

Adrian König*

Décharge und Corporate Governance

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Interdisziplinärer Ansatz
 1. Rechtswissenschaftliche Perspektive
 - 1.1. Organe
 - 1.2. Qualifikationsansatz bei bestellten Organen
 - a. Delegierte Organverantwortung
 - b. Operative Führungsrolle und strategischer Einfluss
 - c. Zwischenfazit
 - 1.3. Faktische Organe
 2. Wirtschaftswissenschaftliche Perspektive
 - 2.1. Strukturelle Ausprägung
 - 2.2. Hierarchieansatz
 - 2.3. Leitungsspanne
 3. Zwischenfazit und Anwendung
- III. Praktikabilität
 1. Einspruch
 2. Anfechtung
 - 2.1. Hürden und prozessuale Lösungsansätze
 - 2.2. Zwischenfazit
 3. Corporate Governance
- IV. Fazit

I. Einleitung

Der Entlastungsbeschluss, auch Décharge genannt, ist gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 7 OR eine unübertragbare Aufgabe der Generalversammlung (GV) und die Manifestation des Verzichts der Aktiengesellschaft (AG) auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe.¹ Der GV steht es frei, die Entlastung in einem

Akt oder den jeweiligen Individuen einzeln zu erteilen.² Die Entlastung richtet sich gem. des Gesetzestexts an die Mitglieder des Verwaltungsrates (VR). Sie kann jedoch auch für die Geschäftsleitung (GL) erteilt werden.³ Gem. Art. 695 OR sind Personen, «die in irgendeiner Weise» an der Geschäftsführung beteiligt waren, bei Beschlüssen über die Entlastung nicht stimmberechtigt.⁴ Findet dennoch eine unbefugte Stimmabgabe statt, ist der Décharge-Beschluss anfechtbar.⁵ Der Kreis der vom Stimmrechtsausschluss betroffenen Personen bestimmt sich generell nach der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gem. Art. 752 ff. OR, konkreter nach der Passivlegitimation der Verantwortlichkeitsklage gem. Art. 754 OR.⁶

Im Allgemeinen sind unter den von Art. 695 OR erfassten Personen jene mit Organstellung in der Gesellschaft zu verstehen, wie z.B. der VR oder Mitglieder der GL, welche nach Art. 716a und Art. 716b OR ernannt werden. Der Erfassungsrahmen der Passivlegitimation des Art. 754 OR kann jedoch nach Konstellation potenziell auch weiter bis ins mittlere Management reichen.⁷ Insb. mit Blick auf Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, wo immer häufiger auf Aktienpakete zurückgegriffen wird, um Arbeitnehmer enger an das Unternehmen zu binden,⁸

im Aktienrecht, in: Kunz et al. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, 174; So ist bspw. der Organbegriff i.S.d. aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht kongruent mit jenem gem. Art. 55 ZGB; BSK ZGB I-REITZE, Art. 54/55 N 14.

² BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 22; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 25; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 695 N 5.

³ Unter Vorbehalt korrekter Traktandierung. BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 22 und 24, § 16 Rz. 378.

⁴ Zwecks Schutzes der innerverbandlichen Gewaltenteilung. PATRICK SCHLEIFFER, *Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht* (Diss. Zürich), Bern 1993, 206.

⁵ Art. 691 Abs. 3 i.V.m. Art. 706 OR; Es liegt somit ein Stimmrechtsausschluss de iure vor. MARKUS VISCHER, *Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, GesKR 1/2017, 81 ff., 81.

⁶ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5; CATHERINE CHAMMARTIN/HANS C. VON DER CRONE, *Der Déchargebeschluss Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005*, SZW 6/2005, 329 ff., 331 m.w.H.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 2), 531.

⁷ Siehe nachfolgend Kap. II Ziff. 1.1 ff.

⁸ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 36; RALPH MALACRIDA/TILL SPILLMANN, *Corporate Governance im Interregnum*, GesKR 4/2013, 485 ff., 496.

* ADRIAN KÖNIG, Student an der Universität Bern (M Law, BSc BA und CAS ILE). Bemerkungen und Anregungen werden gerne unter akoe@koenig.llc entgegengenommen. Ein herzliches Dankeschön gilt RA LUKAS HELD, LL.M. und RA LUKAS AEBI, LL.M. (beide Lenz & Staehelin) für die freundlichen Ratschläge und Durchsicht.

¹ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2022, § 16 Rz. 379; KEVIN J. MÜLLER, *Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen*, Zürich/St. Gallen 2021, 34; HANS C. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, 2. A., Bern 2020, 819. Es sei angemerkt, dass selbst in der jur. Literatur keine Einigkeit hinsichtlich des Organbegriffs zu bestehen scheint, zumal auch die Rechtsordnung selbst diesen je nach Bereich anders verwendet. PETER V. KUNZ, *Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen*

kann das Aktionariat bis in die verschiedensten Ebenen des Managements diffundieren. In der Praxis kann es somit schwierig sein, Führungspersonen zu identifizieren, die gleichzeitig Aktionäre sind und unter den Stimmrechtsausschluss von Art. 695 OR fallen. Aufgrund der mannigfaltigen Ausprägungen von Unternehmensstrukturen können sich Gesellschaften entsprechend vermehrt mit der Frage konfrontiert sehen, bei welchen Personen die Stimmen an der GV beim Entlastungsbeschluss herauszurechnen sind. Dies hat nicht nur Relevanz mit Blick auf die generelle Wahrung der Aktionärsrechte an der GV, sondern ist zudem von praktischer Bedeutung für jede Gesellschaft, welche i.S.e. *Good Corporate Governance* ihre Verantwortung ernst nehmen und sorgfältig handeln möchte.

Der vorliegende Beitrag widmet sich dem dargelegten Thema in mehrfacher Weise. Um eine Identifikation des betroffenen Personenkreises zu ermöglichen, insb. jenem, der nicht offensichtlich identifizierbar ist,⁹ wird in einem ersten Schritt ein Praxisleitfaden dargeboten, der i.S.e. interdisziplinären Ansatzes bestehend aus rechtswissenschaftlichen Qualifikationsmerkmalen und eines wirtschaftswissenschaftlichen Grundgerüsts Hilfestellung geben soll. Anschliessend folgt eine Prüfung möglicher Hürden in der praktischen Umsetzung mit Beleuchtung der Gesellschaftsseite im Kontext der *Good Corporate Governance* und Aktionärsseite mit Blick auf Durchsetzungsprobleme.

