



## Themenblock 1

Organisationsverfassung der  
Aktiengesellschaft;  
Generalversammlung und Aktionäre



## The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class

- KRAAKMAN *et al.*, 55–82

- Vergleich Aktionärsrechte in Europa(UK,DE,IT,FR), JP und USA
- Ausgangslage: Interessenkonflikt zwischen Management und Aktionären sowie Aktionären untereinander
- Corporate Governance als Mittel zur Bewältigung Konflikts



## I. Unternehmensführung und Aufsicht

Verwaltungsrat/  
Board of Directors

**Monistisches System**  
(USA, UK, JP, CH\*)

Aufsichtsrat

Management

**Dualistisches System**  
(DE, AT, DK)

Wahlfreiheit (Statuten): BE, IT, FR, NL, ESP, Societas Europea



## Wahl des Managements



### Amts-dauer (Max.)



### Abwahl:

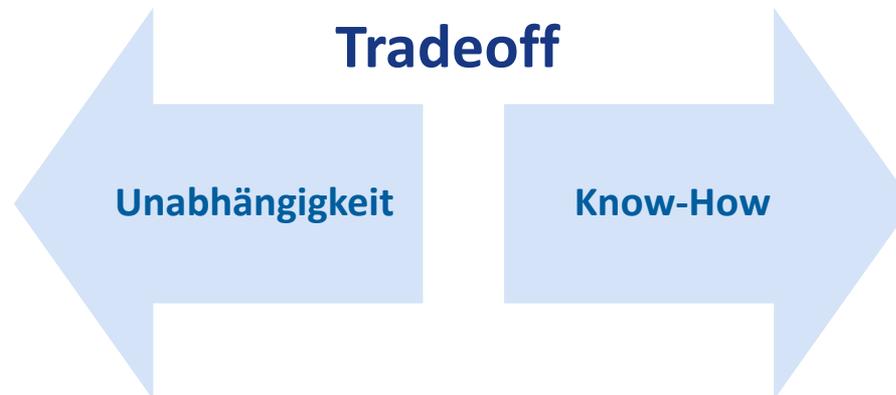
- UK, FR, JP, IT: Obligatorisches Abwahlrecht
- USA (Delaware): Ausserordentliche AV nur wenn in Statuten vorgesehen (erschwerter Abwahl)  
Keine Abwahl ohne Rechtsgrund
- DE: Qualifizierte Mehrheit



## II. Unabhängigkeit des Aufsichtsrates

„Independent Directors“ oder „Outside Directors“:

- Treuhänderische Funktion
- Trennung von Aufsicht und Management
- Wahrung der Interessen von Klein- und Minderheitsaktionären
- Allzweckmittel ohne spezifische Kompetenz
- Auswirkungen?





### III. Best Practices und Struktur des Aufsichtsrates

Code of Best Practice:

- «Unverbindliche» Empfehlung einer Behörde oder eines Dachverbandes
- Bewährte, optimale bzw. vorbildliche Methoden, Praktiken oder Vorgehensweisen

Soft Law  
(EU)

- Nationale Codes Of Best Practice
- „Comply or Explain“; zwanglose Durchsetzung durch Marktdruck, Reputationsrisiko und Aktionärsdruck

Hard Law  
(USA, JP)

- Rechtsprechung
- Gesetzliche Regelung
- Keine „Comply or Explain“ - Regel



- Parallelen bezüglich Struktur und Zusammensetzung des Aufsichtsrates (Abweichungen bei Anzahl **unabhängiger** Direktoren in Audit-, Nominations- und Kompensationskomitees)
- Keine Vorgaben bezüglich Grösse des Aufsichtsrates, aber Angleichung an US-Standards mit wenigen Mitgliedern (Ausnahme **DE**)

Table 3–1<sup>79</sup>

	U.S.	UK	Germany	France	Italy	Japan
Average board size	10.7	10.8	≥ 20 for largest companies	10.3	11	13.8
Average per cent of independent directors	81%	59% (excluding chairman)	28%	46%	46%	Between 0%–10%

Quelle: *KRAAKMAN et al.*



## IV. Mitbestimmungsrechte

- Beschränkte Mitbestimmungsrechte der Aktionäre
- Grosse Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen
- Grundsatz: Keine Mitbestimmungsrechte bei operativen Angelegenheiten, nur bei gewichtigen Entscheidungen

### UK

- Absolutes Mitbestimmungsrecht
- Qualifizierte Mehrheit (75%)

