaffen oder anderenfalls an der Beschlussfassung nicht teilnehmen. Insofern gibt es bei der Déchargeerklärung für einzelne Geschäftsfälle eine Vermutung, dass die Tatsachen des konkreten Geschäftsvorfalles dem zustimmenden Aktionär bekannt sind. Weiter ist die Erkennbarkeit von Tatsachen bei der Déchargeerklärung für einzelne Geschäftsvorfälle ohne strenge Anforderungen anzunehmen.

Kenntnis und/oder Erkennbarkeit von Tatsachen im Sinne von Geschäftsvorfällen erfordert, dass die Generalversammlung nicht nur allgemein von einem bestimmten Geschäft weiss, sondern auch "über die Bedeutung dieses Geschäfts für die Frage der Verantwortlichkeit orientiert" sein muss, sofern die Entlastung bezüglich dieses Geschäftes Wirkung haben soll²³.

Bei der Unterbreitung seines Antrages betreffend Entlastung an die Generalversammlung untersteht der Verwaltungsrat nach der hier vertretenen Auffassung gestützt auf die in Art. 717 OR statuierte Sorgfalts- und Treuepflicht einer *Aufklärungspflicht gegenüber den Aktionären*, da es bei der Déchargeerklärung letztlich um die Interessenwahrung der Gesellschaft geht, steht doch gegebenenfalls ihr Schaden in Frage. Diese Aufklärungspflicht verlangt vom Verwaltungsrat, dass er die Generalversammlung derart informiert, dass sie in Kenntnis der Sachlage bzw. der möglichen Verantwortlichkeitsverhalte über die Décharge entscheiden kann²⁴. Die Aufklärungspflicht des Verwaltungsrates geht grundsätzlich so weit, dass zwischen dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung *keine Wissensdiskrepanz* bezüglich möglicher Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organpersonen bestehen darf. Sie verlangt gegebenenfalls auch die negative Feststellung, dass keine Sachverhalte vorliegen, die einer Erteilung der Décharge entgegenstehen. An dieser Aussage ändert der Umstand, dass sich der Verwaltungsrat potentiell in einem Interessenkonflikt befindet, nichts; klärt der Verwaltungsrat die Generalversammlung ungenügend auf – z.B. weil er sich schützend vor die Geschäftsleitung stellen will –, macht er sich verantwortlich.

Die Rechtswirkungen der Entlastungserklärung erfasst Tatsachen nicht, die *einzig vom privaten Wissen einzelner Aktionäre gedeckt sind*²⁵. Insofern wird die Kenntnis der Generalversammlung durch das private Wissen einzelner Aktionäre nicht ergänzt, d.h. die Generalversammlung hat sich das Wissen einzelner Aktionäre nicht anrechnen zu lassen. Auch das der Generalversammlung nicht mitgeteilte *organspezifische Wissen der Revisionsstelle* ist der Generalversammlung nicht zuzurechnen²⁶. Folglich gelten weder das private Wissen einzelner Aktionäre noch das private Wissen der Revisionsstelle als "bekanntgegebene Tatsachen" im Sinne von Art. 758 OR. Eine Ausnahme gilt bei einem allfällig vorhandenen privaten Wissen sämtlicher Aktionäre: Dieses ist der Generalversammlung zuzurechnen und gilt als "bekanntgegebene Tatsache"²⁷. Ferner ist das private Wissen insofern relevant, als der Aktionär mit solchem Wissen wohl selber von einer späteren Klage ausgeschlossen bleibt, wenn er dem Déchargebeschluss zustimmt, auch wohl sogar dann, wenn er persönlich Décharge verweigert, es aber nicht für nötig befunden hat, die Generalversammlung zu orientieren – in beiden Fällen wäre eine spätere Klage als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren.

Analoges zum Vorgesagten gilt, sofern auch der Revisionsstelle Entlastung erteilt wird²⁸.

22 Dazu etwa BGE 65 II 2 ff., 14: "... Für die Entscheidung der Frage, was sich aus bestimmten Unterlagen herauslesen [lässt, ist] nicht etwa auf die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes [abzustellen], weil ja der Aktionär keineswegs immer Geschäftsmann ist, sondern vielmehr auf die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters bei der Kontrollierung seiner Kapitalanlagen, wobei erst noch die Schnelligkeit der Verhandlung der Generalversammlung, das Nichtvorliegen der Geschäftsbücher, die Dürftigkeit und summarische Natur der Vorbereitungsvorlagen und nicht am wenigsten die gewöhnlich vorhandene Sachkenntnis betreffs des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft als herabmindernde Umstände anzusetzen sind..."

23 BGE 65 II 2 ff., 14.

24 Vgl. dazu im Einzelnen insb. W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 103 ff. m.w.Hw.

25 Vgl. BGE 65 II 2 ff., 10. W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 109.

26 Dazu BGE 65 II 2 ff., 11: "Die Revisoren der Aktiengesellschaft sind nach schweizerischem Recht nicht Beauftragte oder Stellvertreter der Generalversammlung, mit der Massgabe, dass ihr Wissen ohne weiteres auch dem durch sie vertretenen anzurechnen wäre. Vielmehr sind die Revisoren neben der Generalversammlung ein selbständiges, notwendiges Organ der Aktiengesellschaft, dessen Aufgabe allerdings in der Hauptsache darin besteht, der Generalversammlung zu berichten." Vgl. auch W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 110 f.

27 P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 5), § 36 N 130 mit Verweis auf BJM 1954, 253 und ZR 1953 Nr. 93, 171. Praktisch kommt diese Konstellation vor allem im Konzern vor.

28 Anderer Auffassung U. WEHRLI (FN 5), 313 f., welcher die Wirkung des Entlastungsbeschlusses zu Gunsten der Kontrollstelle auf nicht erkennbare Tatsachen ausdehnen will.

3. Verweigerung der Entlastung und deren Folgen

Folge eines (positiven) Entlastungsbeschlusses ist die Einredemöglichkeit der beklagten Organperson bei Klagen durch die Gesellschaft und durch Aktionäre, die für die Entlastung gestimmt haben. Unklar ist die Folge einer Verweigerung der Entlastung durch Generalversammlungsbeschluss für die betreffende *Gesellschaft*, da sich diesfalls fragt, ob ein solcher Beschluss nicht nur als Vorbehalt späterer Klagen, sondern auch als Auftrag der Generalversammlung an die Gesellschaft (bzw. an die nicht betroffenen Mitglieder des Verwaltungsrates) zur Prüfung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu verstehen ist oder darüber hinausgehend gar als verbindliche Anordnung zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Verweigerung der Décharge aus folgenden Gründen grundsätzlich – das Gegenteil gilt dann, wenn der Verwaltungsrat selbst den Antrag auf Nichterteilung der Entlastung gestellt hat – weder als Auftrag zur Prüfung noch als Anordnung zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage verstanden werden: Was die Prüfung von Ansprüchen der Gesellschaft aus Schädigung der Gesellschaft anbelangt, gehört diese Tätigkeit zur ordentlichen "Oberleitung der Gesellschaft" nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR (soweit Ansprüche gegenüber Verwaltungsratsmitgliedern in Frage stehen) und zur "Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen" nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Die Beurteilung allfälliger Ansprüche und gegebenenfalls der Entscheid über die Anhängigmachung einer Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 754 OR und mithin die Durchsetzung dieser Ansprüche der Gesellschaft gegenüber verantwortlichen Organen²⁹ unternimmt der Verwaltungsrat – wenn auch vielfach wohl nur implizit – im Rahmen seiner (internen) Beschlussfassung über den Antrag an die Generalversammlung zum Verhandlungsgegenstand Entlastung. Wenn der Verwaltungsrat der Generalversammlung die Entlastung beantragt, muss er sich einer entgegengesetzten Beschlussfassung der Generalversammlung nicht unterziehen und eine Verantwortlichkeitsklage anhängig machen, denn nach Art. 693 Abs. 2 Ziff. 4 OR kann die Generalversammlung direkt über "die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage" entscheiden, weshalb ein die Décharge verweigender Beschluss entgegen dem Antrag des Verwaltungsrates für sich alleine nicht als Verpflichtung des Verwaltungsrates zur Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage gelten kann. Von dem soeben Ausgeführten ist die Konstellation zu unterscheiden, in der bereits der Verwaltungsrat der Generalversammlung den Antrag auf Verweigerung der Entlastung stellt und diese die Décharge verweigert. Diesfalls muss u.E. der Verwaltungsrat (konsequenterweise) Verantwortlichkeitsansprüche noch vertiefter abklären und gegebenenfalls geltend machen. Sofern die Generalversammlung entgegen dem Verwaltungsratsantrag die Décharge erteilt, ist eine allfällige Klage der Gesellschaft einredebeklagt und kann nicht mehr erfolgreich durchgesetzt werden, womit diesfalls im Ergebnis die Kompetenz der Verwaltungsrates gemäss Art. 716a Abs. 1

Ziff. 1 und 5 zur Anhebung von Klagen auf die Generalversammlung verschoben wird.

III. Die sechsmonatige Verwirkungsfrist nach Art. 758 Abs. 2 OR

Wie schon erwähnt sind diejenigen Aktionäre, die bei der Beschlussfassung gegen die Erteilung der Entlastung gestimmt haben und grundsätzlich Neuerwerber von Aktien durch die Déchargeerteilung insofern betroffen, als sich nach Art. 758 Abs. 2 OR durch das Erteilen der Entlastung die ordentliche Verjährungsfrist von Verantwortlichkeitsklagen (gemäss Art. 760 OR) für die von der Entlastung gedeckten Tätigkeiten in eine sechsmonatige Frist umwandelt. Bei dieser Sechsmonatefrist handelt es sich um eine nicht zu unterbrechende und nicht erstreckbare Verwirkungsfrist, die nur dann als eingehalten gilt, wenn die Klage innerhalb der Frist rechtshängig gemacht wird³⁰.