II. Interdisziplinärer Ansatz

1. Rechtswissenschaftliche Perspektive

1.1. Organe

Die Lehre hat bis anhin zwischen formellen, materiellen und faktischen Organen differenziert.¹⁰ So sind formelle Organe jene Personen, die direkt von der GV gewählt werden, wie der VR.¹¹ Materielle Organe sind Personen, die aufgrund gesellschaftsinterner Akte in ihre Position delegiert wurden.¹² Faktische Organe sind dagegen

massgeblich an der Willensbildung in der Gesellschaft beteiligte Personen, die ihre Stellung im Gegensatz dazu *de facto* einnehmen.¹³

In der Literatur wird Kritik an der Unterteilung des Organbegriffs geübt.¹⁴ Es besteht der Vorschlag, eine Differenzierung anhand einer Zweiteilung vorzunehmen: In *faktische* und *bestellte* Organe.¹⁵ Während der Begriff der faktischen Organschaft inhaltlich gleich bleibt, umfasst jener des bestellten Organs jeweils die von der GV gewählten Mitglieder des VR und die vom ihm nach Art. 716a Abs. 1 OR rechtmässig ernannte GL sowie die Direktoren.¹⁶ Gestützt auf entsprechende Ermächtigungen im Organisationsreglement können diese nun wiederum ihnen unterstellten Personen rechtmässig Organkompetenz zuteilen.¹⁷ Eine solche Zweiteilung des Organbegriffs scheint grundsätzlich begrüssenswert und dem Vorschlag der Lehre wird an dieser Stelle gefolgt.

1.2. Qualifikationsansatz bei bestellten Organen

In systematischer Konsequenz besteht die Grenze jener, die vom Terminus des bestellten Organs erfasst werden, in der Grenze der Haftung nach Art. 754 OR. Die «untere» Grenze des Erfassungsrahmens wurde vom BGer dahingehend festgelegt, als dass sie «die tatsächlichen Organen vorbehalten[en] Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen.»¹⁸ Präzisierend hinzugefügt wurde, dass darunter i.d.R. die «Leitung aufgrund selbstständiger Entschlüsse» zu verstehen ist.¹⁹ In der Literatur wird gemahnt, dass diese Ergänzung nicht so auszulegen sei, als dass hierzu ausschliesslich die dem VR direkt unterstellte GL oder Direktion gehöre.²⁰ Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Literatur lassen sich hin-

⁹ Der Fokus in diesem Beitrag liegt auf dem bestellten Organ i.w.S. (siehe Kap. II Ziff. 1 ff.).

¹⁰ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33; JEAN N. DRUEY, 1. Wirtschaftsrecht/Verantwortlichkeit und Information, in: Waldburger et al. (Hrsg.), *Law & Economics*, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2015, 12.

¹¹ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33; DARIO R. BUSCHOR, *Anwaltsunternehmen als «Partnerschaften» – Rechtsformen, Berufsrecht und Haftung/III.–VI.*, in: Mascello Bruno (Hrsg.), *Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft VIII*, Zürich/Basel/Genf 2022, 106; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 4.

¹² I.d.R. sind ihre Rollen, Verantwortlichkeiten und Pflichten durch interne Regelwerke festgelegt. FABIAN AKERET, *Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren*, Zürich/St. Gallen 2018, 34; BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33; BUSCHOR (FN 11), 106; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5.

¹³ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 573 und § 16 Rz. 38 m.w.H.; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5.

¹⁴ So ist gem. BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33, die Differenzierung zwischen formell und materiellen Organ unnötig; A.M. KUNZ (FN 1), 175 FN 7, der das materielle als Synonym des faktischen Organes sieht. Dies ist nachvollziehbar, da zur Qualifikation die teils selben BGer Formeln zur Anwendung gelangen (s.a. Kap. II Ziff. 1.3). M.E. ist das materielle jedoch als Teil des bestellten Organs zu betrachten, da ein Kernelement faktischer Organschaft «Widerrechtlichkeit» umfasst (s.a. Kap. II Ziff. 1.3), während das materielle Organ rechtmässig in seine Stellung delegiert wurde.

¹⁵ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33.

¹⁶ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33.

¹⁷ Sog. «Subdelegation» (s.a. Kap. II Ziff. 1.2 lit. a). BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 33; Im Kontext grundsätzlicher Gestaltung der Delegation ist auch die Rede von «Einrichtung eines eigenständig konzipierten Organs kraft Delegation («Geschäftsleitung» oder «Konzernleitung»». BÖCKLI (FN 1), § 9 Rz. 657.

¹⁸ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 36; BGE 117 II 432 E. 2b; 107 II 353 E. 5; 128 III 29 E. 3a; 146 III 37 E. 6.1.

¹⁹ BGE 117 II 432 E. 3.

²⁰ Es bedürfe bei grösseren Unternehmen insb. auch der Aufmerksamkeit hinsichtlich des zweiten Levels des Managements, da hier oftmals viele Führungsentscheidungen getroffen würden. BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 36.

sichtlich eines juristischen Qualifikationsansatzes die nachfolgenden Kriterien ableiten: (1) Delegierte Organverantwortung und (2) Operative Führungsrolle und strategischer Einfluss.

a. Delegierte Organverantwortung

Wie eingangs erwähnt, versteht sich hierunter die rechtmässige Ernennung einer Person gestützt auf Ermächtigungen in gesellschaftsinternen *Organisationsreglementen*.²¹ Gem. Art. 716b OR ordnet das Organisationsreglement die Geschäftsführung, bestimmt die hierfür erforderlichen Stellen, umschreibt deren Aufgaben und regelt die Berichterstattung.²² Sofern der VR Entscheidungskompetenzen durch das Reglement uneingeschränkt an die GL überträgt, kann diese innerhalb der gegebenen Anweisungen und ihrer Verantwortungsbereiche eigenverantwortlich handeln, wobei auch weitere Subdelegation möglich ist.²³ Die Regelung unterer Stufen erfolgt i.d.R. durch ein internes Geschäftsreglement.²⁴

In einem ersten Schritt bedarf es somit einer gesellschaftsinternen Ermächtigung in einem dazu gesetzlich gem. Art. 716b OR vorgesehenen Dokument.

b. Operative Führungsrolle und strategischer Einfluss

Entsprechend der Formel des Bundesgerichts sind hierunter Personen zu verstehen, die den «tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen». Entscheidend ist das *Treffen von Entscheidungen*, die normalerweise den «tatsächlichen» Organen vorbehalten sind, sowie die *Durchführung der eigentlichen Geschäftsführung*. Unter Zuhilfenahme der Präzisierung des Bundesgerichts «Leitung aufgrund selbstständiger Entschlüsse» ist darunter somit eine operative Führungsrolle, sowie ein strategischer Einfluss zu verstehen. Die betreffende Person muss also hinsichtlich eines operativen Aspekts die Geschäftsführungstätigkeit auch tatsächlich ausüben und i.S.e. strategischen Einflusses die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflussen können. Unter «massgeblich» wird generell wohl nur Einfluss von entscheidender Bedeutung zu verstehen sein, was einer konkreten, von den

Umständen abhängigen Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung des noch folgenden wirtschaftswissenschaftlichen Rahmens bedarf.

c. Zwischenfazit

Wie dargelegt, unterteilt sich das bestellte Organ in direkt identifizierbare Personen wie den von der GV gewählten VR, die Mitglieder der GL, welche nach Art. 716a und Art. 716b OR ernannt werden, sowie jene Führungskräfte, die anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu bestimmen sind. Der in diesem Beitrag präsentierte Ansatz fokussiert sich weitgehend auf jenen «zweiten» Teil des bestellten Organs, der einer Analyse und Qualifikation bedarf (fortan als *Organ im weiteren Sinne* (i.w.S.) bezeichnet, im Gegensatz zum *Organ im engeren Sinne* (i.e.S.)).

