

## **BGE 148 III 69**

Bundesgericht (BGE), 2021-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_III\\_69](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_III_69)

FR: ATF 148 III 69

IT: DTF 148 III 69

### **Regeste**

Regeste Art. 731b Abs. 1 OR; Art. 699 Abs. 2 OR; Art. 710 Abs. 1 OR; nicht durchgeführte Generalversammlung; Ende des Verwaltungsratsmandats. Das Amt des Verwaltungsrats endet mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. Eine stillschweigende Verlängerung greift nicht Platz (E. 3).

Regeste Art. 731b al. 1 CO; art. 699 al. 2 CO; art. 710 al. 1 CO; non-tenue d'une assemblée générale; fin du mandat des administrateurs. Lorsque l'assemblée générale prescrite par l'art. 699 al. 2 CO ne s'est pas tenue ou que l'élection du conseil d'administration ne figurait pas à l'ordre du jour, la charge des administrateurs prend fin à l'expiration du sixième mois suivant la clôture de l'exercice concerné. Il n'y a pas de prolongation tacite (consid. 3).

Regesto Art. 731b cpv. 1 CO; art. 699 cpv. 2 CO; art. 710 cpv. 1 CO; assemblea generale non svolta; fine del mandato di amministratore. Se non è stata effettuata un'assemblea generale secondo l'art. 699 cpv. 2 CO o se l'elezione del consiglio di amministrazione non è stata inclusa nell'ordine del giorno, la carica degli amministratori termina alla fine del sesto mese dopo la chiusura del relativo esercizio annuale. Non vi è una proroga tacita (consid. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine fehlerhafte Anwendung von Art. 731b OR. Ihrer Ansicht nach liegt kein Organisationsmangel vor, weil entgegen der Vorinstanz die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres nicht eo ipso geendet, sondern sich stillschweigend verlängert habe. Zu entscheiden ist mithin die Frage, ob die Verwaltungsräte auch nach Ablauf von sechs Monaten nach dem letzten Geschäftsjahr ihrer Amtszeit weiter im Amt bleiben, wenn entgegen Art. 699 Abs. 2 OR innert dieser sechs Monate keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. In der Doktrin sind die Meinungen geteilt:

#### **E. 3.1.1**

Ein Teil der Lehre nimmt bei unterlassener oder vergessener Wahl des Verwaltungsrates an, dass das Verwaltungsratsmandat bis zur nächsten Generalversammlung, an welcher Wahlen durchgeführt werden, fortbestehe bzw. sich dieses stillschweigend BGE 148 III 69 S. 73 verlängere (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 27 Rz. 36 Satz 2; BRIGITTE TANNER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 11 zu Art. 705 OR; WERNLI/RIZZI, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2016, N. 3a zu Art. 710 OR; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat,

2. Aufl. 2005, N. 404 zu Art. 710 OR ; PATRICK STACH, in: OR, Kommentar, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 710 OR ; JEANNETTE WIBMER, in: Aktienrecht, Kommentar, Jeanette Wibmer [Hrsg.], 2016, N. 2 zu Art. 710 OR ; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Plüss/Trüb [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 710 OR ; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 13 Rz. 72; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 5. Aufl. 2021, Rz. 1.233 ff.). Mit Ausnahme der zuletzt genannten Literaturstelle (vgl. dazu E. 3.4) verweisen diese Autoren zur Begründung ihrer Ansicht im Wesentlichen aber lediglich auf entsprechende Meinungen anderer Autoren oder einen Entscheid des (früheren) Zürcher Kassationsgerichts (ZR 97/1998 Nr. 38).

### **E. 3.1.2**

Ein anderer Teil schliesst bei unterlassener Generalversammlung oder unterbliebener Wahl des Verwaltungsrates die Fortdauer bzw. eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats aus und nimmt mit dem Ablauf der sechsmonatigen Frist nach Art. 699 Abs. 2 OR dessen Beendigung an. Nur eine aktive (Wieder-)Wahl bzw. eine positive Willensäusserung der Generalversammlung könne eine gültige Fortsetzung begründen (BOHRER/KUMMER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 30 zu Art. 731b OR ; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 58 f.; PREDRAG SUNARIC, in: OR, Heinrich Honsell [Hrsg.], 2014, N. 5 zu Art. 710 OR ; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012 S. 461 ff., 465; vgl. aber HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 1301; OLIVIER HARI, Clause statutaire de réélection tacite des membres du conseil d'administration: interprétation et conséquences (carence dans l'organisation), Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht [REPRAX] 2/2014, S. 4 ff., 8; JÜRIG FISCH, Unzulässige Mandatsweiterführung nach Wahlpatt, ius.focus 8/2014 S. 13; VISCHER/HOHLER/ECKERT, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 3/2014 S. 405 ff., 410). BGE 148 III 69 S. 74 Werde die Wahl nicht getroffen und fungiere der Verwaltungsrat trotzdem weiter, so handle er als faktisches Organ (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N. 58 in fine; TRAUTMANN/VON DER CRONE, a.a.O., S. 465 f.; SUNARIC, a.a.O., N. 5 zu Art. 710 OR ). Dies ist namentlich im Hinblick auf die (ebenfalls fortbestehende) Verantwortlichkeit des so handelnden Verwaltungsrates von Bedeutung.

### **E. 3.1.3**

Eine dritte Lehrmeinung differenziert: Werde die Generalversammlung überhaupt nicht durchgeführt, laufe die Amtsdauer des Verwaltungsratsmitglieds nicht ab, sondern verlängere sich automatisch bis zur nächsten Generalversammlung. Werde indes eine Generalversammlung abgehalten, gehe aber die Wahl vergessen, könne nicht mehr von einer Verlängerung der Amtsdauer ausgegangen werden. Die Amtsdauer erlösche am Tag der Generalversammlung, welche die Wahl vorzunehmen habe (MEINRAD VETTER, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR , 2007, S. 147).

