

Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats



MARKUS VISCHER
Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., Zürich



YVES ENDRASS
lic. iur., Rechtsanwalt
Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats
 - A. Regelungen zur Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats
 - a) Gesetzliche Regelung
 - b) Abweichende statutarische oder reglementarische Regelung
 - B. Das Einberufungsbegehren
 - a) Formvorschriften beim Einberufungsbegehren
 - b) Begründungspflicht
 - aa) Die Begründungspflicht im Allgemeinen
 - bb) Begründungspflicht bei einem von der Mehrheit des Verwaltungsrats gestellten Einberufungsbegehren
 - C. Die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats
 - a) Kompetenz zur Einberufung
 - b) Pflicht zur Einberufung
 - c) Zeitliche und örtliche Aspekte bei der Einberufung und Durchführung einer Sitzung des Verwaltungsrats
 - d) Traktandierung, Antragstellung und vorgängige Information bei der Einberufung
 - D. Ad-Hoc-Sitzungen des Verwaltungsrats
- III. Die Durchsetzung des Einberufungsrechts von Mitgliedern des Verwaltungsrats
 - A. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats
 - B. Die Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung
- IV. Fallbeispiele und Lösungen
 - A. Missachtung des Einberufungsbegehrens und deren Folgen
 - a) Sachverhalt
 - aa) Sachverhaltsvariante 1
 - bb) Sachverhaltsvariante 2
 - b) Lösung
 - aa) Zur Frage der fehlenden Begründung
 - bb) Zur Frage der ersatzweisen Einberufung
 - cc) Zum Verhältnis der Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats und der Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung

- B. Die Missachtung der Einberufungsvorschriften und deren Folgen
 - a) Sachverhalt
 - aa) Sachverhaltsvariante 3
 - bb) Sachverhaltsvariante 4
 - b) Lösung
 - aa) Zur Frage der Wahl eines missbräuchlichen Durchführungsorts und Durchführungszeitpunkts
 - bb) Zur Frage der fehlenden Traktandierung im Hinblick auf die Beschlussfassung

V. Fazit

I. Einleitung

1. Der Verwaltungsrat ist das oberste Leitungsorgan der Aktiengesellschaft. Daher ist seine ordnungsgemässe Konstituierung als Entscheidungsträger der Gesellschaft von grosser Bedeutung für jede Aktiengesellschaft. Die Einberufung und Durchführung einer Sitzung des Verwaltungsrats unterliegt zahlreichen formell- und materiellrechtlichen Fallstricken, denen in der Praxis regelmässig zu wenig Beachtung geschenkt wird. In der nachstehenden Abhandlung soll daher zunächst das bei der Einberufung der Verwaltungsratssitzung zu beachtende Vorgehen analysiert werden. In diesem Zusammenhang werden dispositive Gestaltungsmöglichkeiten mit Formulierungsbeispielen aufgeführt. Im Anschluss daran soll mit unterschiedlichen Fallbeispielen auf die wichtigsten Problemstellungen in der Praxis eingegangen werden.

II. Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats

A. Regelungen zur Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats

a) Gesetzliche Regelung

2. Das OR regelt in Art. 715 die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats. Die Bestimmung lautet:

«Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann unter Angabe der Gründe vom Präsidenten die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen.»

3. Art. 715 OR unterscheidet zwischen dem Recht, die Einberufung einer Sitzung (unter Angabe der Gründe) anzubehalten, sowie dem Recht und der Pflicht, zur Sitzung des Verwaltungsrats einzuladen.

4. Das Recht, ein Einberufungsbegehren zu stellen, steht jedem Mitglied des Verwaltungsrats zu. Dieses ist zwingend

und unentziehbar.¹ Es umfasst die Befugnis, vom Präsidenten die «unverzügliche Einberufung einer Sitzung [zu] verlangen». Demgegenüber sieht Art. 715 OR kein direktes Einberufungsrecht für das einzelne Mitglied des Verwaltungsrats vor. Das Recht und die Pflicht, zur Sitzung des Verwaltungsrats einzuladen, obliegt einzig seinem Präsidenten² und Einberufungsbegehren sind somit stets an ihn zu richten, damit er zur Verwaltungsratssitzung einladen kann.³

b) Abweichende statutarische oder reglementarische Regelung

5. In der Praxis wird Art. 715 OR regelmässig wörtlich in die Statuten und/oder das Organisationsreglement aufgenommen. Dies muss nicht unbedingt so sein, da Art. 715 OR dispositiver Natur ist und gemäss einhelliger Lehre Spielraum zur freien Gestaltung lässt.

6. Umstritten ist dabei die Frage, ob solche dispositiven Bestimmungen zu Art. 715 OR in den Statuten oder im Organisationsreglement einer Gesellschaft zu verankern sind. Während ein Teil der Lehre den Verwaltungsrat in dieser Frage für (ausschliesslich) zuständig hält⁴, will ein anderer Teil zusätzlich auch die Generalversammlung über diese Bestimmungen befinden lassen.⁵ Im ersteren Fall dürfen dispositive Bestimmungen zu Art. 715 OR ausschliesslich im Organisationsreglement festgesetzt werden, im letzteren dagegen auch (und in erster Linie) in den Statuten.

7. Im Rechtsalltag hat sich die letztere Ansicht durchgesetzt. Im Bereich der Organisation des Verwaltungsrats besteht wohl keine absolute Unzuständigkeit der Generalversammlung.⁶ Daher ist es ihr – im Einklang mit der Handhabung in der Praxis – grundsätzlich freizustellen, ob sie abweichende Bestimmungen zu Art. 715 OR in den Statuten verankern

oder die Implementierung solcher Bestimmungen dem Verwaltungsrat überlassen möchte.

8. Im einen wie im anderen Fall ist der Spielraum zur Ausgestaltung gross. Einzig zu beachten ist, dass die getroffene Regelung die Ausübung des Einberufungsrechts des einzelnen Mitglieds nicht einschränken darf. Das Einberufungsrecht bildet daher die untere Gestaltungsgrenze.⁷ Unzulässig und damit nichtig⁸ wäre beispielsweise die Einführung eines Quorums, wonach ein Gesuch von mindestens zwei Mitgliedern unterstützt werden muss.⁹

9. Denkbar ist dagegen die Festlegung einer Ersatzregelung der Einberufung für den Fall, dass der Präsident seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Folgende Bestimmung kommt dafür in Frage:

«Sitzungen des Verwaltungsrats werden vom Präsidenten oder, im Falle seiner Verhinderung, vom Vizepräsidenten oder einem anderen Mitglied des Verwaltungsrats einberufen.»