1.3. Faktische Organe

Ein faktisches Organ qualifiziert sich primär anhand der de facto Einnahme der Organstellung.²⁵ Hierbei handelt es sich somit um *nicht ordentlich gewählte oder ernannte Personen*,²⁶ die sich aber *organtypisch verhalten* und sich dadurch in die *Führung der Geschäfte einschalten*.²⁷ Darunter fallen können aber auch Personen, die als Drahtzieher im Hintergrund agieren und somit Einfluss auf die Willensbildung der jeweiligen Exekutive nehmen.²⁸ Ein klassisches Beispiel ist der Mehrheitsaktionär, der VR-Sitzungen beiwohnt und diesem Weisungen erteilt.²⁹ Die Décharge des faktischen Organs ist nicht möglich.³⁰

2. Wirtschaftswissenschaftliche Perspektive

Eine Organisationsstruktur stellt ein bewusst gestaltetes formales Regelsystem dar.³¹ Mit ihr wird eine Ordnung geschaffen, welche als *Aufbauorganisation* bezeichnet

²¹ Eine explizite Bezeichnung als solches ist nicht nötig. BÖCKLI (FN 1), § 9 Rz. 660.

²² Ziel ist, die oft allg. und abstrakten Angaben in den Statuten zu spezifizieren, umzusetzen und an die spezifischen Anforderungen der AG anzupassen. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 2), 81.

²³ Sofern keine gültige Delegation vorliegt, haftet der VR für die Handlungen der GL. BÖCKLI (FN 1), § 19 Rz. 665; KUMMER ANDREAS, Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft. Entscheidendes Instrument für die «Best Practice», ST 12/06, 917; IRENE VON MOOS-BUSCH, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1996, 15.

²⁴ KUMMER (FN 23), 916.

²⁵ In der Literatur ist oft die Rede davon, dass das faktische Organ seine Stellung «usurpiert», was im Grunde «[widerrechtlich] an sich reissen» bedeutet <<https://www.duden.de/rechtschreibung/usurpieren>> (besucht am 28.10.2023). BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 24; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5; LANG SIMON, Die faktische Organshaft, GesKR 1/2019, 111 ff, 111; S.a. KUNZ (FN 1), 177 m.w.H.

²⁶ Auch juristische Personen kommen als faktische Organe in Betracht. BGE 132 III 523 E 4.5; 128 III 92 E 3.

²⁷ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 38.

²⁸ BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 38; Ein faktisches Organ ist eine Person, die Entscheidungen trifft, die normalerweise den tatsächlichen Organen vorbehalten sind, oder die tatsächliche Geschäftsführung übernimmt. BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 38 m.w.H.; BGE 107 II 349 E. 5a; Die Grenze wird dann überschritten, wenn die de facto eingenommenen Kompetenzen «wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen» und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten. BÖCKLI (FN 1), § 16 Rz. 38 m.w.H.

²⁹ LANG (FN 25), 111.

³⁰ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 24.

³¹ Auch formale Organisationsstruktur genannt. EWALD SCHERM/GOTTHARD PIETSCH, Organisation: Theorie, Gestaltung, Wandel. München 2007, 5.

wird.³² Konkret handelt es sich hierbei um die «Differenzierung des Systems Unternehmung in arbeitsteilige Subsysteme und deren Integration zu einem zielorientiert handelnden Ganzen.»³³ Das Unternehmen erhält durch die Massnahmen der Aufbauorganisation eine «klare, differenziert darstellbare und operationale Gestalt.»³⁴ Der VR geniesst hier eine weitreichende Organisationsfreiheit und legt das Organigramm fest.³⁵ Um im konkreten Einzelfall eine präzise Qualifikation einer Person als bestelltes Organ, insb. i.w.S., zu ermöglichen, soll das nachfolgend präsentierte Grundgerüst Abhilfe schaffen, wobei folgende Elemente zu berücksichtigen sind: (1) Strukturelle Ausprägung, (2) Hierarchieansatz und (3) Leitungsspanne.

2.1. Strukturelle Ausprägung

Unter der strukturellen Ausprägung ist die gesamtorganisatorische Manifestierung der Gesellschaft anhand der Aufbauorganisation als Ausgangslage zu verstehen.³⁶ Mit der Analyse dieser Strukturen als erstem Schritt soll die konstitutionelle Ausprägung des Unternehmens als solches geprüft werden, um zu verstehen, wie sich die Führungsverantwortung tatsächlich verteilt.

Aus der Aufbauorganisation resultiert u.a. die Struktur der Gesellschaft.³⁷ Es kann generell zwischen Top-Management (GL, Geschäftsführer), Middle-Management (je nachdem subdelegierte GL), Lower-Management (Gruppenleiter) und «operativen Einheiten» (ausführende Stellen) differenziert werden.³⁸ Die Bildung einzelner Abteilungen formt das organisatorische Gesamtbild des Unternehmens.³⁹ Für die aufbauorganisatorische *Gestaltung* des Systems existieren diverse Basisvarianten wie

das Einlinien-⁴⁰, Mehrlinien-⁴¹, Stab-Linien-⁴², sowie Matrixsystem⁴³. Darauf aufbauend lassen sich grundlegende Strukturtypen wie die funktionale und die divisionale Organisationsstruktur implementieren.⁴⁴ Bei der *funktionalen* Struktur werden gleichartige Tätigkeiten zu Aufgabenkomplexen integriert.⁴⁵ Die divisionale Organisationsstruktur besteht aus einer Reihe getrennter funktionaler Strukturen.⁴⁶ Berücksichtigt werden muss, dass divisionale Strukturen dazu tendieren können, dass das Gebilde auf juristischer Ebene in mehrere Gesellschaften gegliedert ist.⁴⁷

Eine Prüfung der strukturellen Ausprägung als erster Schritt soll also ein grundlegendes Verständnis über die konkrete Gliederung der Unternehmung schaffen. Hierdurch sind erste Schlüsse über die effektive Verteilung von Führungsverantwortung möglich.

2.2. Hierarchieansatz

Ist die jeweilige Struktur identifiziert, bietet sich im Weiteren die Prüfung des hierarchischen Ansatzes anhand einer Stossrichtung, wie Entscheidungen getroffen und Aufgaben delegiert werden, an. Im Kontext der Entwicklung des jeweiligen Abteilungssystems in der Unternehmensstruktur können hierfür Top-Down, Bottom-Up, oder Mischansätze gewählt werden.⁴⁸

Beim Top-Down-Modell werden Aufgaben und Verantwortlichkeiten von höheren zu niedrigeren Abteilungs-ebenen delegiert.⁴⁹ Beim Bottom-Up-Modell entwickelt sich die Management-Wirkrichtung des Unternehmens

³² MARTIN ABRAHAM/GÜNTER BÜSCHGES, Einführung in die Organisationssoziologie, 3. A., Wiesbaden 2004, 132; ROLF BÜHNER, Betriebswirtschaftliche Organisationslehre, 10. A., München 2004, 6; Zur Abgrenzung zur informalen Organisation siehe HANS. P. HENECKA, Grundkurs Soziologie, 10. A., Wiesbaden 2015, 125; Die aktienrechtliche Grundorganisation sieht bereits eine gewisse Aufbauorganisation vor, indem sie bestimmte Aufgaben den Organen zuteilt. DAMIAN A. FISCHER, Organisation und Haftung im Aktienrecht, AJP 3/2020, 271 ff., 275.

