

Markus Vischer / Dominik Hohler / Fabrice Eckert*

Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats

Besprechung des Urteils 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014
(zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen)

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Statutenauslegung
 - 1.1. Allgemeines zur Statutenauslegung
 - 1.2. Auslegung von Art. 15 der Statuten der B. AG
 2. Rechtsfolgen des Ausbleibens einer Neu- bzw. Wiederwahl
 3. Organisationsmangel nach Art. 731b OR
- III. Erläuterungen
 1. Statutenauslegung
 - 1.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - 1.2. Weitere Differenzierungen in der Lehre
 2. Ausbleiben der Wahl des Verwaltungsrats
 - 2.1. Ausgangslage
 - 2.2. Übersicht über die verschiedenen Meinungen in der Lehre
 - 2.3. Ansicht des Bundesgerichts
 - 2.4. Bemerkung
 3. Organisationsmangel nach Art. 731b OR
 - 3.1. Ausgangslage
 - 3.2. Ansicht des Bundesgerichts und Bemerkung

Kernsätze

1. Statuten von grossen Gesellschaften sind eher wie Gesetze auszulegen, während die Interpretation von Statuten bei kleinen Gesellschaften nach der Methode zur Auslegung von Verträgen zu erfolgen hat. Eine subjektive Auslegung nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien hat nur dann zu erfolgen, wenn die Gesellschaft nur sehr wenige Aktionäre hat.
2. Wird im Rahmen einer Generalversammlung über eine ordnungsgemäss traktandierte Wiederwahl eines Verwaltungsratsmitglieds abgestimmt und wird das nötige Quorum nicht erreicht, so endet dessen Verwaltungsratsmandat.
3. Eine (stillschweigende) Verlängerung eines Verwaltungsratsmandats nach Durchführung einer korrekten Wahl, bei welcher aber das notwendige Quorum

nicht erreicht wurde, ist auch im Hinblick auf einen drohenden Organisationsmangel (Art. 731b OR) nicht möglich. Eine Statutenklausel, die eine solche stillschweigende Verlängerung eines Verwaltungsratsmandats vorsieht, verstösst gegen Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR und ist gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig.

4. Ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR liegt nicht bereits dann vor, wenn eine Pattsituation im Aktionariat besteht, sondern erst, wenn aufgrund dieser Pattsituation ein vorgeschriebenes Organ, wie dasjenige des Verwaltungsrats, nicht ordnungsgemäss gewählt werden kann. Eine mögliche Massnahme zur Behebung dieses Mangels ist die Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds durch den Richter.

I. Sachverhalt

Das Aktienkapital der B. AG, welche insbesondere im Bereich hochwertiger Produkte für die Uhrenindustrie tätig ist, beträgt CHF 1'400'000 (1'400 Aktien zu nominal CHF 1'000). Der Verwaltungsratspräsident der B. AG, C., hält 700 Aktien der B. AG, während A., der Vizepräsident des Verwaltungsrats, 699 Aktien der B. AG hält. Eine Aktie der B. AG hält das Verwaltungsratsmitglied D. treuhänderisch für A.

Gemäss Art. 15 der Statuten der B. AG besteht deren Verwaltungsrat aus einem oder mehreren Verwaltungsratsmitgliedern, die wiedergewählt werden können, wobei die Statutenbestimmung wie folgt lautet:

«[...] Le Conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres. En règle générale, il est élu lors de l'assemblée générale ordinaire et pour la durée d'une année. Les membres du Conseil d'administration restent en fonction jusqu'à ce que l'assemblée générale ait procédé à une nouvelle élection ou qu'elle les ait reconduits dans leur fonction. La démission ou la révocation demeurent réservées. S'ils remplacent un administrateur en cours de mandat, les nouveaux administrateurs sont élus pour la durée résiduelle du mandat de ceux qu'ils remplacent. Les membres du Conseil d'administration sont rééligibles [...].»

* RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG; RA Dominik Hohler, LL.M., Anwalt Walder Wyss AG; Fabrice Eckert, BLaw.

