

## Ausschüttung von Tantiemen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 i.S.  
A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)<sup>1</sup>

Mit Bemerkungen von lic. iur. Annemarie Nussbaumer, Fürsprecherin, und  
Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich<sup>2</sup>

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Übersicht

##### B. Die Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat

#### III. Bemerkungen

##### A. Das Mehrheit-Minderheit-Problem

##### B. Die Anfechtungsklage

##### C. Die Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat

##### D. Das Sachlichkeitsgebot

##### E. Das Rechtsmissbrauchsverbot

1. Allgemeines
2. In concreto

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Die A. AG klagt gegen die Holdinggesellschaft B. AG auf Aufhebung dreier an deren ordentlicher Generalversammlung vom 7. Juli 1999 gefällter Beschlüsse. Obwohl im Eigentum von 47% der Aktien der Beklagten, stellt die Klägerin im Aktionariat der Beklagten eine Minderheitsaktionärin dar, die im Verwaltungsrat nicht vertreten ist<sup>3</sup>. Die Anfechtungsklage richtet sich gegen den Beschluss auf Ausschüttung von Tantiemen<sup>4</sup> und gegen die Wahl der E. F. & Partner AG als Revisionsstelle<sup>5</sup> bzw. Konzernprüferin<sup>6</sup>. Ferner rügt die Klägerin, das Handelsgericht des Kantons Zürich habe die Verfahrenskosten in Verletzung von Art. 706a Abs. 3 OR verlegt<sup>7</sup>.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

#### A. Übersicht

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass der Beschluss, den Verwaltungsräten der Beklagten nach über zehn Jahren wieder eine Tantieme auszurichten, weder statutenwidrig noch unsachlich sei und auch nicht gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre verstosse oder einen offensichtlichen Missbrauch der Mehrheitsmacht darstelle<sup>8</sup>. Anschliessend äussert es sich dahingehend, dass die E. F. & Partner AG das Erfordernis der besonderen Befähigung nach Art. 727b OR erfülle und von der Beklagten auch im nötigen Ausmass unabhängig sei<sup>9</sup>, um sodann diese Qualifikationen der E. F. & Partner AG auch als Konzernprüferin zuzugestehen<sup>10</sup>. Nach einer Überprüfung der vorinstanzlichen Kostenverlegung<sup>11</sup>, die nicht als Über- bzw. Unterschreitung des Ermessens, offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht betrachtet wird, weist das Bundesgericht die Berufung der Klägerin ab<sup>12</sup>. Die folgende Besprechung befasst sich einzig mit dem Beschluss über die Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat [B.].

#### B. Die Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat

Die Klägerin macht geltend, der Beschluss auf Ausrichtung einer Tantieme an die Verwaltungsräte der Beklagten sei sachlich unhaltbar und verletze sowohl das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre wie auch das Rechtsmissbrauchsverbot.

Das Bundesgericht stellt klar, dass der Anspruch der Aktionäre auf einen Anteil am Bilanzgewinn nur soweit gehe, als der Gewinn nach Gesetz oder Statuten überhaupt zur Verteilung unter den Aktionären vorgesehen sei, weshalb die Ausschüttung einer statutarisch festgelegten Tantieme die Rechte der Aktionäre nicht i.S. von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR beschränke<sup>13</sup>. Ebenso wenig erkennt das Bundesgericht im angefochtenen Beschluss eine unzulässige Un-

<sup>1</sup> Zur Publikation vorgesehen.

<sup>2</sup> *Annemarie Nussbaumer* ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, *Hans Caspar von der Crone* Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>3</sup> 4C.386/2002, A./B.

<sup>4</sup> 4C.386/2002, E. 3.

<sup>5</sup> 4C.386/2002, E. 4.

<sup>6</sup> 4C.386/2002, E. 5.

<sup>7</sup> 4C.386/2002, E. 6. Das Bundesgericht hat im ebenfalls am 12. Oktober 2004 ergangenen Entscheid 4P.208/2003 eine staatsrechtliche Beschwerde gutgeheissen, welche die Klägerin gegen die ihr vom Handelsgericht auferlegte Prozessentschädigung erhoben hatte.

<sup>8</sup> 4C.386/2002, E. 3./E. 6.

<sup>9</sup> 4C.386/2002, E. 4.

<sup>10</sup> 4C.386/2002, E. 5.

<sup>11</sup> 4C.386/2002, E. 6.

<sup>12</sup> 4C.386/2002, E. 7.

<sup>13</sup> 4C.386/2002, E. 3.2.

gleichbehandlung der Aktionäre. Tantiemen würden der berechtigten Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat ausgerichtet, nicht aufgrund ihrer Aktionärserschaft. Dass vorliegendenfalls nur Vertreter der Mehrheitsaktionäre in den Genuss der Tantiemen kommen, sei nicht Ausfluss dieses Beschlusses, sondern der Zusammensetzung des Verwaltungsrats<sup>14</sup>. Weil der Anspruch auf eine Tantieme in den Statuten der Beklagten verankert sei und von den Verwaltungsräten mittels einer Leistungsklage durchgesetzt werden könne, liege kein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot vor<sup>15</sup>. Und die Tatsache, dass sich die Parteien nicht wohl gesinnt seien, könne nicht unbeschadet dazu führen, dass Regeln bzw. die Ausübung ansonsten unbestrittener gesetzlicher oder statutarischer Befugnisse widerrechtlich werden. Schliesslich sei auch das Geltendmachen des Anspruchs auf eine Tantieme, nachdem dieser jahrelang nicht geltend gemacht worden sei, nicht rechtsmissbräuchlich. Andernfalls könne die zwingende Formvorschrift der zu beurkundenden Statutenänderung unter Anrufung von Art. 2 ZGB umgangen werden<sup>16</sup>.

