

## Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008 i.S. A. (Kläger und Beschwerdeführer) gegen X. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Alex Domeniconi und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### 1. Gemeinschaftliche Ausübung von Aktionärsrechten

##### 2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

#### III. Bemerkungen

##### 1. Gemeinschaftliche Ausübung von Aktionärsrechten

###### 1.1 Rechtliche Qualifikation des Aktionärskonsortiums

###### 1.2 Ausübung von Aktionärsrechten an Aktien im gemeinschaftlichen Eigentum

###### 1.3 Beschlussfassung und Geschäftsführung innerhalb eines Aktionärskonsortiums

###### 1.3.1 Gesellschaftsbeschlüsse

###### 1.3.2 Geschäftsführung

###### 1.4 Aktionärskonsortium als Sicherungsmassnahme für vertraglich vereinbarte Aktionärspflichten

##### 2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

###### 2.1 Begriff

###### 2.2 Geltendmachung

###### 2.3 Nichtigkeitsgründe

###### 2.3.1 Im Allgemeinen

###### 2.3.2 Formelle Mängel

###### 2.3.3 Abgrenzung zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Die X. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin) bezweckt in der Hauptsache die Unternehmens-, Finanz- und Versicherungsberatung sowie die Vermittlung von Versicherungen. Das Aktienkapital der X. AG setzt sich aus 100 Namenaktien à CHF 1000 zusammen. Einziger Aktionär ist seit August 2003 das Aktionärskonsortium X. AG. Dieses besteht aus A. (Kläger und Beschwerdeführer), B., C. und D., die alle im Versicherungsbereich tätig sind. Die vier Partner konnten sich trotz mehrerer ausgearbeiteter Entwürfe nicht auf einen Gesellschafts- resp. Aktionärbindungsvertrag einigen.

Im Laufe des Jahres 2004 verschlechterte sich das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und den übrigen Partnern des Aktionärskonsortiums zusehends. Der Beschwerdeführer blieb in der Folge den

Generalversammlungen der X. AG vom 11. Februar und 24. März 2005 sowie derjenigen vom 29. Mai 2006, an der eine Kapitalherabsetzung und gleichzeitige -wiedererhöhung beschlossen wurde, fern. Die anderen Konsortialen bestimmten für die ersten beiden Versammlungen einen Vertreter im Sinne von Art. 690 OR. Im Protokoll der Generalversammlung vom 29. Mai 2006 wird festgehalten, dass nur 75 der 100 Aktien vertreten gewesen seien.

Mit Klagen vom 11. April 2005 und 28. Juli 2006, die auf Antrag des Klägers und mit Zustimmung der Beklagten in einem Verfahren vereinigt wurden, verlangte A. beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen die Feststellung der Nichtigkeit bzw., mittels Anfechtungsklage, die Ungültigkeitserklärung der Beschlüsse der erwähnten Generalversammlungen.

Am 8. November 2007 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, wobei keine Einigung zwischen den Parteien zu Stande kam. A. liess darauf allerdings die Anfechtungsklagen fallen und klagte ausschliesslich auf Feststellung der Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse.<sup>1</sup> Mit Entscheid vom 22. Februar 2008 erklärte das Handelsgericht des Kantons St. Gallen den Generalversammlungsbeschluss vom 11. Februar 2005 zur Genehmigung der Jahresrechnung für das Jahr 2003 für nichtig, da sich dieser auf den Bericht einer Revisionsstelle stützte, die nicht von der Generalversammlung gewählt worden war. Dagegen verneinte das Handelsgericht die Nichtigkeit der übrigen Beschlüsse mit der Begründung, die an den Aktien zu gesamter Hand berechtigten Personen hätten für ihre Willensbildung das Mehrheitsprinzip vorgesehen.

Gegen dieses Urteil erhebt der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und verlangt, es sei festzustellen, dass sämtliche Beschlüsse der Generalversammlungen vom 24. März 2005 sowie vom 29. Mai 2006 nichtig seien, und das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen sei anzuweisen, die aufgrund des Generalversammlungsbeschlusses der X. AG vom 29. Mai 2006 und des Feststellungsbeschlusses des Verwaltungsrats gleichen Datums im Register eingetragene Kapitalherabsetzung und -wiedererhöhung auf CHF 100 000 zu lösen.

\* Alex Domeniconi ist wissenschaftlicher Assistent 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.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. I Ziff. 5 f.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

Im vorliegenden Urteil befasst sich das Bundesgericht in der Hauptsache mit der gemeinschaftlichen Ausübung von Aktionärsrechten [1.] und der Konsequenz einer allfällig mangelhaften Ausübung dieser Rechte für die Gültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen [2.]. Im Ergebnis schützt das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz und weist die Beschwerde vollumfänglich ab.

### 1. Gemeinschaftliche Ausübung von Aktionärsrechten

Das Bundesgericht qualifiziert das Aktionärskonsortium als einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR). Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an eine einfache Gesellschaft übertragen oder für sie erworben werden, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags (Art. 544 Abs. 1 OR). Mangels anderer Vereinbarung könnten die Gesellschafter ihre Rechte nur gemeinsam wahrnehmen. Zur Ausübung des Eigentums an den Aktien sei der einstimmige Beschluss aller Gesamteigentümer erforderlich (Art. 653 Abs. 2 ZGB). Den Gesellschaftern stehe es allerdings frei, eine andere vertragliche Regelung zu treffen (Art. 653 Abs. 1 ZGB).<sup>2</sup>

Das Bundesgericht führt aus, dass gemäss der verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung die Gesellschafter implizit vereinbart hätten, mit Mehrheitsbeschluss darüber zu bestimmen, wie das Aktionärskonsortium seine Rechte als Aktionär wahrnehmen solle. Liegt eine derartige Einigung vor, dann können die Konsortialen mit Mehrheitsbeschluss einen Vertreter gemäss Art. 690 OR zur Wahrnehmung der Aktionärsrechte an einer Generalversammlung bestellen. Für die Generalversammlungen vom 11. Februar und 24. März 2005 wurde ein solcher Vertreter bestellt. Das Aktionariat war dementsprechend anlässlich dieser zwei Versammlungen rechtmässig vertreten. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, die Entscheide der betreffenden Generalversammlungen seien ordnungsgemäss zu Stande gekommen.<sup>3</sup>

### 2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

Das Bundesgericht stellt fest, dass die Nichtigkeitsgründe von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft in Art. 706b OR nicht abschliessend aufgezählt sind. Abgesehen von den ausdrücklich aufgeführten schweren Mängeln können insbesondere formelle Mängel in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen. Solche formellen Mängel müssen schwerwiegend und offensichtlich sein, um nicht nur bloss zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses zu führen. Dazu gehören Schein- oder Nichtbeschlüsse, die von Personen ausgehen, denen jede Zuständigkeit fehlt.<sup>4</sup>

