Die Anfechtung von Generalversammlungs-beschlüssen bei der Aktiengesellschaft

URS SCHENKER*

Inhaltsverzeichnis

1.	**Grundlagen**	**18**
1.1	Minderheitsrechte und Mehrheitsprinzip – ein Spannungsfeld im Aktienrecht	18
1.2	Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage als einzige Mittel gegen Generalversammlungsentscheide	20
2.	**Anfechtungsobjekt der Anfechtungsklage**	**21**
3.	**Aktivlegitimation**	**22**
3.1	Verwaltungsrat	22
3.1.1	Die Rolle des Verwaltungsrates als Kläger	22
3.1.2	Die Vertretung der Gesellschaft im Verfahren	23
3.2	Aktionäre	25
3.3	Das Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung der Klage	25
4.	**Klagefrist**	**29**
5.	**Anfechtungsgründe**	**30**
5.1	Grundsatz: Anfechtung aufgrund der Verletzung rechtlicher Regeln	30
5.2	Vom Gesetz erwähnte Spezialtatbestände von Art. 706 Abs. 2 OR	32
5.2.1	Beschränkung oder Entzug von Aktionärsrechten unter Verletzung von Gesetz oder Statuten	32
5.2.2	Beschränkung oder Entzug von Aktionärsrechten in unsachlicher Weise	33
5.2.3	Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre	36
5.2.4	Aufhebung der Gewinnstrebigkeit	37
5.2.5	Unbefugte Teilnahme von Nichtaktionären an der Abstimmung / Verfahrensfehler	37
6.	**Verfahrensfragen**	**39**
6.1	Wirkungen eines positiven Urteils	39
6.2	Sind Vergleiche und eine Anerkennung möglich?	40
6.3	Vorsorgliche Massnahmen	41
6.4	Kostenverteilung	44
6.5	Die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen – Prozessuale Konsequenzen	45
Literaturverzeichnis		**48**

* Der Autor bedankt sich bei Frau MLaw TANJA SCHMUTZ für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Unterstützung bei den Fussnoten.

© Stämpfli Verlag AG Bern

1. Grundlagen

1.1 Minderheitsrechte und Mehrheitsprinzip – ein Spannungsfeld im Aktienrecht

Die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR bildet zusammen mit der Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 754 OR den "harten Kern" des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes. Mit der Anfechtungsklage kann der Minderheitsaktionär seine gesetzlichen und statutarischen Rechte gegenüber Mehrheitsbeschlüssen der Generalversammlung durchsetzen. Damit steht die Anfechtungsklage mitten im Spannungsverhältnis zwischen dem Mehrheitsprinzip und dem Minderheitenschutz.

In der Aktiengesellschaft gilt grundsätzlich das Mehrheitsprinzip – gemäss Art. 703 OR fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen[1]. Die Ak-tionäre, die über die Mehrheit der Stimmen in einer Aktiengesellschaft verfügen, können dementsprechend über die Dividende bestimmen, die Statuten und das Kapital verändern sowie auch über die Liquidation der Gesellschaft und Transaktionen im Sinne des Fusionsgesetzes beschliessen, wobei für die in Art. 704 OR aufgeführten Beschlüsse und für die Beschlüsse über Transaktionen nach dem Fusionsgesetz allerdings eine qualifizierte Mehrheit[2] notwendig ist[3]. Die Aktionäre, die über die Mehrheit der Stimmen verfügen, können aber vor allem auch ihre Vertreter in den Verwaltungsrat der Gesellschaft wählen[4]. Dadurch haben die Mehrheitsaktionäre die Möglichkeit, auch die Geschäftsführung der Gesellschaft indirekt zu bestimmen. Das Mehrheitsprinzip führt daher dazu, dass die Mehrheitsaktionäre über alle für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft wesentlichen Aspekte entscheiden. Ein Aktionär, der in einer Gesellschaft eine Minderheitsposition eingeht, unterwirft sich dem Mehrheitsprinzip: Er investiert Geld im Bewusstsein, dass die Mehrheit das

1 BGE 99 II 55 E. 2; BGE 100 II 384 E. 2a.

2 Die qualifizierte Mehrheit setzt sich zusammen aus zwei Dritteln der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen sowie der Mehrheit des vertretenen Kapitals.

3 BGE 102 II 265 E. 3; BGE 99 II 55 E. 2.

4 Minderheitsaktionäre haben nur im Rahmen von Art. 709 Abs. 1 OR einen Anspruch auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, d.h. wenn sie über Aktien verfügen, die sich in rechtlicher Hinsicht von den Aktien der Mehrheitsaktionäre unterscheiden.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Unternehmen prägen wird und dass seine Ansichten und Ideen übergangen werden, wenn die Mehrheitsaktionäre eine andere Position vertreten[5].

Die Analyse der Gerichtsentscheide zu Anfechtungsklagen zeigt, dass sich die Gerichte in allen Fällen, in denen eine Interessenabwägung notwendig ist, die Frage stellen, ob im konkreten Fall dem Mehrheitsprinzip oder dem Schutz der Einzelposition des Aktionärs der Vorzug zu geben ist[6]. In den meisten Entscheiden wird dabei dem Mehrheitsprinzip klar der Vorzug gegeben[7]. Bei diesen Interessenabwägungen gehen die Gerichte im Allgemeinen davon aus, dass das Interesse der Gesellschaft durch die Mehrheitsaktionäre bzw. den Verwaltungsrat, der diese repräsentiert, definiert wird[8]. Daher genügt es zur Begründung einer Anfechtungsklage nicht, darzustellen, dass der Entscheid, den die Mehrheitsaktionäre im Rahmen der Generalversammlung gefällt haben, sachlich unrichtig war oder dass bessere Alternativen bestanden. Nur ein rechtswidriger Entscheid kann mit Erfolg angefochten werden – in allen anderen Fällen müssen die Minderheitsaktionäre akzeptieren, dass die Mehrheitsaktionäre ihre Ansichten und Interessen durchsetzen[9].

Die Tendenz der Gerichte, bei Interessenabwägungen den Interessen der Mehrheitsaktionäre den Vorrang zu geben, zwingt Minderheitsaktionäre dazu, die gesetzlichen Minderheitsrechte wie das Gleichbehandlungsgebot oder das in der Literatur häufig erwähnte Gebot der schonenden Rechtsausübung realistisch einzuschätzen. Will sich ein Minderheitsaktionär auf Grundsätze berufen, die eine Interessenabwägung zwischen Mehrheits- und Minderheitsinteressen notwendig machen, hat er von vornherein eine schlechte Ausgangsposition und relativ geringe Gewinnchancen. Da der Minderheitsaktionär auch kein Recht hat, aus einer Gesellschaft auszutreten, um den wirtschaftlichen Wert seiner Beteiligung zu realisieren, müssen Personen, die Minderheitspositionen erwerben, entweder ihre Position durch einen Aktionärsbindungsvertrag absichern oder aber die rechtlich schlecht geschützte Position bei der Bewertung des Minderheitsanteils durch eine entsprechende Preisreduktion berücksichtigen. Tatsächlich zeigt die Erfahrung auch, dass Minderheitspositionen bei

---

5 BGE 131 III 38 E. 4.3; BGE 102 II 265 E. 1, 3; BGE 95 II 157 E. 9b; BGer 4C.419/2006 vom 19. April 2007 E. 3.3.

6 Vgl. BGE 131 III 38 E. 4.3; BGE 99 II 55 E. 2.

7 Vgl. BGE 131 III 38 E. 4.3; BGE 102 II 265 E. 1, 3; BGE 99 II 55 E. 2; BGE 95 II 157 E. 9b.

8 BGE 131 III 38 E. 4.3; BGE 95 II 157 E. 9b.

9 BGE 131 III 38 E. 4.3; BGE 102 II 265 E. 1, 3; BGE 95 II 157 E. 9b.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Gesellschaften mit klaren Mehrheitsverhältnissen nur mit einem starken Abzug vom tatsächlichen Unternehmenswert verkauft werden können.

Die Überlegung der Gerichte, dass der Minderheitsaktionär, der eine Anfechtungsklage macht, seine Minderheitspositionen im Bewusstsein erworben hat, dass er von der Mehrheit überstimmt werden kann und deshalb seine Position nicht schützenswert ist, stimmt allerdings nur in den Fällen, in denen ein Aktionär seine Beteiligung tatsächlich bewusst als Minderheitsposition erworben hat. Die Analyse der Urteile im Zusammenhang mit Anfechtungsklagen und weiterer Gerichtsentscheide zu Minderheitsrechten zeigt aber, dass es sich in vielen Fällen um Familiengesellschaften handelt, in denen die Minderheitsaktionäre nicht durch bewusste Entscheidung in eine Minderheitsposition gelangt sind, sondern oft nur, weil sich nach einer Erbteilung Koalitionen bildeten, die zu Mehr- und Minderheitspositionen führten. Auch in diesen Fällen richten sich die Gerichte aber sehr konsequent nach dem Mehrheitsprinzip aus und geben bei Interessenabwägungen im Allgemeinen den Interessen der Mehrheit den Vorzug.

1.2 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage als einzige Mittel gegen Generalversammlungsentscheide

Die Anfechtungsklage und die mit ihr verwandte Feststellungsklage betreffend Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses[10] sind die einzigen Möglichkeiten, um gegen gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse vorzugehen. Die Aktionäre bzw. die Gesellschaft können keine Schadenersatzklage gegen Aktionäre einleiten, die Beschlüsse fassen, welche gegen Gesetz und Statuten verstossen oder gegen die Interessen der Gesellschaft gerichtet sind[11]. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Aktionäre gegenüber der Gesellschaft keine Treuepflicht haben und bei der Stimmabgabe nicht auf die Interessen der Gesellschaft achten müssen, sondern allein ihre eigenen Interessen verfolgen können. Immerhin ist es aber gemäss Art. 678 OR möglich, von den Aktionären Zahlungen oder andere Leistungen zurückzuführen, welche diese aufgrund von statutenwidrigen Beschlüssen von der Gesellschaft erhalten

[10] Dazu im Einzelnen Ziff. 6.5 unten.

[11] Diese Situation ergibt sich manchmal bei Sanierungen, bei denen die Aktionäre eine aus finanziellen Gründen dringend gebotene Kapitalerhöhung ablehnen, weil diese zur Verwässerung ihrer Positionen führt.

© Stämpfli Verlag AG Bern

haben, sofern die betreffenden Aktionäre bösgläubig waren, d.h. wussten oder bei genügender Aufmerksamkeit hätten wissen müssen, dass die betreffenden Leistungen nicht rechtmässig waren[12]. Dieses Rückforderungsrecht steht gemäss Art. 678 Abs. 3 OR der Gesellschaft zu, wobei Art. 678 Abs. 3 OR auch dem Aktionär das Recht einräumt, auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen[13].