Die sechsmonatige Verwirkungsfrist kann dann problematisch sein, wenn trotz Déchargeerteilung der Richter entweder aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses oder einer entsprechenden Klage eine Sonderprüfung anordnet; denn eine Sonderprüfung wird in der Regel gerade zur Klärung von tatsächlichen Gegebenheiten angestrengt, die Grundlage eines Verantwortlichkeitsanspruchs sein können und die Erkenntnisse aus einer durchgeführten Sonderprüfung liegen regelmässig erst nach der sechsmonatigen Verwirkungsfrist vor. Allerdings handelt es sich hierbei insofern um eine "Scheinproblematik", als die erteilte Entlastung nur "bekanntgegebene Tatsachen" erfasst und mittels der Sonderprüfung ja gerade Erkenntnisse über unbekannte Tatsachen gewonnen werden sollen. Dessen ungeachtet ist es empfehlenswert, die Verantwortlichkeitsklage anhängig zu machen und deren Sistierung zu beantragen³¹, bis die Erkenntnisse der Sonderprüfung vorliegen³².

- 29 Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber der Verwaltungsrat keineswegs verpflichtet, eine Verantwortlichkeitsklage einzureichen, selbst wenn er aufgrund einer juristischen Prüfung zum Ergebnis kommt, dass eine Haftung gegeben ist. Denn bei seinem Entscheid über die Einreichung einer Verantwortlichkeitsklage hat der Verwaltungsrat, abgesehen von der rein juristischen Beurteilung, weitere Argumente zu berücksichtigen. Zur Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche sollte der Verwaltungsrat nur dann schreiten, wenn dieses Vorgehen unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte im Interesse der Gesellschaft liegt.
- 30 P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 5), § 36 N 156. Vgl. auch W. F. BÜRGI/U. NORDMANN-ZIMMERMANN (FN 8), Art. 757 N 11.
- 31 Da mit dem Bericht des Sonderprüfers die Führung des Verantwortlichkeitsprozesses entweder erleichtert wird oder Grundlage eines Vergleichs sein kann oder zu einem Klagerückzug führt, sollte in der Regel das Erfordernis eines zureichenden Grundes für eine einstweilige Einstellung des Verfahrens, was die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen vorsehen, gegeben sein.
- 32 Vgl. zum Ganzen P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 5), § 35 N 114 ff.

B. Das Entlastungsverfahren

I. Zum Entlastungsanspruch der Mitglieder des Verwaltungsrates

Abgesehen davon, dass das Gesetz stillschweigend davon ausgeht, dass anlässlich jeder ordentlichen Generalversammlung die Déchargeerteilung Beschlussgegenstand ist und mithin vom Verwaltungsrat selbst jeweils rechtsgenügend traktandiert wird, haben die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder aufgrund ihrer Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich Anspruch auf eine *Beschlussfassung über die Déchargeerteilung* an jeder ordentlichen Generalversammlung, (offensichtlich) nicht jedoch auf Erteilung der Décharge, da darüber die stimmberechtigten Aktionäre ohne Einschränkungen und mithin nach Belieben entscheiden können. Das Recht des Verwaltungsrates auf Entlastung ist somit lediglich prozeduraler Natur (und folglich inhaltlich unbestimmt), indem einzig *ein Recht auf die Durchführung des Entlastungsverfahrens* besteht, nicht jedoch ein Recht auf eine Entlastung als solche³³.

Ausnahmsweise kann u.E. der Verwaltungsrat den Beschlussgegenstand der Décharge für (einzelne) Mitglieder des Verwaltungsrates durch einen entsprechenden internen Beschluss auf eine der ordentlichen Generalversammlung folgende Versammlung verschieben, unter der Voraussetzung, dass der Verwaltungsrat wegen noch notwendigerweise abzuklärenden Sach- und Rechtsfragen noch nicht in der Lage ist, einen begründeten Antrag zur Erteilung oder Verweigerung der Entlastung zuhanden der Generalversammlung zu unterbreiten. Um sicherzustellen, dass kein Beschluss über die Entlastung aufgrund eines Antrages eines Aktionärs gefasst werden kann, hat diesfalls der Verwaltungsrat allerdings die Traktandierung derart zu gestalten, dass diejenigen Mitglieder des Verwaltungsrates namentlich genannt werden, über deren Entlastung Beschluss gefasst werden soll, so dass aus dem Verhandlungsgegenstand klar hervorgeht, dass die Déchargeerteilung bestimmter Mitglieder des Verwaltungsrates nicht zum Gegenstand des Traktandums dieser Generalversammlung zu zählen sind³⁴. Selbst wenn der Verwaltungsrat aufgrund einer internen Beschlussfassung die Entlastung einzelner Mitglieder bis zur Klärung bestimmter Umstände verschieben will, kann dennoch über die Entlastung dieser Verwaltungsräte entgegen dem Willen des Organs Verwaltungsrat Beschluss gefasst werden, sofern Aktionäre von ihrem Traktandierungsrecht gemäss Art. 699 Abs. 3 OR Gebrauch machen. Dies kann nach der hier vertretenen Auffassung auch das betreffende Mitglied des Verwaltungsrates selbst tun, auch wenn es für den Beschluss nicht stimmberechtigt ist, da Art. 699 Abs. 3 OR *nicht* bei *stimmberechtigten Aktien oder Aktiennennwerten*, sondern bei absoluten Werten unabhängig von der konkreten Berechtigung zur Ausübung des Stimmrechts ansetzt und folglich (statutarische und/oder gesetzliche) Stimmrechtsbeschränkungen und/oder Stimmrechtsausschlüsse nicht zu beachten sind.

Was die Durchsetzung des "Anspruchs auf Entlastung" des Mitgliedes des Verwaltungsrates ausserhalb der Traktandierung anbelangt, kann das Mitglied bei dem hier vertretenen bloss prozeduralen Gehalt dieses Anspruchs einzig eine Klage anstrengen, die die Gesellschaft zur Durchführung einer Beschlussfassung über die Entlastung verpflichtet³⁵. Eine Klage auf Entlastungserteilung ist unmöglich, da bei Gutheissung einer Feststellungsklage³⁶ oder einer Leistungsklage³⁷ die entsprechende Willensbildung der Gesellschaft durch ein richterliches Urteil gebildet werden müsste, was dem Konzept des Aktienrechts fremd ist. Das gleiche gilt auch, wenn die Entlastung von der Generalversammlung grundlos verweigert wird: Solche Beschlüsse können nur mittels Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen (Art. 706 und 706b OR) aufgehoben werden oder im Falle der positiven Beschlussfeststellungsklage ausnahmsweise bezüglich des Beschlussergebnisses korrigiert werden, niemals aber durch eine gerichtliche Entscheidung originär entstehen. Denkbar ist theoretisch wohl einzig, dass das betroffene Mitglied des Verwaltungsrates mittels einer negativen Feststellungsklage gegen die Gesellschaft festzuhalten versucht, dass keine Verantwortlichkeitsansprüche bezüglich eines genau bezeichneten Geschäftsvorgangs bestehen (und mithin ein Spezial-Déchargebeschlusses "ersetzt" wird).

II. Globalentlastung oder Einzelentlastung

Es entspricht dem normalen Ablauf einer Generalversammlung, dass über die Entlastung aller Verwaltungsratsmitglieder (und allenfalls der anderen mit der Geschäftsführung betrauten Personen) einheitlich in einem Wahlgang abge-

33 Anderer Meinung die herrschende Lehre, vgl. W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 86 m.w.Hw. und ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, 57 f. m.w.Hw.

34 Nur durch eine solche Umschreibung des Verhandlungsgegenstandes ist entsprechend der Regelung von Art. 700 Abs. 3 OR sichergestellt, dass Aktionäre nicht von ihrem individuellen Antragsrecht nach Art. 700 Abs. 4 OR Gebrauch machen können und gegen den Willen des Verwaltungsrates dennoch eine Beschlussfassung erfolgt.

35 In der Lehre ist entsprechend dem unterschiedlichen Inhalt des "Anspruchs auf Entlastung" denn auch umstritten, welche Klagerechte aus diesem Anspruch abzuleiten sind, vgl. die Übersicht bei A. PLÜSS (FN 33), 58.

36 Eine Feststellungsklage müsste dahin gehen, dass die Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Personen aus dieser Tätigkeit keine Ansprüche besitze. Für eine Feststellungsklage vgl. A. E. BARBEY (FN 5); 172; HANS BIGGEL, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Dissertation Zürich 1939, 74; THEODOR KAESLIN, Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Dissertation Bern, 1963 und insb. W. F. BÜRGI/ U. NORDMANN-ZIMMERMANN (FN 8), Art. 698 N 66.

37 Eine Leistungsklage müsste auf Abgabe der Entlastungserteilung zielen. Für eine Leistungsklage insb. R. PICENONI (FN 8), 234.

stimmt wird. Dessen ungeachtet ist es stets eine Beschlussfassung über die Mitglieder des Verwaltungsrates, nicht über den Gesamtverwaltungsrat als Organ der Gesellschaft: Es werden in einer solchen Globalabstimmung lediglich mehrere "Einzeldécharges" mittels eines einzelnen Beschlusses ausgesprochen.