### III. Bemerkungen

#### A. Das Mehrheit-Minderheit-Problem

Bei der Willensbildung in der Aktiengesellschaft gilt – andere statutarische Vereinbarungen vorbehalten – das Mehrheitsprinzip, das die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft garantiert<sup>17</sup>. Der Anwendung des Mehrheitsprinzips ist allerdings die Gefahr inhärent, dass die Bildung immer gleicher Mehrheiten das Stimmrecht eines Teils der Mitglieder nutzlos werden lässt und die Gesellschaft den alleinigen Zwecken der Mehrheit unterwirft<sup>18</sup>. Um dies zu verhindern, kann sich die Minderheit gegen Machtmissbrauch und Verstösse der Mehrheit gegen gesetzliche und statutarische Normen mittels zusätzlicher Instrumente wehren. Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, das

Sachlichkeitsgebot und das Rechtsmissbrauchsverbot stellen zusammen mit dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung, dem Gleichbehandlungsprinzip und den Treuepflichten zentrale Elemente des Minderheitenschutzes dar<sup>19</sup>.

#### B. Die Anfechtungsklage

Gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklagen ermöglichen es, Beschlüsse von Gesellschaftsorganen, die auf den ersten Blick hin rechtmässig erscheinen, einer richterlichen Prüfung zu unterziehen. Die aktienrechtliche Anfechtungsklage von Art. 706 OR erlaubt dem Verwaltungsrat und den einzelnen Aktionären die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, wenn diese gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen. In Abs. 2 werden in nicht abschliessender Aufzählung einzelne Anwendungsfälle<sup>20</sup> genannt, deren Vorliegen eine Anfechtung gestattet. Die Ziff. 1 bis 3 von Art. 706 Abs. 2 OR sind auf die Aktionärsrechte ausgerichtet und sanktionieren deren gesetz- oder statutenwidrige bzw. unsachliche Entziehung oder Beschränkung sowie die durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre. Über die im Gesetz erwähnten Tatbestände hinaus stellen auch Verletzungen allgemeiner, ungeschriebener (aktien-)rechtlicher Grundsätze Rechtsverstösse dar, gegen welche mittels Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. Die Prüfung der Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit eines Beschlusses liegt jedoch nur ausnahmsweise in der Kompetenz des Gerichts, das einzig die Aufhebung eines Beschlusses feststellen darf<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> 4C.386/2002, E. 3.3.

<sup>15</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.2.

<sup>16</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.3.

<sup>17</sup> Art. 703 OR. Vgl. *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 1 N 82 ff.; *Felix Matthias Rüttimann*, Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Diss. Zürich 1994, § 5 N 51.

<sup>18</sup> Vgl. *Kunz* (Fn 17), § 1 N 98.

<sup>19</sup> *Kunz* (Fn 17), § 11 N 45, § 1 N 107 und § 8 N 1 ff.; *Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Anton K. Schnyder/Catherine Christen-Westenberg*, Aktienrecht, Zürich 2000, N 725; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 41 N 5; zur Anfechtungsklage im Konzern s. *Roland von Büren*, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, Basel 1997, S. 139.

<sup>20</sup> *Hans Michael Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998, N 13; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 25 N 13; *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 9 zu Art. 706.

<sup>21</sup> *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Bern 2004, § 16 N 175; *Riemer* (Fn 20), N 100 ff., BGE 95 II 162; 99 II 62; 100 II

### C. Die Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat

Tantiemen sind die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Verwaltungsrats am Gesellschaftsge-  
 winn<sup>22</sup>. Sie müssen auf einer statutarischen Grund-  
 lage beruhen<sup>23</sup> und bedürfen zu ihrer Ausschüttung  
 eines Beschlusses der Generalversammlung<sup>24</sup>. Tan-  
 tiemen werden dem Bilanzgewinn entnommen und  
 dürfen nur ausgeschüttet werden, wenn vorgängig die  
 gesetzliche Reserve gebildet und den Aktionären eine  
 Dividende von mindestens 5% ausbezahlt worden  
 ist<sup>25</sup>. Werden diese Voraussetzungen nicht beachtet,  
 liegt eine Verletzung des Anspruchs der Aktionäre  
 auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn  
 vor<sup>26</sup>.