2. Anfechtungsobjekt der Anfechtungsklage

Mit der Anfechtungsklage können Generalversammlungsbeschlüsse angefochten werden[14]. Als Generalversammlungsbeschluss gilt dabei jeder Vorgang, der von der Gesellschaft als Generalversammlungsbeschluss betrachtet wird. Daher können auch Vorgänge angefochten werden, die rechtlich "Nichtbeschlüsse" darstellen, wie z.B. Mehrheitsbeschlüsse, die auf dem Zirkularweg gefasst wurden, oder Beschlüsse von Universalversammlungen, an denen nicht alle Aktionäre teilnahmen[15].

In der Praxis kann es zum Teil schwierig sein, die Existenz eines Beschlusses und seinen Inhalt nachzuweisen. In Art. 702 OR wird zwar vorgesehen, dass der Verwaltungsrat für die Erstellung eines Protokolls zu sorgen hat und dass die Aktionäre berechtigt sind, das Protokoll einzusehen. Diese Verpflichtung zur Erstellung und Offenlegung des Protokolls ist allerdings nicht mit einer Frist verbunden. Insbesondere muss das Protokoll auch nicht innert der zweimonatigen Frist, in der die Anfechtungsklage eingereicht werden muss[16], erstellt und zugänglich gemacht werden. Daher kann es passieren, dass ein Aktionär bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist noch nicht über ein Protokoll verfügt, mit dem er die Tatsache,

---

12 BasK-KURER/KURER, N 27 zu Art. 678 OR.

13 BasK-KURER/KURER, N 29 zu Art. 678 OR; BÖCKLI, §12 N 564.

14 Vgl. Wortlaut von Art. 706 Abs. 1 OR: "Der Verwaltungsrat und jeder Aktionär können *Beschlüsse der Generalversammlung*, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten." (Hervorhebung durch den Autor)

15 Wie unten dargestellt, führt die Anfechtung in derartigen Fällen aber oft zur Feststellung der Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses. A.A. KNOBLOCH, S. 120, welcher "Nichtbeschlüsse" nicht als taugliche Anfechtungsobjekte ansieht. Diese Ansicht ist aus praktischer Sicht abzulehnen, da es für den Kläger oft unmöglich ist, zwischen anfechtbarem Entscheid, nichtigem Entscheid und Nicht-Entscheid zu unterscheiden und er immer ein Mittel haben muss, um auf Anfechtung bzw. Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses zu klagen, um Rechtssicherheit zu schaffen.

16 Dazu Ziff. 4 unten.

© Stämpfli Verlag AG Bern

dass ein bestimmter Beschluss gefasst worden ist, und dessen Wortlaut bzw. die Mehrheitsverhältnisse nachweisen kann. Die Klage muss sich daher in diesen Fällen bezüglich des Anfechtungsobjekts auf eine Parteiaussage im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO stützen – dies setzt den Kläger natürlich dem Risiko aus, dass die Gesellschaft dem Gericht nachträglich ein Protokoll einreicht, das völlig von den Behauptungen des Klägers abweicht bzw. sogar bewusst im Hinblick auf die Klage gestaltet worden ist.

3. Aktivlegitimation

Die Anfechtungsklage kann gemäss Art. 706 Abs. 1 OR vom Verwaltungsrat oder von jedem einzelnen Aktionär einer Gesellschaft eingeleitet werden.

3.1 Verwaltungsrat

3.1.1 Die Rolle des Verwaltungsrates als Kläger

Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 706 Abs. 1 OR dazu berechtigt, gesetzes- und statutenwidrige Beschlüsse der Gesellschaft anzufechten. Er muss dabei als Gesamtorgan handeln, d.h. als Gremium den Entscheid fällen, einen bestimmten Generalversammlungsbeschluss anzufechten[17]. Das einzelne Mitglied des Verwaltungsrates ist dagegen nicht zur Klage legitimiert[18]. Ein Verwaltungsratsmitglied kann aber ohne Rücksicht auf die Beschlüsse des Verwaltungsrates in seiner Eigenschaft als Aktionär eine Anfechtungsklage einreichen, falls das betreffende Mitglied gleichzeitig auch Aktionär der Gesellschaft ist[19].

Der Verwaltungsrat nimmt mit seiner Klage seine Pflicht aus Art. 717 Abs. 1 OR wahr, die Interessen der Gesellschaft zu wahren[20]. Dementsprechend wird ein Verwaltungsrat einen Beschluss anfechten, wenn er zur Überzeugung gelangt, dass der betreffende Beschluss nicht nur Gesetz

[17] BasK-TRUFFER/DUBS, N 4 zu Art. 706 OR; CR-PETER/CAVADINI, N 16 zu Art. 706 OR.

[18] BasK-TRUFFER/DUBS, N 4 zu Art. 706 OR; CR-PETER/CAVADINI, N 16 zu Art. 706 OR; in diesem Sinne auch DRUEY/GLANZMANN, § 12 N 67.

[19] BasK-TRUFFER/DUBS, N 4 zu Art. 706 OR; KOLLER, S. 51 ff., S. 54.

[20] DRUEY, S. 131 ff., S. 154.

© Stämpfli Verlag AG Bern

oder Statuten verletzt, sondern vor allem auch die Interessen der Gesellschaft gefährdet[21]. Der Verwaltungsrat ist aber nicht verpflichtet, in einer derartigen Situation einen Beschluss anzufechten[22]. Der Entscheid über die Einleitung einer Anfechtungsklage ist ein Ermessensentscheid des Verwaltungsrates, der im konkreten Fall das Interesse der Gesellschaft an der Durchsetzung von Gesetz und Statuten gegen das Mehrheitsprinzip abwägen muss[23]. Der Verwaltungsrat kann in einer derartigen Situation auch auf eine Klage verzichten und es den Minderheitsaktionären überlassen, eine Klage einzuleiten, wenn sie sich am betreffenden Beschluss der Generalversammlung stören[24].

In der Praxis zeigt sich, dass es vor allem zu Anfechtungen durch den Verwaltungsrat kommt, wenn er feststellt, dass Aktionäre die Vinkulierungsbestimmungen oder eine statutarische Stimmrechtsbeschränkung im Sinne von Art. 692 Abs. 2 OR umgangen haben und dies zu einem Entscheid geführt hat, der den Interessen des Verwaltungsrates widerspricht. In allen anderen Fällen verzichten Verwaltungsräte im Allgemeinen auf eine Anfechtungsklage, da ein Vorgehen gegen die Mehrheitsaktionäre in der Praxis wenig sinnvoll ist. Die Mehrheitsaktionäre haben im Falle einer derartigen Klage jederzeit die Möglichkeit, den Verwaltungsrat im Sinne von Art. 705 Abs. 1 OR abzuberufen und einen Verwaltungsrat zu wählen, der die Klage wieder zurückzieht.

3.1.2 Die Vertretung der Gesellschaft im Verfahren

Entscheidet sich der Verwaltungsrat, eine Klage gegen die Gesellschaft einzuleiten, so steht er bezüglich der Verteidigung der Gesellschaft in einem direkten Interessenkonflikt[25]. Der Richter muss daher bei einer derartigen Klage gemäss Art. 706a Abs. 2 OR einen speziellen Vertreter bestimmen, der im Sinne einer Prozessstandschaft die Interessen der Gesellschaft wahrnimmt und diese gegen die Klage verteidigt[26]. Dieser Vertreter wird nach Eingang der Klage durch den erstinstanzlichen Richter bestimmt[27]. Das Verfahren kann erst fortgesetzt werden, wenn der

---

21 DRUEY, S. 153; CR-PETER/CAVADINI, N 17 zu Art. 706 OR.
22 VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1158; BÖCKLI, § 16 N 103.
23 DRUEY, S. 153 f.; TANNER, N 79 zu Art. 706 OR.
24 BÖCKLI, § 16 N 103.
25 BÖCKLI, § 16 N 102; BasK-TRUFFER/DUBS, N 7 zu Art. 706a OR; TANNER, N 50 zu Art. 706a OR.
26 BasK-TRUFFER/DUBS, N 7 zu Art. 706a OR; DRUEY, S. 155.
27 TANNER, N 51 zu Art. 706a OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Vertreter bestimmt wurde und dieser die Annahme des entsprechenden Mandats erklärt hat.

Der gemäss Art. 706a Abs. 2 OR bestimmte Vertreter handelt zwar für die Gesellschaft, ist aber von den Organen der Gesellschaft unabhängig und muss insbesondere nicht den Weisungen des Verwaltungsrates oder einzelner Aktionäre folgen[28]. Die Position eines derartigen Vertreters ist in der Praxis allerdings insofern schwierig, als er bei seiner Argumentation zum Sachverhalt natürlich auf die Gesellschaft und ihre Mitarbeiter angewiesen ist, die ihm Dokumente liefern und Informationen geben müssen. So kann es für den vom Gericht bestellten Vertreter bereits schwierig sein, Informationen und Dokumente über die Generalversammlung und deren Verlauf zu erhalten, da diese Unterlagen beim Unternehmen liegen und der Verwaltungsrat kein Interesse hat, den Vertreter bei der Verteidigung der Gesellschaft als Beklagte zu unterstützen. M.E. ist der Verwaltungsrat in einer derartigen Situation aber verpflichtet, dem vom Gericht bestimmten Vertreter solche Unterlagen und Informationen offenzulegen[29]. Da der Vertreter die Interessen der Gesellschaft wahrnimmt, muss der Verwaltungsrat diesem gemäss Art. 717 OR aber trotz seiner eigenen Klägerrolle die bei der Gesellschaft vorhandenen Informationen zum Sachverhalt offenlegen[30]. Sollte der Verwaltungsrat dieser Pflicht nicht nachkommen, kann der Richter, der den Vertreter bestimmt hat, der Gesellschaft die entsprechenden Anweisungen erteilen. Aus dem Zweck von Art. 706a Abs. 2 OR, die Vertretung der Interessen der Gesellschaft sicherzustellen, ergibt sich auch die Kompetenz des Richters, dafür zu sorgen, dass der von ihm bestellte Vertreter der Gesellschaft von dieser die Informationen und Dokumente erhält, um seiner Funktion nachzukommen. Da diese Herausgabepflicht auf materiellem Recht beruht, handelt es sich nicht um ein Editionsbegehren im Sinne der ZPO, weshalb auch nicht die strengen Voraussetzungen für eine Edition erfüllt werden müssen. Es genügt, wenn der Vertreter glaubhaft darlegen kann, dass er Informationen und Dokumente für die sachgerechte Verteidigung der Gesellschaft gegen die Anfechtungsklage des Verwaltungsrates benötigt und den ungefähren Inhalt der gewünschten Informationen und Dokumente angibt[31].