### EU

- Wichtige Entscheidungen
- Anträge durch qualifizierte Mehrheit

### USA

- Nur fundamentale Entscheidungen
- Kein Antragsrecht



## Beispiel: Kompensation



Aktuell: Annahme der Minder-Initiative

“By giving shareholders an annual vote on board and executive pay, the new rules should prove an investor-friendly and proportionate response to a problem not confined to Switzerland.” — THE WALLSTREET JOURNAL, 04.03.2013

Generell zu Mitbestimmungsrechten :

- Grosse Regulierungsunterschiede bei Publikumsgesellschaften
- Ähnlichkeiten bei Mitbestimmung in geschlossenen Gesellschaften (Bspw. GmbH)



## V. Die Kompensationsstrategie

- Einflussnahme der Grossaktionäre mittels Wahl, Mehrheitsentscheid und Management Kompensation
- Lösung: Performance-gekoppelte Kompensation
- Kontroverses Thema
  - Fall Eisner/Disney
  - Fall Ackermann/Mannesmann AG



Bonuszahlungen als Ursache  
oder als Lösung mangelhafter  
Aufsicht durch Aktionäre?



## VI. Sorgfaltspflichten und Informationsrechte

- Sorgfaltspflichten in praktisch allen Rechtsordnungen
- *Business Judgement Rule*: Persönliche Haftung für begangene schuldhaftige Pflichtverletzungen
  - Vergleichsweise niedriger Sorgfaltsmasstab
  - Beschränkte Sachkenntnis der Richter
  - Hindsight-Bias

**Haftungsrisiko in Europäischen Rechtsordnungen vergleichsweise höher als in USA!**



Offenlegungspflichten in allen Rechtsordnungen:

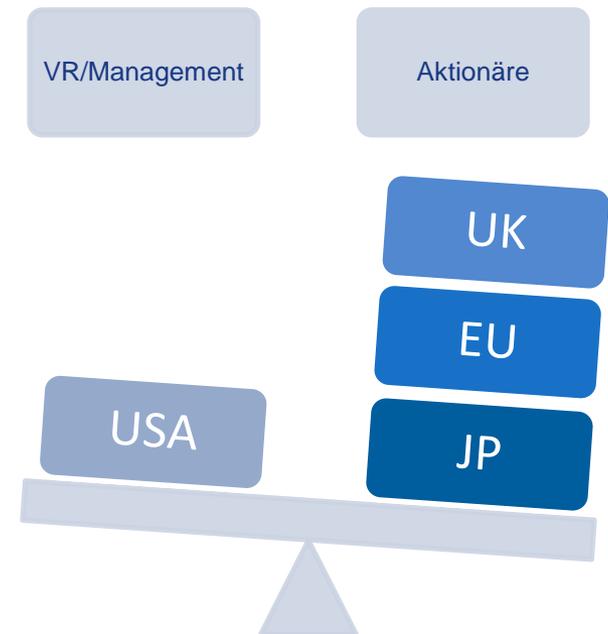
- Anteile/Besitzstruktur
- VR und Management Kompensation
- Zusammensetzung und Aufgaben der Verwaltungsräte
  
- Aktionäre sollen Informationsbasis für Entscheidungen haben
- Rechenschaftspflicht der Geschäftsführung
- Preisinformation an den Markt
- Transparenz



## Zusammenfassend

- Summe aller Rechtsnormen bestimmt die Corp. Governance
- Viele Parallelen, aber auch viele Unterschiede
- Trend hin zu konvergierenden Regelungen
- Principal-Agent Dilemma als Kernproblem

**USA** → «Board-Centric»  
**EU/JP** → Grds. aktionärsfreundlich  
**UK** → «Shareholder-Centric»





## BGE 100 II 384

- Aus der Regeste:
- Art. 698 OR: Aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung: Verwaltungsrat vs. Generalversammlung
- Art. 648 und 649 altOR: Zwingende Zuständigkeit bei einem Vertrag, der die Gesellschaft dem Wesen nach und der Organisation nach verändert
- Art. 646 altOR und Art. 660 OR: Verletzung des Rechts auf Anteil am Reingewinn des Aktionärs



## Urteil in Sachen Dürst-Wismer gegen Liegenschaften und Beteiligungen AG

### Ausserordentliche Generalversammlung am 29 Juni 1970:

- Zustimmung zum „Fusions“-Vertrag
- Änderung der Gesellschaftsstatuten
- Änderung des Gesellschaftsnamens

Ziel: Fusion der Fabag Fachschriften-Verlag und Buchdruckerei AG und der Druckerei Winterthur AG.