Die Höhe der Tantiemen kann entweder in den  
 Statuten festgesetzt oder die Kompetenz zu deren Be-  
 stimmung ins Ermessen der Generalversammlung  
 gelegt werden<sup>27</sup>. Legen die Statuten den Umfang der  
 Tantiemen als Prozentsatz des Bilanzgewinns fest,  
 hat der Verwaltungsrat einen klagbaren Anspruch auf  
 Auszahlung des ihm zustehenden Betrags. Der ge-

setzlich vorgeschriebene Beschluss der Generalver-  
 sammlung stellt dann lediglich eine formelle Ge-  
 nehmigung dessen dar, was die Statuten bereits ver-  
 bindlich vorsehen<sup>28</sup>. Fällt die Generalversammlung  
 keinen bzw. einen negativen Beschluss über die Aus-  
 zahlung der Tantiemen, kann der Verwaltungsrat  
 diese mittels Leistungsklage einfordern, ohne zwin-  
 gend eine Anfechtungsklage anstrengen zu müssen.  
 Der Anspruch des Verwaltungsrats auf die Ausschüt-  
 tung der statutarisch vorgesehenen Tantiemen ist  
 integraler Bestandteil des Rechtsverhältnisses zwi-  
 schen dem einzelnen Verwaltungsrat und der Gesell-  
 schaft, das diesfalls punktuell durch die Statuten  
 geregelt wird<sup>29</sup>. Der Beschluss der Generalversamm-  
 lung betreffend die Tantiemenausschüttung wirkt  
 sich deshalb in diesem Fall nicht auf den Anspruch  
 des Verwaltungsrats auf die Tantiemen aus und kann  
 daher auch kein notwendiges Erfordernis i.S.v.  
 Art. 678 OR darstellen<sup>30</sup>. Aufgrund der nunmehr de-  
 klaratorischen Wirkung des Generalversammlungs-  
 beschlusses werden Tantiemen, deren Höhe anhand  
 der statutarischen Grundlage bestimmbar ist, faktisch  
 zu einem variablen Lohnbestandteil des Verwal-  
 tungsrats<sup>31</sup>.

Im zu besprechenden Entscheid hat die Vorin-  
 stanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt,  
 dass die Bestimmung in den Statuten der Beklagten,  
 wonach dem Verwaltungsrat zwingend Tantiemen im  
 Umfang von 20% des nach Abzug der gesetzlichen  
 Reserve und der Sockeldividende verbleibenden  
 Reingewinns auszuschütten sind, entgegen den Vor-  
 bringen der Klägerin nicht aufgehoben worden ist<sup>32</sup>.  
 Zudem hat das Bundesgericht erkannt, dass die An-

392; 117 II 308, E. 6.a. Zu den Ausnahmefällen der An-  
 fechtungsklagen mit reformatorischer Wirkung s. *Peter V.  
 Kunz*, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkei-  
 ten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie  
 zur «Business Judgment Rule», in: Festschrift für Jean  
 Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Reiner J. Schwei-  
 zer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Zürich 2002,  
 S. 448, Fn 26. Zur Angemessenheitsprüfung s. auch  
 Ziff. III.D hiernach.

<sup>22</sup> *Peter Kurer*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen  
 Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002,  
 N 2 zu Art. 677; zur Tantieme im Allgemeinen s. *Viktor  
 Aepli*, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW  
 2000, S. 270 ff.

<sup>23</sup> Art. 627 Abs. 2 OR. Zur Qualifikation rein vertraglicher  
 Abmachungen vgl. *Kurer* (Fn 22), N 6 zu Art. 677.

<sup>24</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>25</sup> Art. 677 OR. Tantiemen werden demnach nur ausgeschüt-  
 tet, wenn es der Gesellschaft gut geht und ein Reingewinn  
 verbucht werden kann, nicht aber dann, wenn der Verwal-  
 tungsrat durch eine schwierige Geschäftslage besonders  
 gefordert ist. Zum verfügbaren Bilanzgewinn s. *Beat  
 Spörri*, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zivil-  
 rechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. Zürich  
 1996, § 7 N 167 ff.

<sup>26</sup> 4C.386/2002, E. 3.1, und BGE 91 II 298, E. 10.

<sup>27</sup> *F. Wolfhart Bürgi*, in: Kommentar zum Schweizerischen  
 Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die  
 Aktiengesellschaft, Teilband 5b/1, Rechte und Pflichten  
 der Aktionäre, Art. 660–697, Zürich 1957, N 20 zu  
 Art. 677; *Kurer* (Fn 22), N 8 zu Art. 677; *Forstmo-  
 ser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 28 N 125.

<sup>28</sup> *Bürgi* (Fn 27), N 20 zu Art. 677; *Spörri* (Fn 25), § 7  
 N 164 ff.

<sup>29</sup> Zur Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats s. *Martin  
 Wernli*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Pri-  
 vatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel 2002, N 7  
 zu Art. 710; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 28  
 N 2 ff.; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage,  
 Zürich 2004, § 13 N 88; *Adrian Plüss*, Die Rechtsstellung  
 des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, S. 113 ff.

<sup>30</sup> Vgl. dazu 4C.386/2002, E. 3.4.2; BGE 75 II 153, E. 2.a.  
*Spörri* (Fn 25), § 7 N 188; *Forstmoser/Meier-Hayoz/  
 Nobel* (Fn 19), § 7 N 30 ff. und § 28 N 125; *Kurer* (Fn 22),  
 N 12 zu Art. 677.

<sup>31</sup> Bei dieser Betrachtungsweise können die bundesgericht-  
 lichen Ausführungen zu aufgrund der Statuten umfang-  
 mässig bestimmbar Tantiemen auch in der Diskussion  
 um das Gehalt von Verwaltungsräten herangezogen wer-  
 den.

<sup>32</sup> 4C.386/2002, E. 3.1, 3.2, 3.4.2 und 3.4.3.

wendung der fraglichen Regelung durch die Generalversammlung trotz jahrelanger Nichtanwendung keinen Rechtsmissbrauch darstellt<sup>33</sup>.

