

### 3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

#### 3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

##### 3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

#### Umstrittene Amtsdauer des Verwaltungsrats – Ein neues Urteil relativiert die strenge Rechtsprechung

##### Besprechung von BGer, 4A\_508/2023, 9.7.2024

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_508/2023 vom 9. Juli 2024, A. gegen B. AG und C. AG, Massnahmen nach Art. 731b OR.



DOROTHEE AUWÄRTER\*



MICHAEL HOCHSTRASSER\*\*

*Nach bisheriger Rechtsprechung endet das Amt des Verwaltungsrats mit Ablauf von sechs Monaten seit dem Ende des Geschäftsjahres. Hat es die Gesellschaft versäumt, rechtzeitig den Verwaltungsrat neu zu wählen, ist der bisherige Verwaltungsrat nicht mehr befugt, eine Generalversammlung einzuberufen. Nun scheint das Bundesgericht diesen strengen Kurs etwas zu relativieren. Es hatte Statutenbestimmungen auszulegen, wonach die Generalversammlung innert sechs Monaten seit Ende des Geschäftsjahres stattzufinden hat und der Verwaltungsrat für den Zeitraum bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt ist. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der Verwaltungsrat in diesem Falle bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung im Amt ist, auch wenn diese erst nach Ablauf von sechs Monaten seit dem Ende des Geschäftsjahres stattfindet.*

### I. Sachverhalt

A. und die C. AG halten je 50 % der Aktien der B. AG. D. ist Alleinaktionär der C. AG. D. und A. liegen seit mehreren Jahren im Streit.

Gemäss den Statuten der B. AG hat die ordentliche Generalversammlung jeweils innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattzufinden. Das Geschäftsjahr entspricht dem Kalenderjahr. Der Verwaltungsrat besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern und wird laut Statuten von der Generalversammlung jeweils für den Zeitraum bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt.

Am 1. Juli 2022 stellte A. beim Gericht erster Instanz im Kanton Genf einen «Antrag auf Beseitigung von Mängeln»<sup>1</sup> und beantragte, G. oder eine andere Person – nicht aber D., dessen Sohn E. oder F. – als Verwaltungsrat einzusetzen. Dem war Folgendes vorausgegangen:

Anlässlich der Generalversammlung der B. AG vom 8. Juli 2019 waren auf Antrag von D. – und dank seines Stichentscheids als Verwaltungsratspräsident – D., E. und F. in den Verwaltungsrat gewählt worden, A. hingegen wurde abgewählt. Die ordentlichen Generalversammlungen der B. AG vom 5. November 2021 und 20. September 2022 bestätigten D., E und F. jeweils für ein weiteres Jahr bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung im Amt.

Hiergegen brachte A. im Wesentlichen vor, dass die Amtsdauer der am 5. November 2021 gewählten Verwaltungsratsmitglieder spätestens sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres, also am 30. Juni 2022, geendet habe, da bis zu diesem Datum keine ordentliche Generalversammlung durchgeführt oder einberufen worden sei. Die B. AG leide daher an einem Organisationsmangel.

Sowohl die erste als auch die zweite Instanz im Kanton Genf verneinten indes einen Organisationsmangel. Sie wiesen den Antrag von A. mit Entscheid vom 29. Juni 2023 bzw. 14. September 2023 ab. Gegen den zweitinstanzlichen Entscheid erhob A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er machte eine Verletzung von Art. 699 Abs. 2, Art. 710 Abs. 1 sowie Art. 731b aOR<sup>2</sup> geltend. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

<sup>1</sup> «Requête en suppression des carences» (BGer, 4A\_508/2023, 9.7.2024, Sachverhalt B).

<sup>2</sup> Das Bundesgericht stellte auf das im Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 1. Juli 2022 geltende Recht ab und nicht auf das am 1. Januar 2023 in Kraft getretene, revidierte Aktienrecht (BGer, 4A\_508/2023, 9.7.2024, E. 3; kritisch MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, Urteilsbesprechung 4A\_508/2023, SZW 2024, 754 ff., 761).

\* DOROTHEE AUWÄRTER, lic. iur., Executive MBA HSG, Rechtsanwältin in Winterthur.

