

Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse

CLAIRE HUGUENIN/BRUNO MAHLER

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Einleitung | 131 |
| II. | Der Beschluss als Handlungsinstrument der Generalversammlung | 132 |
| III. | Der mangelhafte Beschluss | 134 |
| | 1. Begriff und Arten von Beschlussmängeln | 134 |
| | 2. Formelle Mängel insbesondere | 134 |
| | 3. Gültigkeit und Ungültigkeit | 136 |
| IV. | Anfechtbarkeit (Art. 706 OR) | 138 |
| | 1. Inhaltliche Mängel | 138 |
| | 2. Formelle Mängel | 139 |
| | 3. Wirkung | 140 |
| | a) Grundsatz: Kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils | 140 |
| | b) Relativierungen | 141 |
| | aa) Positive Beschlussfeststellungsklage bei formellen Mängeln | 141 |
| | bb) Teilungültigkeit bei inhaltlichen Mängeln | 142 |
| | c) Stellungnahme | 143 |
| V. | Nichtigkeit (Art. 706b OR) | 146 |
| | 1. Inhaltliche Mängel | 146 |
| | 2. Formelle Mängel | 147 |
| | 3. Wirkung | 148 |
| | a) Grundsatz: Absolute Ungültigkeit | 148 |
| | b) Relativierungen | 148 |
| | aa) Rechtsmissbrauchsverbot | 148 |
| | bb) Vertrauensschutz | 149 |
| | c) Stellungnahme | 149 |
| VI. | Schlussbetrachtung | 151 |

I. Einleitung

In seinem 2014 erschienenen Werk zum Aktienrecht schreibt HANS CASPAR VON DER CRONE: «Die aktienrechtliche Spezialregelung erschliesst sich in ihrer ganzen Funktion

nur, wenn man Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als zusammenhängendes Konzept betrachtet.»¹ Daran wollen die Autoren dieses Beitrags anknüpfen: Im Folgenden soll die rechtliche Behandlung mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse systematisch dargestellt werden. Dabei wird in Abweichung vom typisch gesellschaftsrechtlichen «Aktionendenken» mit Absicht eine materiell-rechtliche Perspektive eingenommen. Zunächst gehen wir auf den Beschluss als Resultat kollektiver Willensbildung ein (II.). Sodann zeigen wir auf, unter welchen Voraussetzungen ein Beschluss mangelhaft ist (III.). Schliesslich werden Anfechtbarkeit gemäss Art. 706 OR (IV.) und Nichtigkeit gemäss Art. 706b OR (V.) als mögliche Mangelfolgen betrachtet. Dabei interessieren insbesondere auch die Überlegungen, nach Massgabe derer die Ungültigkeit der entsprechenden Beschlüsse wiederum relativiert wird.

II. Der Beschluss als Handlungsinstrument der Generalversammlung

Die Generalversammlung ist das oberste Organ der Aktiengesellschaft.² Die ihr zugewiesenen Kompetenzen übt die Generalversammlung mittels Beschlüssen aus. Inhaltlich kann es sich bei diesen Beschlüssen um rechtsanwendende (individuell-konkrete) Anordnungen handeln; möglich ist aber auch, dass die Generalversammlung mittels generell-abstrakter Beschlüsse verbandsinternes Recht setzt. Formal bildet der Beschluss das Endprodukt eines institutionalisierten Willensbildungsverfahrens, das idealtypisch aus Antrag, Beratung, Abstimmung und Beschlussverkündung besteht.³ Ein Beschluss kommt nicht nur zustande, wenn der zur Abstimmung gebrachte Antrag angenommen wird (positiver Beschluss). Die Generalversammlung entscheidet auch dann verbindlich, wenn sie sich von einem Antrag distanziert. In diesem Fall entsteht ein sog. negativer Beschluss.⁴

Anders als der Wille der einzelnen Versammlungsteilnehmer ist der mit der Beschlussfassung gewonnene «Gesellschaftswille» nicht eine innere Tatsache, sondern ein *rechtliches Konstrukt*. Er beruht auf der Auswertung des Abstimmungsergebnisses gestützt auf den geltenden *Zustimmungsmodus*. Daraus ergibt sich erstens, dass der Beschlussinhalt von den einzelnen Willenserklärungen losgelöst ist. Diese beeinflussen ihn nur indirekt, indem sie in ihrer Gesamtheit die arithmetische Grundlage für seine Feststellung bilden. Zweitens entsteht der Beschluss nicht bereits durch die Summe der abgegebenen Stimmen, sondern es bedarf einer Rechtsanwendung, die aus dem Abstim-

¹ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 166.

² Art. 698 Abs. 1 OR.

³ Vgl. dazu PETER HAEFLIGER, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1978, 75 ff.; ZK OR-BRIGITTE TANNER, Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, Zürich 2003, N 3 ff. zu Art. 703.

⁴ Vgl. ZK OR-TANNER (Fn. 3), N 11 zu Art. 703.

nungsergebnis den Beschlussinhalt konstruiert.⁵ Deshalb kommt der Beschluss erst mit seiner *Verkündung* zustande. Diese hat nach zutreffender Auffassung *konstitutive Wirkung*.⁶ Bei einer Differenz zwischen dem tatsächlichen Abstimmungsresultat und dem verkündeten Beschlussinhalt ist letzterer massgeblich.⁷ Diese Sichtweise entspricht dem Postulat der Rechtssicherheit: Sowohl Aktionäre wie auch aussenstehende Dritte sollen sich auf jene Beschlussversion verlassen können, welche die Versammlung als verbindlich zur Kenntnis genommen hat. Beizufügen ist, dass der falsch verkündete Beschluss an einem Mangel leidet und darum angefochten werden kann (s. hinten 139 f.).

Die Regeln des allgemeinen Vertragsrechts (OR AT) sind auf Beschlüsse analog anwendbar.⁸ Dabei ist den vorne dargestellten Besonderheiten des Beschlusses Rechnung zu tragen. So können z.B. *Willensmängel*⁹ die Ungültigkeit einzelner Stimmabgaben zur Folge haben. Die Gültigkeit des Beschlusses als Ganzes kann aber nur in Frage stellen, wer im Rahmen eines Anfechtungsprozesses nach Art. 706 f. OR geltend macht, dass der Beschluss ohne die ungültigen Einzelstimmen anders hätte verkündet werden müssen. Dazu hat der Anfechtende innert der zweimonatigen Frist von Art. 706a Abs. 1 OR Klage zu erheben.¹⁰ Die in der Lehre¹¹ bisweilen anzutreffende Vorstellung, dass die Versammlung als Organ unter dem Eindruck eines Willensmangels stehen könne und der Beschluss alsdann anfechtbar sein soll, ist abzulehnen. Irrtum oder auch Furcht sind psychische Vorgänge, die sich nicht auf den überindividuellen Prozess der «Willensbildung» der Generalversammlung übertragen lassen.¹²

Der Umstand, dass der Beschluss von den einzelnen Willenserklärungen (Stimmabgaben) abgekoppelt ist, muss auch bei der *Auslegung* berücksichtigt werden. Eine subjektive Auslegung, wie sie bei Verträgen primär zu erfolgen hat, fällt ausser Betracht, da der innere Wille der Beteiligten für die Beschlussgeltung unmassgeblich ist. Beschlüsse sind demnach objektiviert auszulegen. Fraglich ist, inwieweit dabei die konkreten Umstände (Äusserungen der Beteiligten, Protokolle), die für Aussenstehende nicht

⁵ WOLFGANG ERNST, Der Beschluss als Organakt, in: FS Leenen, Berlin/Boston 2012, 10.

⁶ BSK OR II-DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, 5. Aufl., Basel 2016, N 2a zu Art. 706; ERNST (Fn. 5), 9 ff.; BERTRAND G. SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009, § 6 N 9 ff.

⁷ A.M. ZK OR-TANNER (Fn. 3), N 57 zu Art. 703, die kritisiert, dass damit dem Vorsitzenden der Versammlung eine zu grosse Entscheidungsmacht zugebilligt werde.

⁸ Vgl. Art. 7 ZGB.

⁹ Art. 23 ff. OR.

¹⁰ Die einjährige Frist nach Art. 31 OR wird im Ergebnis durch die kürzere aktienrechtliche Frist verdrängt. Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Druey/Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 138.

¹¹ So etwa bei HAEFLIGER (Fn. 3), 112 und bei ZK OR-TANNER (Fn. 3), N 14 zu Art. 703.

