

## Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.205/2008 vom 19. August 2008 i.S. A. sowie Association des Amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne (Beschwerdeführer) gegen Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, in Liquidation (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von MLaw Franziska Bächler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich\*

### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Rechtsschutzinteresse
2. Gleichbehandlungsgebot
3. Rechtsmissbrauchsverbot
  - 3.1 Verhältnis zum Gleichheitsgebot
  - 3.2 Mehrheitsprinzip

#### III. Bemerkungen

1. Aktienrecht als Verfahren
  - 1.1 Homogenität der Interessen
  - 1.2 Gesetzliche Richtigkeitsvermutung
  - 1.3 Rechtsprechung
  - 1.4 Weltwoche-Entscheid
2. Richterliche Überprüfung der materiellen Legitimation
3. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt

Der vorliegende Entscheid erging im Rahmen der Quasifusion<sup>1</sup> der Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne (nachfolgend SAJGGL) mit der Société Anonyme Nouveau Quotidien ERL zur Société Anonyme Le Temps, Herausgeberin der Tageszeitung «Le Temps».<sup>2</sup>

Die Aktionäre der SAJGGL beschlossen an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 15. Oktober 1997, das Erscheinen der von ihr herausgegebenen Zeitung einzustellen und sich mit 47% am Aktienkapital der SA Le Temps zu beteiligen. Ebenfalls mit 47% an der SA Le Temps beteiligt war zu diesem Zeitpunkt die SA Nouveau Quotidien ERL. Die restlichen 6% der Beteiligungen der SA Le Temps waren von den Redakteuren der neuen Zeitung Le Temps gezeichnet. Die SA Le Temps hatte bereits bestimmte Aktiven (insbesondere Verlagsrechte) und Passiven von der SAJGGL sowie der SA Nouveau Quotidien ERL übernommen.

Am 31. Mai 2001 schloss die SAJGGL mit drei ihrer Mehrheitsaktionäre eine Vereinbarung, welche hauptsächlich den Verkauf sämtlicher von ihr an der SA Le Temps gehaltenen Beteiligungen an diese Mehrheitsaktionäre zum Inhalt hatte. Diese Vereinbarung wurde an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Juni 2001 genehmigt. An dieser beschlossen die Aktionäre ausserdem die Auflösung der SAJGGL. Die Beschwerdeführer fochten diese Beschlüsse mit Klage vom 22. August 2001 an. Das Bundesgericht wies die Beschwerde letztinstanzlich mit Urteil vom 19. April 2007 ab.<sup>3</sup>

Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 6. Juli 2004 stellte ein vom Liquidator sowie von den Mehrheitsaktionären unabhängiger Aktionär den Antrag, eine Kapitalherabsetzung ins Auge zu fassen. Es wurde in der Folge für die ordentliche Generalversammlung vom 23. Juni 2005 die Reduktion des Aktienkapitals der Beschwerdegegnerin von CHF 13 950 000.00 auf CHF 4 068 750.00 durch Nennwertrückzahlung von CHF 8.50 pro Aktie traktandiert und an dieser beschlossen. Bis zum Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung hatten zwei der drei Grossaktionäre den in der Vereinbarung vom 31. Mai 2001 festgelegten Kaufpreis noch nicht bezahlt. Die Kapitalherabsetzung ermöglichte ihnen daher, die noch nicht beglichenen Kaufpreisforderungen mit den Kapitalrückzahlungsansprüchen zu verrechnen. Am 24. August 2005 focht eine Gruppe von Minderheitsaktionären, darunter die Beschwerdeführer, diesen Kapitalherabsetzungsbeschluss an.

Gegen das abweisende Urteil des Cour de Justice des Kantons Genf vom 14. März 2008 erhoben die Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht. Im Ergebnis schützte das Bundesgericht den Kapitalherabsetzungsbeschluss und wies die Beschwerde vollumfänglich ab.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft im vorliegenden Fall vorab, ob die Beschwerdeführer ein genügendes Rechtsschutzinteresse an der Behandlung der Sache haben [1.]. In der Hauptsache befasst es sich mit dem

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Zur Quasifusion vgl. *Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Katja Berlinger*; Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, § 2 N 116.