10. Es besteht auch die Möglichkeit, die Kompetenz zur Einberufung einer Sitzung allen Mitgliedern des Verwaltungsrats zukommen zu lassen.¹⁰ Eine entsprechende Bestimmung könnte wie folgt lauten:

«Sitzungen des Verwaltungsrats werden vom Präsidenten, vom Vizepräsidenten oder einem anderen Mitglied des Verwaltungsrats einberufen.»

B. Das Einberufungsbegehren

a) Formvorschriften beim Einberufungsbegehren

11. Das Einberufungsbegehren unterliegt keiner Formvorschrift. Mithin genügt auch ein mündliches Einberufungsbegehren.¹¹

12. Statuten und/oder Organisationsreglement sehen indes regelmässig vor, dass das Einberufungsbegehren schriftlich zu erfolgen habe. Entsprechende Bestimmungen lauten beispielsweise wie folgt:

«Eine Sitzung ist einzuberufen, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats dies schriftlich [...] verlangt.»

13. Solche oder ähnliche Vorschriften zur Schriftlichkeit¹² sind zulässig und aus Beweisgründen auch zu empfehlen. Alle Mitglieder des Verwaltungsrats können in solchen Fällen plausibel nachvollziehen, wann welches Mitglied des Verwaltungsrats unter Angabe welcher Gründe die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats anbegehrt hat.

¹ ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. V 5 b, Art. 707–726 OR, 2. A., Zürich 1997, Art. 715 OR N 431.

² Gl.M. IVO W. HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, Diss., Zürich 2003, 62.

³ MARTIN WERNLI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2008, Art. 715 OR N 4; CATRINA ERB, Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratssitzungen, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, 5.

⁴ ERB (FN 3), 7; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. A., Bern 2005, Art. 715 OR N 905a.

⁵ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2005, § 13 N 114.

⁶ WERNLI (FN 3), Art. 713 OR N 6a; BÖCKLI (FN 5), § 13 N 101; allerdings weist BÖCKLI einschränkend darauf hin, dass das Einberufungsrecht nach Art. 715 OR als solches zwingend vom Gesetz vorgeschrieben sei.

⁷ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 436.

⁸ ERB (FN 3), 8 ff.

⁹ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 436.

¹⁰ Gl.M. ERB (FN 3), 8.

¹¹ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 426; ERB (FN 3), 8.

¹² Gl.M. ERB (FN 3), 8, sofern die Vorschriften zur Schriftlichkeit in einem Reglement statuiert sind.

b) Begründungspflicht

aa) Die Begründungspflicht im Allgemeinen

14. Das Einberufungsbegehren des Mitglieds des Verwaltungsrats ist gemäss Art. 715 OR zu begründen. Diese gesetzliche Forderung erstaunt, steht sie doch in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zum unentziehbaren und zwingenden Recht eines jeden Mitglieds des Verwaltungsrats, jederzeit eine Sitzung einberufen zu lassen.

15. An die Begründung eines Einberufungsbegehrens dürfen unserer Ansicht nach keine hohen Anforderungen gestellt werden.¹³ Das zu behandelnde Thema soll im Einberufungsbegehren zwar grundsätzlich so klar umschrieben werden, dass der Präsident (im Hinblick auf die Einberufung) und hiernach die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats sich gebührend auf die Sitzung vorbereiten können.¹⁴ Dadurch wird die Informationsasymmetrie zwischen anbegehrendem Mitglied und dem Präsidenten sowie den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats beseitigt. Die Begründung des Einberufungsbegehrens soll dem Präsidenten des Verwaltungsrats ferner helfen, rechtsmissbräuchliche sowie solche Einberufungsbegehren, die auf den Erlass eines nichtigen Beschlusses gerichtet sind, zu erkennen (Kontrollfunktion). Im Zweifel ist die Begründungspflicht dem Einberufungsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrats jedoch unterzuordnen. Auf eine Begründung des Einberufungsbegehrens ist daher nur dann zu beharren, wenn substantielle Gründe dazu Anlass geben. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Präsident aufgrund des ungenügenden (oder gar nicht) begründeten Einberufungsbegehrens überhaupt nicht erst in der Lage ist, im Hinblick auf die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats Traktanden und Anträge zu formulieren.

bb) Begründungspflicht bei einem von der Mehrheit des Verwaltungsrats gestellten Einberufungsbegehren

16. In der Lehre finden sich Voten, welche einem Einberufungsbegehren, das von der Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats gestellt worden ist, stets Folge leisten wollen.¹⁵ Der Präsident des Verwaltungsrats soll in diesen Fällen an den Willen der Mehrheit gebunden sein.¹⁶

17. Diese Auffassung ist klar abzulehnen. Wenn der Präsident sich vorbehaltlos dem Willen der Mehrheit zu beugen hätte (er etwa auch einem unbegründeten, jedoch absehbar rechtsmissbräuchlichen Begehren nachkommen müsste), so würde dies offenkundig zu einer Ungleichbehandlung der Mitglieder des Verwaltungsrats führen. Mithin sähen sich

nur die in der Minderheit stehenden Mitglieder einer Begründungspflicht von Art. 715 OR ausgesetzt.

18. Art. 715 OR gilt damit für alle Mitglieder des Verwaltungsrats gleichermassen, ungeachtet der in der Sitzung zu erwartenden Quoren.

C. Die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats

a) Kompetenz zur Einberufung

19. Die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats darf – mangels anderer statutarischer oder reglementarischer Regelung¹⁷ – ausschliesslich durch den Präsidenten des Verwaltungsrats erfolgen.¹⁸

20. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass eine Generalversammlung, welche von einer unzuständigen Stelle einberufen worden ist, nichtig sei.¹⁹ Ob dies auch für die Frage der Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats gelten soll, wurde – soweit ersichtlich – noch nicht rechtskräftig entschieden. In der Lehre finden sich dezidiert unterschiedliche Meinungen zu dieser Frage. Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass ein Gremium (ohne dies jedoch auf den Verwaltungsrat zu beschränken), welches durch eine weder nach Gesetz noch nach den Statuten zuständige Person einberufen wird, keine Versammlung im Rechtssinne herbeizuführen mag und derart gefasste Beschlüsse der betreffenden Körperschaft deshalb nichtig seien.²⁰ Demgegenüber will eine andere Lehrmeinung nur diejenigen Beschlüsse, die unter Verletzung von gesetzlichen und/oder reglementarischen Einberufungsvorschriften zustande gekommen sind, als nichtig erachten, an denen Mitglieder des Verwaltungsrats an der Willensbildung nicht teilgenommen haben, weil sie sich auf die gesetzlichen oder reglementarischen Vorschriften verlassen hatten.²¹ Mithin sollen Beschlüsse, die unter Verletzung der Einberufungsvorschriften zustande gekommen sind, gültig sein, sofern die Verletzung der Einberufungsvorschrift nicht ursächlich dafür war, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats nicht an der Sitzung teilnehmen konnte.²²

21. Die erstere Lehrmeinung ist vorliegend vorzuziehen. Wird der Verwaltungsrat von einer unzuständigen Person ein-

¹⁷ Vgl. die Beispiele in Rz. 9 ff.