³³ Gegenstück dazu ist die Ablauforganisation. GEORG SIEDENBIEDEL, Organisationale Gestaltung. Einführung in Grundelemente und charakteristische Ausgestaltung, 2. A., Münster 2020, 13 und 33; YASUHIKO TAKAHARA/MIHAJLO MEASROVIC, Organization structure: Cybernetic systems foundation, New York 2003, 4.

³⁴ SIEDENBIEDEL (FN 33), 13.

³⁵ Das Organigramm wird auch als Funktionendiagramm bezeichnet. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 2), 83 f.

³⁶ Vgl. SIEDENBIEDEL (FN 33), 72.

³⁷ Wobei individuelle Aufgaben zu grösseren Aufgabenblöcken zusammengefasst, Stellen abgegrenzt und Leitungsinstanzen gebildet werden. SIEDENBIEDEL (FN 33), 17 ff.

³⁸ Siehe zur Subdelegation, Kap. II Ziff. 1.2 lit. a und BÖCKLI (FN 1), § 9 Rz. 657; SIEDENBIEDEL (FN 33), 21.

³⁹ Es kann weiter zw. Primär- und Sekundärabteilungen differenziert werden. SIEDENBIEDEL (FN 33), 21.

⁴⁰ Jede Stelle ist über einen sog. Weisungsweg verbunden. «Linie» bezieht sich sowohl auf die Verbindung zw. den Instanzen und Stellen als auch auf die entscheidungsbefugten Einheiten. SIEDENBIEDEL (FN 33), 26 f.

⁴¹ Hier ist eine organisatorische Einheit nicht über eine, sondern mehrere Linien mit anderen verbunden. Dies ermöglicht, dass jede Stelle Anweisungen mehrerer Instanzen erhalten kann. SIEDENBIEDEL (FN 33), 27.

⁴² Kernaspekt ist die quantitative und qualitative Entlastung der Linieninstanzen durch die Zuordnung sog. Stabsstellen, welche hier spezialisierte Unterstützung bieten. SIEDENBIEDEL (FN 33), 29.

⁴³ Zwei Dimensionen: Die erste besteht aus den Linienstellen, die für die Durchführung der operativen Aufgaben verantwortlich sind. Die zweite umfasst die Stabsstellen, welche spezialisierte Beratung und Unterstützung bereitstellen. Dadurch wird ein Kompetenzgefälle vermieden. SIEDENBIEDEL (FN 33), 31.

⁴⁴ Mittels Organigrammen werden offiziell gewollte und autorisierte Leitungsbeziehungen abgebildet. SIEDENBIEDEL (FN 33), 132; ALI G. AHMADY/MARYAM MEHRPOUR/AGHDAS NIKOORAVESH, Organizational Structure, Procedia 2016, 455 ff., 457.

⁴⁵ SIEDENBIEDEL (FN 33), 72.

⁴⁶ AHMADY/MEHRPOUR/NIKOORAVESH (FN 44), 457; Kann sich bspw. i.S.d. Matrix-Organisation entwickeln und ist typisch für sehr grosse Unternehmen. SIEDENBIEDEL (FN 33), 143.

⁴⁷ So können die einzelnen Divisionen von der Muttergesellschaft auch als Tochtergesellschaften ausgestaltet werden, was e contrario wieder die Analyse der Organstellung einzelner Personen beeinflussen kann.

⁴⁸ Wofür situative Parameter entscheidend sind. SIEDENBIEDEL (FN 33), 22 f.

⁴⁹ Auch Delegationsmodell genannt. SIEDENBIEDEL (FN 33), 22.

von unten nach oben.⁵⁰ Beide Ansätze, oder eine Mischung, können signifikante Auswirkungen auf die Verteilung der Führungsverantwortung haben.

Die Identifikation der konkreten Wirkrichtung der Entscheidungsfindung trägt zur Präzision der effektiven Verteilung von Führungsverantwortung bei und kann in einem nächsten Schritt durch die Leitungsspanne präzisiert werden.

2.3. Leitungsspanne

Die Verantwortung des Top-Managements für die Entscheidungsfindung wird schliesslich durch die Leitungsspanne, also die Anzahl der einer Instanz direkt zugeteilten Stellen, massgebend beeinflusst.⁵¹ Die Elemente der Leitungsspanne und Gliederungstiefe, also der Anzahl der Managementebenen, sind zueinander interdependent.⁵² Bei einer flachen Hierarchie, bspw. wenn die Bemessung der Leitungsspanne mit vielen Stellen die Begründung nur einer Managementebene bedingt, besteht die Gefahr, dass es dem Vorgesetzten schwerfällt, sich hinreichend auf die Wahrnehmung der Führungsaufgaben gegenüber jedem einzelnen Mitarbeiter zu konzentrieren.⁵³ Reduziert man die Leitungsspanne auf wenige Stellen, resultiert unter dem Aspekt der Gliederungstiefe das Erfordernis der Implementierung von zwei oder mehr Managementebenen, womit die Hierarchie erkennbar steiler wird und sich die Führungsverantwortung weiter verteilt.⁵⁴

Als letztes und zeitgleich entscheidendes Element determiniert die Leitungsspanne die Anzahl von Managementebenen im Unternehmen und beeinflusst somit die Verteilung der Führungsverantwortung. Je breiter die Leitungsspanne, desto stärker konzentriert ist die Führungsverantwortung, während eine schmalere Spanne zu einer breiteren Verteilung führt.

3. Zwischenfazit und Anwendung

Synthetisiert man nun den rechtswissenschaftlichen Ansatz mit dem wirtschaftswissenschaftlichen Grundgerüst, kann der Leitfaden anhand des nachfolgenden fiktiven Beispiels⁵⁵ illustriert werden.

Die Entscheidungsbefugnisse in der Exemplus AG sind laut Organisationsreglement uneingeschränkt an

das Top-Management delegiert, welches wiederum eine Subdelegation an die Abteilungsleiter vorgenommen hat. Unter dem Aspekt der strukturellen Ausprägung folgt die AG einer funktionalen Struktur, die auf einem Mehrlinien-System basiert. Unterhalb des Top-Managements stehen Abteilungsleiter für verschiedene Funktionen wie Produktion, Vertrieb, Marketing und HR, die das mittlere Management darstellen.

Die Leiterin der Produktion ist Y. Ihre Aufgaben umfassen nicht nur die effiziente Steuerung der Produktionsprozesse, sondern sie trägt auch erhebliche Führungsverantwortung über mehrere Teams und hat Kontrolle über bedeutende Ressourcen. Y berichtet direkt an den CEO und den CFO, trifft jedoch viele Entscheidungen selbstständig und eigenverantwortlich. Die Gesellschaft verfolgt einen hybriden Hierarchieansatz, bei dem die strategischen Ziele und die Finanzplanung von der obersten Führungsebene festgelegt werden (Top-Down), während die operative Entscheidungsfindung und die Umsetzung der Strategie weitgehend in den Händen von Y und anderen Abteilungsleitern und ihren Teams liegen (Bottom-Up). Die Leitungsspanne ist breit, da Y für mehrere Teams verantwortlich ist, was in ihrem Fall zu einer hohen Verantwortung und keiner allzu steilen Hierarchie führt.