<sup>2</sup> Es sind im Rahmen dieser Quasifusion nebst dem vorliegenden bereits mehrere bundesgerichtliche Urteile ergangen (BGer 4A.11/2006; BGE 132 III 758; BGer 4C.419/2006; BGer 4A.26/2007). Betreffend BGer 4A.26/2007 siehe *Martina Isler/Hans Caspar von der Crone*, Handelsregistersperre, SZW 80 (2008), S. 114 ff.

<sup>3</sup> BGer 4C.419/2006.

Gleichbehandlungsgebot [2.] und dem Rechtsmissbrauchsverbot [3.].

### 1. Rechtsschutzinteresse

Im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde in Zivilsachen war das Urteil des Bundesgerichts betreffend die Anfechtung des Entscheides der ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Juni 2001, die Gesellschaft aufzulösen, in Rechtskraft erwachsen.<sup>4</sup> Es stellt sich somit die Frage, ob trotz der Auflösung der Beschwerdegegnerin noch ein Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 76 Abs. 1 BGG besteht. Nach Art. 76 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass sich die Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG hauptsächlich auf öffentlich-rechtliche Entscheide beziehen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG).<sup>5</sup> Der Gesetzgeber habe mit der Einführung von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG bezüglich der zivilrechtlichen Beschwerde die unter altem Recht geltende Situation nicht ändern wollen. Beschwerden in Zivilsachen müssten die in Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG genannte Voraussetzung des bestehenden Rechtsschutzinteresses deshalb nicht erfüllen. Insbesondere sei zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen habe<sup>6</sup> und dort mit seinen Anträgen unterlegen sei. Entsprechend trat das Bundesgericht auf die vorliegende Beschwerde ein.<sup>7</sup>

### 2. Gleichbehandlungsgebot

Die Beschwerdeführer bringen vor, der angefochtene Generalversammlungsbeschluss führe zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Aktionäre. Die Kapitalherabsetzung, die teilweise durch Verrechnung der Forderung auf Nennwertrückerstattung mit den Kaufpreisschulden von zwei Mehrheitsaktionären durchgeführt wurde, bevorteile die Mehrheitsaktionäre zum Nachteil der Minderheitsaktionäre. Die beiden Mehrheitsaktionäre, die ihre Kaufpreisforderung noch nicht beglichen haben, hätten die Beteiligungen an der SA Le Temps durch die Vereinbarung vom 31. Mai 2001 erworben, ohne den vereinbarten Kaufpreis vollständig bezahlt zu haben. Die darauf folgende Kapitalherabsetzung habe diesen sodann die Möglichkeit zur Verrechnung gegeben und sie vollständig von der Kaufpreiszahlung befreit.<sup>8</sup>

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim Grundsatz der Gleichbehandlung um einen ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz, der teilweise – wie etwa in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR für Aktiengesellschaften – ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wurde.<sup>9</sup> Dabei gebiete, so das Bundesgericht, die aktienrechtliche Ausgestaltung des Prinzips der Gleichbehandlung lediglich eine relative Gleichbehandlung. Eine zur Kapitalbeteiligung proportionale Differenzierung sei zulässig. Entsprechend verlange das Gleichbehandlungsgebot bei der Kapitalherabsetzung durch Nennwertrückerstattung, dass der Wert jeder Aktie herabgesetzt werde und diese Herabsetzung für alle Aktien in demselben Masse erfolge. Eine Abweichung von diesem Grundsatz bedürfe einer besonderen Rechtfertigung («justification particulière»). Da der angefochtene Generalversammlungsbeschluss eine Reduktion des Nennwerts sämtlicher Aktien von CHF 12.00 auf CHF 3.50 vorsah, führte dieser nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> BGer 4C.419/2006.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Kathrin Klett*, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 4 zu Art. 76 BGG.

<sup>6</sup> Nach der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 ergibt sich die formelle Voraussetzung der Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG aus dem in Artikel 75 BGG aufgestellten Grundsatz des doppelten Instanzenzuges. Damit von einer Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren gesprochen werden kann, muss die betroffene Partei zumindest Anträge zur Beschwerde gestellt haben. Siehe BBl 2001 4202, 4317.

<sup>7</sup> BGer 4A.205/2008, E. 1.2 mit Verweisung auf BGE 133 III 421, E. 1.1.

<sup>8</sup> BGer 4A.205/2008, E. 2.