Aufgrund eines Streits zwischen den Aktionären der Gesellschaft konnten an der ordentlichen Generalversammlung vom 26. Oktober 2011 unter anderem weder die drei Verwaltungsratsmitglieder noch die Revisionsstelle wiedergewählt werden.¹

C. machte in der Folge geltend, dass die B. AG einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR aufweise und stellte beim Tribunal de Première Instance in Genf ein Gesuch um Anordnung der notwendigen Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels. Da sich das Gesuch gegen die B. AG richtete, beschränkte sich das Gericht zuerst auf die Frage der ordnungsgemässen Vertretung der B. AG im Verfahren.²

Entgegen dem Urteil des Tribunal de Première Instance vom 9. Januar 2012, welches der B. AG in Anwendung von Art. 15 der Statuten der B. AG die Prozessfähigkeit zusprach, hielt der Cour de Justice des Kantons Genf in seinem Urteil vom 25. Mai 2012 fest, dass die Verwaltungsratsmandate abgelaufen seien, und wies das Tribunal de Première Instance an, für die B. AG für das Verfahren einen Sachwalter zu ernennen und in der Sache (Massnahme gemäss Art. 731b OR) zu entscheiden. Auf die Beschwerde der B. AG gegen den Entscheid des Cour de Justice des Kantons Genf trat das Bundesgericht nicht ein.³ Mit Verfügung vom 9. August 2012 ernannte das Tribunal de Première Instance den Sachwalter P., um die B. AG im Verfahren zu vertreten.⁴

Mit Urteil vom 10. Dezember 2012 ernannte das Tribunal de Première Instance schliesslich P. als neues Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift der B. AG und aberkannte die (Vertretungs-)Rechte der bisherigen, noch im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsratsmitglieder der B. AG. Mit Urteil vom 22. März 2013 bestätigte der Cour de Justice des Kantons Genf dieses erstinstanzliche Urteil im Ergebnis, wies die Sache aber trotzdem an die Vorinstanz zurück, weil es keine Massnahme bezüglich des Fehlens einer Revisionsstelle anordnete.⁵

Gegen das Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf legte A. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein. Er machte geltend, dass kein Organisationsmangel nach Art. 731b OR bestehe, weil die Verwaltungsratsmitglieder gemäss Art. 15 der Statuten der B. AG weiterhin im Amt seien. Denn Art. 15 sei – sowohl bei einer subjektiven Auslegung nach dem tatsächlich übereinstim-

menden Willen der Parteien als auch bei einer objektiven Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – dahingehend zu interpretieren, dass die Verwaltungsratsmitglieder im Falle eines Ausbleibens einer erfolgreichen Neu- bzw. Wiederwahl im Amt blieben.⁶ Weiter rügte A. die falsche Anwendung von Art. 698 Abs. 2 OR und Art. 710 OR, indem der Cour de Justice des Kantons Genf die Statutenbestimmung als ungültig betrachtet habe.⁷

II. Erwägungen und Entscheid

1. Statutenauslegung

1.1 Allgemeines zur Statutenauslegung

Das Bundesgericht verweist im vorliegenden Entscheid auf seine Rechtsprechung zur Statutenauslegung und hält zusammenfassend fest, dass die Methode zur Auslegung von Statuten je nach Grösse einer Gesellschaft variere. Demnach soll für die Auslegung von Statuten von grossen Gesellschaften auf die Methode zur Auslegung von Gesetzen zurückgegriffen werden. Dies im Gegensatz zu Statuten von kleinen Gesellschaften, bei deren Interpretation der Methode zur Auslegung von Verträgen gefolgt werden soll. Dabei sei grundsätzlich gemäss der objektiven Vertragsauslegung vorzugehen, d.h. die Statuten sollen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Eine subjektive Auslegung nach dem Willen der Parteien sei nur vorzunehmen, wenn die Gesellschaft – wie im vorliegenden Fall – sehr wenige Aktionäre habe.⁸

1.2 Auslegung von Art. 15 der Statuten der B. AG

Bei der Überprüfung der Statutenauslegung durch die Vorinstanz weist das Bundesgericht zunächst darauf hin, dass nach einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hinsichtlich des ersten Teils der Wendung «[...] *Les membres du Conseil d'administration restent en fonction jusqu'à ce que l'assemblée générale ait procédé à une nouvelle élection [...]*» nicht gefordert werde, dass eine tatsächliche Neuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern stattfinde. Vielmehr genüge gemäss dieser Betrachtungsweise bereits die Tatsache, dass eine Wahl (unabhängig von deren Ergebnis) durch die Generalversammlung vorgenommen werde, um Verwaltungsratsmandate zu beenden. Folge man dieser Auslegung, so sei aber zugegebenermassen nur schwer verständlich, weshalb in die Statuten der zweite Teil der Wendung eingefügt wurde «[...] *ou qu'elle les ait reconduits dans leur fonction. [...]*».