Klage gegen die Liegenschaften und Beteiligungen AG: Die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung sind aufzuheben.



## Details

- Beschlüsse der GV sind von jedem Aktionär mit Klage anfechtbar gem. Art. 706 Abs. 1 OR
- Nichtigkeit der Beschlüsse gem. Art. 706b OR wäre von Amtes wegen zu beachten (zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft)
- Die GV beschliesst mit dem absoluten Mehr gem. Art. 703 OR, ausser das Gesetz oder die Statuten sehen eine Ausnahme vor



# Zuständigkeit GV

- Gem. Art. 698 OR und Art. 9 der Statuten ist die GV das Oberste Organ der Gesellschaft
- Unübertragbare Befugnisse der GV gem. Art. 698 Abs. 2 OR (vorliegend auch in den Statuten)
- Verwaltung: Geschäftsführung der Gesellschaft gem. Art. 716a OR
- Delegation grundsätzlich nur nach unten zulässig
- Vorliegend aber „Verwaltungstätigkeit im weiteren Sinne“ und von der Verwaltung explizit gewollt (durch Einberufung der GV – korrekt gemäss Statuten)



# Zwingende Zuständigkeit GV

- Art. 648-649 und 748 ff. altOR (aufgehoben)
- GV-Beschluss nötig für die Verengung oder Erweiterung des Gesellschaftszwecks – Hier gegeben, da der Fusionsvertrag über die ursprünglichen Statuten hinausgeht (Heute ist der Zweck zwingender Teil der Statuten gem. Art. 626 Ziff 2 OR)
- Ausserdem werden die Statuten geändert, was zwingenderweise durch die GV vorgenommen werden muss gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR



# Gewinnbringende Geschäftsführung

- Wohlerworbenes Recht auf Bilanzgewinn gem. Art. 660 Abs. 1 OR (Art. 646 altOR)
- Recht wird eingeschränkt durch langfristige Investitionen, hohe Löhne usw.
- Weitgehendes Ermessen der Verwaltung
- Kein Anfechtungsgrund



# Zusammenfassung

- GV ist in der Schweiz das oberste Organ der Gesellschaft
  - Nur „Verwaltungstätigkeiten im weiteren Sinne“ können vom VR an die GV delegiert werden
  - Unter gewissen Voraussetzungen müssen Entscheidungen delegiert werden
  - Anspruch auf Gewinnbringende Geschäftsführung lässt keinen Raum für die Anfechtung von GV-Beschlüssen
- Wie weit ist die gegenseitige Einflussnahme des VR und der GV möglich?



**Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>**

**Thema:**  
**BGer 116 II 320:**  
**Vertretungsbefugnis des  
Verwaltungsrates**



## Ausgangslage: Art. 718/a al. 1 CO

Art. 718 Abs. 1 OR: Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen. Bestimmen die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes, so steht die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu.

Art. 718a Abs. 1 OR: Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.



## Art. 718/a al. 1 CO :

### Umfang

- Gemeint ist primär das Abschliessen von Verträgen
- Gemeint ist vor allem das Handeln gegenüber Dritten

### Voraussetzungen der Vertretungswirkung

- Handlung im Namen der AG durch die zeichnungsberechtigte Person
- Das für die AG handelnde Organ soll urteilsfähig sein
- Zweckgrenze: nur im Rahmen des Zwecks handeln (zweckwidrige Beschlüsse sind anfechtbar)



## Art. 718 al. 1 OR (Rechtsprechung: Zweckgrenze)

**Sehr weit aufgefasst:** Unter art. 718 a abs. 1 OR fallen nicht nur diejenigen Rechtshandlungen, die dem Vertretenen nützlich sind oder in seinem Betrieb gewöhnlich vorkommen, sondern alle Rechtshandlungen, die, objektiv betrachtet, **im Interesse des von ihm verfolgten Zweckes** liegen können, d.h. durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen werden.