Das Aktienrecht regelt nicht ausdrücklich, ob die Entlastung in einer Abstimmung einheitlich für alle Mitglieder des Verwaltungsrates zu erfolgen hat oder unter welchen Voraussetzungen eine Einzelentlastung aller Verwaltungsratsmitglieder oder einzelner Mitglieder vorzunehmen ist. Auszugehen ist bei der Beurteilung dieser Verfahrensfrage von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR, wonach die "Mitglieder des Verwaltungsrates" zu entlasten sind. Dieser Gesetzeswortlaut bringt eine gesetzliche "Vermutung" der Einzelentlastung zum Ausdruck. Sofern ein Aktionär – unter Umständen entgegen der Einladung zur Generalversammlung – eine separate Beschlussfassung über die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrates haben will, braucht er sich nicht auf sein Traktandierungsrecht gemäss Art. 699 Abs. 3 OR zu stützen, sondern nur auf sein *individuelles Antragsrecht zu traktandierten Verhandlungsgegenständen*³⁸. Zu beachten ist immerhin Art. 700 Abs. 3 OR, wonach Beschlüsse der Generalversammlung nur im Rahmen von angekündigten Verhandlungsgegenständen erfolgen können. So steht es im Belieben jedes Aktionärs, beim Traktandum "Entlastung" den Antrag auf Verweigerung der Entlastung eines Verwaltungsrates oder mehrerer Mitglieder des Verwaltungsrates zu stellen. Hingegen kann er gestützt auf sein Antragsrecht keine Entlastung von Personen verlangen, deren Entlastung gar nicht traktandiert war. Damit ist eine Beschlussfassung der Generalversammlung über die Durchführung einer Einzelentlastung bei einem entsprechenden Antrag eines Aktionärs nicht notwendig. Denkbar ist aber, dass die Generalversammlung trotz Vorliegens eines entsprechenden Antrages dennoch global abstimmt, weil beispielsweise die Mehrheitsverhältnisse klar sind und nicht ersichtlich ist, was mit einer Einzelabstimmung bezweckt wird. Ein solcher Beschluss wäre zwar theoretisch anfechtbar, wird aber vom Richter kaum umgestossen werden können, da diesfalls die dafür notwendige "Kausalität" des Art. 691 Abs. 3 OR vom Kläger nicht dargelegt werden kann. In dieser Konstellation wird der Aktionär, der (erfolglos) Einzelabstimmung verlangte und sich in die Minderheit versetzt sieht, damit keine Anfechtungsklage, sondern direkt eine Verantwortlichkeitsklage anstrengen müssen.

Natürlich kann eine Einzelentlastung auch auf einem Beschluss des Verwaltungsrates beruhen oder der Vorsitzende der Generalversammlung kann von sich aus eine Einzelentlastung anstelle der in der Einladung vorgesehenen Globalentlastung anordnen.

Das Verfahren der Einzelentlastung setzt, unabhängig davon, ob seine Durchführung auf den Willen eines Aktionärs, des Verwaltungsrates selbst oder des Vorsitzenden der Generalversammlung zurückzuführen ist, keine

sachlichen Voraussetzungen voraus und muss somit nicht begründet werden.

III. Grundsätzliches zum gesetzlichen Stimmrechtsausschluss beim Entlastungsbeschluss

Art. 695 Abs. 1 OR ordnet an, dass bei der Beschlussfassung "über die Entlastung des Verwaltungsrates ... Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht" haben. Aus dieser Bestimmung ergibt sich lediglich ausdrücklich, dass keine mit der Geschäftsführung betraute Person für sich oder für eine andere Person das Stimmrecht ausüben kann, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob ein Mitglied des Verwaltungsrates oder eine andere Organperson zu entlasten ist. Im Weiteren ergibt sich aus dieser Regel ebenfalls ausdrücklich, dass die mit der Geschäftsführung betraute Person ihre Stimmrechte nicht durch eine andere Person ausüben lassen darf. Als Auslegungsergebnis steht somit vorerst nur fest, dass ein Verwaltungsratsmitglied bei *seiner eigenen Entlastung weder mitstimmen noch mitstimmen lassen kann, und zwar weder aus eigenen Recht noch grundsätzlich aus übertragenem Recht*. Über die materielle Tragweite dieses Stimmrechtsausschlusses unter Berücksichtigung seines Zweckes ist damit aber noch wenig ausgesagt. Zu beantworten bleiben insbesondere die Fragen nach dem materiellen Gehalt dieses Stimmverbots im Einzelnen³⁹ sowie den Folgen dieses Stimmrechtsverbotes bei der Ergebnisermittlung über die Déchargeerteilung.

Art. 695 Abs. 1 OR entzieht den Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, beim Beschlussgegenstand der Entlastung das Stimmrecht, nicht jedoch die (übrigen) Mitwirkungsrechte. Somit können Organpersonen, über deren Entlastung die Generalversammlung zu befinden hat, ihre übrigen aktienrechtlichen Mitgliedschaftsrechte ausüben, insbesondere einen materiellen Beschlussantrag zum Traktandum Entlastung stellen und auch an der Diskussion zu diesem Verhandlungsgegenstand teilnehmen.

Nach dem Wortlaut stellt Art. 695 Abs. 1 OR darauf ab, ob ein Aktionär Organperson in der Zeitperiode war, auf die sich die Entlastung bezieht. Für die Anwendung des Stimmrechtsausschlusses ist somit die Organeigenschaft in der für die Entlastung relevanten Zeitspanne massgebend und nicht die Organstellung im Moment der Abstimmung über die Décharge. Denn erst später – d.h. erst nach der Zeitspanne, die von der Entlastungserklärung abgedeckt ist – in eine Organfunktion gelangte Person unterliegt dem Interessenkonflikt grundsätzlich nicht, der dem Gedanken der Regelung von Art. 695 OR zugrunde liegt: Sie "richten" bei der Entlastungsabstimmung weder direkt noch indirekt "in eigener Sache".

38 Vgl. zu diesem individuellen Antragsrecht des Aktionärs insb. P. BÖCKLI (FN 2), N 1274c.

39 Vgl. dazu Lit. C.

Die Revisionsstelle als selbständiges Organ der Gesellschaft ist gemäss Art. 695 Abs. 2 OR ausdrücklich vom Stimmrechtsausschluss bei der Déchargeerklärung ausgenommen. Dies gilt nicht, wenn über die Entlastungserklärung zu Gunsten der Revisionsstelle abgestimmt wird.

IV. Das Nennwertprinzip beim Entlastungsbeschluss aufgrund der Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR

Nach Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR kommt ein allfälliges statutarisches Stimmrechtsprivileg nicht zur Anwendung, sofern Beschlussgegenstand "die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage" ist. Es stellt sich die (Auslegungs-)Frage, was unter der "Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage" zu verstehen ist, insbesondere, ob unter diese Wendung auch die Entlastung fällt. Unter diese Bestimmung zu subsumierende Beschlüsse der Generalversammlung werden nicht mit der absoluten Mehrheit der vertretenen *Aktienstimmen* gefasst, sondern es erfolgt eine Abstimmung nach *Kapitalanteilen*.

Art. 693 Abs. 3 OR regelt Beschlussfassungsfälle, bei denen der Grundsatz der Bemessung des Stimmrechts nach dem Kapitalbeteiligungsprinzip unabhängig von einem statutarischen Stimmrechtsprivileg Geltung beansprucht. Art. 693 Abs. 3 OR bezweckt (als Regelung zwingender Natur⁴⁰) mit der Abkehr vom Stimmrecht aufgrund der Anzahl der Aktien – was im Falle von Stimmrechtsaktien grundsätzlich gilt (vgl. Art. 692 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 693 Abs. 1 OR) – zu Gunsten eines Stimmrechts nach Kapitalanteil die Aufrechterhaltung eines Rests an Kontrollmöglichkeit der minorisierten Kapitalmehrheit⁴¹: Die gesetzliche Stimmrechtsbeschränkung im Sinne von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR im Rahmen der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage "dient der Ermöglichung einer objektiven und deshalb wirksamen Kontrolle der Verwaltung im Interesse der nicht privilegierten Aktionäre"⁴².

In der Lehre wird die Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR – und folglich eine Ausserkraftsetzung des Stimmrechtsprivilegs der Stimmrechtsaktien – im Rahmen der Beschlussfassung über die Déchargeerteilung mehrheitlich abgelehnt⁴³:

- BÜRGI unterscheidet zwischen dem Beschluss der Generalversammlung über die Déchargeerteilung und demjenigen über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage und folgert, dass Art. 693 Abs. 3 OR das Stimmrechtsprivileg nur für den Beschluss über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, aber nicht für die Déchargeerteilung auf(hebt). Eine Déchargeverweigerung führe noch nicht unweigerlich zu einem Verantwortlichkeitsprozess; dazu sei vielmehr ein zweiter Beschluss nötig. Eine Ausdehnung der Stimmrechtsbeschränkung auf den Tatbestand der Déchargeerteilung müsste im Gesetz ausdrücklich vorgesehen werden, da die Beschränkungen des Stimmrechtsprivilegs als Sondervorschrift anzusehen seien und deshalb keine extensive Auslegung zulassen.⁴⁴
- FORSTMOSER hält ohne weitere Begründung fest: "Stimmrechtsprivilegien kommen bei der Abstimmung über die Entlastung zum tragen."⁴⁵ Oder: "Die Einschränkung von OR 693

III gilt nur für die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, nicht auch für diejenige über die Erteilung der Décharge".⁴⁶