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler BGer 4C.419/2006, E. 3.3 mit Verweisung auf BGE 131 III 459, E. 5.4.2.

<sup>10</sup> BGer 4A.205/2008, E. 3.

### 3. Rechtsmissbrauchsverbot

#### 3.1 Verhältnis zum Gleichheitsgebot

Das Bundesgericht sieht den eigentlichen Vorwurf der Beschwerdeführer darin, dass der Kapitalherabsetzungsbeschluss einzig dazu gedient habe, es zwei Mehrheitsaktionären zu ermöglichen, ihre noch nicht bezahlte Schuld zu begleichen, ohne dafür der Beschwerdegegnerin Geld zu überweisen. Gemäss Bundesgericht ist dieser Vorwurf nicht unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots, sondern unter jenem des Rechtsmissbrauchsverbots zu prüfen. Beim aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot handle es sich sodann nicht um eine *lex specialis*, sondern um einen Anwendungsfall von Art. 2 ZGB. Demnach sei es möglich, dass ein Generalversammlungsbeschluss vor dem Gleichbehandlungsgebot standhalte, aber dennoch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich sei.<sup>11</sup> Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit 1976.<sup>12</sup>

#### 3.2 Mehrheitsprinzip

Ein Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot sei, so das Bundesgericht, lediglich als *ultima ratio* anzunehmen. Aufgrund des im Aktienrecht geltenden Mehrheitsprinzips unterwerfe sich der einzelne Aktionär beim Eintritt in die Gesellschaft grundsätzlich dem Willen der Mehrheit. Es sei daher nicht Sache des Richters, im Rahmen eines Anfechtungsprozesses die Zweckmässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses in Hinblick auf die Interessen der Gesellschaft und jener der Aktionäre zu überprüfen. Vielmehr habe sich eine richterliche Intervention auf den offensichtlichen Missbrauch der aus dem Mehrheitsprinzip fliessenden Machtposition zu beschränken.<sup>13</sup>

Gemäss Bundesgericht ist ein Mehrheitsentscheid dann im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich, wenn er nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen gerechtfertigt ist, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt

und Sonderinteressen der Mehrheit ohne sachlichen Grund bevorzugt.<sup>14</sup> Hinsichtlich des konkreten Sachverhaltes stellt das Bundesgericht fest, dass sich die angefochtene Kapitalherabsetzung durch vernünftige wirtschaftliche Gründe rechtfertigen lasse, weil die Beschwerdegegnerin bereits seit mehreren Jahren keine geschäftlichen Tätigkeiten mehr ausübte und somit überkapitalisiert war. Überkapitalisierung sei ein gängiges Motiv für eine Kapitalherabsetzung und rechtfertige eine solche aus wirtschaftlicher Sicht insbesondere zur Reduktion der Steuerlasten. Ein offensichtlicher Missbrauch der Mehrheitsmacht sei somit zu verneinen. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Kapitalherabsetzung für zwei Mehrheitsaktionäre die Möglichkeit geschaffen hat, ihre Kaufpreisschuld vollständig mit der Forderung auf Nennwertrückerstattung zu verrechnen.<sup>15</sup>

### III. Bemerkungen

Ein Generalversammlungsbeschluss über die Kapitalherabsetzung hält nach den Ausführungen des Bundesgerichts der Anfechtungsklage stand, sofern er weder eine Ungleichbehandlung bewirkt noch rechtsmissbräuchlich ist. Es stellt sich im Folgenden die Frage, ob diese beiden Kriterien zur Beurteilung eines Mehrheitsentscheides genügen.

#### 1. Aktienrecht als Verfahren

##### 1.1 Homogenität der Interessen

Die Beziehung des Aktionärs zur Aktiengesellschaft ist üblicherweise rein kapitalorientiert. Die Aktionäre erwarten von der Aktiengesellschaft Kapitalerhaltung und Ertrag. Aufgrund dieser primär ökonomischen Interessen der Aktionäre an der Aktiengesellschaft kann von homogenen Aktionärsinteressen ausgegangen werden.<sup>16</sup> Wegen der rein finanziellen

<sup>11</sup> BGer 4A.205/2008, E. 3.2.