¹² GL.M. ERNST (Fn. 5), 41.

ohne Weiteres erkennbar sind, eine Rolle spielen dürfen. Hierzu kann auf die Grundsätze verwiesen werden, die von Lehre und Rechtsprechung für die Auslegung von Statutenbestimmungen entwickelt worden sind.¹³ In kleinen Verhältnissen und bei Beschlüssen, die lediglich das Innenverhältnis betreffen, können die individuellen Umstände tendenziell einbezogen werden, während bei Gesellschaften mit vielen Mitgliedern oder Beschlüssen, die nach aussen wirken, eine generalisierende Betrachtung angezeigt scheint, wie sie für die Gesetzesauslegung typisch ist.¹⁴

III. Der mangelhafte Beschluss

1. Begriff und Arten von Beschlussmängeln

Ein Beschluss ist mangelhaft, wenn er gegen objektives Recht oder gegen die Statuten verstösst.¹⁵ Dabei kann zunächst nach dem «Rang» der verletzten Norm unterschieden werden, also danach, ob es sich um eine Gesetzesbestimmung oder um körperschaftsinternes Recht handelt. Sodann sind Mängel des Beschlussergebnisses (inhaltliche Mängel) von Mängeln abzugrenzen, die das Zustandekommen des Beschlusses betreffen (formelle Mängel).¹⁶ Während Inhaltsverstösse bei allen Rechtsgeschäften vorkommen können, sind Verfahrensmängel nur bei einem Beschluss denkbar: Sie sind Ausdruck davon, dass die Beschlussfassung ein normativ geordneter Prozess ist.¹⁷ Werden einschlägige (gesetzliche¹⁸ oder statutarische) Verfahrensvorschriften verletzt und hat dies eine Verfälschung der gesellschaftsinternen Willensbildung zur Folge, so haftet dem Beschluss ein Mangel an, der zu seiner Ungültigkeit führen kann. Auf diese Besonderheit des Beschlussmängelrechts ist nachfolgend näher einzugehen.

2. Formelle Mängel insbesondere

Aus Art. 691 Abs. 3 OR geht hervor, dass Generalversammlungsbeschlüsse, an denen unbefugte Personen mitgewirkt haben, nur anfechtbar sind, wenn die Mitwirkung die

¹³ Vgl. dazu PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 7 N 33 ff. und die dort aufgeführten Entscheide; aus der neueren Rechtsprechung BGE 140 III 349 (= Pra 104 (2015) Nr. 3), E. 2.3.

¹⁴ Einschränkend HAEFLIGER (Fn. 3), 114, der eine Individualisierung «im Interesse der Rechtssicherheit» ablehnt; einlässlich zur Beschlussauslegung im deutschen Recht JAN BUSCHE, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: FS Säcker, München 2011, 53 ff.

¹⁵ Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR.

¹⁶ Daneben sind auch Formmängel denkbar, z.B. bei einem die Statuten ändernden Beschluss, der entgegen Art. 647 OR nicht öffentlich beurkundet wird. Auf diese Mangelkategorie wird vorliegend nicht näher eingegangen.

¹⁷ Vgl. ERNST (Fn. 5), 28 ff., der den Beschluss treffend als einen von der Verbandsordnung abhängigen Rechtsakt beschreibt.

¹⁸ Z.B. Art. 703 f. OR.

Beschlussfassung beeinflusst hat. Den Beweis der fehlenden *Kausalität* hat dabei die (beklagte) Gesellschaft zu führen. Eine unrechtmässige Einwirkung auf den Beschlussprozess kann darin bestehen, dass Dritte sich an der Abstimmung beteiligen und so das *Ergebnis zahlenmässig unmittelbar verfälschen*.¹⁹ Denkbar ist aber auch eine *Beeinflussung der Willensbildung der übrigen Abstimmenden*, etwa durch Teilnahme an den Diskussionen.²⁰ Je nach Konstellation ändert sich der relevante Kausalzusammenhang: Im ersten Fall ist lediglich rechnerisch zu ermitteln, ob der Beschluss ohne die zu Unrecht mitgezählten Stimmen anders gelautet hätte; im zweiten dagegen ist vorab zu prüfen, ob die Mitwirkung überhaupt für das Stimmverhalten der Aktionäre ursächlich war.²¹

Das in Art. 691 Abs. 3 OR für einen besonderen Fehlertyp explizit statuierte Kausalitätserfordernis ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung analog auf andere Verfahrensfehler anwendbar. Es gilt insoweit als «allgemeines Prinzip» des Beschlussmängelrechts.²² Umstritten ist lediglich seine rechtliche Einordnung. Die Mehrheit der Autoren begreift die Kausalitätsfrage als einen Aspekt des Rechtsschutzinteresses. Auf eine Klage wäre nach dieser Ansicht bei fehlender Kausalität gar nicht einzutreten.²³

In Art. 691 Abs. 3 OR hat der Gesetzgeber *pars pro toto* geregelt, in welchen Fällen Verstösse gegen Verfahrensvorschriften gleichzeitig die Qualität von Beschlussmängeln haben sollen.²⁴ Diese Grenzziehung beinhaltet einen wertenden Ausgleich zwischen Interessen des Minderheitenschutzes auf der einen und solchen der Rechtssicherheit sowie eines funktionierenden Geschäftsbetriebs auf der anderen Seite. Mit der Kausalität wird die Frage beantwortet, wann ein Verfahrensmangel auf den Beschluss «durchschlägt» und wann er folgenlos bleibt. Diese Dimension hat mit dem prozessualen Rechtsschutzinteresse nichts zu tun. Bei der Kausalität handelt es sich um eine

¹⁹ Vgl. BGE 122 III 279, insb. E. 3c/cc.

²⁰ HANS MICHAEL RIEMER, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Bern 1998, N 81; vgl. zu den verschiedenen Fallgruppen auch IVO SCHWANDER/DIETER DUBS, *Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht*, in: FS Bär, Bern 1998, 347 f.

²¹ Vgl. SCHOTT (Fn. 6), § 3 N 21.

²² RIEMER (Fn. 20), N 80; vgl. auch BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000, E. 3b; BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 6), N 9b zu Art. 706; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 25 N 18.

²³ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 107a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 25 N 18 mit Fn. 14; RIEMER (Fn. 20), N 80; ZK OR-TANNER (Fn. 3), Art. 706 N 142.

²⁴ Vgl. DRUEY (Fn. 10), 137; a.M. URS SCHENKER, *Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft*, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 38 f., der von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgeht.

eigenständige, materiell-rechtliche Voraussetzung.²⁵ Der Beschluss als Verfahrensergebnis kann nach hier vertretener Ansicht nur als mangelhaft bzw. rechtswidrig bezeichnet werden, wenn sich der Verfahrensfehler kausal ausgewirkt hat.

Kausalität ist gegeben, wenn der Beschluss gar nicht hätte verkündet werden dürfen, weil grundlegende Vorgaben ausser Acht gelassen wurden,²⁶ oder wenn ein inhaltlich anderer Beschluss zu verkünden gewesen wäre. Innerhalb der letzteren Kategorie ist – wie bereits im Zusammenhang mit der unbefugten Teilnahme – zu unterscheiden zwischen Verstössen, die sich direkt im Abstimmungsergebnis niederschlagen und solchen, die die Willensbildung der Aktionäre tangieren.²⁷ Beide Fälle sind durch Art. 691 Abs. 3 OR erfasst²⁸ und für beide gilt das Kausalitätserfordernis. Beweisschwierigkeiten ergeben sich bei der zweiten Konstellation. Hier muss das Gericht bezüglich des Fortgangs einer fehlerfreien Beschlussfassung eine Hypothese bilden. Die Beweislast trägt grundsätzlich wiederum die Gesellschaft.²⁹ In Übereinstimmung mit der Gerichtspraxis zur Ermittlung hypothetischer Kausalverläufe³⁰ ist aber das Beweismass zu reduzieren. Das Gericht wird m.a.W. die Einwendung der fehlenden Kausalität zulassen müssen, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Beschluss bei einem korrekten Verfahren gleich gelautet hätte. Bei der Hypothesenbildung sind die konkreten Verhältnisse (Deutlichkeit des Ergebnisses, Stimmrechtsstruktur etc.) zu beachten.³¹

3. Gültigkeit und Ungültigkeit

Mit der Feststellung, dass ein Beschluss an einem Mangel leidet, ist noch nichts darüber ausgesagt, ob er gültig oder ungültig sein soll. Das Gesetz differenziert bei der Anordnung der Mangelfolgen nach der Art und der Gewichtung der involvierten Interessen. Mangelhafte Beschlüsse sind zunächst entweder anfechtbar oder nichtig. Einzig nichtige Beschlüsse sind *eo ipso* ungültig. Dagegen kann die Ungültigkeit anfechtbarer

²⁵ Im Ergebnis gleich mit jeweils anderen Begründungen STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich/Basel/Genf 2011, 130 f.; SCHOTT (Fn. 6), § 3 N 11 ff.; a.M. SCHWANDER/DUBS (Fn. 20), 353 f.