---

28 BÖCKLI, § 16 N 102.

29 Gl.A. TANNER, N 54 zu Art. 706a OR.

30 TANNER, N 54 zu Art. 706a OR.

31 Die bei einem Editionsbegehren unzulässige "Fishing Expedition" mit einer unbestimmten Beschreibung von Dokumenten ist in diesem Fall zulässig, da der Vertreter der Gesellschaft ja das Recht hat, deren Akten durchzusehen, um den Fall für die Gesellschaft optimal vorzubereiten.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Das Gericht kann des Weiteren gegenüber der Gesellschaft auch die Zahlung eines Vorschusses an den Vertreter in Höhe des mutmasslichen Honorars anordnen, da vom Vertreter nicht verlangt werden kann, dass er den Prozess ohne Entgelt führt oder sich mit der ungewissen Hoffnung begnügt, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft trotz seiner Gegenposition im Prozess am Ende des Verfahrens doch noch sein Honorar bezahlt.

3.2 Aktionäre

Gemäss Art. 706 OR kann jeder Aktionär unabhängig von der Anzahl seiner Aktien eine Anfechtungsklage einreichen[32]. Aktionäre, die dem betreffenden Beschluss selber zugestimmt haben, können allerdings einen Beschluss grundsätzlich nicht anfechten, da die Anfechtung als "venire contra factum proprium" rechtsmissbräuchlich wäre[33]. Sie können einen Beschluss nur dann anfechten, wenn sie sich bei der Beschlussfassung in einem wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 23 OR befanden[34]. Ein Aktionär, der dem Beschluss zugestimmt hat, muss deshalb spätestens mit Einleitung der Klage seine Stimmabgabe an der Generalversammlung wegen Irrtums anfechten. Das Gericht muss dann im Sinne einer Vorfrage prüfen, ob der geltend gemachte Irrtum tatsächlich wesentlich war, d.h., ob ein Erklärungsirrtum oder ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 OR vorlag.

3.3 Das Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung der Klage

Eine Anfechtungsklage setzt gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ein Rechtsschutzinteresse des Klägers voraus. Da es sich dabei um eine Prozessvoraussetzung handelt, prüft das Gericht das Vorliegen des Rechtsschutzinteresses von Amtes wegen[35]. Bei einer Anfechtung im Sinne von Art. 706 OR genügt als Rechtsschutzinteresse grundsätzlich das Interesse des Aktionärs bzw. des Verwaltungsrates an der Durchsetzung des anwendbaren Rechts[36]. Die Gerichte gehen davon aus, dass sowohl

32 BasK-TRUFFER/DUBS, N 3 zu Art. 706 OR; TANNER, N 41 zu Art. 706 OR.
33 BGE 99 II 55 E. 1; BGE 74 II 41 E. 4a; TANNER, N 53 ff. zu Art. 706 OR.
34 TANNER, N 62 zu Art. 706 OR.
35 Art. 60 ZPO.
36 BasK-TRUFFER/DUBS, N 4a zu Art. 706 OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

der Verwaltungsrat wie auch die Aktionäre ein schützenswertes Interesse daran haben, dass sich die Gesellschaft bzw. die Generalversammlung gesetzes- bzw. statutenkonform verhält[37]. Ein persönlicher Vorteil muss dagegen nicht nachgewiesen werden[38]. Dieser Grundsatz wurde vom Bundesgericht in Bezug auf Klagen der Aktionäre allerdings insoweit relativiert, als es in BGE 122 III 279 E. 3a festhielt, dass eine Klage nur möglich sei, wenn *"durch ein die Begehren gutheissendes Urteil die Rechtstellung des anfechtenden Aktionärs berührt wird",* und dies mit der Feststellung verband, dass rein abstrakte Rechtsfragen nicht geprüft werden können. Dieser Grundsatz führt primär dazu, dass Stimmrechtsklagen im Sinne von Art. 691 OR nur an die Hand genommen werden, wenn die vom Kläger geltend gemachten gesetzes- bzw. statutenwidrigen Handlungen tatsächlich einen Einfluss auf das Ergebnis der konkreten Abstimmung hatten.

Das Bundesgericht ist im Urteil 4A_630/2012 vom 19. März 2013 noch einen Schritt weiter gegangen: Gegenstand der Anfechtung war ein Décharge-Beschluss der Generalversammlung. Das Bundesgericht hat das Rechtsschutzinteresse des Klägers verneint, weil die Aufhebung des Décharge-Beschlusses nur dazu geführt hätte, dass die Gesellschaft selbst die Möglichkeit hätte, gegen die betreffenden Verwaltungsräte eine Verantwortlichkeitsklage einzuleiten. Diese Klagemöglichkeit hatte nach Ansicht des Bundesgerichts aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Verwaltungsrat aber keine praktische Bedeutung, da nicht anzunehmen war, dass der Verwaltungsrat gegen sich selber klagen würde. Überdies wies das Bundesgericht darauf hin, dass es dem Minderheitsaktionär auch ohne Anfechtung möglich gewesen wäre, eine Verantwortlichkeitsklage einzuleiten, und dass die Anfechtung der Décharge gegenüber einer derartigen Klage subsidiär sei[39]. Diese Argumentation ist m.E. unrichtig. Für eine Anfechtungsklage muss es genügen, dass ein Beschluss einer Generalversammlung gegen Gesetz und Statuten verstösst[40]. Ein Aktionär hat Anspruch darauf, dass die Gesellschaft bzw. die Generalversammlung Statuten und Gesetz befolgen – der Anspruch auf gesetzesmässiges Verhalten der Organe ist ein elementarer Teil der Mitgliedschaftsrechte. Ob das

37 BasK-TRUFFER/DUBS, N 4a zu Art. 706 OR.

38 Vgl. BGE 75 II 149 E. 2b; BGE 107 II 179 E. 2. A.A. KNOBLOCH, S. 124 ff.

39 Im konkreten Fall hatte der betreffende Minderheitsaktionär offenbar parallel eine Verantwortlichkeitsklage eingeleitet; es ist allerdings aus dem Urteil unklar, ob sich diese auf alle Probleme des betreffenden Geschäftsjahres bezog bzw. ob die Verantwortlichkeitsklage mit dem Grund der Verweigerung der Décharge übereinstimmt.

40 So auch BÖCKLI, § 16 N 107.

© Stämpfli Verlag AG Bern

gesetzmässige Vorgehen dann zu einem anderen wirtschaftlichen Ergebnis bzw. zu anderen weiteren Handlungen der Organe führt, ist dagegen irrelevant. Der Entscheid des Bundesgerichtes ist im konkreten Fall aber schon deshalb nicht richtig, da die Ablehnung der Décharge doch immerhin dazu geführt hätte, dass die Frist für die Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs nicht gemäss Art. 758 Abs. 2 OR auf sechs Monate verkürzt worden wäre, sondern dass er dieses Recht nach Art. 760 OR innert der gesamten Frist von fünf Jahren hätte geltend machen können. Dieser Unterschied ist in der Praxis durchaus relevant, weil es häufig sehr schwierig ist, innert der Sechsmonatsfrist eine Verantwortlichkeitsklage mit der notwendigen Sorgfalt vorzubereiten. Die Praxis, die das Bundesgericht bei Décharge-Beschlüssen mit dem Urteil 4A_630/2012 begründet hat, führt letztlich dazu, dass ein Mehrheitsaktionär im Rahmen einer Décharge-Abstimmung Verfahrensvorschriften und statutarische Rechte verletzen kann, um einen ihm genehmen Entscheid herbeizuführen, und so die Klagefrist für die Minderheitsaktionäre auf sechs Monate verkürzen kann. Überdies geht es auch nicht an, die Möglichkeit einer Klage durch die Gesellschaft allein deshalb zu verneinen, weil im Zeitpunkt der Urteilsfällung die vom Décharge-Beschluss betroffenen Personen die Mehrheit des Verwaltungsrates bilden. Es ist durchaus möglich, dass sich die Zusammensetzung des Verwaltungsrates innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 760 OR so stark ändert, dass doch noch eine Klage gegen die Vorgänger eingereicht wird[41].

M.E. sollte das Rechtsschutzinteresse nicht an den praktischen Auswirkungen eines Urteils auf die Interessen des Aktionärs gemessen werden, sondern nur dann verneint werden, wenn ein Urteil im Sinne der Klage zu überhaupt keiner Änderung der Rechtslage führt. Nur wenn das Rechtsschutzinteresse auf diese Weise definiert wird, kann mit der Anfechtungsklage das Interesse des Aktionärs an gesetzes- und statutenkonformen Beschlüssen auch tatsächlich durchgesetzt werden. Auch nach dieser Definition fehlt das Rechtsschutzinteresse aber in den folgenden Fällen:

- **Teilnahme nicht stimmberechtigter Personen an der Abstimmung, die keinen Einfluss auf den Beschluss hat:**
  Art. 691 Abs. 3 OR hält fest, dass ein Beschluss, der unter Mitwirkung von Personen gefasst wurde, die nicht stimmberechtigt waren, nur

[41] Diese Situation findet sich in der Praxis vor allem dann, wenn ein Unternehmen in eine finanzielle Krise und in eine Sanierungssituation gerät und sich in diesem Zusammenhang der Aktionärskreis und/oder die Mitglieder des Verwaltungsrats ändern.

© Stämpfli Verlag AG Bern

dann angefochten werden kann, wenn diese Stimmen für den Beschluss relevant waren, d.h. der Wegfall des Mangels zum gegenteiligen Beschluss geführt hätte. Dieser Grundsatz wird von einem Teil der Lehre aber auf alle Fehler im Zusammenhang mit der Durchführung der einzelnen Abstimmungen ausgedehnt[42]. M.E. ist diese Ansicht, wie hinten in Ziff. 5.2.5 dargelegt, unrichtig, da sie dem Wortlaut von Art. 706 OR widerspricht und die Durchsetzung der Verfahrensvorschriften, welche Information und Mitsprache der Aktionäre schützen sollen, verunmöglichen würde. Wenn Minderheitsaktionäre wegen der Verletzung derartiger Vorschriften klagen, können sie von vornherein nie nachweisen, dass die entsprechende Statuten- oder Gesetzesverletzung für den konkreten Beschluss kausal war – als Minderheitsaktionäre werden sie von den Mehrheitsaktionären auch bei richtiger Durchführung der Generalversammlung immer überstimmt.