¹⁸ Sind das Amt des Präsidenten sowie das Amt seines statutarischen oder reglementarischen Vertreters (Vizepräsidenten) nicht besetzt, so ist gemäss ERB jedes Mitglied des Verwaltungsrats zur direkten Einberufung legitimiert; vgl. ERB (FN 3), 5.

¹⁹ BGE 115 II 473.

²⁰ HANS MICHAEL RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 264.

²¹ MIRJAM SIMONE RHEIN, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss., Zürich 2001, 244.

²² RHEIN (FN 21), 246.

¹³ Gl.M. ERB (FN 3), 6.

¹⁴ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 432.

¹⁵ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 434.

¹⁶ HUNGERBÜHLER (FN 2), 64.

berufen, können die so vereinten Mitglieder keine Beschlüsse namens des Verwaltungsrats fällen. Der Verwaltungsrat ist gar nie zusammengekommen. Er konnte sich somit als Beschlussorgan auch nie konstituieren. Etwaige Beschlüsse sind daher höchstens Willenskundgebungen der zusammengefundenen Personen. Sie erfahren keinen organschaftlichen Charakter. Mithin liegt nicht ein nichtiger Beschluss, sondern gar ein Nichtbeschluss des Verwaltungsrats vor.

22. Keinen Einfluss auf die Frage des Nichtbeschlusses oder der Nichtigkeit vermag sodann der Umstand haben, dass der gefällte Beschluss auch bei ordnungsgemässer Einberufung durch den Präsidenten (oder der statutarisch bzw. reglementarischen zuständigen Person) getroffen worden wäre. Die Einberufungsvorschrift von Art. 715 OR würde dadurch nämlich schlicht ausgehebelt. Da Beschlüsse des Verwaltungsrats bekanntermassen keiner Anfechtung zugänglich sind²³, bliebe eine gänzliche Missachtung von Art. 715 OR ohne Folgen, solange sich hierzu eine Mehrheit im Verwaltungsrat finden würde. Die in der Minderheit stehenden Mitglieder des Verwaltungsrats stünden diesfalls ohne Schutz da. Dies kann jedoch keinesfalls im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein.

23. Denkbar ist dagegen, dass ein für die Einberufung unzuständiges Mitglied vorgängig vom Präsidenten zur Einberufung beauftragt wird²⁴, oder aber die Einberufung vom Präsidenten (ausdrücklich oder aber auch stillschweigend) nachträglich, jedoch spätestens mit Durchführung der Sitzung des Verwaltungsrats, genehmigt wird.²⁵

b) Pflicht zur Einberufung

24. Den Präsidenten des Verwaltungsrats (oder das durch Statuten oder Reglement zuständige Mitglied) trifft grundsätzlich eine «unverzügliche» Einberufungspflicht.²⁶ Eine Rückweisung des Einberufungsbegehrens kommt nur in Frage, wenn offenkundig Gefahr von Desinformation, Rechtsmissbrauch oder Nichtigkeit droht. Dann darf und soll der Präsident vom Rückweisungsrecht Gebrauch machen können. Als Beispiele für eine zulässige Rückweisung des Einberufungsbegehrens kommen insbesondere folgende Fälle in Frage:

- Querulatorische Einberufungsbegehren;²⁷
- Wiederholte Einberufungsbegehren, nachdem der Verwaltungsrat das betreffende Anliegen in einem Beschluss bereits abgelehnt hat;²⁸

- Einberufungsbegehren, welche auf den Erlass eines nach Art. 714 i.V.m. Art. 706b OR nichtigen Beschlusses gerichtet sind;²⁹
- Einberufungsbegehren, welche auf den Erlass eines offensichtlich rechts- oder sittenwidrigen Beschlusses gerichtet sind;
- Einberufungsbegehren, welche aufgrund der fehlenden oder ungenügenden Begründung unverständlich sind und daher keine Einberufung zulassen.³⁰

c) Zeitliche und örtliche Aspekte bei der Einberufung und Durchführung einer Sitzung des Verwaltungsrats

25. Dem Gesetz lassen sich keine Vorschriften zu Fristen im Zusammenhang mit der Einberufung sowie zum Durchführungsort einer Sitzung des Verwaltungsrats entnehmen. Es fehlt insbesondere eine Mindestfrist analog zur Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 700 Abs. 1 OR.

26. Jedoch besteht die Möglichkeit, in den Statuten³¹ und/oder in einem Organisationsreglement³² eine Maximalfrist festzulegen. So kann beispielsweise der späteste Zeitpunkt der Einberufung oder aber auch der späteste Durchführungszeitpunkt der Sitzung nach Eingang des Begehrens festgelegt werden. Eine entsprechende Bestimmung könnte wie folgt lauten:

«Jedes Mitglied des Verwaltungsrats kann schriftlich und unter Angabe der Gründe vom Präsidenten die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen. Die Sitzung ist vom Präsidenten innert 10 Tagen einzuberufen und muss innert 20 Tagen ab Eingang des Einberufungsbegehrens durchgeführt werden.»

27. Bei fehlender statutarischer oder reglementarischer Regelung bestimmen sich die Einberufungsfrist sowie der Durchführungsort der Sitzung des Verwaltungsrats nach Treu und Glauben.³³ Die Frist für die Einberufung hängt insbesondere auch von der Dringlichkeit des Begehrens sowie vom Aufwand, der anfällt um die beantragten Traktanden korrekt vorzubereiten, ab.³⁴ In der Regel dürften 10³⁵ bis 15 Tage ab Eingang des Einberufungsbegehrens bis zur Durchführung der Sitzung des Verwaltungsrats angemessen sein. Bei Verwaltungsräten mit einer grossen Anzahl Mitglieder oder mit einem internationalen Bezug (z.B. sind Mitglieder in mehreren Ländern wohnhaft) ist diese Frist auf 20–25 Tage zu erhöhen. Bei Traktanden mit besonderer Dringlichkeit darf (und soll) sie dagegen angemessen verkürzt werden können.