²⁶ Dies ist etwa der Fall, wenn nur ein Teil der Aktionäre zur «Generalversammlung» eingeladen war oder wenn der Beschluss auf dem Zirkularweg gefasst wurde. Die h.L. ginge in diesen Fällen von blossen «Scheinbeschlüssen» aus.

²⁷ Vgl. SCHOTT (Fn. 6), § 3 N 23 f.

²⁸ Das übersieht SCHENKER (Fn. 24), 39, der Art. 691 Abs. 3 OR als «Spezialfall» ansieht, weil nur Fehler bei der Ermittlung des Ergebnisses erfasst seien.

²⁹ Art. 691 Abs. 3 OR analog.

³⁰ Vgl. z.B. BGE 124 III 155, E. 3d.

³¹ Ähnlich wie hier BÖCKLI (Fn. 23), § 16 N 108. Vgl. dagegen SCHOTT (Fn. 6), § 3 N 53 ff., der in Anlehnung an die deutsche Lehre und Rechtsprechung vorschlägt, den Kausalzusammenhang dann zu bejahen, wenn ein «objektiv urteilender Aktionär» bei fehlerfreiem Verfahren anders gestimmt hätte; die konkreten Stimmenverhältnisse sollen unberücksichtigt bleiben (N 54).

Beschlüsse nur von einem beschränkten Personenkreis während eines begrenzten Zeitraums durch Ausübung eines Gestaltungs- oder Gestaltungsrechts herbeigeführt werden.³²

Um der Rechtssicherheit willen sollte möglichst rasch Klarheit darüber herrschen, ob ein Beschluss Bestand hat oder nicht. Dem entspricht auch, dass im Regelfall Anfechtbarkeit und lediglich bei qualifizierten Verstössen Nichtigkeit vorliegen soll. In der Lehre ist bisweilen die Rede von der *Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge*.³³ Von Nichtigkeit ist demnach nur auszugehen, wenn die Anfechtbarkeit keine angemessene Rechtsfolge darstellt. Im Einzelnen bleibt durch Auslegung zu ermitteln, in welchen Fällen welche Rechtsfolge angemessen ist.

Aus der Beschränkung des Klägerkreises lässt sich herleiten, dass Anfechtbarkeit immer dann Platz greifen soll, wenn die Normverletzung Rechte berührt, die der privatautonomen Disposition der Gesellschafter offen stehen. Jenseits dieses disponiblen Bereichs muss anderes gelten. Sind übergeordnete oder gesellschaftsexterne Interessen tangiert, erweist sich die Anfechtbarkeit als ungenügende Sanktion.³⁴ Die zeitliche Limitierung macht sodann erforderlich, dass Beschlüsse nicht nur anfechtbar, sondern nichtig sind, wenn unzumutbar ist, dass sich die Gesellschafter innert der zweimonatigen Frist auf den Mangel berufen, weil sie möglicherweise erst nach Ablauf dieser Frist vom Mangel Kenntnis erlangen können (s. hinten 148).

Einige Konkretisierungen dieser Grundsätze finden sich im Gesetzestext, für das Aktienrecht etwa in den Art. 706 ff. OR. Die vorliegende Untersuchung hat primär die aktienrechtliche Regelung zum Gegenstand. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Anfechtbarkeit und Nichtigkeit für die Kommandit-AG³⁵, die GmbH³⁶, die Genossenschaft³⁷ und den Verein³⁸ grundsätzlich vergleichbar geregelt sind.³⁹ Lehre und Recht-

³² Art. 706 f. OR.

³³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 6), N 8 zu Art. 706b.

³⁴ Durch das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit wird im *Gesellschaftsrecht* der Kreis der Personen, die sich auf einen Beschlussmangel berufen dürfen, bereits auf Gesetzesstufe nach Massgabe des Zwecks der jeweils verletzten Norm eingeschränkt. Im *Vertragsrecht* wird dasselbe Ergebnis durch eine richterrechtliche Flexibilisierung des Nichtigkeitsbegriffs erreicht. So kann z.B. im Falle einer übermässigen Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) nur diejenige Vertragspartei, die in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt ist, die Nichtigkeit des Vertrags geltend machen (BSK OR I-CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, 6. Aufl., Basel 2015, N 56 zu Art. 19/20). *De lege ferenda* sollte eine solche normzweckorientierte Differenzierung des Klägerkreises gesetzlich verankert werden (vgl. dazu Art. 31, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013 [«OR 2020»]).

³⁵ Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 706 ff. OR.

³⁶ Art. 808c i.V.m. Art. 706 ff. OR.

³⁷ Art. 891 OR.

³⁸ Art. 75 ZGB.

sprechung zu den einschlägigen Bestimmungen bei den anderen Körperschaften werden folglich in die Überlegungen einbezogen.

IV. Anfechtbarkeit (Art. 706 OR)

1. Inhaltliche Mängel

Art. 706 Abs. 2 OR zählt Beispiele von Rechtsverstössen auf, die zur Anfechtbarkeit des betreffenden Beschlusses führen. Der Bestimmung kommt eine Doppelrolle zu. Einerseits strukturiert sie den Handlungsspielraum der Generalversammlung, indem sie mit dem Gleichbehandlungs- und dem Sachlichkeitsgebot inhaltliche Schranken der Beschlussautonomie aufstellt.⁴⁰ Andererseits legt sie in Abgrenzung zur aktienrechtlichen Nichtigkeitsnorm fest, in welchen Fällen (bloss) von Anfechtbarkeit auszugehen ist.

Die Ziff. 1-3 von Art. 706 Abs. 2 OR befassen sich mit der Anfechtbarkeit als Folge von inhaltlichen Mängeln. Im Vordergrund stehen dabei Verletzungen von Aktionärsrechten. Dies entspricht der Feststellung, dass Anfechtbarkeit als Mangelsanktion grundsätzlich dort am Platz ist, wo die verletzte Norm gesellschaftsinterne Positionen schützt. Im Einzelnen ist zu differenzieren. Es drängt sich auf, den Anwendungsbereich der Anfechtbarkeit durch systematische Auslegung im Kontext mit den Nichtigkeitstatbeständen zu erschliessen.

Die *Beschränkung von Aktionärsrechten* durch einen Mehrheitsbeschluss ist nur zulässig, wenn keine Gesetzes- oder Statutenbestimmung entgegensteht und sich die Modifikation sachlich rechtfertigen lässt. Wird eine dieser Voraussetzungen nicht eingehalten, ist der Beschluss anfechtbar.⁴¹ Das gilt dann nicht, wenn die fraglichen Rechtspositionen von Gesetzes wegen der Disposition der Aktionäre entzogen sind. Denn hier ist Nichtigkeit die passende Folge der Verletzung.⁴²

Bei *allen Beschlüssen* hat die Generalversammlung den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre zu respektieren.⁴³ Art. 706 OR normiert einen relativen Gleichbehandlungsgrundsatz. Abstufungen nach Massgabe der Kapitalbeteiligung sind die Regel. Beschlüsse, die gegen das relative Gleichbehandlungsprinzip verstossen, sind anfechtbar. Dagegen gilt für die in Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR genannten Rechte ein absolutes Gleichbehandlungsgebot. In diesem Kernbereich der Mitgliedschaft ist jede

³⁹ Vgl. RIEMER (Fn. 20), N 27.

⁴⁰ Vgl. dazu CLAIRE HUGUENIN, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, 47 ff.

⁴¹ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

⁴² Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR.