\*\* MICHAEL HOCHSTRASSER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Titularprofessor an der Universität Zürich.

## II. Urteil

Das Bundesgericht rekapituliert unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung<sup>3</sup>, nach welchen Methoden Statuten auszulegen sind. Dabei ist zwischen grossen Gesellschaften, also Aktiengesellschaften mit einem breiten Aktionariat, und kleineren Gesellschaften, also solchen mit wenigen Gesellschaftern, zu unterscheiden. Bei der Auslegung von Statuten grosser Gesellschaften sind eher die Methoden der Gesetzesauslegung heranzuziehen; bei der Auslegung von Statuten kleinerer Gesellschaften ist eher auf die Methode der Vertragsauslegung, sprich auf eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, zurückzugreifen (E. 3.1.2).

Das kantonale Gericht stellte vorliegend fest, dass (1) die an der Generalversammlung vom 5. November 2021 ernannten Verwaltungsratsmitglieder für eine Dauer von «einem Jahr bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung» gewählt worden waren; (2) diese Amtszeit daher bis spätestens<sup>4</sup> 5. November 2022 oder bis zum Datum der nächsten ordentlichen Generalversammlung lief, die am 20. September 2022 stattfand und an der der Verwaltungsrat wiedergewählt wurde; und (3) daher die Amtszeit der Verwaltungsräte nicht, wie von A. behauptet, nach Ablauf von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs endete. Der Sachverhalt unterscheide sich von jenem, der BGE 148 III 69 zugrunde lag, da die Statuten der Gesellschaft die Amtszeit der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf ein Jahr beschränkten und die Gesellschaft über einen funktionierenden Verwaltungsrat verfüge. Es liege somit kein Organisationsmangel vor (E. 3.2).

A. macht zum einen geltend, dass das kantonale Gericht Art. 710 Abs. 1 und Art. 699 Abs. 2 aOR verletzt habe, indem es feststellte, dass die Amtszeit der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf ein Jahr beschränkt sei. Er verweist auf die statutarischen Bestimmungen, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrats «für die Zeit bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung» gewählt werden und eine solche Versammlung «jedes Jahr innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs»

stattfinden muss, und leitet daraus ab, dass die Amtszeit des Verwaltungsrats zwangsläufig ein Jahr betragen müsse (E. 3.3).

Zum anderen wirft A. dem kantonalen Gericht vor, Art. 731b aOR verletzt zu haben, indem es feststellte, dass der Verwaltungsrat der B. AG bis zum 5. November 2022 gewählt worden sei und die Gesellschaft im Zeitpunkt der Klage keinen Organisationsmangel aufgewiesen habe. A. stützt sich auf BGE 148 III 69 E. 3.5 und die Statuten der B. AG. Im Wesentlichen leitet er daraus ab, dass die Amtszeit der am 5. November 2021 gewählten Verwaltungsratsmitglieder spätestens sechs Monate nach Abschluss des relevanten Geschäftsjahrs, d.h. am 30. Juni 2022, geendet habe, da vor diesem Datum keine ordentliche Generalversammlung stattgefunden habe oder einberufen worden sei. A. macht weiter geltend, dass die Generalversammlungen nach dem 30. Juni 2022 den behaupteten Organisationsmangel nicht behoben habe, da (1) der Verwaltungsrat nicht mehr befugt gewesen sei, die Generalversammlung einzuberufen, (2) ein Stichtscheid des Präsidenten nicht mehr zulässig gewesen sei und (3) sich die Aktionäre in einer Pattsituation befänden (E. 3.3).

Gemäss Bundesgericht ist die Auslegung der Vorinstanz, wonach die Statuten die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf ein Jahr beschränken, nicht willkürlich. Die Statuten sähen vor, dass der Verwaltungsrat von der Generalversammlung «für die Zeit bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung» gewählt werde. Da die Durchführung der Generalversammlung innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs nur eine Ordnungsvorschrift sei und die Statuten die Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder nicht in Monaten festlegten, widersprächen die Statuten Art. 710 Abs. 1 aOR nicht (E. 3.4.1).