²³ KRNETA (FN 4), Art. 714 OR N 855.

²⁴ Zur Zulässigkeit der Delegation der Einberufungskompetenz ausführlich: ERB (FN 3), 5.

²⁵ RIEMER (FN 20), N 265; BGE 71 I 383 E. 2a.

²⁶ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 114.

²⁷ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 115.

²⁸ HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 431; a.M. HUNGERBÜHLER (FN 2), 64.

²⁹ ERB (FN 3), 10; HUNGERBÜHLER (FN 2), 64.

³⁰ Bezüglich fehlender Begründung gl.M. ERB (FN 3), 10; vgl. die Ausführungen in Rz. 14 ff.

³¹ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8.

³² ERB (FN 3), 8; KRNETA (FN 4), Art. 715 OR N 905a.

³³ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8.

³⁴ KRNETA (FN 4), Art. 715 OR N 904.

³⁵ KRNETA (FN 4), Art. 713 OR N 742.

28. Der Durchführungsort der Sitzung ist so zu wählen, dass sich jedes Mitglied des Verwaltungsrats im Rahmen des Zumutbaren innert der vorgegebenen Frist Zugang zu dieser Lokalität verschaffen kann. Denkbar ist – unter Berücksichtigung der vorgenannten Voraussetzungen – auch die Durchführung an einem anderen Ort als am Sitz der Gesellschaft, ja sogar im Ausland. In der Regel wird die Sitzung des Verwaltungsrats jedoch am Sitz der Gesellschaft stattfinden.

29. Ist ein Durchführungsort oder Durchführungszeitpunkt einer Sitzung wider Treu und Glauben oder in Verletzung von Statuten und/oder Organisationsreglement bestimmt worden, ist einzelfallweise zu prüfen, ob an der Sitzung gefasste Beschlüsse deshalb Nichtigkeit gemäss Art. 714 OR nach sich ziehen.³⁶ Diese wird zumindest dann vorliegen, wenn Durchführungsort oder Durchführungszeitpunkt so angesetzt werden, dass einzelnen Mitgliedern die Teilnahme an der Sitzung vorsätzlich verunmöglicht wird. Der Verwaltungsrat kann sich diesfalls gar nicht erst konstituieren³⁷ und derart zusammengefundene Mitglieder können daher auch keinen organschaftlichen Beschluss fassen.

d) Traktandierung, Antragstellung und vorgängige Information bei der Einberufung

30. Im Gegensatz zur Einberufung einer Generalversammlung (Art. 700 Abs. 2 OR), statuiert das OR für die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats keine ausdrückliche Traktandierungs- und Antragspflicht.

31. Eine Solche wird jedoch aus dem Informationsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrats abgeleitet.³⁸ Ihnen steht ein unentziehbarer Anspruch (abgeleitet aus deren Hauptverantwortung gemäss Art. 716a OR und aus Art. 715a OR) auf eine zweckmässige und im notwendigen Umfang auch umfassende vorgängige Information über die zu Beschluss fassenden Gegenstände zu.³⁹

32. Gegenstand der Traktandenliste haben daher nebst den jährlich wiederkehrend zu behandelnden Grundsatzthemen (Organisation, Strategie, Qualität der Geschäftsleitung etc.) auch alle sich laufend stellenden Geschäfte und Probleme zu sein (z.B. Auswechslung eines Mitglieds der Geschäftsleitung).⁴⁰

33. Zu den traktandierten Gegenständen sind grundsätzlich auch die entsprechenden Anträge anzugeben, wenn und soweit sie für eine gehörige Vorbereitung der Sitzung des Verwaltungsrats erforderlich erscheinen. Werden daher konkrete

Beschlüsse bereits vor der Sitzung ins Auge gefasst, müssen sich die Mitglieder des Verwaltungsrats auch dann ein Bild darüber machen können. Mithin wird dadurch die Möglichkeit gewahrt, etwaige Gegenanträge auszuarbeiten und anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrats den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats zu unterbreiten. Wird also etwa die Wahl eines neuen Geschäftsführers traktandiert, so sollten auch die zur Wahl empfohlenen Kandidaten – sofern solche existieren – im Rahmen eines Antrags vorgeschlagen werden.

34. Die Bekanntgabe von Traktanden und Anträgen genügt indes nicht. Den Mitgliedern des Verwaltungsrats sind im Hinblick auf die Sitzung überhaupt alle für die Entscheidungsfindung notwendigen Informationen zu überlassen. Unterlagen müssen dabei so rechtzeitig zugestellt werden, dass deren Studium auch möglich ist.⁴¹ Die unterbreiteten Informationen sollen diesfalls als Entscheidungsgrundlage zusammen mit der an der Sitzung stattfindenden Beratung dienen.

35. In der Lehre wird die Traktandierungs- und Antragspflicht als reine Ordnungsvorschrift bezeichnet, deren Missachtung in der Regel keine Nichtigkeit nach sich ziehen soll.⁴² Entsprechend ist es die herrschende Auffassung, dass der Verwaltungsrat – ist er einmal ordentlich einberufen worden – in den Schranken seiner Kompetenz über alle Gegenstände Beschluss fassen kann, auch über solche, welche nicht gehörig traktandiert worden sind.⁴³

36. Dieser Auffassung muss entgegengehalten werden, dass die Traktandierungs- und Antragspflicht aus den Informationsrechten der Mitglieder des Verwaltungsrats abgeleitet wird.⁴⁴ Beschlüsse, welche in Verletzung dieser Rechte von Mitgliedern des Verwaltungsrats ergehen, ziehen jedoch Nichtigkeit nach sich.⁴⁵

37. Unseres Erachtens ist die Nichtigkeitsfolge richtigerweise vom Grad der Verletzung der Informationsrechte der Mitglieder des Verwaltungsrats abhängig zu machen. Nichtigkeit eines Beschlusses infolge fehlender Traktandierung und Antragstellung dürfte mithin nur dann vorliegen, wenn das Informationsrecht des jeweiligen Mitglieds erheblich und in geradezu treuwidriger Weise verletzt worden ist. Ausserdem ist zu fordern, dass von den Nichtigkeitsfolgen nur Beschlüsse betroffen werden, welche für die Gesellschaft auch eine gewisse Tragweite mit sich bringen.⁴⁶

³⁶ Beschlüsse des Verwaltungsrats sind gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung keiner Anfechtung zugänglich; vgl. die Ausführungen in Rz. 22.