Steht eine Aktie in gemeinschaftlichem Eigentum, so können die Berechtigten die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben (Art. 690 Abs. 1 OR). Laut Bundesgericht wären die Konsortialen demzufolge auch für die Generalversammlung vom 29. Mai 2006 verpflichtet gewesen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Das Protokoll der Generalversammlung hält hingegen eine unrichtige Angabe des vertretenen Aktienkapitals fest. Da sich die anwesenden Konsortialen einerseits offenbar selbst für Gesellschafter der Beschwerdegegnerin hielten und andererseits kein Vertreter i.S.v. Art. 690 OR bestellt wurde, liegt eine formell mangelhafte Beschlussfassung vor.<sup>5</sup> Nichtsdestotrotz hätten die Konsortialen mit ihrer Mehrheit einen gemeinsamen Vertreter bestellen und in der Generalversammlung die Beschlüsse bei korrektem Vorgehen genauso fassen können. Das Bundesgericht kommt damit zum Schluss, dass der formelle Mangel nicht schwerwiegend und offensichtlich genug war, um die Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses nach sich zu ziehen.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.2.1.

<sup>3</sup> BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.2.2.

<sup>4</sup> BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.1.

<sup>5</sup> BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.3.

<sup>6</sup> BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.4.

### III. Bemerkungen

#### 1. Gemeinschaftliche Ausübung von Aktionärsrechten

##### 1.1 Rechtliche Qualifikation des Aktionärskonsortiums

Das Gesetz definiert nicht, was unter einem Aktionärskonsortium zu verstehen ist. Der Begriff wird in der Praxis oft als Synonym für Aktionärbindungsvertrag verwendet, er sollte allerdings einzig auf diejenigen Zusammenschlüsse von Aktionären Anwendung finden, welche eine gesellschaftsrechtliche Struktur aufweisen, und nicht auf solche, die als reine Schuldverträge<sup>7</sup> konzipiert sind.<sup>8</sup>

Unter einer gesellschaftsrechtlichen Struktur im Sinne des Privatrechts versteht man eine *Personenvereinigung*,<sup>9</sup> welche auf *vertraglicher Grundlage* beruht und auf *gemeinsame Zweckverfolgung* gerichtet ist.<sup>10</sup> Ein Aktionärskonsortium setzt sich demzufolge aus Aktionären zusammen, welche natürliche oder juristische Personen bzw. Personenmehrheiten sind. Als Personenvereinigung unterscheidet es sich von blossen Vermögenszusammenfassungen, die nicht auf personeller Grundlage basieren.<sup>11</sup> Zustande kommt das Aktionärskonsortium durch die übereinstimmende Willensäusserung der involvierten Aktionäre, wobei dieser Vertragsabschluss formfrei mög-

lich ist (Art. 11 Abs. 1 OR).<sup>12</sup> Verfolgen die vertraglich verbundenen Aktionäre einen gemeinsamen Zweck – insbesondere die koordinierte Ausübung von Aktionärsrechten – hat das Aktionärskonsortium somit gesellschaftsrechtlichen Charakter. Sofern die gesellschaftsrechtliche Natur zu bejahen ist und die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform nicht gegeben sind, ist das Aktionärskonsortium gestützt auf die Auffangnorm von Art. 530 Abs. 2 OR als einfache Gesellschaft zu qualifizieren.<sup>13</sup>

Zweifelloos setzt sich das vorliegende Aktionärskonsortium aus einer Mehrzahl von Personen zusammen, und zwar aus A., B., C. und D. Einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag haben die vier Konsortialpartner nie abgeschlossen, was allerdings nicht gegen eine vertragliche Bindung spricht. Entscheidend ist vielmehr die übereinstimmende Willensäusserung der Konsortialpartner (Art. 1 Abs. 1 OR). Diese lag gemäss der verbindlichen Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz vor, indem die vier Partner, welche alle im Versicherungsbereich tätig sind, sich zusammenschlossen, um unter der Firma X. AG mit gemeinsamem Marktauftritt als Mehrfachagenten oder unabhängige Broker/Makler und Berater aktiv zu werden.<sup>14</sup> Im Übrigen schadet es nicht, dass sich die Parteien nicht auf einen schriftlichen Gesellschafts- bzw. Aktionärbindungsvertrag hatten einigen können. Dadurch, dass jeder der Konsortialpartner zur gemeinsamen Zweckerreichung zumindest einen finanziellen Beitrag geleistet hat,<sup>15</sup> sind alle Begriffselemente einer Gesellschaft vorhanden. Das Bundesgericht geht deshalb, wie schon das Handelsgericht des Kantons St. Gallen, zu Recht aufgrund von Art. 530 Abs. 2 OR vom Bestehen einer

<sup>7</sup> Z.B. wenn der Aktionärbindungsvertrag lediglich Erwerbsrechte wie Vorkaufs- oder Kaufsrechte zum Gegenstand hat; *Max Meyer*, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis, ZBJV 136 (2000), S. 421.

<sup>8</sup> *Peter Forstmoser*, Aktionärbindungsverträge, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), *Innominatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 365; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 155; *Christof Helbling*, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2003, S. 284; *Monika Hintz-Bühler*, Aktionärbindungsverträge, Bern 2001, S. 12; *Theodor Lang*, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Basel 2003, S. 6.

<sup>9</sup> Seit Inkrafttreten der Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie der Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht am 1. Januar 2008 ist neu die Errichtung einer AG oder einer GmbH mit nur einer Person als Gründerin zulässig.

<sup>10</sup> *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 1 N 3.

<sup>11</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 10), § 1 N 4.

<sup>12</sup> *Hintz-Bühler* (Fn. 8), S. 26. In der Praxis werden Aktionärbindungsverträge aus Beweisgründen oder als Gültigkeitserfordernis gemäss Art. 16 OR der Schriftform unterstellt; *Olivier Bloch*, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme, Lausanne 2005, S. 41; *Forstmoser*, Aktionärbindungsverträge (Fn. 8), S. 367.

<sup>13</sup> Die Qualifizierung des Aktionärskonsortiums als einfache Gesellschaft sollte die Regel sein. Zwar wäre *de iure* die Wahl einer anderen Gesellschaftsform möglich (z.B. eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft), doch wäre dies mit einer Handelsregistereintragung verbunden, welche zu einer unerwünschten Publizität führen würde, vgl. *Bloch* (Fn. 12), S. 43; *Hintz-Bühler* (Fn. 8), S. 33.