- **Wegfall des Rechtsschutzinteresses aufgrund eines inhaltsgleichen, neuen Beschlusses:**
  Wenn ein Beschluss unter formellen Mängeln leidet, weil z.B. die Einladung für die Generalversammlung nicht korrekt war[43], kann die Gesellschaft eine weitere Generalversammlung durchführen, die unter Einhaltung der anwendbaren Vorschriften den inhaltsgleichen Beschluss ein zweites Mal fällt[44]. Dieses Vorgehen führt dazu, dass das Rechtsschutzinteresse des Klägers an der gegen den ersten Beschluss eingeleiteten Anfechtungsklage nachträglich dahinfällt, da eine erfolgreiche Anfechtung keine Auswirkungen auf die Rechtslage hat; der zweite inhaltsgleiche Beschluss gilt auch bei einer erfolgreichen Anfechtung des ersten Beschlusses[45].

---

42 BÖCKLI, § 16 N 107a; TANNER, N 65 zu Art. 706 OR; RIEMER, N 79 f.

43 Z.B. aufgrund einer ungenügenden Traktandenliste, sodass Beschlüsse ausserhalb der Traktandenliste gefasst wurden, oder wenn keine Auflage der Jahresrechnung vor der Generalversammlung stattgefunden hat etc.

44 BasK-TRUFFER/DUBS, N 4a zu Art. 706 OR; BÖCKLI, § 16 N 107a.

45 Wie unten dargestellt, hat der Umstand, dass die Gegenstandslosigkeit nachträglich durch einen neuen Beschluss herbeigeführt wurde, Auswirkungen auf die Kostenfolgen. In diesen Fällen muss der Kläger in Bezug auf Kosten und Entschädigung so behandelt werden, wie wenn er die Klage gewonnen hätte.

© Stämpfli Verlag AG Bern

4. Klagefrist

Gemäss Art. 706a Abs. 1 OR muss die Anfechtungsklage innert zwei Monaten nach Beschlussfassung eingereicht werden. Die Frist zur Anfechtung beginnt am Tag nach der Beschlussfassung durch die Generalversammlung zu laufen[46]. Ist dem Aktionär allerdings gar nicht bewusst, dass eine Generalversammlung stattgefunden hat, weil er nicht gemäss den statutarischen Vorschriften eingeladen worden ist, beginnt die Frist m.E. erst in dem Zeitpunkt, in dem ihm der Beschluss mitgeteilt wird, da die Gesellschaft andernfalls die Frist durch das eigene rechts- bzw. statutenwidrige Verhalten verkürzen könnte[47].

Bei der Frist gemäss Art. 706a Abs. 1 OR handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die nur durch Einreichung der Klage gewahrt werden kann[48]. Dementsprechend muss die Klage vor Fristablauf im Sinne von Art. 62 ff. ZPO hängig gemacht werden, indem ein Schlichtungsgesuch oder – sofern im konkreten Verfahren kein Schlichtungsverfahren notwendig ist – direkt eine Klage eingereicht wird[49]. Die Frage, ob das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme zur Fristwahrung genügt, ist in der Lehre umstritten und bisher vom Bundesgericht nicht entschieden worden[50]. In der Praxis muss der Kläger daher unabhängig von einem Massnahmeverfahren innert der Zweimonatsfrist das ordentliche Verfahren einleiten, um das Risiko der Verwirkung des Klagerechts zu vermeiden.

Im Schlichtungsgesuch bzw. in der Klage müssen die Anfechtungsgründe dargelegt werden. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Verwirkung sich nicht nur auf die Anfechtung selbst, sondern auch auf die spezifischen Anfechtungsgründe bezieht, sodass diese innert Frist geltend gemacht werden müssen[51]. Später, d.h. im Prozess, der dem Schlichtungsverfahren folgt, in der Replik oder in zweiter Instanz, können keine neuen Anfechtungsgründe mehr nachgeschoben werden. Dieses scharfe Rügeprinzip ist m.E. nicht gerechtfertigt; die Frist bezieht sich gemäss dem

---

46 BasK-TRUFFER/DUBS, N 2 zu Art. 706a OR.

47 A.A. BasK-TRUFFER/DUBS, N 2 zu Art. 706a OR; TANNER, N 9 zu Art. 706a OR. Meist liegt aber bei einer unrichtigen Einladung zur Generalversammlung ohnehin ein Nichtigkeitsgrund vor, sodass dem Fristenlauf keine Bedeutung zukommt.

48 CR-PETER/CAVADINI, N 3 zu Art. 706a OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 2 zu Art. 706a OR; TANNER, N 3 f. zu Art. 706a OR.

49 BasK-TRUFFER/DUBS, N 3 zu Art. 706a OR.

50 BasK-TRUFFER/DUBS, N 3 zu Art. 706a OR m.w.H.

51 BGE 86 II 78 E. 6; BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.1.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Wortlaut von Art. 706a OR auf die Klage und nicht auf den spezifischen Anfechtungsgrund.

Gemäss Art. 706a Abs. 1 OR läuft die Frist unabhängig davon, ob die Gesellschaft bereits ein Protokoll über die Generalversammlung erstellt und den Aktionären offengelegt hat. In allen Fällen, in denen die Gesellschaft innert dieser Frist kein Protokoll offenlegt, muss sich das Schlichtungsgesuch bzw. die Klage bezüglich des Anfechtungsobjekts allein auf die Behauptungen der Klägerin abstützen. Soweit sich aus dem Protokoll Tatsachen ergeben, die für die Klage wesentlich sind, können diesbezügliche Beweisprobleme nicht der Klägerin angelastet werden, da das Protokoll u.U. erst nach Einleitung der Klage offengelegt wird. Ergibt sich z.B. bei einer Klage gemäss Art. 691 OR aus dem Protokoll, dass die geltend gemachte Stimmabgabe nicht stimmberechtigter Personen für das Resultat der Abstimmung nicht relevant war und daher die Klägerin kein Rechtsschutzinteresse hat, muss das Gericht beim Kostenentscheid berücksichtigen, dass die Klägerin nur wegen des Fehlens eines Protokolls eine Klage eingereicht hat. Ergibt sich dagegen aus dem Protokoll, dass neben den von der Klägerin bei der Klageeinleitung erwähnten Gründe noch weitere Anfechtungsgründe geltend gemacht werden können, kann die oben dargestellte Praxis des Bundesgerichts bezüglich des Nachschiebens von Anfechtungsgründen nicht greifen, da die Klägerin gar keine Möglichkeit hatte, den Anfechtungsgrund vorher zu erkennen. Diese Situation kann sich z.B. ergeben, wenn das Protokoll zeigt, dass ein Beschluss, der von der Klägerin aus materiell-rechtlichen Gründen angefochten worden ist, auch noch eine gemäss Statuten oder Gesetz notwendige qualifizierte Mehrheit nicht erreichte.

5. Anfechtungsgründe

5.1 Grundsatz: Anfechtung aufgrund der Verletzung rechtlicher Regeln

Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR ist eine Anfechtung möglich, wenn ein Generalversammlungsbeschluss gegen das Gesetz oder die Statuten der betreffenden Gesellschaft verstösst. Grundlage einer Anfechtung kann daher die Verletzung der Vorschriften des Gesellschaftsrechts und der Statuten sein, wobei auch die ungeschriebenen Regeln des Gesellschaftsrechts, wie insbesondere der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung und das Ver-

© Stämpfli Verlag AG Bern

hältnismässigkeitsprinzip, als gesetzliche Normen betrachtet werden[52]. Zur Begründung einer Anfechtung ist es nicht notwendig, dass es sich um Vorschriften handelt, die den Schutz der Aktionäre bezwecken[53]. Ein Aktionär kann daher auch einen Beschluss anfechten, der Vorschriften verletzt, die dem Gläubigerschutz dienen, wie z.B. der Beschluss, eine Dividende zu Lasten der gesetzlichen Reserven auszuschütten.

Basis einer Anfechtung muss immer ein Verstoss gegen Rechtsregeln sein. Zweckmässigkeit und Angemessenheit eines Beschlusses stellen dagegen keine selbstständigen Anfechtungsgründe dar[54]. Die Anfechtungsklage dient daher nicht der Beurteilung des Ermessens der Mehrheit bei der Beschlussfassung. Wie vorne dargestellt, dringt das Mehrheitsprinzip immer dann durch, wenn ein Beschluss nicht das Aktienrecht verletzt – die Anfechtungsklage kann also nicht dazu dienen, Generalversammlungsbeschlüsse, die unangemessen sind oder aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Folgen haben, zu korrigieren. Solange sich ein Mehrheitsbeschluss im Rahmen des zulässigen Ermessens[55] bewegt, kann er nicht korrigiert werden, sondern muss von den Minderheitsaktionären akzeptiert werden[56]. Die oben erwähnten Grundsätze der schonenden Rechtsausübung und der Verhältnismässigkeit, die eine Anfechtung erlauben, können allerdings kaum von der für eine Anfechtung ungenügenden Rüge der Unzweckmässigkeit bzw. Unangemessenheit abgegrenzt werden. Da die Gerichte dem Mehrheitsprinzip sehr viel Gewicht geben, werden der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung und das Verhältnismässigkeitsprinzip zwar in der Lehre und zum Teil auch in der Rechtsprechung erwähnt, führten aber – soweit erkennbar – bisher nie zur erfolgreichen Anfechtung eines Beschlusses. Fast immer handelte es sich bei Beschlüssen, in denen diese Anfechtungsgründe geltend gemacht wurden, um Ermessensentscheide, bei denen das Gericht dann feststellte, dass der Kläger letztlich nur die Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit des Beschlusses bestritt und seine Klage deshalb nicht begründet war.

---

52 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 208; BÖCKLI, § 16 N 123; BasK-TRUFFER/DUBS, N 10 zu Art. 706 OR.

53 DRUEY, S. 133 f.; BasK-TRUFFER/DUBS, N 10 zu Art. 706 OR.

54 BGE 117 II 290 E. 6a; BGE 100 II 384 E. 3a.

55 Der Ermessensspielraum der Mehrheitsaktionäre ist sehr weit, da sie, wie vorne dargestellt, gegenüber der Gesellschaft keine Treuepflicht haben und daher auch Entscheide fällen können, die sich gegen die Interessen der Gesellschaft richten.

56 Vgl. BGE 102 II 265 E. 3.

© Stämpfli Verlag AG Bern

5.2 Vom Gesetz erwähnte Spezialtatbestände von Art. 706 Abs. 2 OR

Art. 706 Abs. 2 OR führt im Sinne von Spezialtatbeständen verschiedene Anfechtungsgründe auf, die sich aus dem in Art. 706 Abs. 1 OR definierten Grundtatbestand ergeben. Zu diesen Spezialtatbeständen gehört auch die Stimmrechtsklage nach Art. 691 OR[57]. Alle diese Spezialtatbestände sind aber nur Beispiele möglicher Anfechtungsgründe. Neben den Fallgruppen, die durch Art. 706 Abs. 2 OR abgedeckt werden, können sich weitere Anfechtungsgründe direkt aus der in Art. 706 Abs. 1 OR statuierten Generalklausel ergeben[58].