³⁷ RHEIN (FN 21), 244.

³⁸ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8.

³⁹ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 209.

⁴⁰ KRNETA (FN 4), Art. 713 OR N 749.

⁴¹ BÖCKLI (FN 5), § 13 N 213.

⁴² WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8.

⁴³ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8; BRIGITTE TANNER, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1987, 323; darüber hinaus ist TANNER der Auffassung, dass solche Beschlüsse selbst dann gültig sein sollen, wenn sie an Sitzungen beschlossen wurden, welche mangelhaft einberufen worden sind.

⁴⁴ Vgl. die Ausführungen in Rz. 31.

⁴⁵ HOMBURGER (FN 1), Art. 714 OR N 391; RHEIN (FN 21), 132.

⁴⁶ Der Verwaltungsrat muss aus Praktikabilitätsgründen in der Lage bleiben, Bagatellbeschlüsse zu fassen, auch wenn die ent-

D. Ad-Hoc-Sitzungen des Verwaltungsrats

38. Führt man sich die Einberufungsvorschriften von Art. 715 OR vor Augen, so stellt sich naturgemäss die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Verwaltungsrat (als Plenum) sich über diese Vorschriften hinwegsetzen darf. Sieht Art. 701 OR für die Durchführung einer Generalversammlung die Form der Universalversammlung, wonach die Eigentümer sämtlicher Aktien ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften eine Generalversammlung abhalten können, vor, so fehlt eine analoge Bestimmung im OR betreffend die Durchführung einer Verwaltungsratsitzung.

39. Auch der Verwaltungsrat sollte grundsätzlich eine Sitzung in Form einer Universalversammlung durchführen können.⁴⁷ Zu beachten ist indes, dass nicht jedes physische Zusammentreffen der Mitglieder des Verwaltungsrats eine Universalversammlung darstellt. Damit die Sitzung des Verwaltungsrats in Form einer Universalversammlung durchgeführt werden kann, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein⁴⁸:

- Anwesenheit aller Mitglieder des Verwaltungsrats;
- Feststellung, dass eine Sitzung des Verwaltungsrats in Form einer Universalversammlung durchgeführt werden soll;
- Einverständnis sämtlicher Mitglieder des Verwaltungsrats zur Durchführung einer Sitzung des Verwaltungsrats.

40. Sind alle Mitglieder des Verwaltungsrats anwesend und mit der Durchführung einer Sitzung in Form einer Universalversammlung einverstanden, kann über sämtliche Gegenstände, welche in seinen Kompetenzbereich fallen, verbindlich Beschluss gefasst werden.⁴⁹

41. Ist ein Mitglied des Verwaltungsrats mit der Durchführung in Form einer Universalversammlung nicht einverstanden, so kann es sein Einverständnis zur Durchführung verweigern. Diesfalls ist eine Beschlussfassung des Verwaltungsrats nicht möglich, weil den beschlussfassenden Personen die Organeigenschaft (als Verwaltungsrat) abgeht. Dadurch erhält jedes Verwaltungsratsmitglied ein eigentliches Veto-Recht gegen die Durchführung einer ad-hoc-Sitzung.

sprechenden Traktanden im Voraus nicht (oder nicht rechtzeitig) bekannt gegeben worden sind.

⁴⁷ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 8; TANNER (FN 43), 328.

⁴⁸ Vgl. RHEIN (FN 21), 247 sowie Fn. 1032.

⁴⁹ TANNER (FN 43), 328.

III. Die Durchsetzung des Einberufungsrechts von Mitgliedern des Verwaltungsrats

A. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats

42. Kommt ein Präsident des Verwaltungsrats einem Einberufungsbegehren nicht nach und wurde für diesen Fall statutarisch oder reglementarisch auch keine Ersatzregelung getroffen, so steht dem anbegehrenden Verwaltungsrat die Klage auf Einberufung zu.⁵⁰ Bei der Klage auf Einberufung handelt es sich um eine Leistungsklage, welche gegen die Gesellschaft und nicht etwa gegen den säumigen Präsidenten anzuheben ist.⁵¹ Die Gesellschaft wird in einem solchen Gerichtsverfahren jedoch regelmässig durch den (säumigen) Präsidenten des Verwaltungsrats vertreten werden. Den klagenden Mitgliedern des Verwaltungsrats ist die Vertretung der Gesellschaft in dem von ihnen angestrebten Prozess gegen sie jedoch versagt, da sie einem offenkundigen Interessenkonflikt unterliegen.⁵²

43. Mit der Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats sind die Traktanden und Anträge – soweit bestimmbar – für die einzuberufende Sitzung des Verwaltungsrats bekannt zu geben.⁵³

44. Will das angerufene Gericht die Klage gutheissen, wird es den Präsidenten des Verwaltungsrats anweisen, die Sitzung innert vorgegebener Frist mit den eingeklagten Traktanden und Anträgen einzuberufen.⁵⁴ Denkbar wäre auch, dass das Gericht ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats mit der Einberufung der Sitzung beauftragt, oder aber – bei zeitlicher Not – die Sitzung gleich selber einberuft.⁵⁵

⁵⁰ Zur Klage auf Einberufung ausführlich ERB (FN 3), 12 ff.; gl.M. WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 7; HOMBURGER (FN 1), Art. 715 OR N 435; KRNETA (FN 4), Art. 715 OR N 905; RHEIN (FN 21), 88 ff.

⁵¹ WERNLI (FN 3), Art. 715 OR N 7, mit Verweis auf einen unveröffentlichten Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten Zug vom 23.11.1976; teilweise a.M. ERB (FN 3), 14 ff.

⁵² DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2008, Art. 706a OR N 8; die klagenden Mitglieder des Verwaltungsrats müssen in den Ausstand treten; es besteht für diese somit keine Möglichkeit, im Namen und in Vertretung der Gesellschaft ihre eigene Klage anzuerkennen.

⁵³ Vgl. den Formulierungsvorschlag für das entsprechende Rechtsbegehren bei ERB (FN 3), 20.

⁵⁴ ERB (FN 3), 19; dieses Vorgehen erscheint in analoger Anwendung von Art. 699 Abs. 4 OR am naheliegendsten.