<sup>14</sup> Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. I Ziff. 2.

<sup>15</sup> Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 2.2.

einfachen Gesellschaft aus, dies insbesondere auch, weil das Aktionärskonsortium X. AG selber kein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe unter gemeinsamer Firma betrieb.

### 1.2 Ausübung von Aktionärsrechten an Aktien im gemeinschaftlichen Eigentum

Neben dem gängigen Aktionärskonsortium, bei dem die Konsortialpartner – trotz Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags – das Eigentum an den eigenen Aktien weiterhin behalten, begegnet man auch dem Modell, bei dem die Konsortialpartner die Aktien dem Konsortium selbst übertragen. Die Einbringung der Aktien in das Aktionärskonsortium hat sachenrechtliche Konsequenzen. Laut Art. 544 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die der Gesellschaft übertragen wurden, nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags den Gesellschaftern gemeinschaftlich. Das Alleineigentum an den gebundenen Aktien der einzelnen Konsortialpartner wird demgemäss zugunsten eines Gesamteigentumsverhältnisses aufgegeben. Soweit das Aktionärskonsortium als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist, fehlt ihm eine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb es auch nicht Eigentümer der Aktien sein kann. Die Eigentümerstellung steht vielmehr sämtlichen Konsortialpartnern gemeinsam zu. Falls Namenaktien ins Aktionärskonsortium eingebracht werden, sind folglich sämtliche Konsortiale mit ihren jeweiligen Namen und Adressen als gemeinschaftliche Eigentümer in das Aktienbuch einzutragen (Art. 686 OR).<sup>16</sup>

Voraussetzung für die Einbringung der gebundenen Aktien in ein Aktionärskonsortium ist einerseits die physische Übertragung der Aktien (objektive Voraussetzung), andererseits der Wille zur Eigentumsübertragung (subjektive Voraussetzung).<sup>17</sup> *In casu* erfolgte die Einbringung der Namenaktien der X. AG durch Übergabe der Aktientitel an einen Treuhänder zur Aufbewahrung und durch das für die Übertragung von Namenaktien notwendige Indossament auf der Aktie zugunsten des Aktionärskonsor-

tiums selbst.<sup>18</sup> Dadurch haben die Veräusserer den Willen erklärt, das Eigentum an ihren Aktien auf das Konsortium zu übertragen und die Aktionärsrechte gemeinsam auszuüben.

Im Unterschied zum Alleineigentum und zum Miteigentum kann der einzelne Konsortialpartner allein weder über eine bestimmte noch über eine ideelle Quote an den eingebrachten Aktien verfügen (Art. 653 Abs. 3 ZGB). Zur Ausübung der Eigentums- und Mitgliedschaftsrechte an den Aktien ist gemäss Art. 653 Abs. 2 ZGB ohne abweichende Vereinbarung einzig die Gesamtheit der Gesellschafter berechtigt.<sup>19</sup> Das Aktionärskonsortium darf aber einer Mehrheit oder sogar einzelnen Mitgliedern die Kompetenz einräumen, über die Ausübung der Rechte der eingebrachten Aktien zu entscheiden.<sup>20</sup>

Die Rechtsausübung an Aktien in gemeinschaftlichem Eigentum ist grundsätzlich durch das Sachenrecht geregelt. Bezüglich der Teilnahme an der Generalversammlung sieht Art. 690 OR jedoch vor, dass für Aktien, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, ein gemeinsamer Vertreter zu bestellen ist.<sup>21</sup> Dieser vertritt die gemeinschaftlich Berechtigten an der Generalversammlung. Ziel von Art. 690 OR ist es nicht, die Aufteilung der in einer Aktie verkörperten Rechte auf verschiedene Berechtigte zu verhindern, sondern die Ausübung dieser Rechte anlässlich der Generalversammlung zu ordnen.<sup>22</sup> Während im internen Verhältnis die einzelnen Konsortiale geteilter Auffassung sein können, hat der Vertreter extern in der Generalversammlung einen einheitlichen Willen des Konsortiums als Ganzes kundzutun. Dies ist die logische Konsequenz des mit der Eigentumsübertragung verbundenen Verzichts der einzelnen Konsortialpartner auf individuelle Stimmabgabe.

Vorliegend wurde für die Generalversammlungen vom 11. Februar und 24. März 2005 ein Vertreter ge-

<sup>18</sup> Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 2.1.

<sup>19</sup> Lang (Fn. 8), S. 164.

<sup>20</sup> Vgl. Jürg Wichtermann, Basler Kommentar ZGB II, 3. Aufl., Basel 2007, N 14 zu Art. 653 ZGB.

<sup>21</sup> Der Vertreter braucht weder Mitglied des Aktionärskonsortiums noch Aktionär zu sein, bedarf allerdings im Falle von Namenaktien einer schriftlichen Ermächtigung der Konsortialpartner, um sich zu legitimieren; Andreas Länzlinger, Basler Kommentar OR II, 3. Aufl., Basel 2008, N 4 und 6 zu Art. 690 OR.

<sup>22</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 8), § 45 N 11 f.; Länzlinger (Fn. 21), N 1 zu Art. 690 OR.

<sup>16</sup> Bei Gesamteigentum sind alle an den Aktien Berechtigten aufzuführen, vgl. Matthias Oertle/Shelby du Pasquier, Basler Kommentar OR II, 3. Aufl., Basel 2008, N 3 zu Art. 686 OR.

<sup>17</sup> Bloch (Fn. 12), S. 121; Lang (Fn. 8), S. 162 f.

mäss Art. 690 OR bestellt. Dabei stellt sich die Frage nach der Rechtmässigkeit dieser Bestellungen. Massgebend ist dafür das interne Rechtsverhältnis unter den Konsortialpartnern.<sup>23</sup>

### 1.3 Beschlussfassung und Geschäftsführung innerhalb eines Aktionärskonsortiums

#### 1.3.1 Gesellschaftsbeschlüsse

Der Beschluss ist das Mittel, um in den inneren Angelegenheiten der Gesellschaft eine Entscheidung herbeizuführen und auf diese Weise einen gesellschaftlichen Willen zu bilden.<sup>24</sup> Wird das Aktionärskonsortium als einfache Gesellschaft qualifiziert, dann richtet sich die Beschlussfassung nach Art. 534 OR.<sup>25</sup> Mangels anderer Abrede bedarf es für die Willensbildung der Einstimmigkeit aller Konsortiale (Art. 534 Abs. 1 OR). Diese können vertraglich das Mehrheitsprinzip einführen, wobei gemäss dispositiven Rechts die Stimmen nach Köpfen und nicht nach der Höhe der Beiträge gezählt werden (Art. 534 Abs. 2 OR).