Angesichts des Vorliegens einer rechtmässigen statutarischen Grundlage betreffend die Ausschüttung einer Tantieme an den Verwaltungsrat erstaunt die Ausführlichkeit, mit welcher sich das Bundesgericht überdies mit den klägerischen Vorbringen, der diesbezügliche Beschluss der Generalversammlung sei sachlich unhaltbar und willkürlich, auseinandersetzt. Gleichzeitig gibt dies aber Gelegenheit, die Handhabung des Sachlichkeitsgebots und des Rechtsmissbrauchsverbots im Aktienrecht durch das Bundesgericht zu betrachten.

#### D. Das Sachlichkeitsgebot

Halten die Statuten das Anrecht des Verwaltungsrats auf Tantiemen nur grundsätzlich fest, kann die Generalversammlung deren Umfang weitgehend frei bestimmen<sup>34</sup>. Der Betrag muss sich jedoch im Rahmen vernünftiger wirtschaftlicher Überlegungen bewegen, um den Dividendenanspruch bzw. die Rechte der Minderheitsaktionäre nicht zu gefährden<sup>35</sup>. Das Bundesgericht stellt bei der Beurteilung, ob eine Tantieme übermässig sei, primär auf das Verhältnis zwischen dem gesprochenen Betrag und der Leistung der Verwaltungsräte, deren Nutzen für die Gesellschaft sowie der allgemeinen Situation der Gesellschaft ab<sup>36</sup>. Da der Verwaltungsrat und die Generalversammlung einen engeren Bezug zur Gesellschaft haben, soll der Richter nur eingreifen, wenn sich die Entscheidung der Generalversammlung nicht durch vernünftige ökonomische Überlegungen rechtferti-

gen lässt und Einzelinteressen über das Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre stellt<sup>37</sup>. Eine schwere finanzielle Benachteiligung der Minderheitsaktionäre liegt auch dann vor, wenn übermässige Bezüge der Mehrheit den Reingewinn auf eine Weise schmälern, die zu einer Kürzung der Dividendenzahlung führt<sup>38</sup>.

Obgenannte Beschreibung stellt die konkrete bundesgerichtliche Ausgestaltung des Sachlichkeitsgebots im Bereich der Ausschüttung von Tantiemen an den Verwaltungsrat dar. Abstrakt präsentiert sich das Sachlichkeitsgebot wie folgt: «Unsachlich ist eine Beeinträchtigung, die sich bei vernünftiger wirtschaftlicher Überlegung nicht durch die Interessen der Gesellschaft oder der Gesamtheit ihrer Aktionäre rechtfertigen lässt bzw. dazu dient, einer bestimmten Aktionärsgruppe Vorteile zu verschaffen, die in Wahrheit mit der Verfolgung des Gesellschaftszwecks nichts zu tun haben<sup>39</sup>.»

Das Sachlichkeitsgebot schützt demnach einerseits die Minderheitsaktionäre vor einem durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckten Eingriff in ihre Rechtstellung; die Mehrheit darf mit andern Worten ihre Stellung nicht zweckwidrig zur Verfolgung persönlicher Ziele missbrauchen. Andererseits richtet sich das Sachlichkeitsgebot gegen jeden Eingriff in Aktionärsrechte, der nicht erforderlich, nicht sachlich begründet oder inhaltlich übermässig ist<sup>40</sup>.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass der formelle Rahmen des Sachlichkeitsgebots im Einzelfall die Frage nach dem Vorliegen einer Verletzung nicht zu beantworten vermag. Vielmehr liegt es weitgehend im Ermessen des Richters zu beurteilen, ob ein konkreter Generalversammlungsbeschluss im Lichte der gegebenen Umstände als unsachlich zu bezeichnen ist<sup>41</sup>. Da die Anfechtungs-

<sup>33</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.3. S. dazu Ziff. III.E hiernach.

<sup>34</sup> Dies im Gegensatz zum konkret vorliegenden und unter Ziff. III.C hiervor erläuterten Fall, wenn sich die Höhe der Tantiemen anhand der Statutenbestimmung direkt berechnen lässt. S. *Bürgi* (Fn 27), N 20 i.f. zu Art. 677; *Spörri* (Fn 25), § 7 N 196.

<sup>35</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 28 N 125; *Eric Homburger*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707 – 726, Zürich 1997, N 942 zu Art. 717; *Kurer* (Fn 22), N 8 zu Art. 677; *Spörri* (Fn 25), § 7 N 197.

<sup>36</sup> Wobei das Kriterium der allgemeinen Geschäftslage nur sekundär beizuziehen ist, da es eine Erhöhung der Verwaltungsratsbezüge allein nur dann rechtfertigen kann, wenn sich die ökonomische Situation der Gesellschaft spürbar verbessert hat. Vgl. BGE 84 II 553 f.; 86 II 163.

<sup>37</sup> BGE 82 II 150 f.; 86 II 162 f.

<sup>38</sup> BGE 105 II 114, E. 4.

<sup>39</sup> 4C.386/2002, E. 3.2, mit Verweis auf *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 39 N 87 ff., und *Böckli* (Fn 29), § 2 N 289.

<sup>40</sup> Vgl. *Böckli* (Fn 29), § 16 N 113; *Dubs/Truffer* (Fn 20), N 12 zu Art. 706.