Weiter lehnt das Bundesgericht den Vorwurf einer Verletzung von Art. 731b aOR ab, da eben gerade kein Organisationsmangel vorgelegen habe. Es stellt schliesslich fest, dass die Position von A. widersprüchlich scheine, da er nur die Wahl des Verwaltungsrats durch die ordentliche Generalversammlung vom 20. September 2022 in Frage gestellt habe, nicht aber die Wahl des Verwaltungsrats durch die ordentliche Generalversammlung vom 5. November 2021, obwohl diese Generalversammlung ebenfalls mehr als sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahrs stattfand (E. 3.4.2).

<sup>3</sup> BGE 140 III 349 E. 2.3 m.w.Nachw.

<sup>4</sup> «[Q]ue ce mandat courait dès lors jusqu'au 5 novembre 2022 au plus tard ou jusqu'à la date de la prochaine assemblée générale ordinaire, laquelle était intervenue le 20 septembre 2022 et lors de laquelle le conseil d'administration avait été réélu.» Die Bedeutung von «au plus tard» ist uns nicht klar, da die Statuten der Gesellschaft die Amtszeit der Verwaltungsratsmitglieder gerade nicht auf ein Jahr beschränkten, sondern bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung – was das Bundesgericht in derselben Erwägung später selber betont.

### III. Anmerkungen

Das Urteil des Bundesgerichts gibt Anlass zu folgenden Bemerkungen:

#### A. Bisherige Rechtsprechung

Am 3. Dezember 2021 urteilte das Bundesgericht, dass das Amt des Verwaltungsrats mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres endet, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. Ab diesem Zeitpunkt sei der Verwaltungsrat nicht mehr ordnungsgemäss besetzt und die Gesellschaft leide an einem Organisationsmangel. Die Amtsdauer des Verwaltungsrates verlängere sich nicht stillschweigend (BGE 148 III 69 E. 3).

Dieses Leiturteil hatte grösste Auswirkung für die Praxis. Viele Aktiengesellschaften, in denen der Verwaltungsrat still wiedergewählt worden war oder welche die Generalversammlung (im Vertrauen darauf, dass Art. 699 Abs. 2 eine Ordnungsvorschrift sei) erst in der zweiten Jahreshälfte durchführten, standen über Nacht ohne gültig gewählten Verwaltungsrat da. Das Urteil warf dementsprechend hohe Wellen.<sup>5</sup> Wenig überraschend gehörte es auch rasch zum Besteck der Anwältinnen und Anwälte, die in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten fortan zusätzlich argumentieren konnten, der Verwaltungsrat, der die Ansichten ihrer Klienten nicht teilte, sei gar nicht mehr im Amt.

Die Situation wurde durch BGer 4A\_387/2023 und 4A\_429/2023 vom 2. Mai 2024 nicht entschärft – im Gegenteil: Mit der Frage konfrontiert, wer eine Generalversammlung einberufen kann, wenn die Gesellschaft es versäumt hat, rechtzeitig einen neuen Verwaltungsrat zu wählen, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der bisherige Verwaltungsrat nicht mehr dazu befugt sei. Könne der Organisationsmangel nicht mittels einer Universalversammlung behoben werden, müsse das Gericht

die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR ergreifen. Es könne dabei den bisherigen Verwaltungsrat befristet als Verwaltungsrat einsetzen und ihm die Pflicht auferlegen, eine Generalversammlung einzuberufen.

Auch jenes Urteil fand viel Beachtung,<sup>6</sup> schürte es doch die Unsicherheit in der Praxis. Bei der Besprechung des Urteils in der vorliegenden Zeitschrift zitierten wir das Sprichwort «vom Regen in die Traufe» und gaben der Hoffnung Ausdruck, dass das Bundesgericht das letzte Wort noch nicht gesprochen habe.<sup>7</sup> Mit dem hier besprochenen Urteil folgte der nächste Entscheid sehr bald und das Bundesgericht scheint seinen Kurs etwas zu korrigieren.