Das Mehrheitsprinzip kann sich auch aus konkludentem Verhalten ergeben, beispielsweise aus einer dauernden, unwidersprochenen Übung (*inveterata consuetudo*).<sup>26</sup> Laut Handelsgericht des Kantons St. Gallen haben die Konsortialpartner aufgrund der Vielzahl von ausgearbeiteten Entwürfen eines Gesellschafts- bzw. Aktionärbindungsvertrags, welche für die Willensbildung stets das Mehrheitsprinzip vorsahen, sowie einer im Jahr 2003 abgeschlossenen Rangrücktrittserklärung, die explizit die Willensbildung nach Mehrheit der Köpfe statuiert, eine derartige Übung angenommen. Die Vorinstanz kommt folglich zum Schluss, dass die vier Konsortialpartner das dispositive Einstimmigkeitsprinzip konkludent durch das Mehrheitsprinzip ersetzt haben.

Unseres Erachtens erscheint es allerdings fragwürdig, ob sich aus den vorgenannten Indizien eine *inveterata consuetudo* ableiten lässt. Diese bezeichnet ein gleichförmiges, sich wiederholendes und andauerndes Verhalten.<sup>27</sup> Insbesondere erscheinen

erfolglose Verhandlungen gerade bezüglich des zur Diskussion stehenden Gesellschaftsvertrags wenig geeignet, eine dauernde, unwidersprochene Übung in einem zentralen Punkt zu belegen. Die Parteien konnten offensichtlich gerade keinen Konsens über den Gesellschaftsvertrag erzielen und es wird im Nachhinein regelmässig schwer fallen, scharf zwischen Bereichen, über die ein Konsens hätte erzielt werden können, und solchen, die Anlass zum Dissens gaben, zu unterscheiden. Von den erfolglosen Vertragsverhandlungen abgesehen, verzichteten die Parteien nur gerade im Rahmen eines einzelnen ganz spezifischen Geschäftes (einer Rangrücktrittserklärung) auf das Einstimmigkeitsprinzip. Damit kann unseres Erachtens nicht ohne Weiteres auf eine hinreichend lange dauernde, unwidersprochene Übung geschlossen werden. Die Ergänzung oder Abänderung eines Vertrags setzt den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen voraus. Die Übung der Parteien kann deshalb nur dann zur Ergänzung oder Änderung eines Vertrags führen, wenn ihr ein entsprechender Konsens der Parteien zugrunde liegt. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist bei dem Schluss aus der Übung auf den zugrunde liegenden Konsens Zurückhaltung geboten. Erst dann, wenn aufgrund der Dauer der Übung<sup>28</sup> und des vollständigen Fehlens eines Widerspruchs kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Übung einem zugrunde liegenden Konsens der Parteien entspricht, kann aus ihr auf eine konkludente Ergänzung oder Änderung des Vertrags geschlossen werden.

<sup>28</sup> Eine absolute zeitliche Angabe für die Bejahung der genügend langen Übung existiert nicht. Die zu berücksichtigenden Faktoren sind die Häufigkeit und Art des relevanten Verhaltens oder Duldens. Das Bundesgericht verneinte bei einer 7-jährigen Praxis eine genügend lange Übung (vgl. BGE 84 I 89, 95 sowie *Rusch* [Fn. 27], S. 4 m.w.H. zur Rechtsprechung). Die Rangrücktrittsvereinbarung wurde am 3. Juli 2003 abgeschlossen, vgl. Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 4.1.2. Die Verhandlungen über die Entwürfe des Gesellschafts- resp. Aktionärbindungsvertrags fanden erst nach der ausserordentlichen GV der X. AG vom 23. Dezember 2003 statt. Am 11. April 2005 machte A. mit der Anhängigmachung der ersten Klage die Unverbindlichkeit der GV-Beschlüsse geltend, die in seiner Abwesenheit getroffen wurden. Vgl. dazu Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. I Ziff. 2 f. Spätestens ab diesem Zeitpunkt, d.h. weniger als zwei Jahre nach Abschluss der Rangrücktrittsvereinbarung, kann eine stillschweigende Zustimmung zum Mehrheitsprinzip nicht mehr angenommen werden.

<sup>23</sup> *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, § 12 N 136. Vgl. III.1.3.

<sup>24</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 10), § 2 N 103.

<sup>25</sup> *Bloch* (Fn. 12), S. 44.

<sup>26</sup> So auch das Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 4.1.2.

<sup>27</sup> *Arnold F. Rusch*, Observanz und Übung, Erwirkung und Rechtsschein, Jusletter 18. September, m.w.H.

### 1.3.2 Geschäftsführung

Nicht alle Entscheidungen in der einfachen Gesellschaft sind Gegenstand von Beschlüssen i.S.v. Art. 534 OR.<sup>29</sup> Ebenso denkbar ist eine Entscheidung im Rahmen der Geschäftsführungstätigkeit gemäss Art. 535 OR. *In casu* stellt sich die Frage, ob für die Einsetzung eines Vertreters ein Gesellschaftsbeschluss erforderlich sei, oder ob dies nach den Regeln über die Geschäftsführung erfolgen könne.

Gesellschaftsbeschlüsse dienen dem Entscheid über Grundsatzfragen. Der gesellschaftliche Alltag dagegen untersteht den Regeln über die Geschäftsführung.<sup>30</sup> Ein Aktionärskonsortium bezweckt in der Hauptsache eine koordinierte Ausübung von Aktionärsrechten zwischen den Konsortialpartnern. Gemäss Art. 690 OR ist bei Aktien im gemeinschaftlichen Eigentum die Einsetzung eines gemeinsamen Vertreters gesetzlich vorgeschrieben. Unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag ist die Bestellung und Instruktion eines Vertreters damit Teil der Geschäftsführung. Im Rahmen des «gewöhnlichen Betriebes der gemeinschaftlichen Geschäfte» gilt nach dispositivem Recht der Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis (Art. 535 Abs. 1 und 3 OR).<sup>31</sup> Den übrigen Gesellschaftern steht demgegenüber das Recht zu, durch ihren Widerspruch die Geschäftsführungshandlungen eines Gesellschafters zu verhindern, soweit diese noch nicht vollendet sind (Art. 535 Abs. 2 OR). Die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter ist hingegen erforderlich für die Bestellung eines Generalvollmächtigten sowie zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen (Art. 535 Abs. 3 OR).