5.2.1 Beschränkung oder Entzug von Aktionärsrechten unter Verletzung von Gesetz oder Statuten

Gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR sind Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar, die unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken. Dieser Tatbestand erfasst nicht nur den definitiven Entzug oder die Beschränkung von Rechten durch den Erlass unzulässiger Statutenbestimmungen, sondern jede Verletzung statutarischer und gesetzlicher Rechte der Aktionäre im Einzelfall[59]. Dabei werden von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR insbesondere folgende Beschlüsse erfasst:

- Die Generalversammlung beschliesst die Annahme von Statutenbestimmungen, die dem Aktienrecht widersprechen und die Rechte der Aktionäre einschränken, indem beispielsweise das gesetzliche Einsichts- und Auskunftsrecht durch eine Statutenbestimmung eingeschränkt wird[60].
- Qualifizierte Mehrheitserfordernisse werden nicht berücksichtigt, womit die Rechte der Minderheiten, die durch die entsprechenden Bestimmungen geschützt sind, verletzt werden[61].

---

57 TANNER, N 186 zu Art. 706 OR; BÖCKLI, § 16 N 119; BGE 122 III 279 E. 2.
58 CR-PETER/CAVADINI, N 40 zu Art. 706 OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 9 zu Art. 706 OR.
59 BasK-TRUFFER/DUBS, N 11 zu Art. 706 OR.
60 VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1164.
61 DRUEY, S. 144 f.

© Stämpfli Verlag AG Bern

- Die Beschlussfassung bewegt sich ausserhalb der Traktandenliste, womit die Vorschriften über die Einberufung und Traktandierung verletzt und die Mitwirkungsrechte der Aktionäre entsprechend eingeschränkt werden[62].

Da *schwere* Verletzungen der Aktionärsrechte gemäss Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR zur Nichtigkeit des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses führen, sind die Grenzen zwischen der Anfechtbarkeit gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR und der Nichtigkeit im Sinne von Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR fliessend[63]. Dies führt, wie hinten dargestellt, dazu, dass der Kläger bei derartigen Rechtsverletzungen zwar primär eine Nichtigkeitsklage einreicht, diese aber während der zweimonatigen Anfechtungsfrist[64] von Art. 706a OR einleitet, damit er im Eventualstandpunkt eine Anfechtungsklage geltend machen kann.

5.2.2 Beschränkung oder Entzug von Aktionärsrechten in unsachlicher Weise

Gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR sind auch Beschlüsse anfechtbar, die in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken. Dieser Tatbestand kommt zur Anwendung, wenn die Generalversammlung einen Beschluss fasst, der grundsätzlich zulässig ist, im Einzelfall aber nicht rechtmässig ist, weil die im Gesetz vorgesehenen Grenzen des Minderheitenschutzes überschritten werden[65]. Das Gleiche gilt auch, wenn ein derartiger Beschluss die Grenzen der schonenden Rechtsausübung oder der Verhältnismässigkeit überschreitet oder aber geradezu zweckwidrig ist, d.h. nur die Ziele einzelner Aktionäre fördert, aber nicht diejenigen der Gesellschaft[66]. Die Analyse dieser in der Literatur verwendeten Beschreibungen zeigt aber schon, dass es zum Teil schwierig ist, diesen Tatbestand von der nach Gesetz unzulässigen Überprüfung von Angemessenheit und Zweckmässigkeit von Beschlüssen klar abzugrenzen. Dies führt dazu, dass die Gerichte in diesem Bereich, in dem immer eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der

---

62 BGE 121 III 420 E. 2; BGE 103 II 141.

63 RIEMER, N 312; TANNER, N 28 zu Art. 706 OR; DOMENICONI/VON DER CRONE, S. 223 ff., S. 232.

64 Dazu Ziff. 4 vorne.

65 CR-PETER/CAVADINI, N 28 zu Art. 706 OR; TANNER, N 178 zu Art. 706 OR.

66 BasK-TRUFFER/DUBS, N 12 f. zu Art. 706 OR; TANNER, N 178 zu Art. 706 OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Minderheitsaktionäre und derjenigen der Gesellschaft notwendig ist, sehr zurückhaltend sind. Ausserhalb krasser Missbrauchsfälle nehmen die Gerichte in der Regel an, dass der Verwaltungsrat und die Mehrheitsaktionäre grundsätzlich im Interesse der Gesellschaft handeln bzw. dass deren Interpretation der Gesellschaftsinteressen legitim ist[67].

Als Beispiele für derartige Anfechtungsgründe werden in der Literatur und der Rechtsprechung insbesondere folgende Beschlüsse erwähnt:

- Das Bezugsrecht wird entgegen Art. 652b OR ohne wichtige bzw. sachliche Gründe entzogen[68]. Bei derartigen Beschlüssen muss das Gericht immer zwischen dem Interesse des Minderheitsaktionärs an der Vermeidung einer Verwässerung seines Anteils und den Interessen der Gesellschaft an einer Kapitalaufnahme ohne Bezugsrecht abwägen. Sofern die Gesellschaft nachweisen kann, dass der Entzug des Bezugsrechtes zur Sicherung der Existenz[69] der Gesellschaft oder zur Durchführung einer wesentlichen Transaktion[70] wichtig ist und der Aktionär weder eine finanzielle Einbusse erleidet[71] noch seine Stimmrechtsposition in signifikanter Weise verändert wird, gehen die Gerichte im Allgemeinen davon aus, dass die Interessen der Gesellschaft an der Finanzierung höher zu gewichten sind als die Interessen der Minderheitsaktionäre am Bezugsrecht.
- Bei einer Sanierung wird eine "Harmonika" mit einer Kapitalherabsetzung durchgeführt, die über den Sanierungszweck hinausgeht, was zu einer Verwässerung der Aktionärsanteile führt und nicht mehr durch den Sanierungszweck gerechtfertigt ist[72]. Soweit sich allerdings in diesem Rahmen die Frage stellt, wie hoch die Rückstellungen und Abschreibungen sein müssen, die im Rahmen der Sanierung vorgenommen werden, überprüfen die Gerichte das Ermessen des Verwaltungsrates bzw. der Mehrheitsaktionäre nicht – ein Minderheitsaktionär kann daher einen derartigen Beschluss nicht allein deshalb anfechten, weil er den Eindruck hat, dass bei weniger hohen Abschreibungen bzw. Rückstellungen eine geringere Sanierungsmassnahme ausreichen würde.

---

67 TANNER, N 180 zu Art. 706 OR mit Verweis auf BGE 99 II 55.
68 Vgl. BÖCKLI, § 16 N 113.
69 Z.B. durch Umwandlung von Darlehen in Aktienkapital im Rahmen einer Sanierung.
70 Z.B. durch Finanzierung einer Transaktion durch Kapitalaufnahme.
71 Z.B. Platzierung neuer Aktien zum Börsenkurs ohne Bezugsrecht der Aktionäre bei einer kotierten Gesellschaft.
72 BGE 138 III 204; BGE 86 II 78.

© Stämpfli Verlag AG Bern

- Die von einer Aktionärskategorie gemäss Art. 709 OR in einer Vorversammlung vorgeschlagenen Kandidaten werden ohne sachliche Gründe von der Generalversammlung nicht gewählt[73]. Ein derartiger Beschluss würde das Recht der betreffenden Aktionärskategorie in unsachlicher Weise einschränken. Auch hier gilt aber, dass der Ermessensspielraum der Mehrheitsaktionäre bezüglich der Definition des sachlichen Grundes relativ breit ist.
- Eine Kapitalerhöhung wird durchgeführt, obwohl das Unternehmen kein Kapital benötigt. Eine derartige Kapitalerhöhung stellt für einen Minderheitsaktionär auch dann eine Bedrohung dar, wenn sein Bezugsrecht gewahrt wird, da er vor der Wahl steht, entweder eine Verwässerung zu erleiden oder aber der Gesellschaft Kapital zur Verfügung zu stellen, das von der Mehrheit nach eigenem Ermessen verwendet wird[74]. Auch wenn in der Literatur anerkannt wird, dass eine derartige Kapitalerhöhung missbräuchlich sein kann, lässt sich die Position der Minderheitsaktionäre in der Praxis kaum durchsetzen, da es dem Verwaltungsrat bzw. den Mehrheitsaktionären fast immer gelingt aufzuzeigen, dass die Gesellschaft das betreffende Kapital zur Finanzierung zukünftiger Investitionen oder zur Absicherung gegenüber Risiken benötigt[75]. In derartigen Situationen sind die Gerichte nicht gewillt, in das Ermessen des Verwaltungsrates und der Hauptaktionäre zur Gestaltung der Finanzierung einer Gesellschaft bzw. in die Bestimmung des Fremd- und Eigenkapitalverhältnisses einzugreifen.

Die obige Darstellung der von der Literatur und Rechtsprechung erwähnten Beispiele zeigt, dass der in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR erwähnte Spezialtatbestand für den Kläger im konkreten Fall meist nicht erfolgsversprechend ist. Wenn es der Gesellschaft gelingt, im Rahmen der Interessenabwägung ihre Interessen in einigermassen glaubhafter Weise darzustellen, so geben die Gerichte diesen vom Verwaltungsrat und von den Mehrheitsaktionären definierten Interessen im Allgemeinen den Vorzug. In diesem Bereich kann eine Anfechtungsklage daher nur erfolgreich sein, wenn der betreffende Beschluss zu einer massiven Schädigung des Klä-

[73] BGE 107 II 179 E. 3 ff.; BGE 66 II 43 E. 6 f. Vgl. auch BÖCKLI, § 16 N 113.
[74] Vgl. z.B. BGE 102 II 265; BGE 99 II 55.
[75] Vgl. z.B. BGE 102 II 265; BGE 99 II 55.

© Stämpfli Verlag AG Bern

gers führt, ohne dass dieser Schädigung erkennbare Vorteile der Gesellschaft gegenüberstehen würden[76].