<sup>41</sup> An dieser Stelle ist ein Vergleich mit der ursprünglich im Bereich der Überprüfung der Rechtmässigkeit des geschäftsführerischen Verhaltens bei der Leitung einer Aktiengesellschaft angewandte Business Judgment Rule interessant: In ihrer reinen Form stützt sich die Business Judgment Rule einzig auf das prozedural fehlerfreie und sorgfältige Zustandekommen eines Entscheids ab, ohne dessen materielle Begründbarkeit zu überprüfen. Vgl. dazu *Böckli* (Fn 29), § 13 N 584 ff., der in Anpassung an

klage eine Überprüfung der Angemessenheit eines Beschlusses im Normalfall nicht vorsieht<sup>42</sup>, das Sachlichkeitsgebot unter dem Titel einer Rechtsverletzung aber dennoch einen Ermessensentscheid fordert, dürften sich die Richter regelmässig zurückhalten geben<sup>43</sup>. So oder so stellt die Beurteilung der

die schweizerischen Verhältnisse für das Zustandekommen eines Beschlusses fordert, dass kein Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften und kein Widerspruch zum Gesellschaftszweck vorliegt, dass das Verfahren ordnungsgemäss abläuft, dass die am Beschluss beteiligten Mitglieder keinen Interessenkonflikten unterliegen und dass der Entscheid grundsätzlich nachvollziehbar und vertretbar ist. Im Zusammenhang mit Beschlüssen der Generalversammlung begründet der formell korrekte Ablauf des Abstimmungsverfahrens eine Vermutung für die materielle Richtigkeit des gefassten Entscheids. Den Gleichlauf der Interessen unter den Aktionären vorausgesetzt, wird diesen zugestanden, ihre Entscheide zugunsten der ökonomisch besten Lösung so zu fällen, wie ein hypothetischer Alleineigentümer entscheiden würde. S. dazu *Hans Caspar von der Crone*, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, ZBJV 133 (1997) 73 ff., S. 97 f. Kritisch *Kunz* (Fn 17), § 6 N 115 ff. und (Fn 21), S. 459 ff.

<sup>42</sup> Überlassen Gesetz und Statuten der Gesellschaft bei ihren Entscheiden einen Ermessensspielraum, so liegt eine Verletzung nur dann vor, wenn ein Ermessensfehler festgestellt werden kann, blosser Unzweckmässigkeit oder einfache Unangemessenheit genügen nicht. Diese Beschränkung der Überprüfung auf Ermessensfehler – darunter Ermessensmissbrauch, -überschreitung und -unterschreitung sowie Willkür – ist aus dem Verwaltungsrecht bekannt. Vgl. dazu die Nachweise in Fn 21 hiervor sowie *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 460 ff.; *Kunz* (Fn 17), § 6 N 119, m.w.H., und *Riemer* (Fn 20), N 77, m.w.H. Im Fall der aktienrechtlichen Anfechtungsklage ist hinsichtlich der Zulässigkeit einer Angemessenheitsprüfung zwischen der Ziff. 1 einerseits und den Ziff. 2 und 3 von Art. 706 Abs. 2 OR andererseits zu unterscheiden. Während die Anwendungsfälle von Ziff. 1 nur allgemein überprüft werden können, so sind die Fälle unsachlicher Eingriffe in Aktionärsrechte und ungerechtfertigter Ungleichbehandlung oder Benachteiligung von Aktionären auch auf ihre inhaltliche Angemessenheit zu überprüfen, vgl. *von der Crone* (Fn 41), S. 98 f., und *Rüttimann* (Fn 17), § 5 N 90 und 84.

<sup>43</sup> Kasuistik: Verneinung der angeblichen Unsachlichkeit eines Generalversammlungsbeschlusses in BGE 82 II 148 und 86 II 159. Qualifikation des Beschlusses über die Ausrichtung einer Entschädigung an den Verwaltungsrat als unsachlich in BGE 84 II 550, E. 2. In diesem Entscheid ging es darum, dass dem Verwaltungsrat eine gegenüber dem Vorjahr um CHF 20 000 höhere Entschädigung ausbezahlt werden sollte, obwohl der Verwaltungsrat nicht mehr geleistet und keine besseren Ergebnisse erzielt hatte als in der vorangehenden Geschäftsperiode. An der fehlenden ökonomischen Begründung dieser Leistung vermochte nach Ansicht des Bundesgerichts auch nichts zu ändern, dass die Gesellschaft einen um CHF 186 000 hö-

Angemessenheit immer eine Wertungsfrage dar, die abhängig von den aktuellen äusseren Gegebenheiten einer Entscheidung zugeführt wird<sup>44</sup>.

Im zu besprechenden Entscheid hat das Bundesgericht erkannt, dass der angefochtene Beschluss über die Ausschüttung von Tantiemen dem Sachlichkeitsgebot standzuhalten vermag<sup>45</sup>. Dies, weil der von den Statuten als Tantiemen für den Verwaltungsrat vorgesehene Teil des Bilanzgewinns nicht i.S.v. Art. 660 Abs. 1 OR den Aktionären zustehe, weil auch eine Holdinggesellschaft durchaus Tantiemen an ihre Verwaltungsräte ausrichten könne, und weil ferner die mit der Ausschüttung von Tantiemen einhergehenden steuerlichen Nachteile<sup>46</sup> die Anwendung dieses Instituts nicht per se unsachlich werden lassen.