¹ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt A.

² Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt Ba.

³ Urteil 4A_396/2012 des Bundesgerichts vom 24.09.2012, Dispositivziffer 1.

⁴ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt Ba.

⁵ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt Bb.

⁶ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.4.

⁷ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.2.

⁸ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.3 mit Verweisung auf das Urteil 4C_350/2002 des Bundesgerichts vom 25.02.2003, E. 3.2, publiziert in SJ 2003, Vol. I, 577 ff., sowie BGE 107 II 179, E. 4c.

Denn dieser Fall sei bereits durch die Auslegung des ersten Teils der Wendung abgedeckt. Letztlich, so das Bundesgericht, könne diese Frage aber offengelassen werden, da der Beschwerde bereits aus anderen Gründen nicht stattgegeben werden könne.⁹

2. Rechtsfolgen des Ausbleibens einer Neu- bzw. Wiederwahl

Zunächst unterscheidet das Bundesgericht den vorliegenden Fall vom Sachverhalt, in dem keine Neu- bzw. Wiederwahl vorgenommen wird, und verweist in diesem Zusammenhang auf die verschiedenen Meinungen in der Lehre.¹⁰ Im vorliegenden Fall, so der Hinweis des Bundesgerichts, seien hingegen Verwaltungsratswahlen ordnungsgemäss traktandiert und durchgeführt worden. Die Wahl der drei Verwaltungsratsmitglieder habe in der Generalversammlung jedoch nicht das notwendige Quorum erreicht.¹¹

Falls, so das Bundesgericht weiter, die Generalversammlung über die Wiederwahl eines Verwaltungsratsmitglieds abstimme und dieses das nötige Quorum nicht erreiche, so ende dessen Verwaltungsratsmandat. Die Generalversammlung habe in einem solchen Fall ihren Willen hinsichtlich der Bestellung des Verwaltungsrats dahingehend ausgedrückt, dass das Verwaltungsratsmitglied eben nicht gewählt werden soll. Eine Statutenbestimmung, welche beispielsweise die automatische Wiederwahl des Verwaltungsrats vorsehe, verletze die unübertragbare Befugnis der Generalversammlung, die Verwaltungsratsmitglieder zu wählen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), und sei gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig.¹²

Es helfe vorliegend auch nicht, dass sich A. auf den Standpunkt stelle, die Statutenbestimmung enthalte keine stillschweigende Wiederwahl des Verwaltungsrats, sondern sehe lediglich vor, dass die Verwaltungsratsmitglieder ein zusätzliches Jahr im Amt blieben. Denn auch bei dieser Betrachtungsweise komme es trotz durchgeführter Wahl zu einer automatischen Verlängerung der Verwaltungsratsmandate, was eine Missachtung des Willens der Aktionäre darstelle. Eine solche Bestimmung verstosse gegen Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.¹³

3. Organisationsmangel nach Art. 731b OR

Bereits einleitend verweist das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung, wonach ein Organisationsmangel im

Sinne von Art. 731b OR vorliege, wenn eine Pattsituation im Aktionariat die Wahl eines Organs verhindere.¹⁴

Vorliegend habe aufgrund des Nichterreichens des notwendigen Quorums in der Generalversammlung kein Verwaltungsratsmitglied gewählt oder wiedergewählt werden können, weshalb ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR gegeben sei. Die Ernennung eines neuen Verwaltungsratsmitglieds durch das erstinstanzliche Gericht sei somit rechtmässig gewesen.¹⁵