⁴³ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

Differenzierung ausgeschlossen.⁴⁴ Demnach ist ein Beschluss nichtig, der Aktionären ab einer bestimmten Mindestbeteiligung privilegierte Informationsrechte einräumt.⁴⁵

2. Formelle Mängel

Ein Erfordernis an das Verfahren der Beschlussfassung enthält sodann Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Trotz ihrer geringen praktischen Bedeutung⁴⁶ ist die Bestimmung aufschlussreich. Ein Generalversammlungsbeschluss, der die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufhebt, ist zulässig, wenn sämtliche Aktionäre zustimmen.⁴⁷ Damit sieht das Gesetz für einen speziellen Beschlussgegenstand ein Einstimmigkeitsquorum vor.⁴⁸ Wird dieses nicht eingehalten, ist der Beschluss anfechtbar. Verfehlt also ein entsprechender Antrag das vorgeschriebene Quorum, kommt dennoch ein (anfechtbarer) positiver Beschluss zustande: Die Gewinnstrebigkeit wird trotz fehlender Einstimmigkeit aufgehoben, es sei denn, jemand erhebe fristgerecht eine Anfechtungsklage. Das kann aber nur so sein, wenn das *verkündete* Ergebnis den Beschlussinhalt bestimmt. Vertritt man dagegen die Auffassung, dass das tatsächliche Abstimmungsergebnis massgebend und die Verkündung bloss deklaratorisch ist, müsste man bei Nichterreichen des Quorums von einem (mangelfreien) negativen Beschluss (Ablehnung des Antrags) ausgehen.⁴⁹ Damit begibt man sich aber in einen unversöhnlichen Widerspruch zur Wertung in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Die Norm bestätigt insofern die hier vertretene These, dass die Beschlussverkündung konstitutive Wirkung hat.

Der Gesetzgeber lässt in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR Anfechtbarkeit als Sanktion für die Verletzung eines Einstimmigkeitsquorums genügen. *A maiore ad minus* sind auch Beschlüsse, die im Widerspruch zu gesetzlichen oder statutarischen Mehrheitserfordernissen ergehen, bloss anfechtbar und nicht nichtig.⁵⁰ Das gilt einmal für positive Beschlüsse, die trotz Verfehlens des erforderlichen Mehrs zustande gekommen sind, aber umgekehrt auch für Beschlüsse, die einen Antrag als abgelehnt erklären, obwohl dieser eine genügende Anzahl von Ja-Stimmen auf sich vereinigte. Solche Mängel können beispielsweise auf Auszählungsfehlern beruhen oder aber darauf, dass sich einzelne Stimmabgaben im Nachhinein als ungültig erweisen, etwa weil Willensmängel geltend

⁴⁴ Vgl. HUGUENIN (Fn. 40), 37 ff.

⁴⁵ Vgl. HUGUENIN (Fn. 40), 38, 191 ff. Ein Teil der Lehre vertritt dagegen die Auffassung, dass bei den Informationsrechten lediglich ein relativer Gleichbehandlungsschutz bestehe (BÖCKLI [Fn. 23], § 13 N 694 [m.w.Nw]).

⁴⁶ Vgl. BÖCKLI (Fn. 23), § 16 N 116.

⁴⁷ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR *e contrario*.

⁴⁸ Es handelt sich um ein Präsenz- und Stimmenquorum (so auch ZK OR-TANNER [Fn. 3], N 102, 110 und 119 zu Art. 703).

⁴⁹ So ZK OR-TANNER (Fn. 3), N 53 zu Art. 703.

⁵⁰ A.M. RIEMER (Fn. 20), N 277, der in diesen Fällen von Nichtigkeit ausgeht; uneinheitlich die Praxis des BGer: BGE 78 III 33, E. 9 (Nichtigkeit); BGE 80 II 271, E. 1d (Anfechtbarkeit).

gemacht werden oder weil Personen unrechtmässig an der Abstimmung teilgenommen haben. Für den letzteren Fall ordnet Art. 691 Abs. 3 OR ausdrücklich Anfechtbarkeit als Rechtsfolge an. Selbst ein Beschluss, der ausschliesslich aufgrund von ungültigen Stimmabgaben zustande gekommen ist, gilt lediglich als anfechtbar.⁵¹ Hierin akzentuiert sich die Besonderheit des Beschlusses als Rechtsgeschäft, das unabhängig von den ihm zugrunde liegenden Willenserklärungen, ja sogar ganz ohne rechtsgültige Willenserklärungen bestehen kann.

3. Wirkung

Der anfechtbare Beschluss befindet sich in einem Zustand schwebender Gültigkeit, der durch Ablauf der zweimonatigen Verwirkungsfrist⁵² oder durch ein gutheissendes Anfechtungsurteil beendet wird; ein abweisendes Urteil vermag den Schwebezustand nicht zu beenden, solange noch weitere Aktivlegitimierte Klage erheben können. Unterbleibt eine fristgerechte Anfechtungsklage, hat der mangelhafte Beschluss die gleichen Wirkungen wie ein mangelfreier; er bleibt uneingeschränkt gültig. Der Fristablauf heilt den Mangel in der Weise, dass über den noch immer bestehenden Widerspruch zu übergeordnetem Recht hinweggesehen wird (Heilung i.w.S.).⁵³

a) Grundsatz: Kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils

Heisst das Gericht eine Anfechtungsklage gut, wird der Beschluss in der Regel *ex tunc* aufgehoben. Das Gestaltungsurteil wirkt für und gegen alle Aktionäre.⁵⁴ Von der Anfechtungsklage wird gemeinhin gesagt, sie sei rein kassatorischer Natur und könne deshalb einzig auf die Beseitigung des Beschlusses gerichtet sein.⁵⁵ Ein «gestalterischer Eingriff» ist dem Richter nach wohl herrschender Auffassung verwehrt. Als unzulässig gilt neben der richterlichen Abänderung des angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses auch die Verurteilung der Gesellschaft, einen bestimmten Beschluss zu fassen.⁵⁶ Der Grundsatz, dass das Gericht nur entweder den angefochtenen Beschluss aufheben oder die Anfechtungsklage abweisen kann, wird in Lehre und Rechtsprechung verschiedentlich relativiert. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

⁵¹ BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.3; zustimmend CATHERINE CHAMMARTIN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Déchargebeschluss, SZW 77 (2005), 329-338, 335 f.; differenzierend SCHOTT (Fn. 6), § 6 N 67 ff.

⁵² Art. 706a Abs. 1 OR.

⁵³ Vgl. zum mehrdeutigen Begriff der Heilung BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 60 zu Art 19/20.

⁵⁴ Art. 706 Abs. 5 OR.

⁵⁵ RIEMER (Fn. 20), N 210.

⁵⁶ Statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 25 N 61 (mit Fn. 64), N 72; anders noch FRITZ VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970, 216, der eine Korrektur des Beschlusses ausdrücklich zulässt.

b) Relativierungen

aa) Positive Beschlussfeststellungsklage bei formellen Mängeln

Mit der rückwirkenden Aufhebung des Beschlusses tritt dieselbe Rechtslage ein, wie wenn die Generalversammlung nie über den Antrag entschieden hätte. Damit allein ist demjenigen Kläger wenig geholfen, der gegen einen negativen Beschluss vorgehen will. Dies kann stossend sein, wenn z.B. ein Beschlussantrag wegen der Missachtung von Stimmrechtsbeschränkungen abgelehnt wird.⁵⁷ In solchen Fällen, in denen bei richtiger Interpretation des Abstimmungsergebnisses statt eines negativen ein positiver Beschluss zu verkünden gewesen wäre, soll nach der Lehre die sog. positive Beschlussfeststellungsklage zur Verfügung stehen. Sofern man der hier vertretenen Ansicht folgt, wonach die Beschlussverkündung den Beschlussinhalt bestimmt, handelt es sich dabei – ungeachtet der irreführenden Bezeichnung – nicht um eine Feststellungs-, sondern um eine Gestaltungsklage,⁵⁸ die auf die richterliche Ersetzung des mangelhaften negativen Beschlusses durch den rechtmässigen positiven Beschluss gerichtet ist.⁵⁹

Die Möglichkeit einer positiven Beschlussfeststellungsklage ist allerdings nur gegeben, wenn sich das rechtmässige Abstimmungsresultat einwandfrei ermitteln lässt.⁶⁰ Wird ein negativer Beschluss etwa wegen eines Fehlers in der Traktandierung angefochten, fällt sie ausser Betracht. Denn auch wenn der Gesellschaft der Nachweis der fehlenden Kausalität misslingt, heisst das noch nicht, dass der Antrag bei fehlerfreiem Verfahren auf jeden Fall angenommen worden wäre. Im Ergebnis verbleibt ein gewisses Rechtsschutzdefizit⁶¹ für den, der gegen einen ablehnenden Beschluss ankämpfen muss, gegenüber dem, der einen positiven Beschluss anfecht.

Während das Bundesgericht die Frage ihrer Zulässigkeit bis heute offen gelassen hat,⁶² wird die positive Beschlussfeststellungsklage von der Mehrheit der Autoren aner-

⁵⁷ Vgl. den Sachverhalt in BGE 122 III 279.

⁵⁸ G.L.M. SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 86 (2014), 564-572, 570.