Auffallend ist, dass sich das Bundesgericht in seinen Erwägungen mit keinem Wort zum Umfang der Tantiemen oder zur vollkommenen Ausschöpfung des statutarischen Rahmens von 20% nach mehrjährigem Totalverzicht auf die Ausrichtung von Tantiemen äussert<sup>47</sup>. Es bewertet die Ausgestaltung der Tantiemen nicht und gewährt den Organen damit grosse Freiheit bei der Verwendung des verfügbaren Gewinns.

Neben dem Anwendungsfall von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR findet das Sachlichkeitsgebot im Obligationenrecht zwei weitere Verankerungen: Art. 652b Abs. 2 und 653c Abs. 3 OR verbieten unsachliche Begünstigungen oder Benachteiligungen im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Bezugs- oder

heren Gewinn auswies, da dieser einzig aus einer Neubewertung des Warenlagers resultierte.

<sup>44</sup> Dabei ist der Richter an den Wertungsrahmen gebunden, der ihm der Gesetzgeber vorab mit der Bundesverfassung vorgibt. Diese Werte stellen jedoch keine fixe Grösse dar, sondern hängen in ihrer Bedeutung von den im Wandel begriffenen gesellschaftlichen Bedürfnissen und Wertvorstellungen ab. Vgl. *Häfelin/Müller* (Fn 42), N 461 und 538; *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, N 88; *Felix Hafner*, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004, S. 293 f. Im Aktienrecht spricht sich *Claude Lambert*, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992, S. 245 ff., gegen den Bezug des Gesellschaftsinteresses als Wertungsmaßstab aus. A.M. *Rüttimann* (Fn 17), § 5 N 84.

<sup>45</sup> 4C.368/2002, E. 3.2.

<sup>46</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 28 N 126.

<sup>47</sup> Anders noch in BGE 84 II 550 (Fn 43); 91 II 310 f. und 105 II 120 ff.

Vorwegzeichnungsrechts der Aktionäre. Über die genannten Bestimmungen hinaus gesteht das Bundesgericht dem Sachlichkeitsgebot hingegen keine selbständige rechtliche Bedeutung zu und wendet das generelle Rechtsmissbrauchsverbot an<sup>48</sup>.

## E. Das Rechtsmissbrauchsverbot

### 1. Allgemeines

Art. 2 Abs. 2 ZGB versagt dem offenbaren Missbrauch eines Rechts den Rechtsschutz. Das Feststellen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens setzt somit voraus, dass grundsätzlich ein Recht besteht, dessen Ausübung im konkreten Anwendungsfall jedoch rechtsmissbräuchlich erscheint<sup>49</sup>.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Ausübung der Mehrheitsmacht in einer Aktiengesellschaft rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt<sup>50</sup>. Ob ein Beschluss sich vernünftig wirtschaftlich rechtfertigen lässt, hängt von den Interessen der Gesellschaft und der

Gesamtheit der Aktionäre ab, eine Angemessenheitsprüfung erfolgt nicht<sup>51</sup>.

Aufgrund der Stellung des Rechtsmissbrauchsverbots als ultima ratio einerseits<sup>52</sup>, als «dogmatischer Anker» für weitere aktienrechtliche Prinzipien im Bereich des Minderheitenschutzes andererseits<sup>53</sup>, kann kein abschliessender Katalog der möglichen Missbrauchstatbestände aufgestellt, sondern es muss auf den Einzelfall abgestellt werden<sup>54</sup>. Im folgenden wird deshalb kurz auf die Argumentation des Bundesgerichts im zu besprechenden Entscheid eingegangen:

### 2. In concreto

Hinsichtlich der Ausrichtung von Tantiemen hält das Bundesgericht fest, dass der diesbezügliche Generalversammlungsbeschluss auch dem Rechtsmissbrauchsverbot unterliege. Soweit der verwaltungsrätliche Anspruch auf die Tantiemen jedoch statutarisch festgelegt sei<sup>55</sup>, könne dessen Erfüllung «in der Regel» keinen Rechtsmissbrauch darstellen<sup>56</sup>. Mit dieser Aussage macht das Bundesgericht einzig eine Standortbestimmung, äussert sich aber nicht dazu, wann die Grenze des Zulässigen überschritten und es die Ausschüttung einer statutarischen Tantieme als rechtsmissbräuchlich ansehen würde. Klar ist einzig, dass die Anwendung der fraglichen Statutenbestimmung unter den gegebenen Umständen nicht rechtsmissbräuchlich ist.

Ebenso wenig betrachtet das Bundesgericht die Tantiemenausschüttung vor dem Hintergrund als rechtsmissbräuchlich, dass bis 1999 einzig in den Jahren 1960 und 1974 Tantiemen ausbezahlt worden waren, obwohl die Statutenbestimmung schon lange bestanden hatte<sup>57</sup>. Damit verneint das Bundesgericht

<sup>48</sup> Vgl. 4C.386/2002, E. 3.2, und 4C.242/2001, E. 4.1.

<sup>49</sup> Ob nun davon ausgegangen wird, dass bereits der Inhalt des angerufenen Rechts durch das Missbrauchsverbot eingeschränkt wird und es sich dabei quasi um Nichtrecht handelt oder ob das Missbrauchsverbot einzig eine Ausübungsschranke darstellt, hat im Ergebnis keine Auswirkung. Vgl. dazu *Heinrich Honsell*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456, 2. Auflage, Basel 2002, N 25 zu Art. 2; *Rüttimann* (Fn 17), § 3 N 12; *Hans Merz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung, Einleitung, umfassend die Artikel 1 – 10 ZGB, Bern 1966, N 21 ff. zu Art. 2.