#### B. Erkenntnis aus dem besprochenen Urteil

BGer, 4A\_508/2023, 9.7.2024 ändert vorerst nichts an der ernst zu nehmenden Ausgangslage, dass der Verwaltungsrat, dessen Amtsdauer abgelaufen ist, nicht mehr zur Generalversammlung einladen kann und dass die Beschlüsse einer nicht ordnungsgemäss einberufenen Generalversammlung nichtig sind.<sup>8</sup>

Das Urteil zeigt aber einen praxistauglichen Weg auf, wie das Risiko eines Organisationsmangels reduziert werden kann: Das Bundesgericht bestätigt, dass ein Verwaltungsrat, der bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt ist, auch im Amt bleibt, wenn die ordentliche Generalversammlung nicht (wie in Art. 699 Abs. 2 OR vorgesehen) innerhalb der ersten sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres stattfindet. Nicht an einer Börse kotierte Aktiengesellschaften tun gut daran, den Spielraum, den ihnen Art. 710 Abs. 2 OR in Bezug auf die Amtsdauer von Verwaltungsräten einräumt, zu nutzen.<sup>9</sup> Wenn die Statuten<sup>10</sup> vorsehen, dass der Verwal-

<sup>5</sup> NICOLAS FACINCANI/SELINE WISSLER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_496/2021 vom 3. Dezember 2021, A. AG gegen B. AG, Aktienrecht (Ende des Verwaltungsmandates, Organisationsmangel), AJP 2022, 279 ff.; DANIEL M. HÄUSERMANN/MATTHIAS P. A. MÜLLER, Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, GesKR 2022, 278 ff.; KARIN MÜLLER/MICHELE LANG, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, ZBJV 2024, 1 ff., 13 ff.; ADRIAN PLÜSS, KMU-Verwaltungsrat: Die vergessene Wiederwahl, RR-VR 2/2024, 5 ff.; RETO SUTTER, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, RR-VR 1/2023, 10; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Einberufung einer Generalversammlung, Urteilsbesprechung 4A\_130/2023, SZW 2024, 238 ff.

<sup>6</sup> MARCEL JAKOB, Neuere Bundesgerichtspraxis zum Ablauf der Amtsdauer des Verwaltungsrates, SJZ 2024, 1059 ff., 1060; KARIM MAAROUF, Fehlende Legitimation zur Einberufung einer Generalversammlung als faktisches Organ, ius.focus 2024, 12; MATTHIAS P. A. MÜLLER/CÉDRIC BERGER/DANIEL BÖTTICHER, Der faktische Verwaltungsrat: rechtliche Ordnung, Grenzen und Möglichkeiten, Urteilsbesprechung 4A\_429/2023, 4A\_387/2023, GesKR 2024, 427 ff.; THIEMO STURNY/DZEVRIJE ZENDELI, Keine stillschweigende Verlängerung des VR-Mandats – BGer 4A\_387/2023, 4A\_429/2023 (2.5.2024), RR-VR 3/2024, 11.

<sup>7</sup> MICHAEL HOCHSTRASSER/DOROTHEE AUWÄRTER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_387/2023 und 4A\_429/2023 vom 2. Mai 2024, A. gegen B. AG und B. AG gegen A., C. und D., Massnahmen nach Art. 731b OR, AJP 2024, 1258 ff.

<sup>8</sup> Vgl. HOCHSTRASSER/AUWÄRTER (FN 7), AJP 2024, 1261 f.

<sup>9</sup> Vgl. HOCHSTRASSER/AUWÄRTER (FN 7), AJP 2024, 1263.

<sup>10</sup> Die von HOCHSTRASSER/AUWÄRTER (FN 7), AJP 2024, 1263, aufgeworfene Frage bleibt vorerst offen, ob es auch schon genügt, dass die Statuten zwar keine besondere Regelung zum Ende der Amts-

tungsrat für X Jahre gewählt wird und sein Amt erst mit dem Tag der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet, bleibt der Verwaltungsrat bis zu ebendieser Generalversammlung im Amt und es ist damit auch sichergestellt, dass der Verwaltungsrat jederzeit zur ordentlichen Generalversammlung einladen kann. Es lohnt sich also, beim Verfassen der Statuten den Bestimmungen zur Amtsdauer der Verwaltungsräte ein besonderes Augenmerk zu geben.<sup>11</sup>

Allerdings schützt eine sorgfältige Formulierung, wonach der Verwaltungsrat bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung im Amt bleibt, nicht unbeschränkt. Gemäss Art. 710 Abs. 2 OR darf die Amtsdauer von Verwaltungsräten sechs Jahre nicht übersteigen. Dabei handelt es sich um Amtsjahre und nicht um Kalenderjahre oder Geschäftsjahre.<sup>12</sup> Diese Amtsjahre beginnen mit der Wahl an der betreffenden Generalversammlung.