Mit Hilfe des ersten juristischen und den wirtschaftswissenschaftlichen Kriterien konnte das Ausmass an Verantwortung und Entscheidungskompetenz von Y identifiziert werden. Im abschliessenden Schritt erfolgt der Abgleich des Ergebnisses mit dem Kriterium der operativen Führungsrolle und des strategischen Einflusses.

Y übt in diesem Beispiel eine operative Führungsrolle aus, indem sie die Produktionsprozesse steuert und über bedeutende Ressourcen und mehrere Teams verfügt. Ihr direkter Bericht an den CEO und CFO zeigt ihren strategischen Einfluss. Die Tatsache, dass sie für mehrere Teams verantwortlich ist und innerhalb eines Mehrlinien-Systems arbeitet, in dem das Top-Management umfangreiche Entscheidungsbefugnisse an die Abteilungsleiter delegiert hat, deutet auf ihren massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung und Willensbildung der Gesellschaft hin.

Gemäss der Analyse kann Y daher als bestelltes Organ i.w.S. der Exemplus AG eingestuft werden. Sofern sie Aktionärin der AG ist, sind ihre Stimmen bei der GV im Rahmen des Entlastungsbeschlusses herauszurechnen.

III. Praktikabilität

Mit Blick auf die Praxis stellt sich nun die Frage, inwiefern der präsentierte Lösungsansatz tatsächlich applikabel ist und wie gegen Beschlüsse mit unbefugter Stimmabgabe, insb. von bestellten Organen i.w.S., vorgegangen

⁵⁰ Dies beginnt mit der Vereinigung von Primär- zu Sekundärabteilungen, die dann zu übergeordneten Einheiten integriert werden können. SIEDENBIEDEL (FN 33), 22.

⁵¹ Meinungen zur geeigneten Leitungsspanne variieren. SIEDENBIEDEL (FN 33), 143 f.

⁵² SIEDENBIEDEL (FN 33), 143.

⁵³ SIEDENBIEDEL (FN 33), 143 f.

⁵⁴ SIEDENBIEDEL (FN 33), 143 f.

⁵⁵ Das Beispiel ist trivial und soll der Veranschaulichung des Ansatzes dienen.

werden kann. Auf der Aktionärsseite bestehen hier zwei Möglichkeiten; der Einspruch gegen den Beschluss sowie dessen Anfechtung.⁵⁶ Sollte sich der VR nicht kooperativ zeigen, sind u.U. zusätzlich Informationsbegehren vonnöten. Auf Seiten der Gesellschaft besteht ebenfalls die Möglichkeit einer Anfechtung, doch sollte hier das Vermeiden einer unberechtigten Stimmabgabe bereits im Kontext der *Good Corporate Governance* eine Prämisse sein.

1. Einspruch

Als Bestandteil des Teilnahmerechts an der GV steht dem Aktionär gem. Art. 691 Abs. 2 OR das Recht zu, gegen die unberechtigte Stimmabgabe beim VR oder zu Protokoll Einspruch zu erheben.⁵⁷ Dies dient der Erledigung von Streitfällen noch während der GV durch eine offene Diskussion und gegebenenfalls dadurch, dass dem Vorsitzenden die Gelegenheit gegeben wird, genauere Abklärungen zu treffen und Stellung zu beziehen.⁵⁸ Hinsichtlich des Zeitpunkts der Einsprache schweigt das Gesetz, doch kann sie bereits vor der GV geschehen, wenn bspw. ein konkreter Verdacht nahelegt, dass eine unbefugte Stimmabgabe bevorsteht.⁵⁹ Der Einspruch kann bis zum Ende der Versammlung erhoben werden.⁶⁰ Sofern er vor der Abstimmung erfolgt, ist er Bestandteil der Debatte und dient dem Vorsitzenden als Fundament zur Abklärung der Faktenlage für seinen Entscheid über die Zulässigkeit der Stimmen.⁶¹ Der Einspruch eines Aktionärs löst die Pflicht auf Seiten des VR aus, die umstrittene Berechtigung zur Teilnahme zu überprüfen und sich dazu zu äussern, wobei eventuelle Belege, die seitens der einspruchserhebenden Person vorgelegt werden, zu berücksichtigen sind.⁶² Anschliessend besteht die Möglichkeit für den VR, die Befugnis zur Stimmabgabe zu bestätigen oder den Einspruch zuzulassen und die betroffene Person im Einklang mit Art. 695 OR vom Stimmrecht auszuschliessen.⁶³ Hinsichtlich des Ausschlusses verlangt die Literatur jedoch ein gewisses Mass an «Offensichtlichkeit», da eine übermässig tiefe Prüfung an der

Versammlung abzulehnen und wenig praktikabel ist.⁶⁴ Dem Entscheid kommt infolge eines Einspruchs lediglich die Wirkung eines Ordnungsentscheids zu, der keine materielle Wirkung hat.⁶⁵ Gem. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR ist der Einspruch zu protokollieren.⁶⁶ Sofern das Unterfangen erfolglos ist, ist das Instrument der Einsprache somit kein zu unterschätzender Faktor hinsichtlich des Schaffens von Fakten für einen eventuell folgenden Anfechtungsprozess.⁶⁷

2. Anfechtung

Wenn Personen bei einem Décharge-Beschluss mitwirken, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, ist der Beschluss anfechtbar.⁶⁸ Eine Anfechtung im vorliegenden Kontext richtet sich nach der negativen Stimmrechtsklage i.S.d. Art. 691 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 706 OR.⁶⁹ Aktivlegitimiert sind neben dem Aktionär auch der VR und das Unternehmen selbst,⁷⁰ wobei jedoch allein die Gesellschaft passivlegitimiert ist.⁷¹ Klagegrund ist die unbefugte Ausübung des Stimmrechts, also die Ausübung trotz fehlender Stimmberechtigung,⁷² vorliegend aufgrund des Stimmrechtsausschlusses gem. Art. 695 OR. Das Erheben eines Einspruchs ist keine Klagevoraussetzung.⁷³ Wie auch in Art. 706 OR bedarf es eines Rechtsschutzinteresses.⁷⁴

Gemäss Art. 691 Abs. 3 OR ist ein *Kausalitätserfordernis* explizit inhärent.⁷⁵ Zum einen muss die unberechtigte Stimmabgabe für das Beschlussresultat kausal sein und

⁵⁶ SCHLEIFFER (FN 4), 151.

⁵⁷ ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 56; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 691 N 34 f.; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Der Déchargebeschluss, AJP 8/2001, 908 ff., 923.

⁵⁸ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 630; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 56; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 691 N 35; Der VR wird regelm. nicht in der Lage sein, den SV vor Ort rechtsgenügend abzuklären. Somit bleibt nur der Weg über die nachträgliche Anfechtung. VON DER CRONE (FN 1), 505.