- ZIMMERMANN verneint den Ausschluss der Privilegierung der Inhaber von Stimmrechtsaktien im Rahmen des Entlastungsbeschlusses anhand von zwei Gedankenschritten: Vorerst schliesst er, dass die Generalversammlungsbeschlüsse sowohl über die Erteilung der Entlastung als auch über die Unterlassung der Erhebung der Gesellschaftsklage dem Grundsatz nach die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage eines *Aktionärs* nicht präjudizieren. Demzufolge könne sich für die Verantwortlichkeitsklage des gewöhnlichen *Aktionärs* auch die Frage der Auswirkung des privilegierten Stimmrechts des Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR gar nicht stellen⁴⁷. Sodann stellt er auf die grammatikalische Auslegungsmethode ab und stellt fest, dass ein Aussetzen der Privilegierung der Stimmrechtsaktien bei der Beschlussfassung über die Erteilung der Entlastung nach dem Text des Gesetzes zu verneinen sei⁴⁸, wobei ZIMMERMANN im letzteren Bereich analog zu BÜRGI argumentiert. Zur Unterstützung seiner Auffassung weist ZIMMERMANN im Weiteren darauf hin, dass einerseits der Aktionär nicht der Willkür der Stimmrechtsaktionäre beim Entlastungsbeschluss ausgeliefert sei, weil er auch solche Beschlüsse nach Art. 706 Abs. 2 OR durch Klage beim Richter anfechten könne, sofern der Entlastungsbeschluss eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderliche offenbare Schädigung der Interessen der Aktionäre mit sich bringe. Andererseits stelle das Gesetz dem allenfalls geschädigten Aktionär für den Fall des Zustandekommens eines Entlastungsbeschlusses aufgrund der privilegierten Stimmenmacht den Rechtsbehelf der Individualklage auf Schadenersatz zur Verfügung⁴⁹.
- Ausgehend von einem extensiven Verständnis von Art. 695 Abs. 1 OR in Bezug auf die erfassten Personen, welche von der Beschlussfassung über die Entlastung ausgeschlossen sind, stellt GERSTER vorerst fest, dass Inhaber von Stimmrechtsaktien, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bereits aufgrund von Art. 695 Abs. 1 OR an der Abstimmung über die Erteilung der Décharge nicht teilnahmeberechtigt sind. Deswegen sei – im Sinne einer Folgerung – nicht ersichtlich,

40 Vgl. zum zwingenden Charakter der Tatbestände des gesetzlichen Ausschlusses des Stimmrechtsprivilegs für die Stimmrechtsaktionäre F. W. BÜRGI, *Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre* (Art. 660–697), Zürcher Kommentar, Zürich 1957, Art. 693 N 36; MAX GERSTER, *Stimmrechtsaktien*, Zürich 1997, 161.

41 M. GERSTER (FN 40), 160 f.

42 F. W. BÜRGI (FN 40), Art. 693 N 43.

43 Soweit ersichtlich befasst sich die Mehrheit der Lehre, namentlich PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2. A., Zürich 1996, und PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, nicht ausdrücklich mit der Problematik der Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR auf den Entlastungsbeschluss der Generalversammlung.

44 W. F. BÜRGI (FN 40), Art. 694 N 44.

45 P. FORSTMOSER (FN 6), N 415.

46 P. FORSTMOSER (FN 6), FN 792.

47 HARRY ZIMMERMANN, *Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde*, in: *Die Aktiengesellschaft im neuen Obligationenrecht*, Zürich 1951.

48 H. ZIMMERMANN (FN 47), 54.

49 H. ZIMMERMANN (FN 47), 55.

weshalb Inhabern von Stimmrechtsaktien, welche *nicht* an der Geschäftsführung teilgenommen haben, ohne gesetzliche Grundlage die Ausübung ihres privilegierten Stimmrechts bei der Abstimmung über die Erteilung der Décharge verwehrt werden sollte⁵⁰.

- Anders befürwortet namentlich PICENONI⁵¹ die Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR auf den Entlastungsbeschluss. Zu Beginn seiner Überlegungen stellt er fest, dass die genannte Bestimmung im Rahmen der Entlastung nur dann von Bedeutung ist, wenn die Stimmrechtsaktien nicht in den Händen der geschäftsführenden Personen im Sinne von Art. 695 OR, sondern anderen Personen zuzuordnen sind. Er sieht keinen Grund, eine positive oder negative Beschlussfassung verschieden zu behandeln, weshalb die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktien nicht nur beim Beschluss über die Anhebung, sondern auch beim Beschluss über die Nichtanhebung der Verantwortlichkeitsklage auszuschliessen sei, da anderenfalls ein widersinniges Resultat entstehen könne, indem wegen der Ausübung des privilegierten Stimmrechts durch die Stimmrechtsaktionäre Décharge erteilt werden, dann aber gleichzeitig wegen der Ausschaltung des Stimmrechtsprivilegs die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage beschlossen werden könnte. Im Weiteren könne der Beschluss, der die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage ablehnt, auch als Erklärung gegenüber den verantwortlichen Personen verstanden werden, mithin dieser Beschluss gleichzeitig materiell eine Entlastung der verantwortlichen Personen sei. Aufgrund dieser Überlegungen gelangt PICENONI zum Ergebnis, "dass immer dann, wenn die zu entlastenden Personen sich gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig gemacht haben, wenn ihre Haftung gegenüber der Gesellschaft aktuell zur Diskussion steht, die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktien nicht berücksichtigt werden darf, da sonst das unsinnige Ergebnis erreicht werden könnte, zuerst mit Hilfe der Stimmrechtsaktien auf die Regressansprüche materiell zu verzichten, dann aber doch eine Anhebung der Verantwortlichkeitsklage zu beschliessen, die aber zum vorneherein wegen Erlöschen des materiellen Anspruches der Gesellschaft zum Scheitern verurteilt wäre".⁵² Demgegenüber nimmt PICENONI keinen Ausschluss der erhöhten Stimmkraft der Stimmrechtsaktien im Rahmen der Déchargeerteilung an, wenn "die Generalversammlung durch die Erteilung der Entlastung nicht auf Regressansprüche verzichtet, sondern nur die einwandfreie Geschäftsführung und Rechnungslegung anerkennen will, wenn die Entlastung eine Quittung darstellt"⁵³.

Gegen die Auffassungen von BÜRGI und ZIMMERMANN kann vorgebracht werden, dass sie zu Unrecht davon ausgehen, dass über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage die Generalversammlung zwingend einen zweiten Beschluss zu fassen hat, da nach der hier vertretenen Auffassung in der Regel der Verwaltungsrat nach der Verweigerung der Entlastung über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen zu entscheiden hat; in bestimmten Fallgestaltungen ist er dazu aufgrund aktienrechtlicher Normen sogar verpflichtet. Ohne einen gesetzlichen Zwang zu doppelter Beschlussfassung der Generalversammlung ist der Auffassung von BÜRGI nach der hier vertretenen Ansicht die Grundlage entzogen. Sicherlich zuzustimmen ist BÜRGI darin, dass es sich bei der Déchargeerteilung an den Verwaltungsrat und der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft um zwei verschiedene Rechtsakte handelt; zwischen diesen zu trennenden Rechtsakten

besteht aber unverkennbar – wie BÜRGI selbst ausführt – ein innerer Zusammenhang⁵⁴. Dieser Zusammenhang verstärkt sich, wenn berücksichtigt wird, dass kein (zweiter) selbständiger Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist, was etwa dann der Fall ist, wenn der Verwaltungsrat beantragt, es sei die Décharge nicht zu erteilen und die Generalversammlung diesem Antrag zustimmt. Wegen dieser inneren Verbundenheit des Generalversammlungsbeschlusses betreffend die Déchargeerteilung und die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft aufgrund des Beschlusses durch den Verwaltungsrat drängt sich eine analoge Anwendung der Ausserkraftsetzung des Stimmrechtsprivilegs der Stimmrechtsaktien im Rahmen der (einen) Beschlussfassung über die Déchargeerteilung ebenso auf wie der Stimmrechtsausschluss im Sinne von Art. 695 Abs. 1 OR im Rahmen einer allfälligen Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, die nach der hier vertretenen Auffassung als Auftrag besonderer Art an den Verwaltungsrat zu begreifen ist.

Entgegen diesen beiden Autoren ist denn auch die Bedeutung des Beschlussgegenstandes in Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR – "Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage" – nicht grammatikalisch, sondern *systematisch und teleologisch* auszulegen:

- Unter Beachtung systematischer Gesichtspunkte muss die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktien im Rahmen der Beschlussfassung über die Déchargeerteilung ausgeschaltet sein. Die Verweigerung der Décharge bzw. die Beschlussfassung über die Décharge ist nämlich als Teilaspekt der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage zu verstehen, denn wenn die Déchargeerteilung erfolgt, ist gleichzeitig negativ über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft entschieden worden (dies gilt aber nicht umgekehrt). Insofern als die Verweigerung der Décharge Bedingung für die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft ist, ist die Beschlussfassung über die Décharge von dem in Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR umschriebenen Beschlussgegenstand erfasst. Oder m.a.W.: Die Déchargeerteilung ist unter die Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR zu subsumieren. Die Frage der analogen Anwendung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR beim Beschluss über die Erteilung der Décharge stellt sich folglich insofern nicht, als die Déchargeerteilung u. E. direkt unter den Tatbestand der Beschränkung des Stimmrechtsprivilegs nach Ziffer 4 obgenannter Bestimmung fällt⁵⁵.

50 M. GERSTER (FN 40), 163.

51 R. PICENONI (FN 8), 81 ff.

52 R. PICENONI (FN 8), 82.

53 R. PICENONI (FN 8), 83.

54 W. F. BÜRGI (FN 40), Art. 694 N 44.

55 Gegen eine analoge Anwendung der Ausserkraftsetzung des Stimmrechtsprivilegs der Stimmrechtsaktien bei der Déchargeerteilung P. FORSTMOSER (FN 6), FN 45.