III. Erläuterungen

1. Statutenauslegung

1.1 Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht folgt im vorliegenden Entscheid seiner bisherigen Rechtsprechung und nimmt hinsichtlich der Auslegungsmethode eine Differenzierung nach der Grösse der Gesellschaft vor.¹⁶ Auch wenn es sich bei den Statuten um vertragliche Willenserklärungen handelt,¹⁷ so muss bei grossen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass die Statuten nicht nur gegenüber den an der Erstellung beteiligten Personen Wirkung entfaltet, sondern gegenüber jedermann, der später durch Erwerb Aktionär der Gesellschaft wird.¹⁸ Deshalb ist für die Auslegung von Statuten von *grossen* Gesellschaften auf die Methode zur Auslegung von Gesetzen zurückzugreifen, während bei Statuten von *kleinen* Gesellschaften eine Interpretation nach der Auslegungsmethode von Verträgen zu erfolgen hat.¹⁹ Bei Letzteren ist grundsätzlich gemäss der objektiven Vertragsauslegung vorzugehen, d.h. die Statuten sollen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden.²⁰ Die Statuten sind dementsprechend so auszulegen, wie sie in guten Treuen von den Aktionären verstanden werden durften.²¹ Eine subjektive Auslegung nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien ist nur vorzunehmen, wenn die Gesellschaft nur sehr wenige Aktionäre hat.²²

Wann eine grosse und wann eine kleine Gesellschaft vorliegt, lässt das Bundesgericht offen. Damit bleibt unbeantwortet, ob es auf die Anzahl der Aktionäre oder auf

⁹ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.4.

¹⁰ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.5.

¹¹ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.5.

¹² Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.6.

¹³ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.7.

¹⁴ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.1.

¹⁵ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.8.

¹⁶ Zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung HOLGER FLEISCHER, Die Auslegung von Gesellschaftsstatuten, Rechtsstand in der Schweiz und rechtsvergleichende Perspektiven, GesKR 2013, 509 f.

¹⁷ BGE 107 II 179, E. 4c; BGE 87 II 89, E. 3.

¹⁸ So bereits in BGE 26 II 276, E. 2.

¹⁹ Urteil 4C.386/2002 des Bundesgerichts vom 12.10.2004, E. 3.4.2; Urteil 4C.350/2002 des Bundesgerichts vom 25.02.2003, E. 3.2; BGE 107 II 179, E. 4c; s. auch FLEISCHER (FN 16), 508 ff.

²⁰ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.3.

²¹ BGE 87 II 89, E. 3.

²² Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.3.

die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft (z.B. entsprechend den Kriterien in Art. 727 OR, welche bestimmen, ob eine Gesellschaft der ordentlichen Revision unterliegt oder nicht) ankommt. Immerhin gibt das Bundesgericht zu verstehen, was es als eine Gesellschaft mit sehr wenigen Aktionären betrachtet, in dem es die B. AG mit ihren drei Aktionären als solche qualifiziert.²³ Das ist Ausdruck seines sehr pragmatischen, wenig theoretischen und letztlich sehr einzelfallbezogenen Vorgehens bei der Statutenauslegung.²⁴

1.2 Weitere Differenzierungen in der Lehre

Die Auffassung der differenzierten Auslegung nach Grundsätzen der Gesetzes- bzw. Vertragsauslegung wird in der Lehre grundsätzlich geteilt.²⁵ Es wird jedoch auch darauf hingewiesen, dass sich Gesetzes- und Vertragsauslegung nicht scharf voneinander abgrenzen lassen und sie sich in weiten Teilen sehr ähnlich sind.²⁶ Zudem soll zwar der Statutensystematik und der teleologischen Betrachtungsweise eine besondere Bedeutung zukommen, die Entstehungsgeschichte der Statutenbestimmung soll aber ebenfalls berücksichtigt werden.²⁷

Weiter wird in der Lehre hinsichtlich der Art der strittigen Statutenbestimmung unterschieden. So wird postuliert, dass statutarische Bestimmungen, die nur gesellschaftsintern bedeutsam sind, analog zu den Grundsätzen der Vertragsauslegung auszulegen seien.²⁸ Haben die Bestimmungen hingegen Aussenwirkung, so folge die Auslegung der Statuten den Grundsätzen zur Auslegung von Gesetzestexten.²⁹

So theoretisch überzeugend eine solche Differenzierung scheinen mag, so wenig klar ist sie in Bezug auf einzelne Statutenklauseln,³⁰ was letztlich Ausdruck dessen ist, dass auch die Lehre die Statutenauslegung sehr pragmatisch und einzelfallbezogen angeht.³¹

2. Ausbleiben der Wahl des Verwaltungsrats

2.1 Ausgangslage

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR wählt die Generalversammlung die Verwaltungsratsmitglieder. Letztere werden dabei auf drei Jahre gewählt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen.³² Die Amtsdauer darf jedoch sechs Jahre nicht übersteigen. Eine Wiederwahl ist möglich (Art. 710 OR). Nicht gesetzlich geregelt ist der Fall, in dem eine Neu- bzw. Wiederwahl des Verwaltungsrats, aus welchen Gründen auch immer, unterbleibt oder es zwar zu Verwaltungsratswahlen kommt, die erforderlichen Quoren für eine erfolgreiche Neu- bzw. Wiederwahl aber nicht erreicht werden.