⁵⁹ ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 38.

⁶⁰ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 633 e contrario.

⁶¹ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 631; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 38, 42.

⁶² ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 43.

⁶³ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 632; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 43; Im Umgang mit dem Einspruch steht dem VR ein gewisses Ermessen zu. VON DER CRONE (FN 1), 504.

⁶⁴ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 630; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 43 f.

⁶⁵ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 630 und 632; Die materiellrechtliche Frage der effektiven Berechtigung zur Stimmabgabe wird nicht beantwortet. ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 46.

⁶⁶ ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 40.

⁶⁷ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 632; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 56; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 691 N 35 und N 48.

⁶⁸ Keine Nichtigkeit. BGer, 29.6.2005, 4C.107/2005, E. 2.2 f.; BGE 96 II 18, 23 E. 3; OGer ZH, 13.5.1986, ZR 1987, Nr. 38 und 84; Eine unbefugte Teilnahme ist dann vorliegend, wenn die materiellen oder formellen Voraussetzungen zur Teilnahme an der Beschlussfassung fehlen. ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 61.

⁶⁹ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 636, § 14 Rz. 160 und Rz. 175; Die Klage nach Art. 691 Abs. 3 OR stellt einen Unterfall der allg. Klage nach Art. 706 OR dar. BGE 122 III 279, 281 E. 2; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 691 N 12; SCHLEIFFER (FN 4), 296 f.; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 OR N 49; VON DER CRONE (FN 1), 505, Stimmrechtsklage als *lex specialis* i.S.e. konkretisierenden Norm von Art. 706 OR.

⁷⁰ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 649; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 56; BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 691 N 14.

⁷¹ ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 58.

⁷² BÖCKLI (FN 1), § 14 Rz. 175; ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 61.

⁷³ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 636, § 14 Rz. 159; VON DER CRONE (FN 1), 505.

⁷⁴ BÜHLER SIMON/HANS C. VON DER CRONE, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014, 564 ff., 568; MÜLLER (FN 1), 170; Das Rechtsschutzinteresse ist allg. aufgrund eines Rechtsverstosses gegeben. BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 8; BGE 133 III 453, E. 7; 122 III 279, E. 3a.

⁷⁵ BÖCKLI (FN 1), § 14 Rz. 176; BERTRAND SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbe-

zum anderen besteht eine entsprechende gesetzliche Vermutung.⁷⁶ Die Gesellschaft trifft somit die Obliegenheit, einen Gegenbeweis zu erbringen.⁷⁷ Die Anerkennung der *faktisch erheblichen Informationsdivergenz* zwischen der AG und den Aktionären ist an dieser Stelle jedoch begrenzt. So trifft grundsätzlich, abgesehen von der Kausalität, die Beweislast jene Person, welche den Beschluss zu Fall bringen will.⁷⁸ Art. 8 ZGB regelt die allgemeine Beweislast, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu belegen hat, der aus ihr Rechte ableitet.⁷⁹ Da der Organbegriff i.S.d. aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gem. Art. 754 OR zu verstehen ist, muss konsequenterweise der Kläger auch die tatsächliche Organeigenschaft der mutmasslich widerrechtlich votierenden Person nachweisen.⁸⁰ Ergo liegt es beim Kläger zu belegen, dass an der Beschlussfassung eine Person in Organstellung unbefugt ihre Stimmen abgegeben hat. In Fällen, in denen die Organstellung der betroffenen Person nicht offensichtlich ist, sondern es wie beim bestellten Organ i.w.S. einer organisationsstrukturellen Analyse bedarf, sind Informationen vonnöten, die i.d.R. nicht öffentlich zugänglich sind und über welche regelmässig nur die Gesellschaft selbst verfügt. Man denke hier primär an das Organisationsreglement. Immerhin muss «nur» eine Verbindung zwischen Organstellung und Abgabe der Stimmen der betroffenen Person, als Teilgehalt der unbefugten Teilnahme an der GV, dargelegt werden. Ein etwaiger Zusammenhang zwischen unbefugter Stimmabgabe und dem Resultat wird wie erwähnt bereits gesetzlich vermutet. Dies erleichtert die Beweisführung. Dokumente wie das Aktienbuch und das konkrete Beschlussresultat, sowie die Opportunität der Zuordnung relevanter, im Aktienbuch eingetragener Personen zu den abgegebenen Stimmen,⁸¹ werden obsolet.

Dennoch trägt die Beweislastumkehr im Falle der Kausalität der informationellen Disbalance zwischen der AG und den Aktionären nur bedingt Rechnung. Sofern eben jene Situation gegeben ist, dass die unbefugte votierende Person ein bestelltes Organ i.w.S. ist und nur mittels organisationsstruktureller Analyse als eben solches

identifiziert werden kann, weil sie bspw. zum mittleren Management einer Unternehmung gehört, stellen die Beweisführung und die Fristen⁸² erhebliche Hürden dar. Dies trotz des erwähnten legislativen Ausgleichs der informationellen Divergenz.

2.1. Hürden und prozessuale Lösungsansätze

Um eine Anfechtungsklage gem. Art. 691 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 706 OR anstrengen zu können, müsste im Falle der Nachweisanstrengung eines bestellten Organs i.w.S. Einsicht in gesellschaftsinterne Dokumente genommen werden, bzw. es bedarf eines Auskunftsbegehrens, um die konkrete organisationsstrukturelle Position und Verantwortung der betreffenden Person klären zu können. Namentlich von allfälligen Informationsbegehren betroffen ist mindestens das Organisationsreglement, wenn nicht noch weitere Dokumente wie Organigramme oder eine Verantwortlichkeitsmatrix (*Table of Authorities*).

Um an genannte Informationen zu gelangen, bestünde zum einen die Möglichkeit der Ausübung des Einsichtsrechts gem. Art. 697a OR, sowie des Auskunftsrechts gem. Art. 697 OR. Der VR hat für die Beantwortung von derartigen Informationsbegehren grundsätzlich vier Monate Zeit.⁸³ Die Frist für die Klage nach Art. 691 Abs. 3 i.V.m. Art. 706 OR beträgt zwei Monate ab der GV (Art. 706a Abs. 1 OR) und stellt eine Verwirkungsfrist dar.⁸⁴ Wird der VR nicht schnell genug tätig, möchte er eine Klage verhindern oder benötigt die Informationsbeschaffung aus anderen Gründen mehr als zwei Monate, erlischt das Klagerecht und der Beschluss ist ergo nicht mehr anfechtbar. An diesem Punkt manifestiert sich somit die eigentliche Kernproblematik in der praktischen Umsetzung anhand einer Fristenkollision *de lege lata*. Dies wiederum wirft die Frage des taktisch korrekten Einsatzes der angesprochenen Instrumentarien auf.

Das Auskunftsrecht berechtigt jeden Aktionär an der GV, vom VR Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen (Art. 697 Abs. 1 OR). Vorausgesetzt für das Begehren ist ein Sachzusammenhang mit der AG, worunter auch die Organisationsstruktur und Personalpolitik fällt.⁸⁵ Zudem bezieht sich die Verpflichtung auf bereits vorhandene Informationen, was Nachforschungsanstrengungen ausschliesst.⁸⁶ Seit der Aktienrechtsrevision 2020 statuiert die Bestimmung in Abs. 2 zusätzlich, dass bei nicht kotierten Gesellschaften, die

schliessen wegen Verfahrensmängeln (Diss. Zürich), Zürich/Lachen 2009, 36; MÜLLER (FN 1), 154.