⁵⁹ Hält man die Beschlussverkündung bloss für deklaratorisch, muss man dagegen von einer Feststellungsklage ausgehen. Denn dann liegt der «richtige» (positive) Beschluss bereits vor, was durch das Gericht nur noch klargestellt werden muss. Insoweit widersprüchlich das bei BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 58), 565, zusammengefasste Urteil des KGer ZG vom 13. September 2012, das einerseits davon ausgeht, die Beschlüsse seien gemäss dem rechtmässigen Abstimmungsergebnis zustande gekommen, andererseits dem Begehren um Aufhebung der «falschen» Beschlüsse gleichwohl stattgibt. Wäre die erste Aussage richtig, so gäbe es indes auch nichts aufzuheben.

⁶⁰ BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 58), 572.

⁶¹ Vgl. BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 58), 569.

⁶² BGE 122 III 279, E. 3c/bb.

kannt.⁶³ Mit ihr wird dem Gericht die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen eines Anfechtungsprozesses positiv gestaltend einzugreifen und dem Beschluss, der bei rechtskonformem Verfahren hätte zustande kommen müssen, von sich aus zum Durchbruch zu verhelfen.

bb) Teilungültigkeit bei inhaltlichen Mängeln

Stellt ein kausaler Verfahrensfehler die Legitimität der gesellschaftlichen Willensbildung in Frage, kann der Mangel nur durch Ungültigerklärung des ganzen Beschlusses beseitigt werden (Ganzungültigkeit).⁶⁴ Bei Inhaltsmängeln ist es dagegen möglich, dass ein Beschluss bloss in Teilen mangelhaft ist. In diesen Fällen ist nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens zu prüfen, ob der mangelfreie Rest aufrechterhalten werden kann (Teilungültigkeit). Eine analoge Anwendung der Regelung von Art. 20 Abs. 2 OR auf teilweise mangelhafte Beschlüsse ist dem Grundsatz nach unbestritten.⁶⁵ Wenig geklärt sind dagegen die Einzelheiten, insbesondere die Frage, ob an die Stelle des ungültigen Beschlussteils eine richterliche Ersatzregel treten können soll.

SCHOTT hält eine solche «modifizierte» Teilungültigkeit für unzulässig, weil der Richter die Willensbildung der Generalversammlung nicht ersetzen könne.⁶⁶ Die richterliche Reduktion des Beschlussgegenstandes auf das gesetzlich erlaubte Mass sei dagegen «wenig problematisch». Demnach sei es beispielsweise möglich, die Amtszeit eines für mehr als sechs Jahre gewählten Verwaltungsratsmitglieds entsprechend der gesetzlichen (oder statutarischen) Regel⁶⁷ zu kürzen.⁶⁸

Im Entscheid BGE 84 II 550 schützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Reduktion von Bezügen eines Verwaltungsrates auf den als rechtmässig erachteten Betrag von Fr. 50'000. Es hält fest, eine bloss teilweise Anfechtung eines Beschlusses sei zulässig und es sei ebenfalls zulässig, dass der Richter eine Anfechtungsklage nur in dem Umfang gutheisse, in dem der Beschluss rechtswidrig ist.⁶⁹ Bemerkenswert ist dabei, dass sich der Betrag von Fr. 50'000 nicht direkt aus den Statuten ergab, sondern durch die kantonale Instanz unter Würdigung der Umstände festgesetzt wurde.⁷⁰

⁶³ BÖCKLI (Fn. 23), § 12 N 500a; SCHWANDER/DUBS (Fn. 20), 343 ff., insb. 350; PATRICK SCHLEIFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Bern 1993, 312 f.; VON DER CRONE (Fn. 1), § 5 N 136; *ablehnend* KNOBLOCH (Fn. 25), 143.

⁶⁴ Vgl. aber SCHOTT (Fn. 6), § 6 N 95.

⁶⁵ BÖCKLI (Fn. 23), § 16 N 131; RIEMER (Fn. 20), N 217, 287; VON DER CRONE (Fn. 1), § 8 N 203.

⁶⁶ SCHOTT (Fn. 6), § 6 N 99.

⁶⁷ Art. 710 OR.

⁶⁸ SCHOTT (Fn. 6), § 6 N 97 mit Fn. 430.

⁶⁹ BGE 84 II 550, E. 2 *in fine*; bestätigt in BGE 86 II 78, insb. E. 5.

⁷⁰ BGE 84 II 550, Sachverhalt; anders (mit Bezug auf Dividenden) das Urteil des HGer ZH vom 24. Oktober 1974 in SAG (SZW) 47 (1975), 108 f.

Im Vereinsrecht wird sodann postuliert, dass übermässige Vereinsstrafen im Rahmen eines Anfechtungsurteils auf das zulässige Mass herabgesetzt werden können.⁷¹ Vor diesem Hintergrund setzen sich HANDSCHIN/TRUNIGER differenziert mit der traditionellen Konzeption der Anfechtungsklage als einem rein kassatorischen Rechtsbehelf auseinander. Die Autoren kommen zum Schluss, das «reduzierende Modifizieren» des angefochtenen Beschlusses, sprich «die Reduktion mit dem Ergebnis, dass der Richter weniger, aber nicht etwas anderes als richtig erkennt», müsse zulässig sein.⁷²

c) **Stellungnahme**

Mangelhafte Rechtsgeschäfte sollen soweit aufrechterhalten werden, als sie mit übergeordnetem Recht vereinbar sind (*favor negotii*). Dieser Grundsatz gilt im Vertragsrecht und er gilt noch in verstärktem Mass im Gesellschaftsrecht. Denn die nachträgliche Ungültigerklärung eines Generalversammlungsbeschlusses gefährdet nicht nur Partei-, sondern auch Drittinteressen. Die Teilnichtigkeitsregel von Art. 20 Abs. 2 OR, der diese Ratio zugrunde liegt, wird deshalb zu Recht auch auf Beschlüsse angewendet.

Ordnet nicht bereits die verletzte Norm an, ob der Beschluss ganz- oder teilungültig sein soll, ist die Frage anhand des hypothetischen Parteiwillens zu beantworten.⁷³ Entsprechend dem Wesen des Beschlusses als Resultat einer überindividuellen Willensbildung kann es dabei – anders als im Vertragsrecht⁷⁴ – nicht auf den (hypothetischen) Willen der einzelnen Aktionäre ankommen. Abzustellen ist vielmehr auf den «Gesamtwillen», d.h. auf das *Gesellschaftsinteresse*, welches anhand des Beschlussinhaltes konkretisiert werden muss.⁷⁵ Bei dessen Ermittlung kommen die bereits angesprochenen beschlusspezifischen Auslegungsregeln zur Anwendung (s. vorne 133 f.). Insbesondere bei Beschlüssen mit Aussenwirkung ergibt sich somit der relevante hypothetische Gesellschaftswille im Wesentlichen aus dem Beschluss selbst. Diese Lösung erscheint sachgerecht. Zum einen trägt sie der Verkehrssicherheit Rechnung, zum anderen berücksichtigt sie den (in einwandfreiem Verfahren zustande gekommenen) privatautONOMEN Entscheid der Generalversammlung: Diese bringt mit ihrem (inhaltlich rechtswidrigen) Beschluss selber zum Ausdruck, wie sie verstanden werden möchte.

⁷¹ ANTON HEINI/WOLFGANG PORTMANN/MATTHIAS SEEMANN, Grundriss des Vereinsrechts, Basel 2009, N 236.

⁷² LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Von der «kassatorischen Natur» der Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB, SJZ 99 (2003), 142-144, 144.

⁷³ Art. 20 Abs. 2 OR; vgl. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 62 ff. zu Art. 19/20.

⁷⁴ Im Vertragsrecht ist umstritten, ob der hypothetische Parteiwille mit Blick auf die konkreten Parteien oder objektiviert zu ermitteln ist (vgl. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE [Fn. 34], N 63 zu Art. 19/20).

⁷⁵ Vgl. demgegenüber SCHOTT (Fn. 6), § 6 N 98 *in fine*, der auf die Figur eines objektiv urteilenden Aktionärs abstellen möchte.