2.2 Übersicht über die verschiedenen Meinungen in der Lehre

Die Lehre ist sich grundsätzlich einig, dass bei Ausbleiben einer Neu- bzw. Wiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer eines Verwaltungsratsmitglieds die Statuten keine Bestimmung enthalten dürfen, welche für einen solchen Fall eine automatische Wiederwahl vorsehen.³³

Zusammengefasst bestehen in der Lehre zur Frage, welche Rechtsfolgen das Ausbleiben von Neu- bzw. Wiederwahlen bezüglich der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern ohne eine solche statutarische Bestimmung hat, vier verschiedene Meinungen:

Der *erste Teil* der Lehre vertritt die Ansicht, dass das Verwaltungsratsmandat bis zur nächsten Generalversammlung fortbestehe, an der das Traktandum der Wahl des Verwaltungsrats zur Abstimmung gelange.³⁴ Begründet wird diese Ansicht unter anderem mit der drohenden Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft bei fehlendem Verwaltungsrat und der Vermutung, dass die Aktionäre mit der Fortsetzung der bestehenden Verwaltungsratsmandate einverstanden sind, wenn sie untätig bleiben.³⁵

Nach einer anderen (*zweiten*) *Meinung* soll im Ablauf der Amtszeit ohne Neu- bzw. Wiederwahl eine stillschweigende Verlängerung der Amtsperiode zu sehen sein.³⁶

²³ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.3.

²⁴ FLEISCHER (FN 16), 515.

²⁵ Z.B. PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, 6. Teil § 20 Rn. 77; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 7 Rn. 33 ff.; gleich im Fall einer GmbH, s. BSK OR II-BAUDENBACHER/GÖBEL/SPEITLER, Art. 772 OR N 7; für eine Übersicht über die Lehre z.B. FLEISCHER (FN 16), 510.

²⁶ MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 969 f.

²⁷ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 1 Rn. 634.

²⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 25), § 7 Rn. 46.

²⁹ PETER V. KUNZ, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaft, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 59.

³⁰ S. zur entsprechenden Diskussion zur Wirksamkeit von Statutenänderung gemäss Art. 647 OR, wo die herrschende Lehre auch zwischen Statutenänderungen mit reiner Innenwirkung und Statutenänderungen mit Innen- und Aussenwirkung unterscheiden möchte, z.B. BSK OR II-SCHENKER, Art. 647 OR N 7 ff.; BÖCKLI (FN 27), § 1 Rn. 613 ff.

³¹ FLEISCHER (FN 16), 515.

³² Bei börsenkotierten Gesellschaften müssen die Verwaltungsratsmitglieder hingegen jährlich von der Generalversammlung (wieder) gewählt werden (Art. 3 Abs. 2 VegüV).

³³ Z.B. BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 710 OR N 3; KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2008, Rn. 169.

³⁴ ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 54 ff.; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, Rn. 404; ZK-TANNER, Art. 705 OR N 11; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 25), § 27 Rn. 36 f.; s. auch Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 06.10.1997, in: ZR 1998, Nr. 38, E. 5.5.3.

³⁵ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 34), 55.

³⁶ WERNLI/RIZZI (FN 33), Art. 710 OR N 3a.

Ein *dritter Teil* der Lehre differenziert: Wird die Generalversammlung überhaupt nicht durchgeführt, läuft die Amtsdauer des gesetzmässigen oder des stillen Verwaltungsratsmitglieds nicht ab; wird aber eine Generalversammlung abgehalten, welche die Neu- bzw. Wiederwahl vorzunehmen hätte, diese jedoch vergessen gehe, so könne nicht mehr von einer Amtsdauerverlängerung ausgegangen werden.³⁷