5.2.3 Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre

Gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR kann ein Beschluss auch angefochten werden, wenn er zu einer durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre führt[77]. Hintergrund einer derartigen Anfechtung ist das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip: Die Aktionäre müssen bezüglich der Vermögensrechte nach Kapitalanteilen relativ gleich behandelt werden, während sie bezüglich Informations- und Schutzrechten absolut gleich behandelt werden müssen[78]. Abweichungen von der Gleichbehandlung bei den Vermögens- und Informationsrechten sind aber grundsätzlich möglich, wenn sie im Interesse der Gesellschaft liegen[79]. Weist die Klägerin eine Ungleichbehandlung nach, so muss der Rechtfertigungsgrund, d.h. der Umstand, dass die Ungleichbehandlung im Interesse der Gesellschaft liegt, von der Gesellschaft nachgewiesen werden. Dem Gericht obliegt dann eine Interessenabwägung, bei der es die Interessen des Aktionärs an einer Gleichbehandlung bzw. an der Aufrechterhaltung seiner Rechte gegen die Interessen der Gesellschaft abwägen muss[80]. Die Praxis zeigt, dass die Erfolgschancen einer Anfechtung bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips wesentlich besser sind als in den von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR erfassten Fällen, bei denen Aktionärsrechte eingeschränkt werden, aber alle Aktionäre in grundsätzlich gleicher Weise betroffen sind. In Literatur und Rechtsprechung finden sich folgende Beispiele von Verletzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes:

- Kapitalerhöhungen zu Gunsten einzelner Aktionäre unter Entzug des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre[81];

---

76 Dieser Fall tritt beispielsweise beim Entzug von Bezugsrechten ein, wenn die Aktien klar unter dem Verkehrswert ausgegeben werden oder wenn die Kapitalerhöhung dazu führt, dass der Stimmenanteil des Klägers unter eine für seine Minderheitsrechte wesentliche Grenze fällt (33⅓% oder 10%).

77 BGer 4A_205/2008 vom 19. August 2008 E. 3.1.

78 BasK-TRUFFER/DUBS, N 15b zu Art. 706 OR.

79 BGE 102 II 265 E. 1; BGE 99 II 55 E. 2; BGE 91 II 298 E. 2 ff.

80 BasK-TRUFFER/DUBS, N 15 zu Art. 706 OR.

81 BGE 91 II 298.

© Stämpfli Verlag AG Bern

- Kapitalherabsetzung zum Rückkauf von Aktien zu Gunsten einzelner Aktionäre;
- Opting-out bei kotierten Gesellschaften zu Gunsten von Grossaktionären[82].

Auch wenn die Gerichte bei der Interessenabwägung häufig den vom Verwaltungsrat bzw. den Mehrheitsaktionären definierten Interessen folgen, kann eine Anfechtung erfolgreich sein, wenn es dem Minderheitsaktionär gelingt, nachzuweisen, dass die Interessen der Gesellschaft auch durch eine Massnahme erreicht werden können, bei der die Aktionäre gleichbehandelt werden. In diesem Fall entpuppt sich der betreffende Beschluss letztlich als geradezu zweckwidrig, denn es werden gar nicht die Interessen der Gesellschaft verfolgt, sondern allein diejenigen der Mehrheitsaktionäre, die von der Ungleichbehandlung profitieren.

5.2.4 Aufhebung der Gewinnstrebigkeit

Gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR sind auch Beschlüsse anfechtbar, mit denen die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufgehoben wird. Diese Bestimmung, welche dem Recht der Aktionäre auf Gewinnstrebigkeit als Endzweck der Aktiengesellschaft zum Durchbruch verhilft, ist aber nur anwendbar, wenn die Generalversammlung ausdrücklich den Beschluss fasst, die Gewinnstrebigkeit aufzugeben[83]. Sie kommt dagegen nicht zur Anwendung, wenn Beschlüsse gefasst werden, die sich auf den Gewinn negativ auswirken wie z.B. der Beschluss, auf eine Kapitalerhöhung zu verzichten, die zur Umsetzung der Strategie des Unternehmens notwendig ist, oder der Beschluss, im Sinne einer Teilliquidation einen wichtigen Teil des Unternehmens zu verkaufen.

5.2.5 Unbefugte Teilnahme von Nichtaktionären an der Abstimmung / Verfahrensfehler

Art. 691 OR regelt einen Unterfall der Anfechtung und erlaubt ausdrücklich die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, an denen Personen mitgewirkt haben, die gar nicht zur Teilnahme befugt waren. Zu

---

82 Art. 22 Abs. 3 OR.

83 CR-PETER/CAVADINI, N 37 zu Art. 706 OR; KNOBLOCH, S. 250.

© Stämpfli Verlag AG Bern

einer derartigen Situation kann es bei einer Publikumsgesellschaft kommen, wenn den Aktionären an einem bestimmten Stichtag vor der Generalversammlung Stimmrechtsausweise zugestellt werden und ein Aktionär, der seine Aktien nach diesem Termin, aber noch vor der Generalversammlung verkauft hat, mit der betreffenden Stimmrechtskarte an der Generalversammlung teilnimmt und abstimmt, oder wenn Aktionäre, welche Vinkulierungsbestimmungen oder Stimmrechtsbeschränkungen umgangen haben, abstimmen. Eine Klage wegen der Teilnahme von nicht stimmberechtigten Personen hat allerdings nur dann Erfolg, wenn der Kläger nachweist, dass die Teilnahme dieser Personen an der Abstimmung für das Resultat relevant war[84]. Sofern der Anfechtungskläger nachgewiesen hat, dass tatsächlich Personen an der Abstimmung teilgenommen haben, die nicht stimmberechtigt waren, obliegt der Beweis, dass deren Teilnahme nicht zu einem anderen Ergebnis geführt hat, gemäss Art. 8 ZGB der Gesellschaft[85]; der Kläger kennt das Stimmverhalten der betreffenden Aktionäre häufig nicht und weiss oft auch nicht, wie viele zustimmende und ablehnende Stimmen bei einer bestimmten Abstimmung abgegeben wurden[86].

Das Erfordernis, dass der Fehler bei der Durchführung der Generalversammlung zu einem anderen Abstimmungsresultat geführt hat als eine fehlerlose Durchführung, gilt nach dem Wortlaut von Art. 691 OR einzig bei der Teilnahme nicht berechtigter Personen an Abstimmungen[87]. In der Literatur wird das Prinzip der Kausalität allerdings auf alle Verfahrensmängel im Zusammenhang mit der Durchführung einer Generalversammlung angewendet[88]. Eine derartige analoge Anwendung des in Art. 691 OR vorgesehenen Prinzips ist m.E. aber verfehlt, da der Wortlaut von Art. 706 OR keinen Hinweis auf ein Kausalitätserfordernis enthält und daher diese Einschränkung des Anfechtungsrechtes, die in Art. 691 OR vorgesehen wird, wegen eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers nicht auf die übrigen Anfechtungsgründe analog angewendet werden

84 VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1168; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 33.

85 BGE 122 III 279 E. 2.

86 Beweisprobleme ergeben sich vor allem dann, wenn in der Generalversammlung durch Handerheben abgestimmt wird, ohne dass die Stimmen genau ausgezählt werden, und im Protokoll nur eine "mehrheitliche Annahme" eines Antrages vermerkt ist.

87 Vgl. zu dieser Frage BÖCKLI, § 16 N 108; RIEMER, N 80 f. A.A. KNOBLOCH, S. 127 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 18.

88 KNOBLOCH, S. 127, m.w.H.

© Stämpfli Verlag AG Bern

kann[89]. Die Einschränkung des Kausalitätserfordernisses auf den in Art. 691 OR ausdrücklich erwähnten Spezialfall ist auch sachlich richtig: Die Situation, die von Art. 691 OR abgedeckt wird, unterscheidet sich nämlich von den anderen Verfahrensvorschriften bezüglich Einladung, Teilnahme, Bekanntgabe von Traktanden oder dem Äusserungsrecht der Aktionäre: Werden bei der Ermittlung des Ergebnisses unrechtmässig abgegebene Stimmen gezählt, so erschöpfen sich die Auswirkungen der Rechtsverletzung allein in einer quantitativen Veränderung des Ergebnisses; wird ein Aktionär vor der Generalversammlung nicht informiert, weil er den Geschäftsbericht nicht erhält, darf er sich bei der Generalversammlung nicht äussern oder wird er sogar gar nicht eingeladen, so führen diese Mängel dazu, dass er an der Generalversammlung die anderen Aktionäre durch seine Äusserungen nicht beeinflussen bzw. sein Fragerecht nicht ausüben kann – dies kann zu einer Verschiebung von Stimmen führen, die über die Stimmen des betroffenen Aktionärs selbst weit hinausgeht. Vor allem würde aber durch die Ausweitung des Erfordernisses der Kausalität jede Klage eines Minderheitsaktionärs bezüglich der Verletzung der Verfahrensvorschriften unmöglich, da der Minderheitsaktionär aufgrund seiner Stellung definitionsgemäss überstimmt wird und deshalb nie die Kausalität nachweisen kann. Dies würde aber die Durchsetzung der Verfahrensvorschriften verunmöglichen, welche die Rechte des Minderheitsaktionärs schützen sollen.

6. Verfahrensfragen

6.1 Wirkungen eines positiven Urteils

Die Anfechtungsklage ist eine Gestaltungsklage[90], weil sie die Aufhebung eines von der Gesellschaft gefassten Beschlusses bewirken kann und so die Rechtslage ändert. Das Urteil wirkt nicht nur zwischen den Parteien, d.h. der Klägerin und der Gesellschaft, sondern auch gegenüber allen Aktionären und Drittpersonen, die aus dem Beschluss Rechte ableiten können[91]. Das Urteil wirkt ex tunc[92], sodass alle Beteiligten so gestellt sind,

---

89 In diesem Sinne liegt ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor; Botschaft 1983, S. 831 f.; KNOBLOCH, S. 128.

90 TANNER, N 187 zu Art. 706 OR.

91 BÖCKLI, § 16 N 131; CR-PETER/CAVADINI, N 45 zu Art. 706 OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 24 zu Art. 706 OR.

92 TANNER, N 199 zu Art. 706 OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

wie wenn der angefochtene Beschluss gar nie gefasst worden wäre. Rechtshandlungen des Verwaltungsrates, welche dieser auf der Basis des Beschlusses gemacht hat, sind nichtig, weshalb entsprechende Erfüllungshandlungen rückabgewickelt werden müssen[93].

Das Prinzip, wonach das Urteil ex tunc wirkt und Umsetzungshandlungen nichtig sind, findet seine Grenze aber in der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters und im Schutz der Gläubiger[94]. Wird eine Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen und später erfolgreich angefochten, so kann diese nicht rückgängig gemacht werden, da sonst die Gläubiger, die zwischenzeitlich mit der Gesellschaft Geschäfte abgeschlossen haben, in ihrem Vertrauen auf die im Handelsregister publizierte Kapitalerhöhung enttäuscht würden. In diesen Fällen gehen der Gläubigerschutz und das Prinzip der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters vor. M.E. muss es dem Richter bei einer erfolgreichen Anfechtung in einer derartigen Situation aber möglich sein, die Durchführung einer Kapitalherabsetzung nach den Vorschriften von Art. 732 ff. OR anzuordnen, um einer berechtigten Anfechtung Nachachtung zu verschaffen. Das Urteil ersetzt in diesem Fall den Generalversammlungsbeschluss[95]. Diese Lösung, die bisher allerdings noch nie von einem Gericht angewandt wurde, ist m.E. zur Wahrung der Interessen der beteiligten Aktionäre und Gläubiger aber folgerichtig. Einerseits wird mit einer derartigen Anordnung einer materiell berechtigten Anfechtung zum Durchbruch verholfen, andererseits werden die Gläubigerinteressen in dem Masse geschützt, wie dies vom Obligationenrecht bei Kapitalherabsetzungen vorgesehen ist, sodass das Vertrauen der Gläubiger in den Handelsregistereintrag nicht enttäuscht wird.