Neben der Klärung der Frage, ob Ganz- oder Teilungültigkeit vorliegt, dient der so ermittelte hypothetische Wille der Gesellschaft auch dazu, festzulegen, ob und mit welcher Ersatzregel allfällige Lücken in einem teilungültigen Beschluss gefüllt werden sollen.⁷⁶ Die Möglichkeit einer solchen Modifikation ist untrennbar mit dem Konzept der Teilungültigkeit verbunden. Bei der in Lehre und Rechtsprechung anerkannten «Reduktion auf das erlaubte Mass» handelt es sich richtig gesehen um einen Anwendungsfall der modifizierten Teilungültigkeit.⁷⁷ Diese kategorisch für unzulässig zu erklären, jene aber zu erlauben, ist in sich widersprüchlich. Kommt hinzu, dass sich keine klare Grenze ziehen lässt zwischen einer bloss quantitativen Herabsetzung und dem Austausch einer Regelung durch eine qualitativ andere. Man kann sich etwa fragen, ob die bei BÖCKLI/BÜHLER erwähnte richterliche «Reduktion» eines überhöhten Quorumerfordernisses auf das «gerade noch zulässige Höchstquorum»⁷⁸ nicht vielmehr eine Ersetzung des ungültigen Beschlussteils durch eine Regelung anderer Art darstellt.⁷⁹ Auch eine solche Modifikation muss nach hier vertretener Auffassung zulässig sein, soweit sie dem Gesamtinteresse entspricht. In diesem Zusammenhang sei ein weiteres Beispiel angeführt: Art. 689 Abs. 2 OR erlaubt es, eine Bestimmung in die Statuten aufzunehmen, nach der als Stimmrechtsvertreter nur Aktionäre in Frage kommen.⁸⁰ Dies kann namentlich in Gesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis unverhältnismässig sein⁸¹ und die Anfechtbarkeit des die Statuten ändernden Beschlusses zur Folge haben.⁸² Es sollte dem Gericht in dieser Konstellation möglich sein, den Beschluss nicht aufzuheben, sondern für teilungültig zu erklären und um die Bestimmung zu ergänzen, dass die Gesellschaft einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ernennt, auf den die klagenden Aktionäre ausweichen können.⁸³

⁷⁶ Art. 20 Abs. 2 OR hat eine doppelte Funktion: Erstens dient die Bestimmung als *Entscheidungsregel* für die Frage, ob der Vertrag bzw. Beschluss ganz- oder teilungültig sein soll; zweitens ist sie als *Ergänzungsregel* bei infolge eines Mangels entstandenen Lücken heranzuziehen (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE [Fn. 34], N 65 zu Art. 19/20).

⁷⁷ Vgl. BK OK-ERNST A. KRAMER, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991, N 362 zu Art. 19-20; PETER GAUCH, «Modifizierte» Teilnichtigkeit, Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff., recht 1 (1983), 95-100, 97.

⁷⁸ PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten, in: FS Watter, Zürich/St. Gallen 2008, 58.

⁷⁹ Vgl. GAUCH (Fn. 77), 98.

⁸⁰ *De lege ferenda* soll eine solche Statutenbestimmung nur noch bei nicht kotierten Gesellschaften möglich sein (vgl. Art. 689d VE-OR).

⁸¹ Vgl. BÖCKLI (Fn. 23), § 12 N 139 ff.

⁸² Es liegt in diesem Fall eine unsachliche und unter Umständen gleichbehandlungswidrige Beschränkung des Vertretungsrechts vor (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR).

⁸³ HUGUENIN (Fn. 40), 175 mit Fn. 416. Die Vernehmlassungsvorlage zum künftigen Aktienrecht (2014) sieht in diesen Fällen eine Pflicht der Gesellschaft zur Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters bereits auf Gesetzesstufe vor (Art. 689d Abs. 2 VE-OR).

Gegen eine richterliche Gestaltungsbefugnis wird erstens vorgebracht, sie greife in die Privatautonomie ein; zweitens wird mit der «Sachferne der Gerichte» argumentiert.⁸⁴ Dem ist zu entgegnen, dass eine teilweise Aufhebung mit Ersatzregel oftmals den milderen Eingriff in die Beschlussfreiheit der Generalversammlung darstellt als die komplette Beseitigung. Dies gilt insbesondere dann, wenn man – wie hier vertreten – den im (inhaltlich fehlerhaften) Beschluss abgebildeten Gesellschaftswillen als Massstab für die Ergänzung verwendet. Der Richter denkt mit anderen Worten bloss den von der Generalversammlung vorgespurten Entscheid weiter. Mit einer Angemessenheitskontrolle hat das nichts zu tun: Denn das Gericht kann nur einschreiten, wenn die Generalversammlung mit ihrem Beschluss Recht verletzt hat. Oftmals genügt sodann die Aufhebung des Beschlusses nicht, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sondern es bedarf eines weiteren gestaltenden Entscheids. Diesen einfach die Hände der Generalversammlung zu legen, kann unbefriedigend sein. Erstens müsste hierfür zunächst eine neue Versammlung abgehalten werden, zweitens kann die Generalversammlung keine rückwirkenden Anordnungen treffen und schliesslich ist der anfechtende Aktionär in dem Fall, dass die Generalversammlung erneut rechtswidrig entscheidet, gezwungen, ein weiteres Mal vor Gericht zu gehen.

Wegen dieser Schwierigkeiten befürwortet die Lehre denn auch bei gewissen formellen Mängeln eine «positive Beschlussfeststellungsklage». Um die in diesen Fällen bejahte positive Gestaltungswirkung mit dem Dogma der kassatorischen Natur der Anfechtungsklage in Einklang zu bringen, bedienen sich BÜHLER/VON DER CRONE eines juristischen «Kunstgriffs»: Sie nehmen eine echte Gesetzeslücke an, die es mit der Konstruktion einer eigenständigen Klage zu füllen gilt.⁸⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht erforderlich. Die Wirkungen der «positiven Beschlussfeststellungsklage» sind bereits vom *telos* der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR erfasst. Diese bezweckt nämlich in erster Linie nicht die Beseitigung des Beschlusses, sondern die *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* in der Gesellschaft, der durch einen mangelhaften Beschluss gestört ist. Dass im (zu engen) Wortlaut von Art. 706 Abs. 5 OR nur vom «aufhebenden Urteil» die Rede ist, vermag an diesem Befund nichts zu ändern.⁸⁶

Sowohl die Möglichkeit einer «reduzierenden» bzw. modifizierenden Teilungültigerklärung als auch die richterliche Gestaltungsbefugnis im Rahmen der positiven Beschlussfeststellungsklage zeigen auf, dass sich der Wirkungsbereich der Anfechtungsklage mit ihrer Charakterisierung als «rein kassatorisch» nicht zutreffend erfassen

⁸⁴ SCHLEIFFER (Fn. 63), 307 (m.w.Nw).

⁸⁵ BÜHLER/VON DER CRONE (Fn. 58), 570 f.

⁸⁶ Art. 706 Abs. 5 OR ist demnach so zu lesen, dass das die Anfechtungsklage *gutheissende Gestaltungsurteil* «für und gegen alle Aktionäre» wirkt.

lässt.⁸⁷ Stattdessen wäre eine differenzierende Betrachtung angezeigt. Besonders problematisch erscheint es, wenn aus dem Dogma formallogisch Rechtswirkungen abgeleitet werden, die in klarem Widerspruch zu den involvierten Interessen und Wertungen stehen.⁸⁸

V. Nichtigkeit (Art. 706b OR)

1. Inhaltliche Mängel

Nichtigkeit als Folge von Inhaltsmängeln ist einmal dann anzunehmen, wenn ein Beschluss Rechte entzieht oder beschränkt, die zum Kernbereich der aktienrechtlichen Mitgliedschaft zählen. Ebenfalls nichtig sind Beschlüsse, die solche Rechte ungleich zuteilen und damit das absolute Gleichbehandlungsgebot verletzen (s. vorne 138 f.).⁸⁹ Werden zwingend gewährte Rechte dagegen im Vorfeld der Beschlussfassung durch die Gesellschaftsorgane falsch angewendet, liegt kein Inhaltsverstoss, sondern ein Verfahrensfehler vor, der nicht ohne Weiteres die Ungültigkeit des Beschlusses zur Folge hat. Die in Art. 706b OR genannten Nichtigkeitsgründe beziehen sich nur auf Mängel des Beschlussinhalts. Besteht die Verletzung des Teilnahmerechts etwa darin, dass ein Aktionär zu Unrecht von der Versammlung ausgeschlossen wird, sind die an der Versammlung gefassten Beschlüsse – Kausalität vorausgesetzt⁹⁰ – bloss anfechtbar.

Ein Beschluss ist sodann nichtig, wenn sein Inhalt zwingenden Normen des objektiven Rechts widerspricht, die (auch) dem Schutz von Allgemein- oder Drittinteressen dienen. Das Gesetz nennt beispielhaft Verstösse gegen die «Grundstrukturen der Aktiengesellschaft» und gegen «Bestimmungen zum Kapitalschutz» als Nichtigkeitstatbestände.⁹¹ Zur aktienrechtlich spezifizierten Rechtswidrigkeitsschranke gesellen sich die allgemeinen Inhaltsschranken der Sittenwidrigkeit und der Unmöglichkeit.⁹²

⁸⁷ Kritisch auch HANDSCHIN/TRUNIGER (Fn. 72), 142.