### **E. 3.2**

Das Bundesgericht hat die Frage bislang noch nicht entschieden. In BGE 140 III 349 E. 2 hielt es fest, dass ein Organisationsmangel vorliegt, wenn eine Pattsituation im Aktionariat

die Wahl eines obligatorischen Gesellschaftsorgans verhindert. Eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsieht, widerspreche dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen, und wäre demnach nichtig (vgl. Art. 706b Ziff. 3 OR ). Erwähnt, aber nicht beantwortet hat das Bundesgericht in BGE 140 III 349 die hier interessierende Frage, ob das Verwaltungsratsmandat auch endet, wenn keine Generalversammlung durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrats nicht traktandiert wurde (E. 2.5). Auch in einem späteren Entscheid hat das Bundesgericht die Frage unter Verweis auf BGE 140 III 349 offengelassen (Urteil 4A\_141/2020 vom 4. September 2020 E. 3.1). Einige Entscheide, in denen das Bundesgericht diese Frage zwar ebenfalls nicht explizit behandelte, sprechen gegen eine stillschweigende Verlängerung: So hat das Bundesgericht im Urteil 4A\_507/2014 vom 15. April 2015 E. 5.1 ausgeschlossen, eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats anzunehmen, wenn der Verwaltungsrat die Einberufung der Generalversammlung verhindert, um dadurch sein Mandat zu bewahren. Im Urteil 4A\_279/2018 BGE 148 III 69 S. 75 vom 2. November 2018 E. 5 ging das Bundesgericht implizit davon aus, dass das Verwaltungsratsmandat bei unterbliebener Wahl sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres ende. Im Urteil 4A\_380/2020 vom 25. August 2020 E. 5 bestätigte es die vorinstanzliche Annahme eines Organisationsmangels infolge unterlassener Durchführung einer Generalversammlung und Wahl des Verwaltungsrates.

### **E. 3.3**

Im Anschluss an die zitierten Urteile ist die hier zu entscheidende Frage im Sinne desjenigen Teils der Lehre zu beantworten, der bei unterlassener Generalversammlung oder unterbliebener Wahl des Verwaltungsrates die Fortdauer bzw. eine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandats ausschliesst. Genauso wie eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsieht, dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen ( Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR ), widerspricht, genauso würde diese unentziehbare Kompetenz der Generalversammlung unterlaufen, wenn der Verwaltungsrat sein Mandat durch Nichteinberufung der Generalversammlung verlängern könnte. Dies wäre umso stossender, wenn die Wahl nicht bloss vergessen, sondern mit dem Ziel, das Amt zu behalten, verhindert wird. In BGE 140 III 349 hat das Bundesgericht grossen Wert darauf gelegt, dass der Willenskundgebung der Generalversammlung Rechnung getragen wird, indem das Amt endet, wenn die Wahl wegen einer Pattsituation nicht zustande kommt (E. 2.6). Im gleichen Sinne muss gefordert werden, dass die Generalversammlung ihr Wahlrecht durch explizite Willenskundgebung wahrnehmen kann, und somit eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats nur bei positiver Willensäusserung greift. Wie der vorliegende Fall aufzeigt, können andernfalls die Aktionäre ihr Wahlrecht nicht ausüben, wenn der Verwaltungsrat sich weigert, eine Generalversammlung einzuberufen, bzw. sie müssen den Gang zum Gericht nehmen, sofern sie die erforderliche Beteiligung aufweisen ( Art. 699 Abs. 4 OR ).

### **E. 3.4**

Die Gründe, welche MÜLLER/LIPP/PLÜSS (a.a.O.) anführen und auf die sich die Beschwerdeführerin für die gegenteilige Meinung stützt, erheischen keine andere Beurteilung: So ist der gute Glaube Dritter in den Handelsregistereintrag nicht gefährdet.

Sie dürfen grundsätzlich auf den Handelsregistereintrag BGE 148 III 69 S. 76 vertrauen, soweit ihnen nicht positiv bekannt ist, dass die Amtszeit der eingetragenen Mitglieder geendet hat ( Art. 936b Abs. 3 OR ). Ebenso bleiben die Gesellschaft, Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger geschützt, weil die Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR auch für als faktische Organe (vgl. BGE 146 III 37 E. 6.1; BGE 128 III 29 E. 3a) handelnde Verwaltungsräte fortbesteht. Die Beschwerdeführerin befürchtet, dass bei Beendigung des Mandats nach Ablauf von sechs Monaten seit Schluss des Geschäftsjahres die Gesellschaft in einer Vielzahl von Fällen handlungsunfähig würde. Deshalb müsse sich das Mandat verlängern. Dem kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist weder notorisch noch dargetan, dass effektiv eine grosse Zahl von Aktiengesellschaften die Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR nicht durchführt oder die Wahl nicht traktandiert. Zum andern haben es die Verwaltungsräte in der Hand, dieser Folge durch ordnungsgemässe Durchführung der Generalversammlung vorzubeugen. Im Konfliktfall bleibt der Gang zum Gericht möglich. Schliesslich ist zu diesem Argument in grundsätzlicher Hinsicht zu bemerken, dass eine unliebsame Konsequenz einer regelwidrigen Situation (i.c. Nichtdurchführung der ordentlichen Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR ) dieselbe nicht zu legitimieren vermag, sondern vielmehr durch Beachtung der gesetzlichen Vorschriften zu verhindern ist.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Das Amt des Verwaltungsrates endet mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.