⁷⁶ SCHOTT (FN 76), 33.

⁷⁷ CHK OR-TANNER, Art. 706 OR N 9 m.w.H.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 9b; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, 257; VON DER CRONE (FN 1), 552.

⁷⁸ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 650; Ein vorgängiger Einspruch an der GV kann sich an diesem Punkt verringernd auf die Behauptungs- und Substanziierungslast auswirken. ZK OR-BOHRER/KUMMER, Art. 691 N 76.

⁷⁹ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 38.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 77), 257; VON DER CRONE (FN 1), 552.

⁸⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 2), 531.

⁸¹ Sofern Aktionäre nicht mittels des Dokuments mit dem Beschlussresultat zu identifizieren sind.

⁸² Siehe hierzu nachfolgend Ziff. 2.1.

⁸³ DAMIAN A. FISCHER, Informationskonzept im neuen Aktienrecht. Bestandsaufnahme und Einordnung, SZW 2023, 528 ff., 537.

⁸⁴ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 647; Verwirkungsfrist. Startend ab Beschlussfassung. Nicht verlänger-/unterbrechbar. Die Klage ist angehängen wenn Rechtshängigkeit eintritt. VON DER CRONE (FN 1), 541.

⁸⁵ FISCHER (FN 83), 533.

⁸⁶ FISCHER (FN 83), 534.

zusammen zehn Prozent der Stimmen oder des Aktienkapitals vertreten, vom VR schriftlich auch ausserhalb der GV Auskunft verlangt werden kann.⁸⁷ An der GV mündlich vorgebrachte Begehren sind durch den VR grundsätzlich direkt zu beantworten.⁸⁸ Das Einsichtsrecht hingegen gewährt die Möglichkeit der Einsichtnahme in Geschäftsbücher und Unterlagen durch die Aktionäre, sofern sie mindestens fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen zusammen vertreten.⁸⁹ Mit Akten sind alle relevanten Unterlagen gemeint, welche für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind, bzw. sich auf das vom Aktionär, der Einsicht verlangt, bezeichnete Geschäft beziehen.⁹⁰ Eine Begründung des Antrags durch den Aktionär selbst hinsichtlich der konkreten Notwendigkeit der Einsicht ist gesetzlich nicht vorgesehen.⁹¹ Es scheint jedoch ratsam, dies i.S.e. vorzunehmenden Interessenabwägung seitens der Gesellschaft und aufgrund der Antizipierung des Vorwurfs der unzulässigen «Fishing-Expedition» zu tun.⁹² Der Informationsantrag kann jederzeit gestellt werden, wobei keine bestimmte Form vorgeschrieben ist.⁹³ Auskunfts- und Einsichtsrechte werden durch Art. 697 Abs. 4 resp. Art. 697a Abs. 3 OR beschränkt. Es bedarf gem. den Bestimmungen einer Erforderlichkeit für die Ausübung der Aktionärsrechte. Zudem dürfen keine Geschäftsgeheimnisse sowie andere schutzwürdige Interessen der AG gefährdet werden.⁹⁴ Da die Geheimhaltungshoheit bei der AG selbst liegt, ist das Interesse an der Geheimhaltung gegen das Informationsinteresse des Aktionärs abzuwägen.⁹⁵ Die Relevanz der Auskunft unterliegt nach BGer Rechtsprechung insb. auch bei Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklagen einer natürlichen Vermutung.⁹⁶ Wenn der Informationsantrag aufgrund der Abwägung abgelehnt wird, ist dies schriftlich zu begründen (Art. 697 Abs. 4, resp. Art. 697a Abs. 3 OR). Aus der Begründung muss erkennbar sein, welche schutzwürdigen Interessen durch eine Informationserteilung

konkret gefährdet wären.⁹⁷ Die Ausübung des Informationsrechts ist zudem eine zwingende Voraussetzung für eine eventuell nachfolgende Sonderuntersuchung gem. Art. 697c ff. OR oder eine Informationsklage nach Art. 697b OR.⁹⁸

Im Sinne eines pragmatischen Lösungsansatzes empfiehlt sich nach der hier vertretenen Auffassung das folgende Vorgehen. Das Auskunftsbegehren sollte an der GV selbst, ab Kenntnisnahme der unzulässigen Stimmabgabe, gestellt werden, um eine Beleggrundlage für eine eventuell folgende Klage zu schaffen. Es sollte sich so spezifisch wie nach den konkreten individuellen Umständen des Einzelfalls möglich auf die organisationsstrukturelle Stellung und Verantwortung der mutmasslich widerrechtlich votierenden Person beziehen. Da Entlastungsbeschlüsse der Anfechtung unterliegen und die Stimmabgabe eines bestellten Organs i.w.S. unzulässig ist, besteht für die Relevanz der Auskunft bereits eine natürliche Vermutung. Auch sollten die eingangs erwähnten Dokumente, welche Verantwortlichkeiten und die Stellung einzelner Führungskräfte belegen, Teil einer jeden vernünftig operierenden Gesellschaft sein, was eine unverhältnismässige Nachforschungsanstrengung ausschliesst.

Wird eine widerrechtliche Stimmabgabe erst nach der GV bekannt, so sollte ein Einsichtsbegehren angestrengt werden, um im ungünstigsten Fall nicht unzureichenden Antworten nach langer Wartefrist ausgeliefert zu sein. Besteht ein begründeter Verdacht zur Annahme, dass der VR nicht gewillt ist, innerhalb der Verwirkungsfrist der Stimmrechtsklage Einsicht zu gewähren und die gesetzliche Frist von vier Monaten voll auszuschöpfen, müsste nach Stellen des Informationsbegehrens Klage eingereicht werden. Ein analoges Vorgehen würde sich zudem bei der Nicht- oder unzulänglichen Beantwortung eines Auskunftsbegehrens an einer GV empfehlen. Mangels vorhandener Belege für die Organstellung der in Frage stehenden Person, müsste eine Sistierung des Verfahrens bis zum Ablauf der Frist des Gewährens der Einsicht erwirkt werden, um der Verwirkungsfrist entgegenzuwirken. Art. 126 ZPO nennt hierfür als Voraussetzung die Zweckmässigkeit, wobei die konkrete Bewertung im Ermessen des Gerichts steht.⁹⁹ Da eine Sistierung im Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot steht (Art. 29 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK), ist sie die Ausnahme, wobei im Zweifelsfall von ihr abgesehen werden sollte.¹⁰⁰ Sofern sich abzeichnet, dass der VR dem Informationsbegehren innerhalb der Verwirkungsfrist nicht mehr nachkommen wird, könnte dies m.E. je nach Konstellation Zweckmässigkeit begründen. So erscheint es nicht sachgerecht, dass dem VR die Option zusteht, Verwir-

⁸⁷ FISCHER (FN 83), 532 f.

⁸⁸ FISCHER (FN 83), 534.