6.2 Sind Vergleiche und eine Anerkennung möglich?

Auch bei Anfechtungsklagen können sich Situationen ergeben, bei denen eine Anerkennung der Klage oder ein Vergleich sinnvoll sein können. Zu einer derartigen Situation kann es beispielsweise kommen, wenn der Kläger im Rahmen einer Anfechtungsklage liquid beweisen kann, dass die Gesellschaft bei der Einladung zur Generalversammlung einen Fehler

93 BGE 138 III 204 E. 4.2.

94 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 76; TANNER, N 213 zu Art. 706 OR.

95 Zu diesem Zweck muss der Richter auch die Erstellung eines speziellen Revisionsberichtes durch einen Revisionsexperten im Sinne von Art. 732 Abs. 2 OR anordnen.

© Stämpfli Verlag AG Bern

begangen hat, der nach der Gerichtspraxis zur Anfechtung berechtigt[96]. In Anbetracht des zu erwartenden Urteils wäre es für das Unternehmen sinnvoll, die Klage anzuerkennen, um weitere Kosten zu vermeiden.

Bei Anfechtungsklagen geht es aber notwendigerweise immer um Entscheide, die allein in der Kompetenz der Generalversammlung liegen. Der Verwaltungsrat, der die Gesellschaft in einem derartigen Prozess vertritt, hat daher bezüglich der Rechtsverhältnisse, die einer derartigen Klage zugrunde liegen, keine Kompetenzen und kann deshalb nach der Bundesgerichtspraxis eine Anfechtungsklage weder anerkennen noch diesbezüglich einen gültigen Vergleich abschliessen[97]. Entgegen der in der Lehre zum Teil geäusserten Kritik ist diese Praxis m.E. folgerichtig, da die Kompe-tenzordnung gemäss Art. 698 OR zwingend ist[98]. Überdies verhindert diese Praxis auch, dass der Verwaltungsrat mit Aktionären, die einen dem Verwaltungsrat nicht genehmen Beschluss anfechten, zusammenarbeitet und durch Anerkennung der Klage den entsprechenden Beschluss der Generalversammlung zu Fall bringt.

Eine Gesellschaft, die zum Schluss gelangt, dass eine Anfechtung materiell berechtigt ist, hat aber auch ohne die Anerkennung einer Klage die Möglichkeit, die Rechtslage zu klären, ohne dass das ganze Anfechtungsverfahren durchgeführt werden muss: Der Verwaltungsrat kann der Generalversammlung in einem derartigen Fall beantragen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und einen neuen regelkonformen Beschluss zu fassen[99]. Damit wird das Anfechtungsverfahren, wie vorne dargestellt, gegenstandslos und muss wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses des Klägers eingestellt werden. Auf diese Weise kann eine Lösung gefunden werden, welche die gesetzliche Kompetenzordnung respektiert und der Generalversammlung die Möglichkeit gibt, indirekt auch über die Fortsetzung des Prozesses zu entscheiden.

6.3 Vorsorgliche Massnahmen

Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses allein hemmt dessen Umsetzung nicht. Bis zum Erlass des Urteils können sich der Verwaltungsrat und die übrigen Organe der Gesellschaft so verhalten, wie

96 Z.B. unrichtige Traktandierung oder auch der versehentliche Verzicht auf die Einladung von Aktionären.

97 BGE 122 III 279 E. 3c/aa; BGE 80 I 385 E. 4.

98 TANNER, N 207 zu Art. 706 OR.

99 BGE 86 II 165 E. 5; BasK-TRUFFER/DUBS, N 28 zu Art. 706 OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

wenn der Beschluss gültig wäre und diesen dementsprechend auch vollziehen[100].

Da beim Vollzug eines Generalversammlungsbeschlusses zum Teil Tatsachen geschaffen werden, die faktisch irreversibel sind[101] oder aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden können[102], hat der Kläger ein legitimes Bedürfnis nach wirkungsvollem Schutz durch vorsorgliche Massnahmen. Diesem Schutzbedürfnis wird bei Anfechtungsklagen wie folgt Rechnung getragen:

- **Handelsregistersperre**
  Setzt die Umsetzung eines Beschlusses einen Handelsregistereintrag voraus, so kann dies[103] durch eine Handelsregistersperre im Sinne von Art. 162 ff. HRegV verhindert werden. Eine derartige Handelsregistersperre wird vom Handelsregister auf einseitiges Gesuch eines Aktionärs verfügt; eine Begründung des Gesuchs ist nicht notwendig[104]. Das Handelsregister hat keine Kompetenz zur materiellen Überprüfung des Gesuchs[105]. Die Handelsregistersperre bleibt aber nur in Kraft, wenn der Kläger innert zehn Tagen nach Erlass der Handelsregistersperre nachweist, dass er eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO beantragt hat[106].

- **Vorsorgliche Massnahme**
  Um die Umsetzung eines angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses während der Dauer des Verfahrens zu verhindern, kann der Kläger gemäss Art. 261 ff. ZPO eine vorsorgliche Massnahme beantragen, die zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes die Umsetzung des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses verbietet. Eine vorsorgliche Massnahme wird verfügt, wenn der Kläger einerseits seinen Anspruch glaubhaft machen kann, d.h. darlegt, dass ein Obsiegen wahrscheinlich ist, und wenn er andererseits aufzeigt, dass er ohne vorsorgliche Massnahme einen nicht leicht wiedergutzumachenden

[100] Vgl. das Vorgehen des Verwaltungsrates im Fall, der BGE 138 III 204 zugrunde lag: Der Generalversammlungsbeschluss auf Durchführung einer Kapitalherabsetzung mit nachfolgender Kapitalerhöhung wurde trotz Anfechtung umgesetzt. Siehe dazu auch BÖCKLI, § 16 N 128; DRUEY, S. 157.

[101] Insbesondere Geschäftsführungshandlungen eines zu Unrecht gewählten, neuen Verwaltungsrates.

[102] Insbesondere im Falle von Kapitalerhöhungen.

[103] Insbesondere Kapitalveränderungen und Statutenänderungen.

[104] DRUEY, S. 157; TANNER, N 214 f. zu Art. 706 OR.

[105] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 77; TANNER, N 215 zu Art. 706 OR.

[106] GASSMANN, S. 420 ff., S. 426.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Nachteil erleidet, weil die Umsetzung des angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses nach einem positiven Urteil nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann[107].

Gemäss Art. 264 ZPO wird der Kläger schadenersatzpflichtig, wenn die Anfechtungsklage nach Erlass der vorsorglichen Massnahme abgewiesen wird und die vorsorgliche Massnahme dementsprechend nicht berechtigt war. Er muss in einem derartigen Fall der Gesellschaft den Schaden ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass diese während der Geltung der vorsorglichen Massnahme den angefochtenen Generalversammlungsbeschluss nicht umsetzen konnte. Gerade wenn mit einer vorsorglichen Massnahme die Durchführung einer Kapitalerhöhung verhindert wird, kann dies zu einer erheblichen Schädigung der betroffenen Gesellschaft führen, da sie mangels Kapitalerhöhung teureres Fremdkapital aufnehmen muss, bestimmte Investitionen nicht durchführen kann oder sogar in ihrer Existenz bedroht ist. Obwohl das Gericht den Schadenersatz gemäss Art. 264 Abs. 2 ZPO reduzieren kann, wenn der Kläger den Antrag um vorsorgliche Massnahme "in guten Treuen" gestellt hat, d.h. wenn er aufgrund der Sach- und Rechtslage davon ausgehen konnte, dass er obsiegen würde, ist mit dieser Schadenersatzpflicht ein hohes Prozessrisiko für den Kläger verbunden.

Ist zu befürchten, dass eine vorsorgliche Massnahme zu einem Schaden führt, kann das Gericht auf Antrag der Gesellschaft den Erlass der vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO davon abhängig machen, dass der Kläger eine angemessene Sicherheit leistet. Die Höhe der Sicherheit wird vom Gericht entsprechend dem möglichen Schaden der Gesellschaft festgesetzt, da die Sicherheit deren potentiellen Schadenersatzanspruch abdecken soll[108]. Bei der Anfechtung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses einer grösseren Gesellschaft kann die Sicherheitsleistung einen sehr hohen Betrag erreichen, der das wirtschaftliche Interesse des Minderheitsaktionärs an der Anfechtungsklage und häufig auch seine finanziellen Möglichkeiten überschreitet. Daher sind bei grösseren Gesellschaften vorsorgliche Massnahmen zur Verhinderung einer Kapitalerhöhung oft nur theoretisch möglich, in der Praxis aber für den Kläger schlicht nicht tragbar. Dies hat die Konsequenz, dass Anfechtungsklagen in solchen Fällen voll-

[107] BasK-SPRECHER, N 10 ff. zu Art. 261 ZPO, m.w.H.
[108] BasK-SPRECHER, N 29 zu Art. 264 ZPO; ZPO-ZÜRCHER, N 6 zu Art. 264 ZPO.

© Stämpfli Verlag AG Bern

ständig unterbleiben, da die Klage nach Durchführung der Kapitalerhöhung sinnlos ist, weil die Kapitalerhöhung aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden kann[109].