– Ausgangspunkt einer teleologischen Interpretation des Gehaltes von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR ist der Zweck dieser Bestimmung, nämlich die Ermöglichung einer objektiven und wirksamen Kontrolle der Verwaltung im Interesse der nicht privilegierten Aktionäre. Die ausschlaggebende Frage geht im Rahmen der teleologischen Interpretation dahin, ob angesichts der Regelung in Art. 695 OR der Schutzzweck von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR vollkommen abgedeckt ist oder ob letzterer Regelung ein eigenständiger Schutzzweck zugewiesen werden kann, der es unumgänglich macht, im Rahmen des Déchargebeschlusses der Generalversammlung das Stimmrechtsprivileg der Stimmrechtsaktien auszuschalten. Die Gegenüberstellung der Regelung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR und Art. 695 OR macht deutlich, dass der ersten Bestimmung in Bezug auf den Déchargebeschluss ein eigenständiger (und zusätzlicher) Regelungszweck zukommt. Dies lässt sich auf der Grundlage der nachfolgenden Überlegungen herleiten: Bei der Regelung des Stimmrechtsausschlusses im Rahmen der Abstimmung über die Déchargeerteilung ist das einem Aktionär statutarisch zugewiesene Stimmrechtsprivileg kein Anknüpfungspunkt, obgleich infolge einer extensiven Auslegung der Kreis der vom Stimmrechtsausschluss erfassten Personen weit ist. Demgegenüber entscheiden bei der Wahl der Verwaltungsräte die Inhaber von Stimmrechtsaktien in erheblichem Ausmass die Wahl der Personen, da bei dieser Beschlussfassung keine gesetzlichen Stimmrechtsbeschränkungen wirken. Diejenigen Stimmrechtsaktien, die die Wahl zum Verwaltungsrat massgeblich beeinflusst haben, sind nun anhand eines analogen Rechtsgedankens zum Stimmrechtsausschluss von Art. 695 Abs. 1 OR im Rahmen der Déchargeerteilung nicht auszuschliessen, aber wegen des Zwecks von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR muss die Stimmkraft der Stimmrechtsaktien auf den Nennwert beschränkt werden. Andernfalls kann eine wirksame Kontrolle der Verwaltung verhindert werden durch die Stimmenmacht der Inhaber der Stimmrechtsaktien, welche auch die Verwaltung massgeblich berufen haben. Eine Beschlussfassung nach Kapitalanteilen kann die Stimmenmacht der Stimmrechtsaktionäre nicht in jeder Konstellation ausschalten, aber doch erheblich verkleinern. In diesem Sinne verbleibt der Bestimmung von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR im Falle der Anwendung im Rahmen der Déchargeerteilung ein eigenständiger Schutzzweck, welcher denjenigen von Art. 695 OR ergänzt und deswegen zusätzlich Geltung haben muss.

Aufgrund einer systematischen und teleologischen Interpretation von Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR ergibt sich somit, dass der materielle Regelungsgehalt dieser Bestimmung die Beschlussfassung über die Déchargeerteilung mitumfasst.

Im Übrigen wird das durch Auslegung gefundene Ergebnis aufgrund einer praktischen Überlegung bestätigt: Materiellrechtlich betrachtet handelt es sich im Falle der Erteilung der Décharge – nicht aber umgekehrt im Falle

der Verweigerung – um den inhaltsgleichen Beschluss wie ein Beschluss über die Nichtanhebung einer Verantwortlichkeitsklage, und zwar nicht, weil der Verwaltungsrat an diesen Beschluss der Generalversammlung gebunden wäre, sondern weil die Anhebung durch die Gesellschaft mit einer Einrede materiellrechtlich abgewendet werden kann. Da es – wie gezeigt – im Falle einer Beschlussfassung im Sinne der Erteilung der Décharge materiellrechtlich um die Nichtanhebung der Verantwortlichkeitsklage durch die Gesellschaft geht und insoweit Beschlussidentität herrscht, müssen für beide Beschlussfassungen einheitliche Modalitäten in Bezug auf das Kriterium der Stimmenzuordnung gelten. Dies kann nur dadurch erreicht werden, dass der Déchargebeschluss in jedem Fall (positiver und negativer Beschluss) unter Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR subsumiert wird.

V. Die Ergebnisermittlung der Beschlussfassung über die Entlastung

Das Gesetz verlangt für die Erteilung der Entlastung keine qualifizierte Mehrheit: Die Entlastung gilt als erteilt, wenn die absolute Mehrheit bezogen auf die an der Generalversammlung beim Traktandum "Entlastung" vertretenen Aktiennennwerte – nach der hier vertretenen Auffassung bei vorhandenen Stimmrechtsaktien nicht Aktienstimmen – für die Entlastung stimmt⁵⁶. Theoretisch kann das gesetzliche Beschlussquorum des Art. 703 OR für den Entlastungsbeschluss innerhalb der Grenzen der Gestaltungsfreiheit mittels statutarischer Regelung abgeändert werden; ein statutarisches Quorum erscheint uns jedoch für den Beschluss über die Décharge nicht zweckmässig zu sein mit der Ausnahme, dass die Statuten – im Sinne einer generellen statutarischen Abänderung von Art. 703 OR – anstelle der "vertretenen Aktienstimmen" (bzw. beim Entlastungsbeschluss Aktiennennwerte) die Massgeblichkeit der "gültig abgegebenen Aktienstimmen und Aktiennennwerte" festlegen, da diesfalls die Handhabung der Enthaltungen geregelt ist.

Bei der Abstimmung über die Déchargeerteilung stellt sich die Thematik, wie die Aktiennennwerte, die vom Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR betroffen sind, zu behandeln sind: Nehmen diese Aktiennennwerte an der Beschlussfassung über die Entlastung gar nicht teil (und sind mithin "ausgeschlossen" und haben keinerlei Bedeutung bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses) oder sind sie bei der Ermittlung der Beschlussfassung derart zu berücksichtigen, dass sie in die Berechnung der absoluten Mehrheit einfließen, indem sie als vertretene Aktienstimmen bzw. Aktiennennwerte im Sinne von Art. 703 OR gelten. Bei dieser Entscheidung über die Handhabung der vom Stimmrechtsausschluss erfassten

56 Sofern keine Stimmrechtsaktien vorhanden sind und mithin im Ergebnis zur Ermittlung des Inhalts der Beschlussfassung auch auf die Aktienstimmen abgestellt werden kann, bedeutet die absolute Mehrheit bei gerader Zahl die Hälfte plus eine Stimme und bei ungerader Zahl die Hälfte plus eine halbe Stimme, vgl. P. BÖCKLI (FN 2), N 1384b.

Aktiennennwerte ist vom Gesetzestext des Art. 695 Abs. 1 OR auszugehen, wonach die vom Stimmrechtsausschluss dieser Bestimmung erfassten Personen "kein Stimmrecht (haben)". Bereits aus dem Wortlaut geht klar hervor, dass die vom Stimmrechtsausschluss betroffenen Aktienstimmen bzw. Aktiennennwerte als "nicht vertreten" zu gelten haben; sie sind folglich bei der Ergebnisermittlung nicht mitzuzählen⁵⁷.

C. Insbesondere: Der Stimmrechtsausschluss beim Entlastungsbeschluss

I. Grundsatz und Zwecksetzung des gesetzlichen Stimmrechtsausschlusses

Aufgrund des Stimmrechtsverbotes des Art. 695 Abs. 1 OR kann ein Verwaltungsratsmitglied (oder eine andere Person mit Organstellung) bei seiner eigenen Entlastung *weder mitstimmen noch mitstimmen lassen*, und zwar *weder mit seinen eigenen Stimmen noch (grundsätzlich) mit durch ihn vertretenen Stimmen*⁵⁸. Dass der Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR auch für bevollmächtigte Vertreter der vom Ausschluss betroffenen Aktionäre gilt⁵⁹ (Bezug genommen wird auf das mitstimmen lassen), beruht auf Art. 691 OR; denn die Zulassung von Vertretern mit Stimmrechten, die den mit der Geschäftsführung betrauten Personen (im Sinne von Art. 695 Abs. 1 OR) zuzurechnen sind, würde einer Umgehung des Stimmrechtsausschlusses gleichkommen, was in (analoger) Anwendung von Art. 691 Abs. 1 OR unzulässig ist. Das grundsätzliche Stimmverbot der von dem Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR erfassten Personen für die von ihnen vertretenen Stimmen ist hingegen nicht mit Bezugnahme auf Art. 691 Abs. 1 OR begründbar, da der Vertreter nicht sein eigenes Stimmrecht, sondern das Stimmrecht des Vertretenen ausübt und es sich folglich nicht um eine Umgehung des Stimmrechtsausschlusses im Sinne von Art. 691 Abs. 1 OR handeln kann. Rechtsgrund des Stimmverbots beim Entlastungsbeschluss für vertretene Aktien – wie auch für eigene Aktien – ist die spezifische Interessenkonstellation, obgleich es im Aktienrecht einen Ausschluss vom Stimmrecht bei Interessenkonflikten grundsätzlich nicht gibt.