Die Konsortialpartner B., C. und D. haben den Vertreter im Sinn von Art. 690 OR jeweils mit Blick auf die einzelnen Generalversammlungen der X. AG eingesetzt. Sie erteilten damit eine Spezial- und nicht eine Generalvollmacht.<sup>32</sup> Die Bestellung des Vertreters und die Erteilung der erforderlichen Instruktionen ging auch nicht über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinaus, zumal diese sich aus dem Gesellschaftszweck des Aktio-

närskonsortiums – der Einflussnahme auf die Willensbildung der X. AG – notwendig und unmittelbar ergibt. Damit wäre jeder der Konsortialpartner für sich allein in der Lage gewesen, den Vertreter von Art. 690 OR einzusetzen und zu instruieren. Umso mehr muss dies auch drei von vier Konsortialpartnern zusammen möglich gewesen sein. Dem Kläger wäre es freigestanden, die Bevollmächtigung vor der jeweiligen Generalversammlung durch Widerspruch zu verhindern und damit die bereits erteilte Vollmacht technisch gesehen zu widerrufen. Nachdem er davon keinen Gebrauch gemacht hat, war der von B., C., und D. eingesetzte und instruierte Vertreter zur Vertretung der Konsortialaktien anlässlich der Generalversammlung der X. AG vom 11. Februar und 24. März 2005 ermächtigt.

### 1.4 Aktionärskonsortium als Sicherungsmassnahme für vertraglich vereinbarte Aktionärspflichten

Mit Ausnahme der Liberierungspflicht (Art. 680 Abs. 1 OR) treffen die Aktionäre nach schweizerischem Aktienrecht keine weiteren gesetzlichen Pflichten,<sup>33</sup> insbesondere sind sie sich gegenseitig weder zu Treue noch zu Loyalität verpflichtet. Da keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen den einzelnen Aktionären besteht, kann auch keiner den anderen zur Erfüllung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft anhalten (*actio pro socio*).<sup>34</sup> Diese Rechtslage mag für rein kapitalbezogene Aktiengesellschaften, welche dem Leitbild der schweizerischen Aktiengesellschaft entsprechen, angemessen sein. Auf viele kleine und mittlere, personenbezogene Aktiengesellschaften passt sie dagegen schlecht.<sup>35</sup> Um gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen den Aktionären zu verankern und damit personalistische Elemente in die sonst kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft einzubeziehen,<sup>36</sup> wird häufig auf das Instrument des Aktionärbindungsvertrags zurückgegriffen. Dies erlaubt es den Aktionären insbesondere, eine vertragliche Regelung über die Ausübung von Aktionärsrechten zu vereinbaren.

<sup>29</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 10), § 12 N 50.

<sup>30</sup> Lukas Handschin, Basler Kommentar OR II, 3. Aufl., Basel 2008, N 1 zu Art. 534 OR.

<sup>31</sup> Handschin (Fn. 30), N 3 zu Art. 535 OR.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 99 II 39, 43.

<sup>33</sup> Zu berücksichtigen sind weiter die Vorschriften des BEHG, die eine Melde- und Angebotspflicht zulasten der Grossaktionäre statuieren.

<sup>34</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 10), § 3 N 37.

<sup>35</sup> Forstmoser, Aktionärbindungsverträge (Fn. 8), S. 360 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 8), § 39 N 141.

<sup>36</sup> Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, N 979.

Aktionärbindungsverträgen kommt allerdings bloss eine rein obligatorische Wirkung zu. Da sie nur *inter partes* wirken,<sup>37</sup> bedeuten sie für den Verpflichteten lediglich eine Einschränkung des Dürfens, nicht aber des Könnens.<sup>38</sup> Dieser Aspekt stellt die reale Durchsetzbarkeit der getroffenen Vereinbarungen in Frage. Zwar besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Realerfüllung, welcher sich unter Umständen mittels einer vorsorglichen Massnahme sicherstellen lässt. Voraussetzung dazu ist allerdings, dass der Anspruch aus dem Aktionärbindungsvertrag rechtzeitig geltend gemacht wird.<sup>39</sup> Ein einmal zustande gekommener Entscheid der Generalversammlung bleibt auch dann bestehen, wenn einzelne Aktionäre bei der Stimmabgabe Pflichten aus Aktionärbindungsverträgen verletzt haben. Im Nachhinein stösst der grundsätzlich bestehende Anspruch auf reale Durchsetzung mit anderen Worten ins Leere. Deshalb haben sich in der Praxis verschiedene Lösungsansätze herausgebildet, um die Durchsetzung der vereinbarten Aktionärspflichten zu gewähren.<sup>40</sup>

Eine der möglichen Massnahmen zur Sicherstellung der Pflichten aus einem Aktionärbindungsvertrag ist die Überführung der gebundenen Aktien in das Gesamteigentum aller Beteiligten.<sup>41</sup> Mittels Übertragung der Aktien auf das Aktionärskonsortium X. AG haben *in casu* die vier Geschäftspartner genau das bewirkt. Dadurch kann einem Aktionärbindungsvertrag, welcher auf rein obligatorische Wirkungen beschränkt ist, indirekt dingliche Wirkung verliehen

werden. Dinglich berechtigt an den Aktien sind nämlich alle Konsortiale gemeinsam und nicht, wie beim bloss obligatorischen Aktionärbindungsvertrag, jede einzelne Vertragspartei. Die reale Durchsetzbarkeit des Aktionärbindungsvertrags lässt sich hierdurch deutlich verbessern, indem zur Ausübung der Aktionärsrechte in der Generalversammlung die Einsetzung eines gemeinsamen Vertreters erforderlich ist. Dem einzelnen Konsortialpartner, welcher die Ansicht des Konsortiums nicht teilt, ist es somit aufgrund seiner fehlenden Aktionärsstellung verwehrt, im Rahmen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft eine abweichende Meinung zu vertreten und den Aktionärbindungsvertrag zu verletzen.<sup>42</sup> Immerhin bedeutet die Einbringung der Aktien in ein Aktionärskonsortium für den einzelnen Konsortialpartner ein massiver Eingriff in seine Rechte, da er auf das individuelle Eigentum an den Aktien zugunsten des Gesamteigentums aller Konsortiale verzichtet. Umgekehrt wird die Stellung des Konsortialpartners innerhalb des Konsortiums gestärkt, steht ihm doch gegenüber allen Entscheidungen des Konsortiums ein Vetorecht zu, sei es, weil Beschlüsse des Konsortiums einstimmig zu fällen sind, sei es, weil er gegenüber Geschäftsführungsentscheiden der anderen Konsortiale über ein Widerspruchsrecht verfügt.<sup>43</sup> Mit der Einbringung der eigenen Beteiligungen ins Aktionärskonsortium lässt sich so eine Hebelwirkung erzielen, da mit einer geringeren finanziellen Beteiligung die Stimmrechtsausübung für einen verhältnismässig grösseren Aktienanteil beeinflusst werden kann. So ist es beispielsweise denkbar, dass der ursprüngliche Mehrheitsaktionär von den übrigen Konsortialen überstimmt wird.<sup>44</sup>

## 2. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

### 2.1 Begriff

Das Aktienrecht enthält weder in Art. 706b OR noch an anderer Stelle eine Definition der Nichtigkeit. Zur Konkretisierung dieses Begriffes ist die von der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 20 OR entwickelte Begriffsbestimmung beizuziehen: «Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist dessen absolute,

<sup>37</sup> ZR 69 (1970) Nr. 101, S. 261.