<sup>50</sup> BGE 95 II 164; 4C.386/2002, E. 3.4.1. Die Nähe zum Sachlichkeitsgebot (vgl. Ziff. III.D hiervor) ist unverkennbar. Während das Bundesgericht in BGE 69 II 250 und 95 II 163 noch davon ausgegangen war, dass ein Beschluss, der das Gebot der Gleichbehandlung nicht verletzt, gar nicht darauf hin geprüft werden muss, ob er rechtsmissbräuchlich ist, hat es die Frage in BGE 99 II 63 f. offen gelassen, um sich in BGE 102 II 268 erstmals dafür auszusprechen, dass auch ein Generalversammlungsbeschluss, der weder Gesetz noch anerkannte aktienrechtliche Grundsätze verletzt, in offensichtlichem Missbrauch des Rechts ergangen sein kann. Ein Sachverhalt ist daher auf einen Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot auch dann noch zu prüfen, wenn er einer Beurteilung anhand des Sachlichkeitsgebots bereits standgehalten hat.

<sup>51</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.1 in fine; 4C.242/2001, E. 5.1; BGE 102 II 268 f.; 99 II 62.

<sup>52</sup> *Max Baumann*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Einleitung, Das Personenrecht, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 1 – 7 ZGB, N 14 zu Art. 2.

<sup>53</sup> *Kunz* (Fn 17), § 8 N 4, 9 ff. und 101.

<sup>54</sup> *Kunz* (Fn 17), § 8 N 7; 4C.386/2002, E. 3.4.1 in fine; 4C.242/2001, E. 5.1; BGE 102 II 268.

<sup>55</sup> S. dazu Ziff. III.C hiervor.

<sup>56</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.2.

<sup>57</sup> 4C.383/2002, E. 3.4.3. Das Bundesgericht hält an gleicher Stelle auch fest, die Tatsache, dass der Verwaltungsrat mit dem Antrag auf Ausrichtung einer Tantieme ein Recht in Anspruch nahm, das er zuvor während Jahren nie geltend gemacht hatte, vermöge keinen Rechtsmissbrauch zu begründen. Diese Feststellung erübrigt sich indes bei der Be-

einen Verstoß der Generalversammlung gegen das aus Art. 2 Abs. 2 ZGB fließende Verbot widersprüchlichen Handelns.

Rechtsmissbräuchlich handelt, wer sich mit der Geltendmachung eines Rechts in Widerspruch zu einem früheren Verhalten setzt und dadurch bei der andern Partei berechnete Erwartungen enttäuscht, die diese ihrerseits zu Dispositionen veranlasst haben, welche ihr angesichts der veränderten Verhältnisse zum Nachteil gereichen<sup>58</sup>. Einen Spezialfall des widersprüchlichen Handelns stellt die verzögerte Rechtsausübung dar<sup>59</sup>, wonach das Zuwarten mit der Geltendmachung eines Rechts dann einen Rechtsmissbrauch darstellt, wenn zum blossen Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, welche die Geltendmachung des Anspruchs mit der bisherigen Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbarem Widerspruch erscheinen lassen und deshalb als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB zu werten sind<sup>60</sup>.

Die Beurteilung der Widersprüchlichkeit eines Generalversammlungsbeschlusses ist allerdings ein Sonderfall: Die Generalversammlung ist keine Person, welche sich in der gleichen Situation wider Erwarten einmal so und einmal anders verhält, vielmehr ist sie das Organ einer Aktiengesellschaft, das sich aus denjenigen Personen zusammensetzt, die im Zeitpunkt der Durchführung der Generalversammlung Aktionäre der Gesellschaft sind. Zudem stellt sich die Frage nach der Ausschüttung von Tantiemen an den – sich gegebenenfalls personell verändernden – Verwaltungsrat gestützt auf die diesbezügliche Statutenbestimmung alljährlich neu, wobei die wirtschaftli-

urteilung einer Anfechtungsklage nach Art. 706 OR, da Anfechtungsobjekt einer solchen stets der Generalversammlungsbeschluss, nicht jedoch ein Entscheid des Verwaltungsrats ist, vgl. *Riemer* (Fn 20), N 44 ff. Hätte die Klägerin vorbringen wollen, der Verwaltungsrat habe seinen Anspruch auf Tantiemen rechtsmissbräuchlich geltend gemacht, hätte sie gestützt auf Art. 678 OR gegen die Verwaltungsräte auf Rückzahlung der bezogenen Tantiemen klagen müssen.

<sup>58</sup> *Rüttimann* (Fn 17), § 9 N 2; *Merz* (Fn 49), N 401 f. zu Art. 2; *Honsell* (Fn 49), N 43 zu Art. 2. BGE 129 III 497 m.w.H.; 121 III 353; 115 II 338.

<sup>59</sup> Vgl. dazu statt vieler *Baumann* (Fn 52), N 385 ff. zu Art. 2.