Schliesslich vertritt ein *vierter Teil* der Lehre die Ansicht, dass das Amt des Verwaltungsratsmitglieds mit Ablauf des sechsten Monats nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres – weil spätestens bis zu diesem Zeitpunkt die ordentliche Generalversammlung stattfinden müsse (Art. 699 Abs. 2 OR) – beendet sei.³⁸ Eine stillschweigende Verlängerung der Amtsperiode sei mit dem Konzept der Willensbildung der Aktionäre im Rahmen der Generalversammlung, nachdem ein Beschluss erst bei Zustandekommen des Quorums als angenommen, sonst als abgelehnt gelte, kaum vereinbar.³⁹

2.3 Ansicht des Bundesgerichts

Wie die überwiegende Mehrheit in der Lehre unterscheidet das Bundesgericht zunächst den Fall, in dem eine Wahl des Verwaltungsrats traktandiert und durchgeführt wurde, vom Sachverhalt, in dem es zu keiner solchen Wahl kam. Da bei der B. AG die Wahl des Verwaltungsrats ordnungsgemäss traktandiert und anschliessend abgehalten wurde, äusserte sich das Bundesgericht lediglich zum Anwendungsfall der Nicht(wieder)wahl.

Das Bundesgericht hält dabei fest, dass bereits die Tatsache genüge, dass eine Wahl (unabhängig von deren Ergebnis) durch die Generalversammlung vorgenommen werde, um die bisherigen Verwaltungsratsmandate zu beenden.⁴⁰ Denn die Aktionäre würden mit der Nicht(wieder)wahl der vorgeschlagenen Verwaltungsratsmitglieder ihren Willen klar genug zu Ausdruck bringen. Dieser Wille sei zu respektieren, ansonsten eine Verletzung der unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung im Sinne von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR vorliege.⁴¹ Es spiele dabei auch keine Rolle, ob es sich bei der Statutenbestimmung um eine – durch Auslegung zu ermittelnde – «*clause tacite de réélection*» handle oder die Verwaltungsratsmitglieder schlicht für ein weiteres Jahr im Amt blieben.

2.4 Bemerkung

Das Urteil des Bundesgerichts ist zu begrüessen. Es schafft Klarheit bezüglich der Frage, wie Verwaltungsratsmandate aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nach Abhaltung einer ordnungsgemäss traktandierten Wahl des Verwaltungsrats bei Nichterreichen des Quorums zu qualifizieren sind.

Die (stillschweigende) Verlängerung eines Verwaltungsratsmandats nach Durchführung einer korrekten Wahl, bei welcher aber das notwendige Quorum nicht erreicht wurde, ist auch im Hinblick auf einen drohenden Organisationsmangel nicht möglich.

Zu bedauern ist, dass das Bundesgericht die Möglichkeit nicht nutzen wollte, sich im Rahmen eines obiter dictum zur Frage der Beendigung bzw. möglichen Fortdauer eines Verwaltungsratsmandats zu äussern, falls keine Neu- bzw. Wiederwahlen traktandiert und/oder durchgeführt werden. Diese Konstellation dürfte in der Praxis relativ häufig vorkommen. Auch besteht diesbezüglich aufgrund der verschiedenen Meinungen in der Lehre zumindest eine gewisse Unklarheit, wie im Einzelfall ein Verwaltungsratsmandat nach einer «vergessenen» Verwaltungsratswahl zu qualifizieren ist.

Obwohl sich das Bundesgericht in seiner schriftlichen Urteilsbegründung nicht dazu äusserte, wurde in der öffentlichen Urteilsberatung auch auf die Regelung hinsichtlich der Dauer und Beendigung von Verwaltungsratsmandanten bei börsenkotierten Aktiengesellschaften hingewiesen. So endet gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften (VegüV) die Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern bei börsenkotierten Aktiengesellschaften mit dem Abschluss der nächsten, ordentlichen Generalversammlung. Eine ähnliche Beschränkung der Amtsdauer sah auch der Entwurf des Bundesrates zur *grossen Aktienrechtsrevision* vor.⁴² Der Ständerat stimmte dieser Änderung zwar nicht zu und beschloss, an der bisherigen Bestimmung (Art. 710 Abs. 1 OR) festzuhalten, beschränkte die maximale Amtsdauer jedoch von sechs auf vier Jahre.⁴³ Auch wenn der National- und Ständerat beschlossen, die Vorlage zur Revision des Aktienrechts an den Bundesrat zurückzuweisen,⁴⁴ so muss doch anerkannt werden, dass der Gesetzgeber in jüngster

³⁷ MEINRAD VETTER, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2007, 147.