<sup>38</sup> *Forstmoser*, Aktionärbindungsverträge (Fn. 8), S. 366; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 39 N 159; *von Büren/Stoffel/Weber* (Fn. 36), N 982.

<sup>39</sup> *Forstmoser*, Aktionärbindungsverträge (Fn. 8), S. 374; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 39 N 193.

<sup>40</sup> Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 39 N 196 ff. sowie *von Büren/Stoffel/Weber* (Fn. 36), N 989. Zu erwähnen sind insb.: i. die Vereinbarung von Konventionalstrafen; ii. die Hinterlegung der gebundenen Aktien bei einem Dritten mit der Vereinbarung, dass die Aktien nur mit Zustimmung sämtlicher Vertragsparteien herausgegeben werden dürfen; iii. die Verbindung der Aktionärbindungsverträge mit statutarischen Vinkulierungsbestimmungen und Vorkaufsrechten; iv. die Vollmacht an den Berechtigten oder einen Dritten, die dem Vertrag unterstellten Aktien zu vertreten; v. die fiduziarische Übertragung der gebundenen Aktien an einen als Treuhänder tätigen Dritten; vi. die Einbringung der Aktien in eine Holdinggesellschaft, an der sich die Vertragspartner als Aktionäre beteiligen.

<sup>41</sup> *Bloch* (Fn. 12), S. 44.

<sup>42</sup> *Bloch* (Fn. 12), S. 120.

<sup>43</sup> Vgl. *Wichtermann* (Fn. 20), N 3 zu Art. 653 ZGB.

<sup>44</sup> *Bloch* (Fn. 12), S. 45.

unheilbare und unverjährende Ungültigkeit, die von Amtes wegen zu beachten ist.»<sup>45</sup> Diese Umschreibung gilt auch für das Aktienrecht, da die Nichtigkeit ein Rechtsbegriff ist, welcher der ganzen Rechtsordnung immanent ist und keine Besonderheit des Aktienrechts darstellt.<sup>46</sup> Im Gegensatz zum Vertragsrecht, wo jeder Verstoß gegen zwingendes Recht unausweichlich zur Nichtigkeit führt, schränkt allerdings Art. 706 OR für das Aktienrecht die Tragweite von Art. 20 OR ein: Rechtswidrige Beschlüsse der Generalversammlung sind in der Regel lediglich anfechtbar und nur unter gravierenden Umständen nichtig.<sup>47</sup> Darüber hinaus kann die Folge der Nichtigkeit durch das Rechtssicherheitsgebot und den Grundsatz von Treu und Glauben dergestalt durchbrochen werden, dass die Möglichkeit zur Geltendmachung der Ungültigkeit des Beschlusses *de facto* verwirkbar und entsprechend die Nichtigkeit «heilbar» sein kann.<sup>48</sup>

## 2.2 Geltendmachung

Die Nichtigkeit kann nicht nur von einem Aktionär, sondern ausnahmsweise auch von einem Nichtaktionär geltend gemacht werden, soweit dieser ein rechtserhebliches Interesse an der festzustellenden Nichtigkeit hat.<sup>49</sup> Ein rechtserhebliches Interesse ist anzunehmen, wenn für den Kläger eine Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung seiner Rechts-

stellung besteht, deren Fortdauer unzumutbar ist und nicht auf andere Weise behoben werden kann, insbesondere nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage.<sup>50</sup> Für die Geltendmachung der Nichtigkeit besteht keine Frist.<sup>51</sup> Die Nichtigkeit kann mit einer Feststellungsklage<sup>52</sup> oder einredeweise gerügt werden; ausserdem ist sie von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Anders sieht es bei der Anfechtungsklage aus. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit unterscheiden sich nämlich nicht nur in ihrer Wirkung,<sup>53</sup> sondern auch in der Art und Weise der Geltendmachung.<sup>54</sup> Zur Anfechtung legitimiert sind Aktionäre, Partizipanten sowie der Verwaltungsrat als Organ, nicht aber Gläubiger oder andere aussenstehende Personen.<sup>55</sup> Des Weiteren ist die Anfechtungsklage innert einer Verwirkungsfrist von zwei Monaten nach der Generalversammlung beim zuständigen Gericht einzureichen (Art. 706a Abs. 1 OR).

Ursprünglich erhob der Kläger neben der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eine Klage auf Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse der X. AG. Die im November 2007 vorgenommene Präzisierung und Ergänzung der klägerischen Rechtsbehörden erfolgte nicht ohne Grund. Als Mitglied des Aktionärskonsortiums X. AG, dem sämtliche Aktien der X. AG zustehen, war nämlich der Kläger aufgrund der fehlenden Aktionärsstellung im Anfechtungsprozess gar nicht aktivlegitimiert. Dagegen folgt die Aktivlegitimation für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse aus seiner Stellung als gesamthänderisch Berechtigter an den Aktien der X. AG. Aus dieser Position ergibt sich ein rechtliches Interesse des Klägers auf Werterhaltung des Hauptaktivums des Aktionärskonsortiums. Dieses Interesse ist zumindest durch die beschlossene

<sup>45</sup> *Mirjam Rhein*, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich 2001, S. 6 f. m.w.H.

<sup>46</sup> *Jean Nicolas Druey*, Mangel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 142. Art. 706b OR stellt eine nicht exklusive *lex specialis* zu den allgemeinen Bestimmungen von Art. 20 OR und Art. 27 f. ZGB dar, vgl. *Dieter Dubs/Roland Truffer*, Basler Kommentar OR II, 3. Aufl., Basel 2008, N 3a zu Art. 706b OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 91 Fn. 88; *Brigitte Tanner*, Zürcher Kommentar, Zürich 2003, N 73 zu Art. 706b OR.

<sup>47</sup> *Catherine Chamartin/Hans Caspar von der Crone*, Der Déchargebeschluss, SZW 6/2005, S. 335; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 86; *Hans Michael Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 1.