<sup>60</sup> *Honsell* (Fn 49), N 49 zu Art. 2, m.w.H.; *Baumann* (Fn 52), N 396 zu Art. 2; *Merz* (Fn 49), N 512 zu Art. 2. BGE 125 I 19; 110 II 275; 105 II 42; 116 II 431. Die verzögerte Rechtsausübung ist somit ein Unterfall des widersprüchlichen Verhaltens, dessen Charakteristikum eine lange Zeitspanne ist, deren Vorliegen allein den Rechtsmissbrauch jedoch nicht zu rechtfertigen vermag.

che Situation der Gesellschaft sich im Laufe der Zeit verändern kann<sup>61</sup>. Unabhängig von der möglichen Veränderung der personellen Zusammensetzung und den äusseren Umständen ist nicht einzusehen, wieso eine jährlich wiederkehrende Ja-Nein-Frage nach mehrmaliger Verneinung in regelmässigen Abständen mindestens einmal bejaht werden müsste, um der Möglichkeit der zukünftigen Bejahung nicht verlustig zu gehen.

Dem Bundesgericht ist daher im Ergebnis zuzustimmen. Dies umso mehr, als die längere Zeit anhaltende Nichtanwendung einer Statutenbestimmung diese nicht ausser Kraft zu setzen vermag<sup>62</sup> und die erneute Berufung auf die Bestimmung auch nicht vom Rechtsmissbrauchsverbot untersagt werden kann, da sonst das zwingende Erfordernis der öffentlichen Beurkundung einer Statutenänderung dank der Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB umgangen werden könnte<sup>63</sup>.

Zum Schluss hält das Bundesgericht fest, dass sich die Ausschüttung der Tantieme im Ergebnis zwar zum Nachteil der Minderheitsaktionäre auswirke. Dies sei jedoch eine Folge der Zusammensetzung des Verwaltungsrats, in welchem die Minderheitsaktionäre nicht vertreten sind, und nicht des Generalversammlungsbeschlusses. Insgesamt liege kein offensichtlicher Missbrauch der Mehrheitsmacht vor<sup>64</sup>.

#### IV. Fazit

Besteht eine statutarische Grundlage, anhand derer die Höhe an den Verwaltungsrat auszurichtender Tantiemen bestimmt werden kann, so bildet die fragliche Statutenbestimmung einen integralen Bestandteil des Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Verwaltungsrat. Dieser hat einen Anspruch auf Ausschüttung der Tantiemen, unabhängig davon, ob die Generalversammlung einen

<sup>61</sup> Eine konkrete Beurteilung lässt sich nur durchführen, wenn über längere Zeit stabile Beteiligungsverhältnisse herrschen und auch die übrigen Umstände vergleichbar sind. Vgl. dazu die jahrelange Benachteiligung eines Minderheitsaktionärs durch denselben Mehrheitsaktionär in BGE 105 II 114, die schliesslich gar die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt hat.

<sup>62</sup> 4C.386/2002, E. 3.1.

<sup>63</sup> *Baumann* (Fn 52), N 382 zu Art. 2.

<sup>64</sup> 4C.386/2002, E. 3.4.3 und 3.3.

entsprechenden Entscheid getroffen hat. Der Anspruch kann ohne Umweg über eine Anfechtungsklage direkt als Leistungsklage gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden. Damit verliert der gestützt auf 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR erforderliche Generalversammlungsbeschluss seinen konstitutiven Charakter, die Tantieme wird quasi zum Lohnbestandteil<sup>65</sup>.

Die Ausführungen des Bundesgerichts zum Sachlichkeitsgebot und zum Rechtsmissbrauchsverbot können nicht mehr als Punkte im Umkreis der Grenzlinie zwischen sachlich und unsachlich bzw. rechtens und rechtsmissbräuchlich darstellen. Gemeinsam betrachtet, machen sie jedoch deutlich, dass das Bundesgericht bei Konflikten zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären in der Aktiengesellschaft nur zurückhaltend eingreifen will. Grundsätzlich hat sich der Minderheitsaktionär mit dem Kauf seiner Aktie der Mehrheit unterworfen und hat die damit einhergehenden Nachteile auch dann in Kauf zu nehmen, wenn seine Interessen beeinträchtigt werden und die Mehrheit nicht die bestmögliche Lösung

trifft<sup>66</sup>. Dabei hat es im vorliegenden Fall für das Bundesgericht auch keine Rolle gespielt, dass die Klägerin als Minderheitsaktionärin immerhin etwa 47% der Aktien der Beklagten hält<sup>67</sup>. Ebenso wenig hat sich das Bundesgericht mit dem Umfang der angefochtenen Tantiemenausrichtung auseinandergesetzt, sondern in erster Linie die dafür bestehende rechtliche und statutarische Grundlage überprüft<sup>68</sup>. Im Ergebnis ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, dass ein Generalversammlungsbeschluss, der die Ausschüttung einer statutarisch vorgesehenen Tantieme von 20% des Reingewinns an den nur aus Vertretern der Mehrheitsaktionäre zusammengesetzten Verwaltungsrat vorsieht, auch dann nicht unsachlich oder rechtsmissbräuchlich ist, wenn es sich bei der Gesellschaft um eine Holding handelt und wenn die fragliche Statutenbestimmung zuvor während Jahrzehnten nur zweimal zur Anwendung gekommen war. Und hat damit auf der sicheren Seite der einleitend gezeichneten Linie einige weitere Punkte gesetzt.

<sup>65</sup> Vgl. Ziff. III.C hiavor.

<sup>66</sup> *Rüttimann* (Fn 17), § 5 N 51; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn 19), § 39 N 24 und 108.

<sup>67</sup> 4C.386/2002, A.

<sup>68</sup> Vgl. Ziff. III.C und III.D hiavor.