Eine Ausnahme des Stimmverbots von mit der Geschäftsführung betrauten Personen bei der Entlastung für vertretene Aktien ist u.E. jedoch dann angezeigt, wenn der Vertretene dem vom Stimmverbot erfassten Aktionär eine *Spezialvollmacht mit einer ausdrücklichen Weisung* zur Ausübung des Stimmrechts für die vertretenen Aktien bei der Entlastungsabstimmung erteilt hat (vgl. Art. 689b OR), wobei das Vorliegen einer Weisung des Vertretenen vom Vertreter (und mithin von der vom Stimmverbot erfassten Person) gegenüber dem Vorsitzenden vor der Beschlussfassung über die Entlastung zu beweisen ist⁶⁰. Da mit einer Spezialvollmacht mit Weisung nach der hier vertretenen Auffassung eine Interessenkollision, wie sie die Anwendung von

Art. 695 OR voraussetzt, verhindert werden kann, gilt diesfalls auch bei Art. 695 OR der Grundsatz, dass Stimmrechtsausschlüsse (und -beschränkungen) nicht den Vertreter, sondern den Vertretenen betreffen.

Im Allgemeinen besteht ein Regelungsbedürfnis für gesetzliche Stimmrechtsausschlüsse für Beschlussfassungen, bei denen der interessenausgleichende Willensbildungsmechanismus in der Generalversammlung infolge der Stimmrechtsausübung in Verfolgung von Sonderinteressen versagt⁶¹. Da bei der Beschlussfassung über die Entlastung eine derartige Konstellation vorliegt, bewirkt der Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR, dass die Eigeninteressen der an der Geschäftsführung beteiligten Personen (und Aktionäre), die mit dem Gesellschaftsinteresse potentiell kollidieren, aus dem Willensbildungsmechanismus herausgehalten werden. Die Herleitung des Stimmrechtsausschlusses des Art. 695 Abs. 1 OR ergibt sich somit aus der spezifischen – und gesetzlich vermuteten – Interessenkollision bei der Ausübung des Stimmrechts. Die Berechtigung der Regelung von Art. 695 Abs. 1 OR beruht denn auch auf dem "Verbot des Richtens in eigener Angelegenheit"; niemand soll in eigener Sache entscheiden können, indem er sich über den Verzicht der Gesellschaft auf eine eventuelle Forderung ausspricht, die sich gegen ihn selbst richten würde⁶². In diesem Sinne wird eine bestimmte Art eines Interessenkonflikts des Aktionärs mit seinem Ausschluss vom Stimmrecht sanktioniert⁶³ (als Ausnahme von der Regel, dass grundsätzlich auch der einem Interessenkonflikt unterliegende Aktionär in der General-

57 So deutlich P. BÖCKLI (FN 2), N 1384b: "... alle Aktien, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, gelten als nicht vertreten; dies macht auf jeden Fall beim Déchargebeschluss eine eigene Berechnung der Masszahl notwendig." Vgl. auch P. FORSTMOSER (FN 6), N 413; W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 95.

58 Vgl. W. F. BÜRGI (FN 40), Art. 695 N 11; P. FORSTMOSER (FN 6), N 422; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 5), § 24 N 80; PATRICK SCHLEIFFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Bern 1993, 209 ff.

59 P. FORSTMOSER (FN 6), N 422: "Ist eine Person vom Stimmrecht ausgeschlossen, so sind es auch ihre Vertreter." Vgl. auch H. SIEGERT (FN 13), 31; W. F. BÜRGI (FN 40), Art. 698 N 94; W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 695 N 11.

60 Anderer Meinung W. F. BÜRGI (FN 40), Art. 695 N 11; P. SCHLEIFFER (FN 58), 210 f. Vgl. aber P. FORSTMOSER (FN 6), N 425: "Wer selbst vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, ist auch nicht befugt, als Vertreter eines Aktionärs zu stimmen... Dagegen wird man es zulassen, dass der Vertreter von einer allfälligen Substitutionsbefugnis Gebrauch macht und die zur Vertretung erhaltenen Aktien auf einen Dritten für die Ausübung des Vertretungsrechts weiterüberträgt. Doch dürfen dem Dritten keinerlei Weisungen erteilt werden."

61 Eingehend dazu P. SCHLEIFFER (FN 58), 55 ff.

62 Vgl. etwa das Zitat aus einem Rechtsgutachten von PETER FORSTMOSER bei NATHALIE TISSOT zu BGE 118 II 496 ff., SZW 1993, 295 ff., 298.

63 P. SCHLEIFFER (FN 58), 213.

versammlung stimmberechtigt ist). Im Weiteren dient der Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR zudem einer innergesellschaftlichen Gewaltenteilung und ist ein Element des Minderheitsschutzes, was auch das Bundesgericht betont: "De manière évidente, l'exclusion du droit de vote vise à empêcher que les actionnaires concernés par la gestion puissent imposer la décharge contre la volonté des actionnaires qui ne le sont pas. Finalement, cette exclusion tend, d'une certaine façon, à la protection des minorités... Selon le sens et le but de l'art. 695 al. 1 aCO, un actionnaire doit être exclue du vote de décharge lorsque, par ce biais, il peut décider d'une dette propre éventuelle, de l'abandon de celle-ci notamment"⁶⁴.

Aus dem Zweck von Stimmrechtsausschlüssen, der vor allem in einem "Mechanismus zur prophylaktischen Ausschaltung von Interessenkollisionen" besteht⁶⁵, lassen sich die beiden wesentlichen Funktionen von Stimmverboten ableiten, nämlich die Aufrechterhaltung der Richtigkeitsgewähr von Generalversammlungsbeschlüssen sowie der Minderheitsschutz⁶⁶. Dabei beruht die Verwirklichung eines Minderheitsschutzes durch Art. 695 OR auf der Annahme, dass die vom Stimmverbot erfassten "geschäftsführenden Aktionäre" über eine derartige Stimmenmacht verfügen, dass sie den Entlastungsbeschluss entscheidend beeinflussen könnten. Die Richtigkeitsgewähr eines Generalversammlungsbeschlusses beruht auf der vermuteten Gleichrichtung der Interessen der Aktionäre. Es ist jedoch anzunehmen, dass niemand sein Stimmrecht derart ausübt, dass daraus für ihn nachteilige, objektiv aber allenfalls berechnete Folgen entstehen können; da es beim Entlastungsbeschluss gerade um diese Thematik geht, setzt die Sicherstellung der Richtigkeitsgewähr den Ausschluss des Stimmrechts des Betroffenen voraus. In diesem Sinne verhindert der Stimmrechtsausschluss, dass der aus der Entlastung herrührende Befangenheitsgrund auf das Beschlussergebnis durchschlägt und dadurch die Richtigkeitsvermutung des Entlastungsbeschlusses zerstört⁶⁷.

Aufgrund des Zwecks und der Funktion des Stimmverbots ist der Personenkreis zu bestimmen, der vom Stimmrechtsausschluss betroffen ist, wobei vorerst von der gesetzlichen Vermutung der Interessenkollision ausgegangen wird, indem den erfassten Personen eine Stimmrechtsausübung zu Gunsten der Entlastungserteilung unterstellt wird.

II. Die vom Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR erfassten Personen

Unter der Annahme, dass das Stimmrecht zu Gunsten der Déchargeerteilung ausgeübt wird, stellt sich ausgehend vom Zweck des gesetzlichen Stimmrechtsausschlusses im Sinne des "Verbotes des Richtens in eigenen Angelegenheiten" die Vorfrage, was im Hinblick auf die fragliche Stimmberechtigung als eigene Angelegenheiten zu gelten haben. Aus dieser Perspektive hat *im Sinne des Gesetzes "in irgend einer Weise an der Geschäftsführung teilgenommen"*, wer im Sinne der für die aktienrechtliche Ver-

*antwortlichkeit entwickelten Kriterien Organperson ist*⁶⁸; insofern besteht eine Kongruenz mit der Verantwortlichkeitsklage, welche die Gesellschaft im Falle der Déchargeerteilung nicht mehr erfolgreich gegen die entlasteten Organpersonen erheben kann⁶⁹. Es sind somit grundsätzlich alle Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen, denen Organqualität im Sinne von Art. 754 OR zukommt, nicht nur diejenigen Personen, die von der Abstimmung über die

64 BGE 118 II 496 ff., 498.

65 Vgl. dazu insb. P. SCHLEIFFER (FN 58), 72 ff.

66 Vgl. dazu P. SCHLEIFFER (FN 58), 208.

67 P. SCHLEIFFER (FN 58), 208.

68 Organpersonen sind neben den Verwaltungsräten regelmässig die Mitglieder der Geschäftsleitung und nur unter bestimmten Voraussetzungen auch zeichnungsberechtigte Angestellte; vgl. zur Organstellung nach bundesgerichtlicher Praxis insbesondere BGE 117 II 571 ff., 572 f: "Die materielle Organstellung im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR bedingt zwingend eine tatsächliche oder allenfalls auch nur gegen aussen kundgegebene organisatorische Eingliederung in die Willensbildung der Gesellschaft. Zudem setzt die aktienrechtliche Verantwortlichkeit erst dort ein, wo die vertragliche, insbesondere arbeitsvertragliche Haftung aufgrund der organisatorischen und hierarchischen Stellung des Verantwortlichen nicht mehr als ausreichend oder sachgerecht erscheint ... Das ist in der Regel nur dann der Fall, wenn nicht eine blosse Führung der Geschäfte, sondern deren Leitung aufgrund selbständiger Entschlüsse vorliegt ... Zu berücksichtigen ist zudem, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit an die Missachtung jener Pflichten anknüpft, welche dem Organ durch seine gesellschaftsrechtliche Stellung, durch das dadurch gegebene Sonderverhältnis auferlegt sind ... Deshalb soll dieser Verantwortlichkeit nur unterstehen, wer sich nach der internen oder nach aussen kundgegebenen Gesellschaftsorganisation in einem solchen Sonderverhältnis befindet und die sich daraus ergebenden Pflichten in eigener Entscheidungsbefugnis zu erfüllen hat. Eine blosse Mithilfe bei der Entscheidungsfassung genügt nicht. 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. Richtig ist daher, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung grundsätzlich nur die oberste Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie trifft...".