<sup>48</sup> Vgl. dazu *Rhein* (Fn. 45), S. 254. So auch das Bundesgericht im unveröffentlichten Urteil 5C.143/2005, E. 2 vom 2. Februar 2006: «Das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gebieten, dass der Zeitablauf je nach der konkreten Situation selbst den Makel der Nichtigkeit zu *heilen* vermag.»

<sup>49</sup> BGE 115 II 468, E. 3b.

<sup>50</sup> *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Zürich 2006, Kap. 7 N 23.

<sup>51</sup> Relativierend BGE 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006, E. 2; vgl. dazu Fn. 48.

<sup>52</sup> Unter schweizerischem Recht besteht keine aktienrechtliche Nichtigkeitsklage i.e.S.; *Druey* (Fn. 46), S. 145.

<sup>53</sup> Anfechtbare Beschlüsse sind vorerst gültig und erst nach erfolgreicher Anfechtung ungültig, nichtige Beschlüsse sind dagegen von vornherein ungültig.

<sup>54</sup> *Rhein* (Fn. 45), S. 6.

<sup>55</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 41 ff.

Herabsetzung und gleichzeitige Wiedererhöhung des Aktienkapitals der X. AG ein aktuelles.<sup>56</sup>

### 2.3 Nichtigkeitsgründe

#### 2.3.1 Im Allgemeinen

Die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ist entweder auf einen materiellen oder einen formellen Mangel zurückzuführen und wird erst bejaht, wenn der Mangel in einem qualifizierten Verstoss gegen die aktienrechtliche Fundamentalordnung besteht.<sup>57</sup> Das Gesetz nennt in Art. 706b OR drei Arten solcher Verstösse, nämlich (i.) den Eingriff in die unentziehbaren Kernrechte des Aktionärs, (ii.) die unstatthafte Beschränkung von Kontrollrechten der Aktionäre und (iii.) die Missachtung der Grundstrukturen der AG bzw. die Verletzung der Kapitalschutzbestimmungen. Diese Aufzählung ist – wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid hervorhebt – nicht abschliessend.<sup>58</sup> Insbesondere können neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Nichtigkeitsgründen auch gravierende formelle Mängel zur Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses führen.

#### 2.3.2 Formelle Mängel

Ein formeller Mangel liegt vor, wenn das Verfahren, welches zum Beschluss führt, mangelhaft ist.<sup>59</sup> Je nach Schwere des Mangels kann ein Beschluss

vorerst gültig und anfechtbar oder aber infolge des Mangels von Anfang an nichtig sein.<sup>60</sup>

Vorliegend besteht der Mangel in der unterlassenen Bestellung eines Vertreters nach Art. 690 OR für die Generalversammlung der X. AG vom 29. Mai 2006. Da der Fehler das Verfahren betrifft, welches zum Beschluss geführt hat, ist der Mangel formeller Natur. Ob der Mangel die erforderliche Schwere zur Annahme der Nichtigkeit erreicht, soll nachfolgend geklärt werden.

#### 2.3.3 Abgrenzung zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen

Nicht jeder Rechtsmangel macht einen Beschluss nichtig.<sup>61</sup> Die Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Generalversammlungsbeschlüssen bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Damit ein Beschluss als nichtig zu qualifizieren ist, muss nicht nur ein Verstoss spezifischer *Art* vorliegen, sondern dieser muss auch eine besondere *Schwere* erreichen. Über Art und Ausmass dieses Verstosses schweigt allerdings das Gesetz.<sup>62</sup>

Weil das Gesetz keine wirksamen Abgrenzungskriterien liefert, obliegt die Entscheidung über Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit allein dem Richter, der im Einzelfall eine umfassende und vertiefte Interessenabwägung vorzunehmen hat.<sup>63</sup> Das Interesse an der Beseitigung widerrechtlicher Beschlüsse kollidiert mit dem Interesse an der Rechtssicherheit.<sup>64</sup> Gegenüber der Annahme der Nichtigkeit ist grösste Zurückhaltung geboten, ist doch die richterliche Nichtigkeitserklärung an erhebliche Konsequenzen

<sup>56</sup> Die beschlossene Aktienkapitalherabsetzung und gleichzeitige Kapitalheraufsetzung würde das Hauptaktivum des Aktienkonsortiums vernichten; Handelsgericht SG (HG. 2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 4.

<sup>57</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 10), § 16 N 216.

<sup>58</sup> Dies ergibt sich ausdrücklich auch aus Art. 706b OR, wo die Anwendungsfälle mit dem Wortlaut «insbesondere» eingeleitet werden; *Tanner* (Fn. 46), N 24 zu Art. 706b OR.

<sup>59</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 2; *Rhein* (Fn. 45), S. 5; *Tanner* (Fn. 46), N 109 zu Art. 706b OR. Die mit formellen Mängeln behafteten Beschlüsse lassen sich generell unterteilen in (i.) Scheinbeschlüsse, (ii.) Nichtbeschlüsse und (iii.) formell fehlerhafte Beschlüsse. Bei Scheinbeschlüssen (der Beschluss wird von einem Gebilde gefasst, das keine Versammlung der Aktionäre ist) und Nichtbeschlüssen (an einer GV fanden wohl Meinungsäusserungen statt, dennoch wurde kein Beschluss gefasst) liegen von vornherein keine GV-Beschlüsse vor. Formell fehlerhafte Beschlüsse sind dagegen im Rahmen einer gültigen GV zustande gekommen, jedoch wegen eines formellen Fehlers ungültig (z.B. bei unterlassener öffentlicher Beurkundung eines im Übrigen einwandfrei gefassten Statutenänderungsbeschlusses); *Dubs/Truffer*

(Fn. 46), N 17 zu Art. 706b OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 117.

<sup>60</sup> *Tanner* (Fn. 46), N 110 zu Art. 706b OR.

<sup>61</sup> *Druey* (Fn. 46), S. 143.

<sup>62</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 89 ff. Die relevanten Abgrenzungskriterien ergeben sich aus der Rechtsprechung, die schon unter dem Aktienrecht von 1936 – das noch keine Bestimmung über die Nichtigkeit von Beschlüssen der GV oder des VR enthielt – entstanden ist. Erst mit der Aktienrechtsrevision von 1991 erfolgte mit der Einführung von Art. 706b OR eine teilweise Kodifizierung der Praxis, welche allerdings die Unklarheiten zur Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen nicht beseitigt hat. Einerseits sind Wortlaut und Gliederung von Art. 706b OR irreführend, andererseits überschneidet sich der Gesetzeswortlaut teilweise mit demjenigen von Art. 706 OR; *Dubs/Truffer* (Fn. 46), N 3 zu Art. 706b OR; *Tanner* (Fn. 46), N 4 zu Art. 706b OR.