⁸⁹ Das Einsichtsrecht steht jedem Aktionär zu. BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 287.

⁹⁰ Ob die Unterlagen in elektronischer oder physischer Form vorliegen, ist nicht relevant. BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 283 mit Bezug auf BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003 E. 6.2.

⁹¹ Sofern das Begehren das Informationsbedürfnis eines durchschnittlichen Aktionärs übersteigt, ist im Streitfall zusätzlich die Zweistufen-Praxis des BGer zu berücksichtigen. BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 285.

⁹² BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 283 und 285.

⁹³ Zu Beweis Zwecken empfiehlt sich Schriftform. BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 282.

⁹⁴ In der Literatur wird der Begriff «Geschäftsgeheimnis» als nicht öffentlich bekannte Informationen definiert, für die die AG sowohl eine subjektive Geheimhaltungsabsicht als auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse hat. KEIVAN MOHASSEB/HANS C. VON DER CRONE, Gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsrechts nach geltendem und künftigem Aktienrecht, SZW 3/2020, 336 ff., 339.

⁹⁵ Gesetzliche Geheimhaltungspflichten haben Vorrang. MOHASSEB/VON DER CRONE (FN 89), 339.

⁹⁶ FISCHER (FN 83), 535 mit Verweis auf BGE 132 III 71.

⁹⁷ FISCHER (FN 83), 536.

⁹⁸ BÖCKLI (FN 1), § 8 Rz. 281.

⁹⁹ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 126 N 2, 10.

¹⁰⁰ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 126 N 2.

kungsfristen auszusitzen, zumal es sich um Informationen handelt, die grundsätzlich ohne grösseren Aufwand beschaffbar sind. Zudem liegt es im Interesse einer Good Corporate Governance und einer korrekten Beschlussfassung an der GV, also auch der Wahrung gesetzlicher Vorschriften, dass die benötigten Informationen im Klagefall zugänglich gemacht werden.

2.2. Zwischenfazit

Mit Blick auf die Möglichkeiten, gegen unbefugte Stimmabgaben bei bestellten Organen i.w.S. vorzugehen, zeichnet sich ein deutliches Bild. Klagewillige werden hier regelmässig vor Hürden stehen, wobei der Einzelfall deren jeweilige Höhe festlegt. Obwohl die AG die Beweislast für die fehlende Kausalität zwischen der unberechtigten Stimmabgabe und dem Beschluss trägt, verbleibt die Beweis-, Behauptungs- und Substanziierungslast für die übrigen Aspekte grundsätzlich beim Kläger. Ein Ausüben des Auskunfts- oder Einsichtsrechts nach Art. 697 bzw. Art. 697a OR könnte zwar Abhilfe schaffen, jedoch besteht das Risiko einer Fristenkollision zwischen dem Einsichtsrecht und der Anfechtungsklage. Wird eine mutmasslich widerrechtliche Stimmabgabe erst nach der GV bekannt oder dem Auskunftsbegehren nicht oder nur unzulänglich entsprochen, ist der Erfolg der Klage somit von der Kooperation des VR, sowie dem Ermessen des Gerichts hinsichtlich einer allfälligen Sistierung des Verfahrens abhängig, bis die nötige Informationsgrundlage für ein weiteres Vorgehen besteht.

Es lässt sich somit festhalten, dass der aktuelle gesetzliche Rahmen, trotz partieller Stärkung des Minderheitenschutzes mit der Aktienrechtsrevision 2020,¹⁰¹ die Informationsdivergenz zwischen AG und Aktionär nur bedingt berücksichtigt und die Beweisführung für den Kläger, primär im Falle eines bestellten Organs i.w.S., erheblich erschwert ist.

3. Corporate Governance

Die Gesellschaft ist grundsätzlich selbst für eine *Good Corporate Governance* verantwortlich. Corporate Governance umfasst «die Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.»¹⁰² Im Wesentlichen hat sie die Gestaltung der Unternehmensführung i.S.v. Kontrollen und Ausgleichsmechanismen, sowohl intern zwischen den Aktionären und dem VR oder Management, als auch extern im Ver-

hältnis zum Kapitalmarkt und weiteren Stakeholdern zum Gegenstand.¹⁰³

Legal Compliance als Schlüsselbegriff der Corporate Governance unterstreicht die Notwendigkeit, das Aktionärsinteresse im Rahmen gesetzlicher Rahmenbedingungen zu wahren.¹⁰⁴ Im Kontext der akkuraten Durchführung einer GV stellt diese eine essenzielle Rolle dar, um sicherzustellen, dass eben keine unbefugte Stimmabgabe erfolgt. Das zentrale Interesse einer Unternehmung, die eine *Good Corporate Governance* anstrebt, liegt daher auch bei solchen Aspekten, die für aussenstehende Betrachter eventuell kleinlich wirken mögen. Ein korrektes und sauberes Handeln seitens der AG ist jedoch essenziell, um nachhaltiges Vertrauen der Aktionäre, Mitarbeiter, Geschäftspartner und der Öffentlichkeit zu stärken. Der in diesem Beitrag präsentierte Ansatz scheint hier als probates Mittel seinen Beitrag zu leisten.

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es sich im Kontext des bestellten Organs i.w.S. regelmässig um einen Punkt handelt, dem in der Praxis bis anhin wohl oft nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet wird. Gerade aufgrund der informationellen Divergenz zwischen der AG und ihren Aktionären, die sich im Einzelfall variierend, in einem mehr oder weniger erheblichen Ausmass, manifestieren kann, scheint es unerlässlich, einen Blick über den fachlichen Tellerrand zu wagen und interdisziplinäre Ansätze zu berücksichtigen. Die konsequente Befolgung des hier vorgestellten Modells scheint ein generell praktikables Mittel dafür zu sein, der Qualifikationsproblematik ein Stück weit entgegenzukommen und Unternehmen im Endeffekt auch dabei zu helfen, ihre *Good Corporate Governance* in einem vertieften Masse wahrnehmen zu können.

Zudem wurde aufgezeigt, dass der Gesetzgeber mit Blick auf aktienrechtliche Kontrollinstrumente das angesprochene Informationsgefälle im Kontext der Beweisführung zu erkennen scheint, doch dann an seine Grenzen kommt, wenn eine extensive Auslegung und Analyse nötig wäre. Ferner scheint eine Weiterentwicklung der Terminologie des Organbegriffs mit dem bestellten Organ sinnvoll. Die in diesem Beitrag vorgeschlagene Verfeinerung i.S.d. Präzision in bestellte Organe i.e.S. und i.w.S. trägt dem vorgestellten interdisziplinären Ansatz zudem umfassend Rechnung.

¹⁰¹ Siehe zum Ganzen FISCHER (FN 83), 528 ff.

¹⁰² Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, akt. Vers. 2007, Ziff. 2.2.

¹⁰³ «Checks & Balances». DIETER GERICKE/OLIVIER BAUM, Corporate Governance: Wer ist der Governor?, SZW 4/2014, 345 ff., 346.

¹⁰⁴ KARL HOFSTETTER, Swiss Code of best Practice for Corporate Governance 2014, ST 3/15, 171 ff., 172.