69 P. BÖCKLI (FN 2), N 1410f.; P. FORSTMOSER (FN 6), 417 ff. Vgl. auch ANDREAS LÄNZLINGER Kommentar zu Art. 695, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, Art. 695 N 3; P. SCHLEIFFER (FN 58), 209 f.

Entlastung direkt betroffen sind⁷⁰. Die Begründung für diesen erweiterten Kreis der erfassten Aktionäre liegt darin, dass die potentiell haftungsbegründenden Verhaltensweisen der verschiedenen Organpersonen typischerweise eng miteinander verknüpft sind und Pflichtverletzungen einzelner Organpersonen immer auch Fragen bezüglich des Verhaltens der anderen Organpersonen aufwerfen bzw. das beklagte Organ Regressansprüche gegen andere geschäftsführende Personen haben könnte.

Abstellend auf den Normsinn von Art. 695 Abs. 1 OR sind über den Wortlaut hinausgehend vom Stimmrechtsausschluss auch weitere Personen erfasst. Aufbauend auf den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Fällen können *generalisierend die folgenden Kriterien* aufgestellt werden, um zu entscheiden, ob Dritte vom Stimmverbot erfasst werden: Der Stimmrechtsausschluss des Art. 695 Abs. 1 OR trifft Dritte, wenn

- sie für eine eventuelle Forderung gegen eine Organperson aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (*mit*)haften würden oder sonstwie deren Befriedigung wirtschaftlich zu tragen hätten, so dass sie in einem gleichartigen Interessenkonflikt stehen wie die Organperson selbst; darunter fallen insbesondere die Erben einer Organperson;
- ihre Willensbildung von einer vom Stimmrecht ausgeschlossenen Person beherrscht wird. Das Problem liegt in der Bestimmung von Art und Intensität des (potentiellen oder aktuellen) Einflusses auf die Willensbildung, die notwendig ist. Anhand der Positionen der herrschenden Lehre zu verschiedenen Fallkonstellationen kann gesagt werden, dass es sich um eine rechtlich-strukturell begründete Möglichkeit zur Bestimmung der Willensbildung handeln muss (wie sie etwa bei Mehrheitsaktionären einer Gesellschaft vorliegt oder bei einer Person, die nach den Regeln eines Aktionärbindungsvertrages in den Abstimmungen des Pools die Mehrheit der Stimmen hat), dass hingegen ein bloss faktischer Einfluss, sei er auch stark, nicht ausreicht.

Eine *juristische Person* ist nach herrschender Lehre dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn sie von einer Person im Sinne von Art. 695 Abs. 1 OR beherrscht wird, d.h. diese ihre Willensbildung bestimmen kann (aber unabhängig davon, ob sie dies im Einzelfall getan hat). Im Weiteren ist gemäss einem obiter dictum in BGE 118 II 496 ff., 499 eine juristische Person immer dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn sie jemanden als ihren Vertreter in die Organfunktion bei der Gesellschaft entsandt hat (*"lorsque la personne morale délègue au conseil d'administration ... un représentant, qui exerce son mandat dans ses intérêts"*)⁷¹. Begründet wird dies vom Bundesgericht damit, dass in einer solchen Konstellation die juristische Person sich in der Regel zur Schadloshaltung ihres "Vertreters" verpflichtet hat und daher selbst in der Interessenkollision steht.

Über den Stimmrechtsausschluss von den durch einen *Aktionärbindungsvertrag* gebundenen Aktien einer zu entlastenden Person kann nur im Einzelfall entschieden werden, und zwar unter Berücksichtigung der konkreten Interessenkollision und dem Zweck von Art. 695 Abs. 1

OR. Sofern beispielsweise für die Aktien sämtlicher Poolmitglieder aufgrund eines internen Beschlusses einheitlich gestimmt werden und die zu entlastende Person diesen internen Entscheid über die Stimmrechtsausübung beherrscht und/oder entscheidend beeinflusst hat, sind sämtliche Stimmen des Pools – und nicht nur diejenigen der zu entlastenden Organperson – vom Stimmrechtsausschluss des Art. 695 OR betroffen.

Nach Art. 695 Abs. 2 OR sind die Mitglieder der *Revisionsstelle* vom Stimmverbot des ersten Absatzes ausdrücklich ausgenommen. In Anbetracht des Unabhängigkeitsgebotes des Art. 727c OR und des Verbotes gemäss Art. 731 OR, der Revisionsstelle Aufgaben des Verwaltungsrates zuzuweisen, ist dieser zweite Absatz insofern überflüssig, als die ausdrückliche Freistellung der Revisionsstelle vom Stimmverbot Folge der genannten beiden Regelungen ist⁷². Im Übrigen legt auch das Unabhängigkeitserfordernis der Revisionsstelle nahe, sich an der zu prüfenden Gesellschaft überhaupt nicht wesentlich zu beteiligen. Anwendungsvoraussetzung des Art. 695 Abs. 2 OR ist (auch gemäss dem Wortlaut), dass es um die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates und/oder der geschäftsführenden Organpersonen geht; steht hingegen die Déchargeerklärung der Revisionsstelle zur Abstimmung, kann die Ausnahme vom Stimmverbot zu Gunsten der Revisionsstelle nicht greifen.

Nach der Grundsatzregel, wonach das Stimmverbot des Art. 695 Abs. 1 OR bei der Entlastungsabstimmung einer Organperson sowohl ihre eigenen Stimmen als auch die durch sie vertretenen Stimmen erfasst, sofern keine ausdrückliche Weisung des vertretenen Aktionärs zur Stimmrechtsausübung vorliegt, ist der *Organvertreter* im Sinne von Art. 689c OR vom Stimmrecht bei der Entlastung *grundsätzlich* ausgeschlossen. Demnach kann aber im Falle einer ausdrücklichen Weisung – auch einer Weisung zur Erteilung der Entlastung – der Organvertreter an der Beschlussfassung teilnehmen; er steht in "weisungsgebundener Doppelrolle"⁷³. Diese Regelung ist insofern nichts besonderes, als der Vertreter nicht sein eigenes, sondern das Stimmrecht des vertretenen nach Weisung wahrnimmt. Problematischer ist die Fallgestaltung, in der der Organvertreter eine Vollmacht, aber keine Weisung erhalten hat. Aufgrund der Stellung des Organvertreterers als institutioneller Stimmrechtsvertreter und der – entgegengesetzten

70 Da in der Praxis jedoch der Entlastungsbeschluss über den Wortlaut von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR ("Mitglieder des Verwaltungsrates") hinaus regelmässig auch die Mitglieder der Geschäftsführung erfasst, ist der Personenkreis der vom Stimmverbot erfassten mit demjenigen der Entlasteten oft deckungsgleich.

71 Gemäss P. FORSTMOSER (FN 6), N 420, den das Bundesgericht unter anderem zitiert, hängt der Ausschluss der juristischen Person in diesem Fall davon ab, ob sie für die Handlungen ihres Vertreters selbst der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit untersteht.

72 P. BÖCKLI (FN 2), N 1410e.

73 P. BÖCKLI (FN 2), N 1360i.

– Funktion des unabhängigen Stimmrechtsvertreters kann unter analoger Anwendung der Weisungsregelung von Art. 685d OR durchaus abgeleitet werden, dass bei fehlender Weisung eine berechtigte Vermutung zu Gunsten der Erteilung der Entlastung (bei entsprechendem Antrag des Verwaltungsrates) besteht und folglich die Stimmberechtigung der Organvertreterstimmen (auch) ohne Weisung gegeben ist⁷⁴. Insofern kann in die Bevollmächtigung des Organvertreters aufgrund seiner Funktion und Rechtsstellung die bewusste Zustimmung des vertretenen Aktionärs zu den Anträgen des Verwaltungsrates hineingelesen werden. Dies gilt umso mehr, wenn in der Unterlage zur Organbevollmächtigung ausdrücklich festgehalten ist, dass bei Fehlen von Weisungen der Organvertreter im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates stimmen werde. In diesem Sinne besteht eine unterschiedliche Handhabung der Stimmberechtigung im Falle fehlender Weisung bezüglich verteilter Stimmen je nachdem, ob die Vertretung durch eine Organperson oder durch Organvertretung im Sinne der institutionellen Stimmrechtsvertretung erfolgt.

Demgegenüber kann eine bewusste Zustimmung eines Depotaktionärs zur Entlastung eines Bankenvertreters im Verwaltungsrat mittels Stimmen des *Depotvertreters* derselben Bank im Falle fehlender Weisung des vertretenen Aktionärs nicht angenommen werden. Obgleich formal betrachtet der Tatbestand des Art. 695 Abs. 1 OR bei der Abstimmung über die Décharge eines Bankenvertreters bezüglich des Depotvertreters derselben Bank nicht gegeben ist, da die Depotbank als Stimmenvertreterin von der zu entlastenden natürlichen Person des Bankenvertreters im Verwaltungsrat zu unterscheiden ist, beansprucht dieses Stimmverbot im Regelfall aus Zwecküberlegung Geltung: Sofern die betreffende Bank über ihren Vertreter im Verwaltungsrat derart an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt, dass sie die Stellung als materielle Organperson einnimmt oder sofern eigentliche Willenseinheit zwischen dem entsandten Bankenvertreter und der (Depot-) Bank besteht, geht es bei der Déchargeerklärung um die "eigene Sache", was zur Anwendung des Stimmrechtsausschlusses in diesem Regelfall nach Art. 695 Abs. 1 OR führt⁷⁵. Dieses für die Anwendung des Stimmverbotes vorausgesetzte Gleichschalten von Depotbank und Bankenvertreter im Verwaltungsrat ist nach der hier vertretenen Auffassung zu vermuten. Vom Stimmverbot ausgenommen sind nach der hier vertretenen Auffassung nur diejenigen Depotstimmen, für die der Depotvertreter eine ausdrückliche Einzelweisung für die Déchargeabstimmung vorweisen kann⁷⁶.