⁸⁸ So will KNOBLOCH (Fn. 25), 134 f., das Rechtsschutzinteresse für die Anfechtung von negativen Beschlüssen deshalb verneinen, weil die erfolgreiche Anfechtung «nach Rechtsprechung und h.L.» immer zur Aufhebung des Beschlusses führe. Diese Auffassung ist im Ergebnis wie auch in der Argumentation abzulehnen.

⁸⁹ Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR.

⁹⁰ Bei der Beurteilung der Kausalität muss neben der Stimmkraft des Ausgeschlossenen auch berücksichtigt werden, dass dieser durch seine Teilnahme die Willensbildung der übrigen Versammlungsteilnehmer hätte beeinflussen können (vgl. HAEFLIGER [Fn. 3], 23). Die Gesellschaft wird in solchen Konstellationen mit dem Nachweis fehlender Kausalität regelmässig nicht durchdringen.

⁹¹ Art. 706b Ziff. 3 OR.

⁹² Art. 19/20 OR i.V.m. Art. 7 ZGB; einschränkend DRUEY (Fn. 10), 148.

2. Formelle Mängel

Die prozedurale Ordnung bezweckt ein einwandfreies gesellschaftsinternes Willensbildungsverfahren. Bei Verstößen sind hauptsächlich Aktionärsinteressen tangiert. Damit ist Anfechtbarkeit in aller Regel die angemessene Sanktion. Entsprechend ihrem Ausnahmecharakter greift die Nichtigkeitsfolge nur bei *schwerwiegenden* und *offensichtlichen* formellen Mängeln ein.⁹³

Traditioneller Auffassung zufolge sind formell mangelhafte Beschlüsse abzugrenzen von sog. Schein- und Nichtbeschlüssen. Ein Scheinbeschluss liegt vor, wenn das beschliessende Organ keine Generalversammlung im Rechtssinne war; von einem Nichtbeschluss ist die Rede, wenn zwar eine Generalversammlung entschieden hat, der Entscheid allerdings die begrifflichen Voraussetzungen eines Beschlusses nicht erfüllt.⁹⁴ Diese Unterteilung ist wenig zielführend. Sie verlagert die Frage, ob ein Beschluss qualifiziert mangelhaft und damit nichtig ist, auf eine formale Ebene. Wann von einer «Nicht-Generalversammlung» bzw. einem Nichtbeschluss gesprochen werden kann, ist im Einzelnen wiederum schwer zu beurteilen.⁹⁵

Einer formalen Betrachtung folgt die herrschende Lehre etwa bei Mängeln in der Einberufung der Generalversammlung. Geht die Einberufung von einer unzuständigen Person aus, so kann eine Generalversammlung im Rechtssinne gar nicht entstehen.⁹⁶ Allfällige Willensäußerungen dieser «Nicht-Versammlung» wären blosse Scheinbeschlüsse und als solche nichtig.⁹⁷ Unter Bezugnahme auf diese Argumentation hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2013 entschieden, die Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines Vereins seien nichtig, weil die Versammlung durch den Präsidenten und nicht – wie in den Statuten vorgesehen – durch den Vorstand einberufen worden war. An dieser Beurteilung änderte nichts, dass die Mitglieder über Ort und Zeit der Versammlung Bescheid wussten und es im Verein offenbar einer langjährigen Praxis entsprach, dass der Präsident die Mitgliederversammlung einberuft.⁹⁸ Der Entscheid wurde in der Lehre zu Recht kritisiert. NEUMAN/VON DER CRONE argumentieren mit dem Schutzzweck der Einberufungsvorschriften und schlagen vor, in solchen Fällen auf den Empfängerhorizont der Gesellschafter abzustellen.⁹⁹ Durften und mussten diese davon ausgehen, dass eine gültige Einberufung vorliegt, gibt es keinen Grund, auf Nichtigkeit zu erkennen.

⁹³ Z.B. BGer 4A_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.1.

⁹⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 25 N 117.

⁹⁵ Vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 6), N 19 zu Art. 706b *in fine*.

⁹⁶ Das gilt nicht im Falle einer Universalversammlung (Art. 701 OR).

⁹⁷ RIEMER (Fn. 20), N 264 mit Fn. 455; ZK OR-TANNER (Fn. 3), N 119 zu Art. 706b.

⁹⁸ BGer 5A_205/2013 vom 16. August 2013, insb. E. 4.

⁹⁹ NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung, SZW 86 (2014), 105-115, 112 f., 115.

Die Frage der Nichtigkeit eines Beschlusses sollte unseres Erachtens nicht vom Beschlussbegriff oder vom Tatbestand der Generalversammlung her angegangen werden. Nichtigkeit ist die einschneidendere von zwei Mangelfolgen. Entsprechend ihrer von der Lehre postulierten «Subsidiarität» ist sie nur anzuordnen, wenn die Anfechtbarkeit als Regelsanktion den betroffenen Interessen nicht ausreichend Rechnung trägt. Nichtigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn eine fristgerechte Anfechtung des Beschlusses aufgrund der Art des Mangels nicht möglich ist.¹⁰⁰ Diese Argumentationslinie findet sich auch in einem neueren Entscheid des Bundesgerichts: Werden nicht alle Aktionäre zur Generalversammlung eingeladen, ist Nichtigkeit u.a. deshalb die angemessene Rechtsfolge, weil die Betroffenen womöglich nicht innerhalb der Anfechtungsfrist von der abgehaltenen Versammlung und den gefassten Beschlüssen Kenntnis erhalten. Damit besteht die Gefahr einer Vereitelung des Anfechtungsrechts.¹⁰¹ Dem Bundesgericht ist ferner darin beizupflichten, dass es in solchen Fällen bei der Beurteilung, ob der Fehler beachtlich ist, nicht auf die Stimmkraft der Übergangenen ankommen kann.¹⁰² Ein Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und Beschluss (s. vorne 135 f.) ist aber grundsätzlich auch für die Nichtigkeitsfolge vorauszusetzen.¹⁰³ Gilt ein Kausalitätserfordernis nämlich für die Anfechtbarkeit eines Beschlusses,¹⁰⁴ muss es erst recht für die qualifizierte Sanktion der Nichtigkeit gelten.

3. Wirkung

a) Grundsatz: Absolute Ungültigkeit

Ein nichtiger Beschluss erzeugt nach traditioneller Auffassung von Anfang an (*ex tunc*) keinerlei Wirkungen. Nichtigkeit bedeutet eine *absolute* und *unheilbare* Ungültigkeit, auf die sich *jedermann zeitlich unbeschränkt* berufen darf. Das Gericht hat die Nichtigkeit *von Amtes wegen* zu beachten.¹⁰⁵

b) Relativierungen

aa) Rechtsmissbrauchsverbot

Um die Auswirkungen einer absolut verstandenen Nichtigkeit in Grenzen zu halten, operieren die Gerichte mit dem Rechtsmissbrauchsverbot. Dazu folgendes Beispiel aus der jüngeren Praxis: In einer GmbH wurden während zwölf Jahren die als «Universal-

¹⁰⁰ BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 6), N 20 zu Art. 706b; NEUMAN/VON DER CRONE (Fn. 99), 115.

¹⁰¹ BGE 137 III 460, E. 3.3.

¹⁰² Vgl. BGE 137 III 460, E. 3.3.

¹⁰³ A.M. SCHOTT (Fn. 6), § 5 N 4.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 691 Abs. 3 OR.