<sup>12</sup> Siehe BGE 102 II 265, E. 2. Unter der früheren, vor BGE 102 II 265 ergangenen Rechtsprechung konnten angefochtene Generalversammlungsbeschlüsse, welche das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen, nicht mehr nach Art. 2 ZGB überprüft werden. Siehe zur alten Rechtsprechung BGE 95 II 157, E. 9a.

<sup>13</sup> BGer 4A.205/2008, E. 4.1.

<sup>14</sup> BGer 4A.205/2008, E. 4.1.

<sup>15</sup> BGer 4A.205/2008, E. 4.2 mit Verweisung u.a. auf *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2004, § 2 N 335; in der 4. Aufl., 2009 in § 2 N 335 ff.

<sup>16</sup> Diese Aussage gilt für Aktiengesellschaften mit Einheitsaktien ohne Stimmrechtsbegrenzung uneingeschränkt. Bestehen in einer Aktiengesellschaft jedoch Stimmrechtsaktien, Stimmrechtsbegrenzungen nach Art. 692 Abs. 2 OR oder Vinkulierungen, so sind die Interessen der Aktionäre nicht vollständig homogen.

Natur der Aktionärsinteressen kann die potenziell auch hier bestehende Differenz zwischen dem geldwerten Interesse und dem Nutzen im Sinne der Wohlfahrtsökonomie vernachlässigt werden. Der subjektive Nutzen des Aktionärs erschöpft sich weitgehend in seinem finanziellen Interesse.<sup>17</sup> Darin unterscheidet sich das Aktionärsinteresse beispielsweise vom Interesse des Stimmbürgers in einer Gebietskörperschaft.

Die rein finanzielle Natur des relevanten Aktionärsinteresses kommt auch im Gesetz zum Ausdruck. Der Endzweck der Aktiengesellschaft ist nach Art. 620 Abs. 3 OR e contrario in der Regel ein rein wirtschaftlicher. Die Aktiengesellschaft bezweckt das Erlangen geldwerter Vorteile mittels einer beliebig gearteten Tätigkeit. Zudem ist die typische Aktiengesellschaft gewinnstrebig, also zur Ausschüttung von Gewinnen an die Aktionäre verpflichtet.<sup>18</sup> Die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit bedarf konsequenterweise der Zustimmung sämtlicher Aktionäre.<sup>19</sup>

Stimmen die Aktionäre über ein Geschäft ab, das sie in finanzieller Sicht alle gleich betrifft, kann die materielle Richtigkeit des Entscheides vermutet werden. Es darf davon ausgegangen werden, dass rational handelnde Aktionäre als Kollektiv denselben Beschluss fassen, den auch ein hypothetischer Alleineigentümer der Gesellschaft in der gleichen Situation gefasst hätte. Der Mehrheitsbeschluss wird unter den zur Auswahl stehenden Optionen zugunsten eines ökonomisch vernünftigen fallen. Das korrekt durchgeführte Verfahren legitimiert damit den Entscheid. Dieser ist entsprechend bindend, unabhängig davon, ob ein inhaltlich unterschiedlicher Entscheid für eine allfällig unterlegene Minderheit günstiger wäre.<sup>20</sup> Der Richter hat den Generalversammlungsbeschluss im Anfechtungsprozess daher lediglich auf das Vorliegen von Rechtsverletzungen hin zu prüfen.<sup>21</sup> Als solche kommen einerseits Ver-

stösse gegen verfahrensrechtliche Vorschriften sowie subsidiär solche gegen das Rechtsmissbrauchsverbot in Frage.