⁵⁵ Gl.M. ERB (FN 3), 20; gemäss neuester Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein Gericht bei drohendem zeitlichem Verzug die Generalversammlung direkt einberufen, wenn es

B. Die Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung

45. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des *Verwaltungsrats* macht nur Sinn, wenn Gegenstände zu beschliessen sind, welche ausschliesslich in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrats fallen und/oder das klagende Mitglied nicht Aktionär ist oder nicht über die erforderliche Anzahl Aktien verfügt, um eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen. In denjenigen Fällen, in denen auch oder ausschliesslich die Generalversammlung zur Beschlussfassung befugt ist, ist dagegen die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu empfehlen, sofern das Mitglied des Verwaltungsrats zugleich Aktionär ist und über die erforderliche Anzahl Aktien verfügt, um eine Einberufung der Generalversammlung zu verlangen. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats stellt diesfalls nur einen unnötigen Zwischenschritt dar. Notfalls hat der Aktionär seinen Anspruch auch klageweise durchzusetzen.

46. Das OR sieht namentlich in Art. 699 Abs. 4 i.V.m. Art. 699 Abs. 3 OR vor, dass ein Aktionär, der 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von einer Million vertritt, die Einberufung einer Generalversammlung durch das Gericht verlangen kann.

47. Die Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung setzt gemäss Art. 699 Abs. 4 OR voraus, dass dem Verwaltungsrat vorab ein schriftliches Begehren gestellt und diesem nicht binnen angemessener Frist entsprochen wurde. Ein solches Einberufungsbegehren ist an die Gesellschaft zu richten, welche hierbei durch den Verwaltungsrat vertreten wird.⁵⁶ Im Einberufungsbegehren sind gemäss Art. 699 Abs. 3 OR die jeweiligen Verhandlungsgegenstände (Traktanden) sowie die dazugehörigen Anträge anzugeben.

48. Kann sich der Verwaltungsrat mangels Einberufung nicht zu einer Sitzung konstituieren, kann er auch nicht auf ein Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung eintreten. Demzufolge kann der Verwaltungsrat auch nicht die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung beschliessen, weshalb die Aktionäre daher zwingend auf die klageweise Durchsetzung ihres Begehrens angewiesen sind.

49. Ist die Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung einmal hängig, hat das Gericht lediglich zu prüfen, ob die Antragsteller Aktionäre sind, die Voraussetzungen gemäss Art. 699 Abs. 3 OR erfüllt sind und ob tatsächlich ein Begehren an den Verwaltungsrat gestellt

wurde, dem innert Frist nicht entsprochen wurde.⁵⁷ Hiernach wird ein Gericht den Verwaltungsrat in der Regel anweisen, eine Generalversammlung einzuberufen, wobei es bei besonderer Dringlichkeit eine Generalversammlung ausnahmsweise auch selber einberufen kann.⁵⁸ Im einen wie im anderen Fall beträgt die gesetzlich vorgeschriebene Mindestfrist für die Einberufung einer Generalversammlung gemäss Art. 700 Abs. 1 OR 20 Tage.

IV. Fallbeispiele und Lösungen

A. Missachtung des Einberufungsbegehrens und deren Folgen

50. Vorliegend soll anhand von zwei Fallbeispielen dargelegt werden, wie vorzugehen ist, wenn es im Zusammenhang mit einem Einberufungsbegehren zu Verfehlungen kommt.

a) Sachverhalt

aa) Sachverhaltsvariante 1

51. Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft besteht aus drei Personen und alle drei sind Aktionäre dieser Gesellschaft zu gleichen Teilen. Ein Mitglied des Verwaltungsrats hat den Präsidenten dazu aufgefordert, innert 10 Tagen zu einer Sitzung des Verwaltungsrats am Sitz der Gesellschaft einzuberufen. Das Einberufungsbegehren sieht folgendes Traktandum vor (ohne weitere Erläuterungen oder Informationen):

- Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung.

52. Hintergrund dieses Einberufungsbegehrens bilden Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Kontrolle über die Gesellschaft. Aus der dem Streit vorangehenden Korrespondenz lässt sich erahnen, dass der Präsident des Verwaltungsrats von den beiden anderen Aktionären (und Mitverwaltungsräten) an der durch den Verwaltungsrat einzuberufenden Generalversammlung abgewählt werden soll. In den Statuten der Gesellschaft ist festgelegt, dass die Generalversammlung den Präsidenten des Verwaltungsrats wählt.

53. In der Folge weigert sich der Präsident, zur Sitzung des Verwaltungsrats einzuberufen, wobei er geltend macht, dass er über zu wenige Informationen zur Einberufung einer Sitzung verfügt. Weder die Statuten noch das Organisationsreglement sehen eine Ersatzregelung für die Einberufung vor.

bb) Sachverhaltsvariante 2

54. Der Sachverhalt knüpft an die erste Sachverhaltsvariante an. Die Aktionäre (und gleichzeitigen Mitglieder des

nach Art. 699 Abs. 4 OR darum ersucht worden ist; vgl. Rz. 49. Das Gleiche muss auch für die Sitzung des Verwaltungsrats gelten.

⁵⁶ DUBS/TRUFFER (FN 52), Art. 699 OR N 16.

⁵⁷ DUBS/TRUFFER (FN 52), Art. 699 OR N 16.

⁵⁸ Vgl. BGE 132 III 555.

Verwaltungsrats) haben zusätzlich einen Aktionärbindungsvertrag (ABV) vereinbart. Darin wird dem Präsidenten des Verwaltungsrats seine Stellung als Präsident für die Dauer von 10 Jahren zugesichert. Der ABV läuft noch 8 Jahre.

55. In der Folge weigert sich der Präsident wiederum, zur Sitzung des Verwaltungsrats einzuberufen, wobei er nach wie vor geltend macht, dass er über zu wenige Informationen zur Einberufung einer Sitzung verfügt. Zusätzlich weist er darauf hin, dass das Einberufungsbegehren die Verletzung seiner Rechte aus dem ABV verfolgt. Weder die Statuten noch das Organisationsreglement sehen eine Ersatzregelung für die Einberufung vor.

b) Lösung

aa) Zur Frage der fehlenden Begründung

56. Dem Begehren um Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats fehlt in beiden Sachverhaltsvarianten eine Begründung. In casu fragt sich daher, ob der Präsident das Gesuch zu Recht zurückweisen kann.⁵⁹

57. In der ersten Sachverhaltsvariante vermag der Präsident des Verwaltungsrats keinen stichhaltigen Grund für die Nichteinberufung nennen. Das Begehren des Mitglieds beabsichtigt weder einen rechts- noch einen sittenwidrigen Beschluss herbeizuführen. Die Begründungspflicht ist daher der Einberufungspflicht unterzuordnen. Die Berufung auf die Begründungspflicht erscheint in diesem Lichte rechtsmissbräuchlich. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats dürfte somit ohne Weiteres Erfolg haben.