¹⁰⁵ BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Fn. 6), N 4 ff. zu Art. 706b; DRUEY (Fn. 10), 142 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 13), § 25 N 128 ff.

versammlungen» titulierten Gesellschafterversammlungen in Abwesenheit der beiden späteren Kläger durchgeführt. Obwohl als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen, wurden diese gar nicht erst zu den Versammlungen eingeladen. Dies entsprach offenbar einer «Absprache» zwischen ihnen und dem Mehrheitsgesellschafter. Das Handelsgericht Zürich hält im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest, die an diesen Versammlungen gefassten Beschlüsse seien («grundsätzlich») nichtig.¹⁰⁶ Darin aber, dass die Kläger zunächst der «Absprache» über zehn Jahre lang nachgelebt hatten, ohne sich daran zu stören, und erst dann die Nichtigkeit der Beschlüsse geltend machten, erblickte das Gericht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*). Demnach konnten sie sich nicht auf die Nichtigkeit berufen.¹⁰⁷

bb) Vertrauensschutz

Einer jederzeitigen Geltendmachung der Nichtigkeit können überwiegende Interessen gutgläubiger Dritter entgegenstehen, namentlich dann, wenn der Beschluss bereits ins Handelsregister eingetragen wurde. In einem bemerkenswerten Entscheid erwog das Bundesgericht, ausnahmsweise seien Dritte in ihrem Vertrauen auf den Bestand eines seit Jahren eingetragenen nichtigen Beschlusses zu schützen. «Dazu ist eine ausdrückliche Vorschrift nicht erforderlich; es genügt, dass eine zu Gunsten Dritter erfolgte Eintragung [...] aus unabweislichen praktischen Bedürfnissen als richtig gelten muss.»¹⁰⁸ Ein Teil der Lehre vertritt dagegen die Ansicht, eine Abweichung von der «absoluten Wirkung» der Nichtigkeit bedürfte einer Anordnung des Gesetzgebers.¹⁰⁹ Dem wiederum lässt sich entgegnen, dass das Gesetz selbst nirgends sagt, was Nichtigkeit bedeutet.

c) Stellungnahme

Auch bei nichtigen Beschlüssen ist stets danach zu fragen, ob ein gültiger Beschlussteil (eventuell richterlich ergänzt) nach Massgabe der verletzten Norm bzw. des hypothetischen Gesamtwillens aufrechterhalten werden kann (s. vorne 142 ff.). Denn auch bei qualifizierten Normverstössen gilt, dass die Sanktion nicht die Beseitigung des Beschlusses, sondern die des Mangels anvisiert.¹¹⁰

Wenn der Beschluss Wirkungen nach aussen hin erzeugt hat, ist bei der Anordnung der Ungültigkeitsfolgen eine umfassende Abwägung der involvierten Interessen erforderlich. Wurde bei der Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit noch ge-

¹⁰⁶ HGer ZH HG120081-O vom 16. Januar 2014, E. 3.2.2.2.

¹⁰⁷ HGer ZH (Fn. 106), E. 3.2.3.4.

¹⁰⁸ BGE 78 III 33, E. 9.

¹⁰⁹ VON DER CRONE (Fn. 1), § 8 N 247.

¹¹⁰ Vgl. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 61 zu Art. 19/20.

prüft, ob die Rechtsverletzung weitreichend genug ist, um die Nichtigkeit des Beschlusses zu bewirken, muss bei der Ausgestaltung der konkreten Sanktion das Beurteilungsspektrum erweitert werden. Es ist hier auch danach zu fragen, ob berechnigte Kontinuitätsinteressen gegen eine Ungültigerklärung sprechen und wie sie zu gewichten sind. Der richterliche Ermessensentscheid soll sich aber nicht nur darauf beziehen, ob die Ungültigkeit durchgesetzt wird oder nicht, sondern auch darauf, wie weit ihre Folgen reichen. In Abweichung vom traditionellen Nichtigkeitskonzept ist nach hier vertretener Auffassung von einem *flexiblen Ungültigkeitsbegriff* auszugehen.¹¹¹ Die einzelnen Merkmale der Ungültigkeit sind demnach erst mit Blick auf die konkrete Fallkonstellation festzulegen.

Daraus ergibt sich zunächst, dass der *Eintrittszeitpunkt* der Ungültigkeit *variabel zu bestimmen* ist.¹¹² So plädiert BÖCKLI zu Recht dafür, dem Gericht die Möglichkeit einzuräumen, «in Anwendung des Verhältnismässigkeits- und Faktizitätsprinzips» im Einzelfall den Beschluss nicht rückwirkend für ungültig zu erklären, sondern *ex nunc* aufzuheben.¹¹³

Bei bereits vollzogenen Beschlüssen ist jeweils zu prüfen, inwieweit eine *Rückabwicklung* erfolgen soll. Unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse muss beurteilt werden, ob die Wiederherstellung des *status quo ante* durchführbar und verhältnismässig ist.¹¹⁴ Unter Umständen sind Massnahmen zu treffen, die den mangelhaften Beschluss selbst unberührt lassen, aber gleichwohl eine Mangelbeseitigung mit künftiger Wirkung ermöglichen.¹¹⁵ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang ein in der neueren Lehre diskutiertes Beispiel: Im Fall eines ins Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschlusses, der sich nachträglich als ungültig erweist, soll es dem Richter gestattet sein, eine Kapitalherabsetzung *ex nunc* zu verfügen.¹¹⁶ Das Urteil soll sodann den Herabsetzungsbeschluss der Generalversammlung ersetzen.¹¹⁷ Damit könnte ein Ausgleich geschaffen werden zwischen den Interessen der auf den Eintrag vertrauenden Gläubiger und dem Interesse an der Mangelbeseitigung.

¹¹¹ Vgl. zum Konzept der flexiblen Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 55 ff. zu Art. 19/20.

¹¹² BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 57 zu Art. 19/20.

¹¹³ BÖCKLI (Fn. 23), § 16 N 184.

¹¹⁴ Für das Vertragsrecht BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 58 zu Art. 19/20; vgl. auch Art. 79 und 80 OR 2020 (Fn. 34).

¹¹⁵ Damit wird freilich von der «kassatorischen Natur» der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage abgewichen (s. vorne 140 ff.).

¹¹⁶ PETER LEHMANN, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, N 532 ff., der von einer Korrektur durch «spiegelbildliche Massnahmen» spricht; ebenso SCHENKER (Fn. 24), 40. Die Ausführungen erfolgen zwar jeweils mit Bezug auf die Anfechtungsklage, müssen aber erst recht für Fälle der Nichtigkeit gelten. Denn hier können seit dem Zeitpunkt der Eintragung viele Jahre vergangen sein, was das Vertrauen der Dritten umso schutzwürdiger macht.

¹¹⁷ SCHENKER (Fn. 24), 40.

In Betracht kommt letztlich auch eine *Heilung* des Mangels. Sie erscheint dann als angemessene Folge, wenn der Nichtigkeitsgrund nachträglich weggefallen ist oder wenn kein schützenswertes Interesse an der Behebung des Mangels mehr besteht.¹¹⁸ Durch die Möglichkeit einer Heilung wird die «zeitlich unbeschränkte» Geltendmachung der Nichtigkeit erheblich eingeschränkt. Das Bundesgericht liess es in einem jüngeren Entscheid genügen, dass der Kläger etwas mehr als zwei Jahre mit der Klageerhebung zugewartet hatte, um ihm die Berufung auf die Nichtigkeit eines Beschlusses zu verwehren.¹¹⁹ Ähnliche Ergebnisse erzielt die Praxis durch die Heranziehung des Rechtsmissbrauchsverbots.

VI. Schlussbetrachtung

Das System der Beschlussmängel bzw. der daraus zu ziehenden Konsequenzen ist nach den folgenden Kriterien auszdifferenzieren.

1. Zunächst ist zwischen Fehlern im Zustandekommen und Fehlern im Inhalt eines Beschlusses zu unterscheiden.
2. Verfahrensfehler machen den Beschluss als Ganzes mangelhaft, wenn sie die Legitimität des Entscheidungsergebnisses in Frage stellen.
3. Demgegenüber reichen Inhaltmängel nur so weit, als der Beschluss rechtswidrig ist; ein allfälliger mangelfreier Rest ist aufrechtzuerhalten, sofern das mit dem verfahrensmässig einwandfreien Entscheid der Gesellschaft in Einklang gebracht werden kann.
4. Auf der Folgenseite differenziert das Gesetz nach der Schwere des Mangels und ordnet entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit an.
5. Eine weitere Untergliederung ist sodann auf der Ebene der Anordnung der konkreten Sanktion vorzunehmen. Hier hat der Richter einerseits den berechtigten Begehren jener Personen Nachachtung zu verschaffen, die eine Mangelbeseitigung fordern. Dabei darf er aber andererseits schützenswerte Drittinteressen nicht vernachlässigen.
6. Die Vielfalt der denkbaren Konstellationen bzw. Kombinationen kann durch den Gesetzgeber nicht antizipiert bzw. einzeln geregelt werden. Der allgemeine Grundsatz, wonach Ungültigkeitsfolgen individuell-konkret zu bestimmen sind, zeigt sich deshalb im Gesellschaftsrecht besonders deutlich.

¹¹⁸ Vgl. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 34), N 60 zu Art. 19/20.

¹¹⁹ BGer 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006, E. 2: «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.»