Den Mehrheitsentscheiden, welche sich auf alle Aktionäre bezüglich ihrer finanziellen Stellung in gleicher Weise auswirken, stehen solche gegenüber, welche die Aktionäre ungleich betreffen oder in Schutzrechte der Aktionäre eingreifen. Diesen Beschlüssen liegt potenziell ein Interessengegensatz innerhalb des Aktionariats zugrunde. Das Abstimmungsverfahren allein bietet daher noch keine Gewähr für die Richtigkeit des Entscheides. Es obliegt somit dem Richter, den angefochtenen Beschluss im Anfechtungsprozess sowohl auf dessen Rechtmässigkeit als auch auf dessen materielle Richtigkeit hin zu prüfen. Ein Entscheid mehrerer, der auf einem potenziellen Interessengegensatz beruht, könnte die Richtigkeitsvermutung bei Einstimmigkeit beanspruchen. Einstimmigkeitsentscheide sind allerdings insbesondere in Publikumsgesellschaften nicht praktikabel. Die in Art. 704 OR statuierten besonderen Quoren stellen immerhin eine beschränkte Annäherung an das Einstimmigkeitsprinzip dar. Sie sollen Gesellschaft und Mitglieder insbesondere vor Entscheiden durch Zufallsmehrheiten schützen.<sup>22</sup> Ist der Minderheitsblock bei einer konkreten Entscheidungsfrage gross genug, um als Sperrminorität zu wirken, so kann trotz divergierender Interessen von der Richtigkeitsvermutung für den Mehrheitsentscheid ausgegangen werden.<sup>23</sup> Die fehlende prozedurale Richtigkeitsgewähr bei Mehrheitsbeschlüssen, die auf einem potenziellen Interessengegensatz beruhen, kann somit einerseits durch eine richterliche Überprüfung der materiellen Richtigkeit des Entscheides und andererseits durch das Einhalten der besonderen Quoren wieder hergestellt werden.

Mehrheit gefassten Beschlüsse als prinzipiell fraglich zu gelten, da sie der Anfechtung unterliegen. Der Richter habe den angefochtenen Beschluss daher auf volle Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Entscheidungskriterium für die richterliche Beurteilung eines Interessenkonflikts zwischen Mehrheit und Minderheit ist dabei nach *Bär* nicht der Mehrheitswille, sondern das Leitbild des typischen Aktionärs. *Bär* definiert den typischen Aktionär als gewinnstrebig. Er schliesst von dieser Typizität der Aktionäre aber nicht auf die Geltung des Mehrheitsprinzips im Aktienrecht. Siehe *Rolf Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechtes, ZSR 85 (1966), S. 428 und 511 ff.

<sup>22</sup> Siehe hierzu *Brigitte Tanner*, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987, S. 69 f.

<sup>23</sup> *Von der Crone* (Fn. 17), S. 99 f.

<sup>17</sup> Vgl. dazu *Hans Caspar von der Crone*, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, ZBJV 133 (1997), S. 97 f.

<sup>18</sup> *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 2 N 50 ff. und § 8 N 46 f.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

<sup>20</sup> *Von der Crone* (Fn. 17), S. 97 f.

<sup>21</sup> Anderer Meinung ist *Rolf Bär*, der den Mehrheitsentscheid als organisatorischen Behelf sieht, welcher den gesellschaftlichen Betrieb in Gang hält. *Bär* hält den Mehrheitsentscheid für provisorisch. Nach ihm haben die von der

### 1.2 Gesetzliche Richtigkeitsvermutung

Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR sind mit der Anfechtungsklage nur Rechtsverletzungen anfechtbar.<sup>24</sup> Der Richter überprüft den Mehrheitsbeschluss danach lediglich auf Rechtmässigkeit und nicht auf Sachlichkeit.<sup>25</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR sieht vor, dass Beschlüsse anfechtbar sind, die in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken. Berufet sich der Kläger im Anfechtungsprozess auf diese Bestimmung, hat der Richter vorab das Vorliegen eines Entzuges oder einer Beschränkung eines Aktionärsrechts zu prüfen. Stellt er einen solchen Eingriff in ein Aktionärsrecht fest, befindet er in einem weiteren Schritt über dessen sachliche Rechtfertigung. Ebenso geht der Richter vor, wenn im Anfechtungsprozess Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR als Anfechtungsgrund angerufen wird. Danach sind Beschlüsse anfechtbar, die eine durch den Gesellschaftszweck<sup>26</sup> nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken. Der Richter hat hierbei vorab das Vorliegen einer Ungleichbehandlung oder Benachteiligung des Klägers zu prüfen. Liegt eine solche vor, urteilt er in einem zweiten Schritt ebenfalls über die sachliche Rechtfertigung des Generalversammlungsbeschlusses.<sup>27</sup>

Entscheide, welche die Tatbestände von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR erfüllen, beruhen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf divergierenden und damit heterogenen Interessen. Denn einerseits erfüllen Entscheide, bei welchen Gleichlauf der Interessen unter den Aktionären besteht, den Tatbestand der Ungleichbehandlung der Aktionäre nicht (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Andererseits ist es unwahrscheinlich, dass Entscheide, welche alle Aktionäre in gleicher Weise betreffen, in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Art. 706