58. In der zweiten Sachverhaltsvariante ist die Rechtslage weniger klar. Die Abwahl des Präsidenten stellt eine eindeutige Verletzung des ABV dar. Umso stossender erscheint deshalb der Umstand, dass der Präsident zur Sitzung des Verwaltungsrats einberufen muss, welche seine Abwahl in die Wege leiten soll. Das schweizerische Aktienrecht hat indes wiederholt dargetan, dass ein ABV auf die Gültigkeit von gesellschaftsrechtlichen Entscheiden keinen Einfluss haben kann.⁶⁰ Der Einwand der fehlenden Begründung des Einberufungsbegehrens ist daher auch in der zweiten Sachverhaltsvariante nicht stichhaltig, vermag doch die Sitzung des Verwaltungsrats – aus Sicht der Gesellschaft – keinen rechts- oder sittenwidrigen Beschluss herbeizuführen. Der Präsident sieht sich daher nach wie vor in der Pflicht, der Einberufung Folge zu leisten.

bb) Zur Frage der ersatzweisen Einberufung

59. Da sich weder in den Statuten noch im Organisationsreglement eine Ersatzregelung für die Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats findet, würde eine durch das anbegehrende Mitglied «einberufene» Sitzung keinen organschaftlichen Charakter erfahren. Damit entstünde in beiden Sachverhaltsvarianten ein Nichtbeschluss.⁶¹

60. Gleiches Schicksal würde im Übrigen auch die in Folge eines solchen Beschluss einberufene Generalversammlung erfahren. Die Generalversammlung wird – mangels anderer statutarischer Vorschriften – gemäss Art. 699 Abs. 1 OR vom Verwaltungsrat einberufen. Handelt es sich beim Einberufungsorgan nicht um den beschlussfähigen und ordnungsgemäss konstituierten Verwaltungsrat, wird die Generalversammlung daher von einem unzuständigen Organ einberufen. Die Generalversammlung kann sich so ihrerseits nicht mehr konstituieren und von ihr ergangene Beschlüsse sind nichtig bzw. gar nicht ergangen (Nichtbeschlüsse).

cc) Zum Verhältnis der Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats und der Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung

61. Bei der ersten Sachverhaltsvariante ist die Rechtslage klar. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung stellt nur einen unnötigen Umweg dar.⁶² Ziel ist die Abwahl des Präsidenten, was vorliegend nur durch eine Generalversammlung beschlossen werden kann. Die Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats macht unter diesen Umständen keinen Sinn. Die Mitglieder des Verwaltungsrats, welche zugleich Aktionäre sind, sollten dem Verwaltungsrat zunächst ein Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung unterbreiten. Da der Verwaltungsrat sich mangels Sitzung des Verwaltungsrats nicht ordnungsgemäss konstituieren wird, wird er folglich auch keine ausserordentliche Generalversammlung einberufen können. Also stünde den Mitgliedern des Verwaltungsrats in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Klage auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu. Diese dürfte – sofern die Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 4 OR erfüllt sind – auch Erfolg haben.

62. Bei der zweiten Sachverhaltsvariante ist dagegen abzuwägen. Den Mitgliedern des Verwaltungsrats steht es als Aktionäre grundsätzlich ebenfalls frei, die Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung einzuklagen. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass mit der Einberufung zur ausserordentlichen Generalversammlung gleichzeitig auch etwaige einen ABV verletzende Traktanden sowie die dazugehörigen Anträge bekannt gegeben werden müssen. Ein mit solchen Traktanden und Anträgen angerufenes Gericht

⁵⁹ Vgl. die Ausführungen in Rz. 15 ff.

⁶⁰ ANDREAS LÄNZLINGER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2008, Art. 692 OR N10.

⁶¹ Vgl. die Ausführungen in Rz. 19 ff.

⁶² Vgl. die Ausführungen in Rz. 45.

wird sich zwar grundsätzlich auf die Prüfung der in Art. 699 Abs. 4 OR genannten Voraussetzungen beschränken und daher in der Verletzung des ABV kein Hindernis für die Einberufung erkennen. Lehre und Rechtsprechung anerkennen indes, dass ein Aktionär auf Realerfüllung seiner in einem ABV verankerten Rechte klagen kann. Mithin kann ein Aktionär eine drohende Verletzung seiner Rechte aus einem ABV mittels vorsorglicher Massnahmen abwenden, indem der vertragsbrüchigen Partei ein bestimmtes Stimmverhalten für eine bevorstehende Generalversammlung richterlich auferlegt wird.

63. Im vorliegenden Sachverhalt eröffnet sich daher für den abzuwählenden Präsidenten die Möglichkeit, dass er sich in seiner Eigenschaft als Aktionär in einem separaten Verfahren mittels vorsorglicher Massnahmen gegen seine bevorstehende Abwahl absichert. Die in der Klage auf Einberufung zur ausserordentlichen Generalversammlung bekanntgegebenen Traktanden und Anträge verschaffen ihm den erforderlichen Titel für die Glaubhaftmachung einer drohenden Verletzung.

64. Ob sich eine solche vorsorgliche Massnahme mit einer Klage auf Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats umgehen lässt, mag bezweifelt werden. Mit der Klage auf Einberufung der Sitzung des Verwaltungsrats brauchen die Traktanden und Anträge für die an der Sitzung (allenfalls) zu beschliessende Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zwar noch nicht bekannt gegeben zu werden. Die den ABV verletzenden Traktanden und Anträge werden daher ebenfalls (noch) nicht offengelegt. Indes wird ein mittels Klage einberufener Verwaltungsrat eine ausserordentliche Generalversammlung in jedem Fall nur mit einer (minimalen) Einberufungsfrist von 20 Tagen (vgl. Art. 700 Abs. 1 OR) einberufen können. Spätestens mit der Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung müssten somit die den ABV verletzenden Traktanden und Anträge wiederum bekanntgegeben werden. Damit würden einem Aktionär genügend Zeit sowie ein gleichwertiger Titel für die Glaubhaftmachung zwecks Erwirkung einer vorsorglichen Massnahme zur Verfügung stehen.