III. Zum Bestehen sachlicher Anwendungsvoraussetzungen des Stimmrechtsausschlusses

Gemäss dem Wortlaut setzt der Tatbestand von Art. 695 Abs. 1 OR einzig bei den Organpersonen an, und insofern scheint es für die Anwendung ausreichend zu sein, wenn die Ausschlussvoraussetzungen des Stimmrechts in per-

sönlicher Hinsicht gegeben sind. Auf der Grundlage von Zwecküberlegungen zum Stimmrechtsausschluss und bei einem funktionalen Verständnis des Stimmverbots drängt sich jedoch eine (weitere) sachliche Anwendungsvoraussetzung auf: Ein Stimmrechtsausschluss ist nur dann zu rechtfertigen, wenn eine potentielle Interessenkollision infolge der Stimmrechtsausübung gegeben ist. Denn Rechtsgründe des Stimmrechtsausschlusses sind die gesetzlich vermutete Interessenkollision sowie die Sicherstellung der Richtigkeitsgewähr des Entlastungsbeschlusses. Und sofern gegen die Entlastung gestimmt wird, wird das Stimmrecht derart ausgeübt, dass die Rechtsgründe des Stimmverbots nicht greifen können. Insofern ist die Anknüpfung der Anwendung an die Person des Stimmrechtsausübenden verfehlt und dementsprechend ist der Tatbestand von Art. 695 Abs. 1 OR zu berichtigen: Der Tatbestand setzt neben der geschäftsführenden Tätigkeit (Organeigenschaft als personenbezogenes Tatbestandselement) voraus, dass eine potentielle Interessenkollision infolge der Ausübung des Stimmrechts (als sachliches Tatbestandselement) besteht. Zu berücksichtigen ist bei diesem Auslegungsergebnis, dass der Stimmrechtsausschluss *insgesamt* nach der hier vertretenen Auffassung vor allem deshalb einschränkend auszulegen und anzuwenden ist, weil dem Aktienrecht ein Durchschlagen eines Interessenkonflikts auf das Stimmrecht fremd ist (vgl. auch 692 OR). Ein potentieller Interessenkonflikt liegt immer und nur dann vor, wenn zu Gunsten der Entlastung gestimmt wird, niemals aber, wenn das Stimmrecht im Sinne der Verweigerung der Entlastung ausgeübt

74 So P. BÖCKLI (FN 2), N 1360i. Vgl. auch ROLAND VON BÜREN, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 1995, 57 ff., 68 und RETO Waidacher, Institutionelle Stimmrechtsvertretung – Gesetzliche Schutzvorkehrungen gegen Missbräuche der Massenvertretung, Zürich 1997, 95 f.: "Wenn sich der Aktionär an den Organvertreter wendet und ihn mit der Stimmvertretung beauftragt, obwohl ihm – ohne Mehraufwand – auch die Möglichkeit offenstünde, sich an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu wenden, ist darin ein bewusstes Zustimmung zu den Anträgen der Verwaltung zu erkennen. Will der Aktionär gegen die Anträge der Verwaltung stimmen, soll und wird er sich an eben diesen unabhängigen Stimmrechtsvertreter wenden. Es besteht demnach keine Gefahr, dass der Organvertreter oppositionelle – explizite oder implizite – Weisungen erhält und sich alsdann – infolge von Eigeninteressen – nicht an diese halten würde. Aus diesen Überlegungen heraus ist der Organvertreter zur Abstimmung zuzulassen."

75 R. Waidacher (FN 74), 90.

76 P. Schleiffer (FN 74), 230; Differenzierend R. Waidacher (FN 74), 91 f., der nur bei Einzelanweisung an den Depotvertreter und zusätzlich bei eingeräumter Möglichkeit, das Stimmrecht durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben zu lassen, den Depotvertreter vom Stimmrechtsausschluss bei der Entlastung eines Bankenvertreters im Verwaltungsrat ausnehmen will. Anderer Auffassung Eric R. Scherrer, Die Stimmrechtsausübung durch Depotvertreter, Zürich 1996, 212 f.

77 P. BÖCKLI (FN 2), N 1410d; P. Schleiffer (FN 58), 292 f.

wird. Vom Stimmrechtsausschluss in persönlicher Hinsicht erfasste Aktionäre können folglich an der Déchargeabstimmung ihr Stimmrecht immer dann ausüben, wenn sie gegen die Erteilung der Entlastung stimmen.

Der materielle Gehalt des Stimmverbotes des Art. 695 Abs. 1 OR ist somit nach der hier vertretenen Auffassung mittels funktionalen Überlegungen dahingehend einzuschränken, dass Organpersonen nur dann vom Stimmverbot erfasst sind, wenn eine potentielle Interessenkollision bei der Ausübung des Stimmrechts besteht, was voraussetzt, dass zu Gunsten der Entlastung gestimmt wird. Diese zusätzliche sachliche Anwendungsvoraussetzung des Stimmrechtsausschlusses im Sinne eines potentiellen Interessenkonfliktes ist im Ergebnis als teleologische Reduktion des Stimmrechtsausschlusses des Art. 695 OR zu begreifen.

IV. Der Entscheid über die Stimmzulassung und Sanktionen bei fehlerhaftem Entlastungsverfahren

Den Entscheid über den Stimmrechtsausschluss bei der Abstimmung über die Décharge hat der Verwaltungsrat nach Art. 702 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR ("Vorbereitung der Generalversammlung") zu treffen; es handelt sich dabei um eine Kompetenz des Verwaltungsrates, die weder übertragbar noch entziehbar ist⁷⁷. In Anwendung von Art. 716a Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat die praktische Durchführung des Stimmrechtsausschlusses bei der Entlastung an den Vorsitzenden der Generalversammlung delegieren, was in den meisten Fällen wohl zweckmässig ist.

Organpersonen, die vom Stimmrechtsausschluss in persönlicher Hinsicht erfasst sind, von diesem jedoch wegen dem fehlenden potentiellen Interessenkonflikt im Falle der Verweigerung der Entlastung ausgenommen sind, haben ihre Stimmrechtsausübung im Sinne der Verweigerung der Entlastung dem Vorsitzenden der Generalversammlung anzugeben, damit dieser (auch) beim Entlastungsbeschluss das Abstimmungsergebnis korrekt ermitteln kann⁷⁸.

Bei den *Rechtsbehelfen des Aktionärs gegen mangelhafte Entlastungsverfahren* ist zu unterscheiden, worauf der Fehler bei der Durchführung zurückzuführen ist: (1) Sofern der Stimmrechtsausschluss des Art. 695 OR entweder durch einen Beschluss des Verwaltungsrates oder einen Entscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung rechtswidrig gehandhabt wird, steht dem Aktionär während (oder vor) der Generalversammlung der Einspruch nach Art. 691 Abs. 2 OR zur Verfügung. Nach Bekanntgabe des Beschlussergebnisses der Déchargeabstimmung kann jeder Aktionär nach der hier vertretenen Auffassung bei rechtswidriger Handhabung des Stimmrechtsausschlusses gestützt auf Art. 691 Abs. 3 OR mittels der positiven Beschlussfeststellungsklage den Entlastungsbeschluss mit dem Ziel der richterlichen Korrektur des Beschlussinhaltes anfechten⁷⁹. (2) Sofern hingegen der Verwaltungsrat bei seinen Ausführungen beim Beschlussgegenstand der Décharge die Aktionäre in Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR mangelhaft aufgeklärt hat

oder der Aktionär aus anderen Gründen in Unkenntnis der Sachlage zu Gunsten der Entlastung gestimmt hat, ist der Déchargebeschluss gestützt auf Art. 706 OR wegen der Verletzung von Art. 717 OR oder unter Berufung auf Willensmängel theoretisch anfechtbar⁸⁰. Da die Entlastungserklärung jedoch nur "bekanntgegebene Tatsachen" erfasst und somit für den fraglichen Sachverhalt keine Wirkung haben kann, erscheint es diesfalls in der Regel zweckmässig zu sein, direkt die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR zu erheben.

78 Da für den Entlastungsbeschluss die vertretenen Aktiennennwerte oder Aktienstimmen wegen Art. 695 OR sowieso separat bestimmt werden müssen, macht es keinen Unterschied, wenn dabei zusätzliche die sachliche Anwendungsvoraussetzung des potentiellen Interessenkonfliktes berücksichtigt werden muss.

79 Vgl. zur Durchsetzung von Stimmrechtsausschlüssen insb. P. SCHLEIFFER (FN 58), 291 ff. und zur (umstrittenen) positiven Beschlussfeststellungsklage insb. Ivo SCHWANDER/DIETER DUBS, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 343 ff.

80 Vgl. zur Anfechtung W. F. BÜRGI (FN 2), Art. 698 N 112 ff.; W. F. BÜRGI/U. NORDMANN-ZIMMERMANN (FN 8), Art. 757 N 8.

Les auteurs discutent la nature juridique et la portée de la décision de décharge lors d'une assemblée générale d'une SA (A), de la procédure de décision (B) et, en particulier, de l'exclusion de certaines personnes du droit de vote lors de la décision de décharge (C).

(Flurin von Planta)