6.4 Kostenverteilung

Gemäss Art. 106 ZPO werden die Prozesskosten, d.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung, jener Partei auferlegt, welche im Prozess unterliegt. Die Höhe der Prozesskosten richtet sich dabei nach dem Streitwert[110]. Bei Anfechtungsklagen richtet sich der Streitwert jeweils nach dem Interesse der Gesellschaft und nicht nach dem Interesse des Klägers, da sich ein positives Urteil, wie oben in Ziff. 6.1 dargestellt, nicht nur auf das Verhältnis zwischen Kläger und Gesellschaft auswirkt, sondern dazu führt, dass der angefochtene Beschluss mit Wirkung für alle Aktionäre dahinfällt[111]. Dies führt dazu, dass Anfechtungsprozesse aus der Sicht des Klägers ein asymmetrisches Gewinn-/Risikoprofil aufweisen. Ein Minderheitsaktionär hat an der Anfechtungsklage normalerweise ein wesentlich geringeres finanzielles Interesse als die betroffene Gesellschaft. Leitet ein Aktionär, der einen Anteil von 2% an einer Gesellschaft hält, eine Anfechtungsklage gegen eine Kapitalerhöhung ein, weil ihm das Bezugsrecht entzogen wurde, so beläuft sich sein finanzielles Interesse höchstens auf 2% des Kapitalerhöhungsbetrages, während sich das Interesse der Gesellschaft auf 100% dieses Betrages beläuft. In Anbetracht des asymmetrischen Kosten-/Nutzenverhältnisses und des Umstandes, dass der Kläger versucht, die Interessen aller Aktionäre an einem rechtskonformen Beschluss durchzusetzen, könnte ein Gericht gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. d und f ZPO nach eigenem Ermessen eine vom Obsiegen im Verfahren unabhängige Kostenverteilung vornehmen oder die Parteientschädigung aufgrund des Interesses des Klägers und nicht der Gesellschaft festlegen[112]. Aus der Praxis der Gerichte zu Art. 706a Abs. 3 aOR, der bis zur Einführung der eidgenössischen ZPO galt und den Gerichten die Möglichkeit gab, bei Abweisung der Klage von der normalen Prozesskostenverteilung abzusehen, um dem Problem der

[109] Vgl. aber die vorne in Ziff. 6.1 vom Autor vorgeschlagene Anordnung einer Kapitalherabsetzung durch das Gericht.

[110] BasK-RÜEGG, N 1 zu Art. 91 ZPO.

[111] BGE 133 III 368 E. 1.3.2; BGE 75 II 152 E. 1.

[112] BÖCKLI, § 16 N 125 f. Ausführlich zum Kostenrisiko der Minderheitsaktionäre GASSMANN, S. 422 f.

© Stämpfli Verlag AG Bern

asymmetrischen Verteilung der Risiken Rechnung zu tragen, muss aber geschlossen werden, dass die Gerichte auch von Art. 107 Abs. 1 lit. d und f ZPO nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen werden[113]. Die Gerichte messen dem Schutz der Gesellschaften vor unberechtigten Klagen meistens wesentlich höhere Bedeutung zu als der Förderung der Minderheitsrechte durch die Reduktion des Kostenrisikos[114]. Der Kläger sollte sich daher bei einer Anfechtungsklage nie auf eine für ihn günstige Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. d und f ZPO verlassen, sondern muss grundsätzlich mit dem vollen Kostenrisiko rechnen. Dies führt in der Praxis dazu, dass auch aussichtsreiche Anfechtungsklagen oft unterlassen werden, weil ein Minderheitsaktionär auch bei relativ geringem Prozessrisiko das für ihn überproportionale Kostenrisiko fürchtet.

6.5 Die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen – Prozessuale Konsequenzen

Gemäss Art. 706b OR sind Generalversammlungsbeschlüsse nichtig, die unter einem qualifizierten Mangel leiden. Dazu gehören einerseits die eindeutigen Rechtsverletzungen, die in Art. 706b Ziff. 1 bis 3 OR erwähnt werden, andererseits aber auch Generalversammlungsbeschlüsse, die aus rechtlicher Sicht gar nie gefasst wurden, weil die Grundlagen für einen Beschluss fehlten[115]. Beispiele für derartige "Nicht-Beschlüsse" sind Beschlüsse von Universalversammlungen, die in Anwesenheit bloss eines Teils der Aktionäre durchgeführt wurden, oder von Generalversammlungen, zu denen nur ein Teil der Aktionäre überhaupt eingeladen wurde, sowie auch von Generalversammlungen, die auf dem Zirkularweg abgehalten worden sind[116].

---

[113] Vgl. BGer 4A_97/2010 vom 21. März 2011 E. 3; BGer 4A_331/2008 vom 15. September 2008 E. 5; BGer 4A_205/2008 vom 19. August 2008 E. 5; BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 7; BGer 4C.275/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 5; BGer 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 E. 6; BGer 4C.324/2001 vom 7. Februar 2002 E. 5; BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000 E. 4.

[114] Vgl. BGer 4A_331/2008 vom 15. September 2008 E. 5; BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007 E. 7.

[115] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 117; BasK-TRUFFER/DUBS, N 17 zu Art. 706b OR.

[116] Für weitere Beispiele siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 118 ff.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Nichtige Beschlüsse entfalten von vornherein keine Rechtswirkung und bleiben grundsätzlich auch für immer unwirksam[117]. Dies unterscheidet sie von anfechtbaren Beschlüssen, die gültig sind, wenn sie nicht innert der zweimonatigen Frist von Art. 706a Abs. 1 OR angefochten werden.

Ist ein Beschluss nichtig, so können alle Personen, die an der Feststellung der Nichtigkeit ein Interesse haben, eine Feststellungsklage einleiten, mit der verlangt wird, dass die Nichtigkeit des Beschlusses vom Gericht festgestellt wird[118]. Damit ist die Aktivlegitimation wesentlich breiter definiert als bei der Anfechtungsklage, die, wie vorne in Ziff. 3 dargestellt, nur dem Verwaltungsrat und den Aktionären offensteht. Die Nichtigkeitsklage steht dementsprechend insbesondere auch Gläubigern offen, die mit dieser Klage im Zusammenhang mit einem Konkurs- oder Nachlassverfahren Beschlüsse beseitigen können, die gegen zentrale Gläubigerschutzvorschriften verstossen.

Nichtigkeits- und Anfechtungsklage weisen in juristischer Sicht eine sehr unterschiedliche Struktur auf. Bei der Nichtigkeitsklage handelt es sich um eine Feststellungsklage, bei der die ursprüngliche Ungültigkeit des Beschlusses festgestellt wird, während die Anfechtungsklage eine Gestaltungsklage ist, mit der ein mangelhafter Beschluss aufgehoben wird. In der Praxis haben diese Klagen aber sehr ähnliche Wirkungen, weil beide Klagen letztlich dazu führen, dass ein Generalversammlungsbeschluss aufgrund eines Urteils nicht mehr zur Anwendung kommt. Ein wesentlicher Unterschied, der sich aus der unterschiedlichen rechtlichen Natur der beiden Klagen ergibt, liegt aber im Fristenlauf. Während eine Nichtigkeitsklage grundsätzlich immer erhoben werden kann, solange noch ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit besteht[119], muss die Anfechtungsklage, wie in Ziff. 4 oben dargestellt, gemäss Art. 706a Abs. 1 OR innert zwei Monaten seit der Generalversammlung eingereicht werden. Eine Nichtigkeitsklage ist daher auch dann noch möglich, wenn die Fristen für die Anfechtungsklage bereits abgelaufen sind.

Der Vergleich der in Art. 706b Ziff. 1, 2 und 3 OR aufgeführten Nichtigkeitsgründe mit den in Art. 706 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Ziff. 1 OR aufgeführten Anfechtungsgründen zeigt allerdings, dass Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht scharf voneinander abgegrenzt werden können, sondern

[117] BÖCKLI, § 16 N 183; BasK-TRUFFER/DUBS, N 4 zu Art. 706b OR.
[118] BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGE 115 II 468 E. 3b.
[119] BGE 137 III 460 E. 3.3.2; TANNER, N 167 zu Art. 706b OR.

© Stämpfli Verlag AG Bern

dass der Übergang von blosser Anfechtbarkeit zu Nichtigkeit in einem breiten Bereich fliessend ist[120]. Die Frage, ob ein Entscheid nichtig oder bloss anfechtbar ist, hängt letztlich von einer Interessenabwägung des Gerichtes ab. Dieses muss sich die Frage stellen, ob eine Gesetzesverletzung derart schwer wiegt, dass ein Beschluss ohne Aussicht auf Heilung ungültig bleibt, oder ob es im Sinne der Rechtssicherheit besser ist, dass der betreffende Beschluss gültig wird, wenn innert Frist keine Anfechtung erfolgt. Die Gerichtspraxis zeigt, dass die Gerichte bezüglich der Nichtigkeit äusserst zurückhaltend sind und ausserhalb von schweren Formfehlern bei der Einberufung und Durchführung von Generalversammlungen und der Verletzung von Vorschriften des Kapital- bzw. Gläubigerschutzes kaum je die Nichtigkeit eines Beschlusses bejahen[121]. Dies führt dazu, dass bei der Vorbereitung einer Klage kaum je mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob tatsächlich ein nichtiger Beschluss vorliegt oder ob dieser nur anfechtbar ist. Daher empfiehlt es sich, bei allen Fällen vermuteter Nichtigkeit die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit innerhalb der zweimonatigen Frist von Art. 706a Abs. 1 OR einzuleiten und den Hauptantrag auf Feststellung der Nichtigkeit mit dem Eventualantrag auf Anfechtung zu verbinden. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass ein Entscheid, der zwar nicht nichtig, aber dennoch anfechtbar ist, durch die betreffende Klage tatsächlich zu Fall gebracht werden kann.

[120] RIEMER, N 312; TANNER, N 28 zu Art. 706 OR; DOMENICONI/VON DER CRONE, S. 223 ff., S. 232.

[121] BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGE 115 II 468 E. 3b.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Literaturverzeichnis

BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009.

BRUNNER, ALEXANDER/GASSER, DOMINIK/SCHWANDER, IVO (Hrsg.) (ZPO-BEARBEITER): Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011.

DOMENICONI, ALEX/VON DER CRONE, HANS CASPAR: 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), SZW 2009, S. 223 ff.

DRUEY, JEAN NICOLAS: Mängel des GV-Beschlusses, in: DRUEY, JEAN NICOLAS/ FORSTMOSER, PETER (Hrsg.): Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131 ff.

DRUEY, JEAN NICOLAS/GLANZMANN, LUKAS: Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Auflage, Zürich 2010.

FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

GASSMANN, RICHARD: Durchsetzung der Minderheitsrechte von Aktionären unter der neuen ZPO, GesKR 2012, S. 420 ff.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2010.

KNOBLOCH, STEFAN: Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2010.

KOLLER, ALFRED: Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 6 (1988), S. 51 ff.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012.

RIEMER, HANS MICHAEL: Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht: Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998.

SPÜHLER, KARL/TENCHIO, LUCA/INFANGER, DOMINIK (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.

TANNER, BRIGITTE: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht: Die Aktiengesellschaft – Die Generalversammlung: Art. 698-706b OR, 2. Auflage, Zürich 2003.

TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC (Hrsg.) (CR-BEARBEITER): Commentaire Romand, Code des obligations II, Basel 2008.

VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts: Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. Auflage, Zürich 2011.

© Stämpfli Verlag AG Bern