B. Die Missachtung der Einberufungsvorschriften und deren Folgen

65. Anhand der nachstehenden zwei Sachverhaltsvarianten sollen die rechtlichen Folgen einer fehlerhaften Einberufung, die Folgen einer mangelhaften Traktandierung sowie die Folgen einer ungenügenden vorgängigen Information der Mitglieder des Verwaltungsrats analysiert werden.

a) Sachverhalt

66. Dieser Sachverhalt knüpft an den Ersten an. Der Präsident des Verwaltungsrats sieht keine andere Möglichkeit, als zur Sitzung des Verwaltungsrats einzuberufen.

aa) Sachverhaltsvariante 3

67. Der Präsident lädt zur Sitzung des Verwaltungsrats in Halifax (Kanada) ein. Sie findet einen Tag nach Eingang des Einberufungsbegehrens statt. An der Sitzung kann aus zeitlichen und reisetechischen Gründen nur der Präsident teilnehmen. Er lehnt in einem Beschluss die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung ab.

bb) Sachverhaltsvariante 4

68. Die Parteien haben sich angeblich wieder versöhnt. Der Präsident lädt deshalb zur Verwaltungsratsitzung am Sitz der Gesellschaft ein. Die Traktanden lauten wie folgt:

- Besprechung des Abfallentsorgungskonzepts der Gesellschaft;
- Varia.

69. Der Präsident und ein weiteres Mitglied des Verwaltungsrats nehmen an der Sitzung teil. Das dritte Mitglied steht zeitlich unter Druck, weshalb es lieber nicht teilnehmen möchte. Der Präsident verspricht ihm deshalb, das neue Abfallentsorgungskonzept im Anschluss an die Sitzung per Email zuzustellen. Wie sich zeigt, hat der Präsident ein falsches Spiel getrieben. Mit einem Stichentscheid anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrats beschliesst er unangekündigt, den CEO der Gesellschaft fristlos zu entlassen. Ferner ernennt er sich selber zum CEO ad interim und erteilt sich gleich auch noch Einzelunterschrift. Das dritte, nicht anwesende Mitglied ist über diesen Beschluss zutiefst empört. Es hätte einem Solchen niemals zugestimmt.

b) Lösung

aa) Zur Frage der Wahl eines missbräuchlichen Durchführungsorts und Durchführungszeitpunkts

70. Die Lösung für die dritte Sachverhaltsvariante ist einfach. Das Vorgehen des Präsidenten ist missbräuchlich, da der Durchführungsort und -zeitpunkt so gewählt wurden, dass den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats die Teilnahme an der Sitzung des Verwaltungsrats unmöglich war. Der Beschluss zeitigt daher keine Rechtswirkungen. Der Präsident des Verwaltungsrats kann keinen Beschluss herbeiführen und sieht sich nach wie vor in der Pflicht, eine Sitzung des Verwaltungsrats einzuberufen. Um einer Rechtsunsicherheit vorzubeugen empfiehlt es sich, den Beschluss mit einer Feststellungsklage für nichtig erklären zu lassen.⁶³

bb) Zur Frage der fehlenden Traktandierung im Hinblick auf die Beschlussfassung

71. In Bezug auf die vierte Sachverhaltsvariante gestaltet sich die Lösung wie folgt: Die fristlose Absetzung des CEO

⁶³ Vgl. die Ausführungen in Rz. 25.

und Ernennung des Präsidenten zum CEO ad interim ist von erheblicher Wichtigkeit für die Gesellschaft. Vorliegend kommt es zu einer Konzentration der Machtverhältnisse, welche dem Präsidenten des Verwaltungsrats weitgehendste Freiheiten einräumen. Die fehlende Information über die geplante Absetzung des CEO und die Ernennung des Präsidenten zum CEO ad interim ist dem nicht teilnehmenden Mitglied in geradezu treuwidriger Weise nicht mitgeteilt worden. Die trivialen Traktanden liessen einen derartigen Beschluss auch in keiner Weise erwarten. Ausserdem kann davon ausgegangen werden, dass das abwesende Mitglied an der Sitzung teilgenommen hätte, wenn es über die Tragweite der zu fällenden Beschlüsse vorgängig informiert worden wäre.⁶⁴

72. Es bestehen somit gute Gründe, dass ein solcher Beschluss die Nichtigkeit nach sich zieht. Wollen die Mitglieder des Verwaltungsrats dies gerichtlich feststellen lassen, haben sie hierzu eine Feststellungsklage anzuheben.

73. Vorgängig sollte jedoch eine Handelsregistersperre nach Art. 162 HRegV erwirkt werden. Damit würde es dem Präsidenten des Verwaltungsrats einstweilen verunmöglicht, seine neue Funktion (samt Einzelunterschriftsberechtigung) im Handelsregister einzutragen.

V. Fazit

74. Die korrekte Einberufung und Durchführung der Sitzung des Verwaltungsrats ist von grundlegender Bedeutung für die Aktiengesellschaft. Grundsätzlich gilt auch hier das Sprichwort: Der kluge Mann baut vor! Daher empfiehlt es sich, die richtigen Vorschriften frühzeitig in den Statuten und/oder im Organisationsreglement zu implementieren. Lässt sich dagegen ein Streit um das oberste Gremium der Aktiengesellschaft nicht vermeiden, so gilt es mit Vorsicht und Kalkül zu handeln, um die formell- und materiellrechtlichen Hürden gekonnt zu meistern.

L'art. 715 CO prévoit que chaque membre du conseil d'administration peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation du conseil d'administration à une séance. Cette disposition est de nature dispositive et peut être modifiée dans un cadre restreint. Ce faisant, l'exercice du droit à la convocation des membres du conseil d'administration ne peut pas être limité. La demande (motivée) de convocation doit toujours être adressée au président du conseil d'administration et n'est en principe soumise à aucune prescription de forme. Les auteurs sont d'avis que le président du conseil d'administration a la compétence exclusive pour convoquer la séance du conseil d'administration, à moins que les statuts ou le règlement n'en disposent autrement. Si le président est négligent et ne remplit pas son obligation de convoquer, il convient d'intenter contre la société une action en convocation de la séance du conseil d'administration.

Le président doit en principe fixer le moment et le lieu de la séance de telle sorte que chaque membre du conseil d'administration puisse y prendre part dans le délai de convocation. Il doit aussi mentionner dans la convocation les objets mis à l'ordre du jour et les propositions pour la séance et remettre aux autres membres du conseil d'administration toutes les informations nécessaires pour prendre des décisions. Les auteurs exposent par ailleurs dans quelle mesure le conseil d'administration en plénum peut passer outre les prescriptions de convocation et mener des séances ad hoc.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

⁶⁴ Vgl. die Ausführungen in Rz. 35.