³⁸ BÖCKLI (FN 27), § 13 Rn. 58 f.; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 465.

³⁹ TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 38), 465.

⁴⁰ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.4.

⁴¹ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.6.

⁴² Gemäss Art. 710 Abs. 1 E-OR sollte die Generalversammlung die Verwaltungsratsmitglieder jährlich wählen (Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1782; s. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1612).

⁴³ Amtl. Bull. 2009 SR, 700.

⁴⁴ Amtl. Bull. 2013 NR, 884 ff.; Amtl. Bull. 2013 SR, 568 ff.

Zeit dazu tendiert, die Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern zu beschränken – unabhängig davon, ob eine Neu- bzw. Wiederwahl stattfinden würde.

Es darf deshalb angenommen werden, dass das Bundesgericht in einem konkreten Fall mit grosser Wahrscheinlichkeit der vierten erwähnten Lehrmeinung⁴⁵ folgen würde und, nach hier vertretener Meinung, dieser auch folgen müsste.

3. Organisationsmangel nach Art. 731b OR

3.1 Ausgangslage

Gemäss Art. 731b Abs. 1 OR kann ein Aktionär, Gläubiger oder Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Der Richter kann dabei insbesondere das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR).

3.2 Ansicht des Bundesgerichts und Bemerkung

Das Bundesgericht hält vorliegend an seiner Rechtsprechung fest, wonach ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR nicht bereits dann vorliege, wenn eine Pattsituation im Aktionariat besteht, sondern erst, wenn aufgrund dieser Pattsituation ein vorgeschriebenes Organ, wie dasjenige des Verwaltungsrats, nicht ordnungsgemäss gewählt werden kann.⁴⁶ Bemerkenswert ist weiter, dass das Bundesgericht neben der Einberufung eines Sachwalters für die Dauer des Verfahrens auch die Wahl eines neuen Verwaltungsratsmitglieds durch das erstinstanzliche Gericht gutheisst,⁴⁷ obwohl der Beschwerdegegner in seinem Gesuch offenbar nur um die Einsetzung eines Sachwalters ersuchte.⁴⁸ Das Bundesgericht folgt damit der Argumentation, wonach dem erkennenden Richter bei der Anwendung der Massnahmen nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR – analog zur Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR – ein hinreichender Handlungsspielraum gewährt werden muss.⁴⁹

Dies ist begrüssenswert, muss der Richter doch in der Lage sein, je nach konkreten Umständen unterschiedliche Massnahmen anzuordnen. Die Ernennung des fehlenden Organes wird ausdrücklich im Gesetzestext erwähnt, selbst wenn die Ernennung von Verwaltungsratsmitgliedern in der Lehre teilweise kritisch hinterfragt wird.⁵⁰ Natürlich hat der Richter bei der Anordnung von Massnahmen auch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.⁵¹ Bei einer Pattsituation im Aktionariat – wie im vorliegenden Fall – erscheint die Ernennung eines neuen Verwaltungsratsmitglieds und die Feststellung der Nicht(wieder)wahl mit Aberkennung der (Vertretungs-)Rechte der bisherigen Verwaltungsratsmitglieder als angemessene und verhältnismässige Massnahme.

⁴⁵ S. vorstehend Ziff. 2.2.

⁴⁶ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, E. 2.1 mit Verweisung auf das Urteil 4A_630/2011 des Bundesgerichts vom 07.03.2012, in BGE 138 III 166 nicht publizierte E. 2.3 und BGE 138 III 294, E. 3.1.5; s. auch MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Zürich 2013, 140 f.

⁴⁷ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt Bb.

⁴⁸ Urteil 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27.05.2014, Sachverhalt Ba; bereits ähnlich bezüglich der Abwahl eines Verwaltungsratsmitglieds s. Urteil 4A_161/2013 des Bundesgerichts vom 28.06.2013, E. 2.2.1.

⁴⁹ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister-, und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002, 3232; BÖCKLI, (FN 27), § 13 Rn. 493; STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH,

Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, 159.

⁵⁰ ADRIAN PLÜSS, Können Richter Verwaltungsräte absetzen?, AJP 2014, 213 ff.

⁵¹ So auch BÜRGE/GUT (FN 49), 159 f.