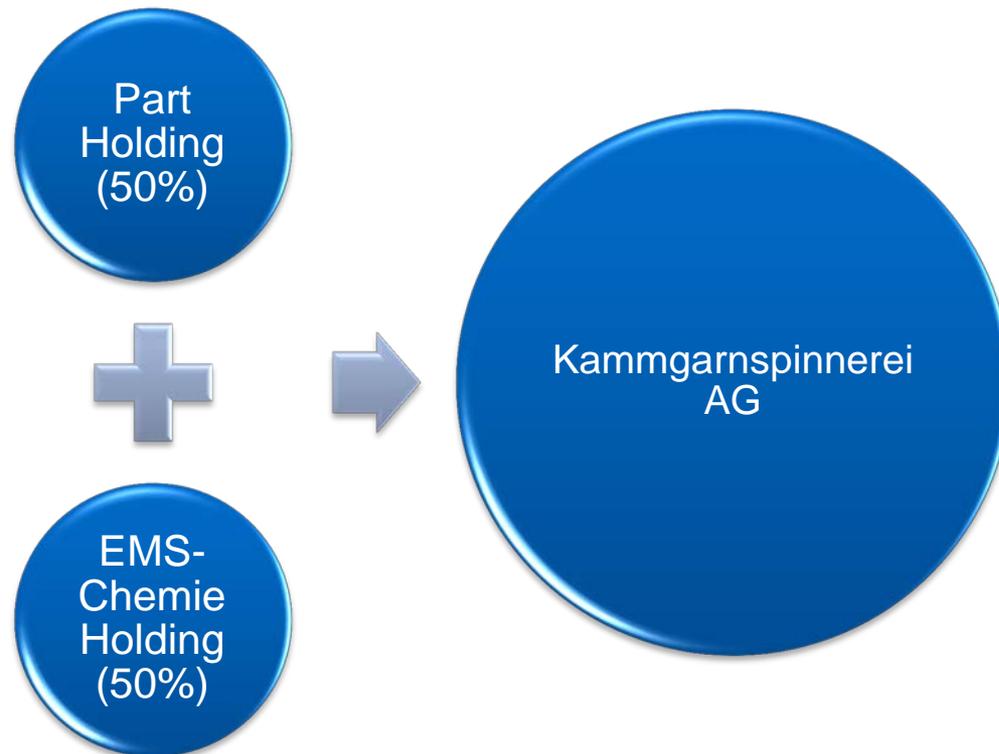
Relevante Frage: ob die Zweckklausel aus objektiver Sicht einen bestimmten Geschäftstyp zulässt.

**ABER : AUSNAHME** (cf. BGer)



## Ausgangslage

Schmid AG möchte Aktionärin von Kammgarnspinnerei AG werden





## Sachverhalt (2)

- 1) Vereinbarung zwischen Part Holding und Schmid AG
  - 2) EMS Holding anerkennt diese Vereinbarung nicht und weigerte sich, Schmid AG als Aktionärin anzuerkennen
  - 3) Unterbilanz: Entscheid des Verwaltungsrates (Übernahmevertrag und Liegenschafts Kaufvertrag an einer gegründete Auffanggesellschaft; Konkurs mit der Passiven)
  - 4) Genehmigt durch die GV
- ➔ Führt zu einer Klage der Schmid AG: Nichtigkeit der zwei Verträge



# Erwägung

Frage: Vertetungsbefugnis des Verwaltungsrates? Ausnahme der Zweckgrenze?

## Grundlagen (BGer)

- Möglich wenn nicht durch den Gesellschaftszweck ausgeschlossen
- Veräußerung von Aktiven ist normalerweise unmöglich (Zweckwidrig: Veräußerung aller Betriebsanlagen)



## Erwägung (2)

Ausnahme:

- 1) Das Kriterium des Zwecks ist nicht massgebend im fall eines Konkurs: Der Zweck der Gesellschaft ist wegen Konkursreife sowieso nicht mehr erreichbar
- 2) Andere Kriterien sind massgebend: Interessen der Beschäftigten, Gläubiger, das Allgemeinwohl.

“...zu retten was noch zu retten ist”



## Erwägung (3)

Verfahren:

- Am besten durch eine GV erfasst (cf. Art. 700 Abs. 1 OR).
- Sonst möglich wenn:
  - 1) Dringendes, unverzügliches Handeln erforderlich
  - 2) Rechzeitige Beschlussfassung durch die GV unmöglich

➤ **Subsomprio**



## Kritische Punkte

- Zweckgrenze: Typisierte Betrachtung als zu weit oder zu eng. Es fällt eine Analyse in einem besonderen Fall. Inwiefern kann dieses Kriterium verbessert werden?
- Ausnahme der Zweckgrenze: Der Zweck sei sowieso nicht erreichbar als Begründung. Inwiefern ist dieses Argument überzeugend?
  - „Das Recht und – zumindest moralisch – auch die Pflicht (...) Schaden zu vermeiden“