Bemerkenswert am besprochenen Urteil sind zwei weitere Punkte: Erstens fällt auf, dass das Bundesgericht erneut betont, dass es sich bei der Sechsmonatsfrist gemäss Art. 699 Abs. 2 OR lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt (E. 3.1.1). Die jüngste Praxis des Bundesgerichts hat den Ordnungsvorschrift-Charakter jedoch arg in Frage gestellt.<sup>13</sup> Zweitens überrascht, dass das Bundesgericht sein kurz zuvor ergangenes (in der Praxis kritisiertes) Urteil vom 2. Mai 2024<sup>14</sup> im hier besprochenen Urteil nicht einmal erwähnt. Es bezieht sich im Zusammenhang mit der Frage nach der Amtsdauer von Verwaltungsräten primär auf BGE 148 III 69 und betont, die Sachverhalte seien unterschiedlich<sup>15</sup>. Vielleicht deuten diese beiden Auffälligkeiten an, dass das Bundesgericht von seiner strengen und stark kritisierten Praxis etwas Abstand nimmt und Raum für eine Kurskorrektur schafft – wünschenswert wäre es.

### 3.8. Immaterialgüterrecht – allgemein/ Droit de la propriété intellectuelle – en général

#### 3.8.1. Gewerblicher Rechtsschutz/ Droit de la propriété industrielle

##### 3.8.1.2. Markenrecht/Droit des marques

##### Verweigerung des Markenschutzes für «BIMBO QSR»

##### Besprechung von BGer, 4A\_343/2024, 1.11.2024

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_343/2024 vom 1. November 2024, Grupo Bimbo S.A.B. de C.V gegen Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE), Markenrecht; sittenwidriges Zeichen (Art. 2 lit. d MSchG).



OLIVIA ZINGG\*



GIAN CARLO TOCHTERMANN\*\*

*Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Urteil die Frage zu klären, ob die internationale Marke «BIMBO QSR» als sittenwidrig anzusehen und folglich vom Markenschutz in der Schweiz ausgeschlossen ist. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) hatte die Schutzausdehnung der Marke auf die Schweiz aufgrund der diskriminierenden Bedeutung des Begriffs «Bimbo» im Zusammenhang mit den beanspruchten Lebensmitteln sowie deren Verwertung im deutschsprachigen Schweizer Kontext verweigert. Die Beschwerdeführerin, ein international tätiges Unternehmen, argumentierte dagegen, dass der Begriff in anderen Sprachräumen neutrale oder positive Bedeutungen habe und dass die Beurteilung des IGE unzureichend sei. Das Bundesgericht bestätigte die Ansicht des IGE und des Bundesverwaltungsgerichtes, dass die Marke gegen die guten Sitten verstosse, und wies die Beschwerde ab.*

dauer des Verwaltungsrates enthalten, die Generalversammlung bei dessen Wahl aber festhält, die Wahl erfolge für X Jahre bis zum Tag der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Vgl. dazu auch VISCHER/GALLI (FN 2), 754 ff., 761.

<sup>11</sup> Weitere Formulierungsvorschläge vgl. VISCHER/GALLI (FN 2), 764.

<sup>12</sup> Vgl. VISCHER/GALLI (FN 2), 760 f.

<sup>13</sup> Vgl. HOCHSTRASSER/AUWÄRTER (FN 7), AJP 2024, 1262.

<sup>14</sup> BGer, 4A\_387/2023 und 4A\_429/2023, 2.5.2024.

<sup>15</sup> Ob die Sachverhalte wirklich so unterschiedlich sind, erscheint fraglich; vgl. VISCHER/GALLI (FN 2), 761 f.

\* OLIVIA ZINGG, M.A. HSG in Rechtswissenschaften, Rechtsanwältin, CMS von Erlach Partners.

\*\* GIAN CARLO TOCHTERMANN, MLaw UZH, Substitut, CMS von Erlach Partners.