<sup>63</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 7; *Tanner* (Fn. 46), N 34 zu Art. 706b OR m.w.H.

<sup>64</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 103.

gebunden und soll nur dort festgestellt werden, wo die Anfechtbarkeit keine genügende Sanktion darstellen würde. Anders gesagt, stellt die Anfechtbarkeit die Regel, die Nichtigkeit dagegen die Ausnahme dar (Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge).<sup>65</sup>

Das Bundesgericht hat sich *in casu* mit der richterlichen Interessenabwägung im obigen Sinn auseinandergesetzt. Konkret waren die Folgen der formell mangelhaften Beschlussfassung anlässlich der Generalversammlung vom 29. Mai 2006 zu beurteilen, bei der es das Aktionärskonsortium unterlassen hatte, einen Vertreter i.S.v. Art. 690 OR zu bestellen. Das Bundesgericht wendet aufgrund der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge zu Recht eine restriktive Praxis an, was die Annahme der Nichtigkeit anbelangt. Zwar lag durch die unterlassene Bestellung eines Vertreters ein formeller Mangel vor. Dieser Mangel wog jedoch nicht schwer, da die Beschlussfassung aufgrund des Protokolls der Generalversammlung nachvollziehbar blieb: Bei formell korrektem Vorgehen hätten die anwesenden Konsortialpartner die Beschlüsse nämlich mit genau gleichem Inhalt fassen können, wie sie es getan haben. Ausserdem scheint die Nichtigkeit als automatische Sanktion eines formell mangelhaften Beschlusses in Fällen eines geschlossenen Personenkreises, in dem alle Beteiligten von dem gewählten Beschlussverfahren Kenntnis haben<sup>66</sup> und die Möglichkeit der internen Beanstandung nicht ausnützen, zu weit zu gehen.<sup>67</sup> *In casu* ist in der unterlassenen Bestellung des gemeinsamen Vertreters nach Art. 690 OR somit kein Nichtigkeits-, sondern ein Anfechtungsgrund zu sehen.<sup>68</sup>

Das Bundesgericht bringt mit diesem pragmatischen Entscheid klar zum Ausdruck, dass ein formell

mangelhafter Beschluss nicht in jedem Fall als nichtig zu qualifizieren ist. Sofern der Fehler nicht schwerwiegend und offensichtlich ist und keine Anfechtungsklage durchdringt – sei es, weil dem Kläger wie *in casu* die Aktivlegitimation fehlt oder auch, weil er bewusst auf die Klageerhebung verzichtet – wird der Mangel nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist nachträglich «geheilt».<sup>69</sup> Der Beschluss erlangt vollumfängliche Verbindlichkeit. Im Hinblick auf den Rechtssicherheitsgedanken und angesichts der beträchtlichen praktischen Schwierigkeiten, die mit einer Rückgängigmachung von bereits vollzogenen Beschlüssen verbunden sind,<sup>70</sup> ist Nichtigkeit nur dann in Betracht zu ziehen, wenn durch den Mangel oberste geschützte Rechtsgüter verletzt werden.<sup>71</sup> Dies war vorliegend nicht der Fall.

#### IV. Fazit

Übertragen Aktionäre mit dem Zweck der koordinierten Ausübung von Aktionärsrechten ihre Aktien auf ein Aktionärskonsortium, entsteht in der Regel unter ihnen eine einfache Gesellschaft. Gleichzeitig verzichten sie auf ihre Alleineigentümerstellung an den Aktien zugunsten eines Gesamteigentumsverhältnisses. Da es dem einzelnen Konsortialpartner – infolge der fehlenden Aktionärsstellung – verwehrt ist, die Aktionärsrechte im Rahmen der Generalversammlung auszuüben, bildet die Einbringung der Aktien in ein Aktionärskonsortium eine wirksame Massnahme zur Sicherung von obligatorischen Pflichten aus einem Aktionärsbindungsvertrag. Anlässlich der Generalversammlung der Aktiengesellschaft können die Konsortialpartner ihre Aktionärsrechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben (Art. 690 Abs. 1 OR). Für die Einsetzung und Instruktion des Vertreters ist das interne Rechtsverhältnis unter den Konsortialen massgebend. Eine abweichende Vereinbarung vorbehalten, gehören die Einsetzung und Instruktion zur Geschäftsführung, welche aufgrund des Grundsatzes der Einzelgeschäftsführungsbefugnis jedem Konsortialpartner zusteht (Art. 535 OR). Den übrigen Gesellschaftern kommt demgegenüber ein Vetorecht zu.

<sup>65</sup> *Dubs/Truffer* (Fn. 46), N 8 zu Art. 706b OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 8), § 25 N 86.

<sup>66</sup> Gemäss den verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsabklärungen war der Kläger über sämtliche geplanten Schritte rechtzeitig informiert worden; Handelsgericht SG (HG.2005.32 und HG.2006.66 vom 22. Februar 2008), E. III Ziff. 4.1.2.

<sup>67</sup> *Druey* (Fn. 46), S. 148.

<sup>68</sup> Die Beschlüsse der GV der X. AG vom 29. Mai 2006 sind unter Mitwirkung von Personen zustande gekommen, die zur Teilnahme an der GV nicht berechtigt waren. Wirken unbefugte Personen bei der Beschlussfassung mit, ist jeder Aktionär zur Anfechtung berechtigt (Art. 691 Abs. 3 OR). A. als Mitglied des Aktionärskonsortiums X. AG, dem sämtliche Aktien der X. AG zustehen, ist aufgrund der fehlenden Aktionärsstellung zur Anfechtungsklage nicht aktivlegitimiert. Vgl. Ausführungen vorne III.2.2.

<sup>69</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 16 N 175; *Riemer* (Fn. 47), N 251.

<sup>70</sup> Vgl. dazu *Martina Isler/Hans Caspar von der Crone*, Handelsregistersperre, SZW 2/2008, S. 226.

<sup>71</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 16 N 175.

Die unterlassene Bestellung eines Vertreters nach Art. 690 OR macht die Beschlussfassung an der Generalversammlung formell mangelhaft. Obwohl sie nicht im Katalog von Art. 706b OR aufgeführt sind, können formelle Mängel, wenn sie schwerwiegend und offensichtlich sind, die Nichtigkeitsfolge nach

sich ziehen. Soweit jedoch die Beschlussfassung aufgrund des Protokolls nachvollziehbar bleibt, wiegt die fehlende Einsetzung des Vertreters nicht derart schwer, dass die Beschlüsse der Generalversammlung mit der Nichtigkeit zu sanktionieren sind.