Abs. 2 Ziff. 2 OR).<sup>28</sup> Die Sachlichkeitsprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen ist somit von Gesetzes wegen auf Tatbestände beschränkt, bei welchen die Interessen der Aktionäre potenziell unterschiedlich betroffen sind. Generalversammlungsbeschlüsse, für welche das Gesetz im Anfechtungsprozess hingegen lediglich eine allgemeine Rechtmässigkeitsprüfung vorsieht, beruhen umgekehrt auf gleichlaufenden, homogenen Interessen. Aus dem Verzicht auf eine Sachlichkeitsprüfung bei Entscheiden mit gleichlaufenden Interessen ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber ihre materielle Richtigkeit vermutet. Diese Richtigkeitsvermutung von Mehrheitsentscheiden, die auf gleichlaufenden Interessen beruhen, stimmt mit den unter Ziff. 1.1 dargestellten ökonomischen Überlegungen überein.

### 1.3 Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung mehrfach bestätigt, dass sich die richterliche Überprüfung im Anfechtungsprozess auf die Rechtmässigkeitsprüfung beschränkt. So hielt es zum Beispiel in BGE 95 II 157 fest, dass Generalversammlungsbeschlüsse grundsätzlich endgültig sind und der Richter nur einschreiten darf, wenn die Generalversammlung den Rahmen vernünftiger Überlegungen willkürlich gesprengt hat.<sup>29</sup> In BGE 100 II 384 lehnt es die richterliche Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen auf deren Angemessenheit und Zweckmässigkeit hin ab.<sup>30</sup> Auch gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen im vorliegenden Fall liegt es nicht in der Kompetenz des Richters, einen Mehrheitsbeschluss auf dessen Angemessenheit bezüglich des Gesellschaftsinteresses oder des Interesses der Gesamtheit der Aktionäre hin zu überprüfen.<sup>31</sup>

### 1.4 Weltwoche-Entscheid

In BGE 99 II 55 («Weltwoche-Entscheid») hatte das Bundesgericht eine Anfechtungsklage betreffend einen Kapitalerhöhungsbeschluss zu beurteilen. Dieser erhöhte das Aktienkapital um das Siebenfache.

<sup>24</sup> Diese haben gemäss BGE 117 II 290, E. 6a zudem konkret zu sein. Bloss virtuelle Rechtsverletzungen sind hingegen nicht anfechtbar.

<sup>25</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 18), § 25 N 15 und 59 f.

<sup>26</sup> Dieser ist vom wenig ergiebigen Begriff des sog. Gesellschaftsinteresses zu unterscheiden. Zum Gesellschaftsinteresse siehe *Claude Lambert*, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1992, insbes. S. 41 ff.

<sup>27</sup> Vgl. zum Ganzen *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, 2. Aufl., Basel 2002, N 8 zu Art. 706 OR.

<sup>28</sup> *Von der Crone* (Fn. 17), S. 98 f.

<sup>29</sup> BGE 95 II 157, E. 9b mit Verweisung auf BGE 93 II 393, E. 3b. In diesem Sinne unter anderem bereits BGE 91 II 298, E. 10.

<sup>30</sup> BGE 100 II 384, E. 3b.

<sup>31</sup> BGER 4A.205/2008, E. 4.1.

Dabei wurden die neuen Aktien zu pari ausgegeben. Es wurde vorgesehen, dass bei Nichtausübung der Bezugsrechte die nicht bezogenen Aktien den übrigen Aktionären im Verhältnis ihres Anteils am Grundkapital angeboten würden. Die Aktien der Gesellschaft waren vinkuliert und der Verwaltungsrat konnte die Übertragung der Aktien ohne Angabe von Gründen verweigern. Diese Bedingungen führten beim Aktionär, der sein Bezugsrecht nicht ausübte, zur Inkaufnahme einschneidender Nachteile. So wäre der innere Wert seiner Aktien gesunken und er hätte an Stimmrecht eingebüsst. Ausserdem hätte er das seinem Kapitalanteil entsprechende Bezugsrecht für neue Aktien entschädigungslos an die anderen Aktionäre verloren. Die Nichtausübung des Bezugsrechts hätte somit für den Aktionär erhebliche Nachteile zur Folge gehabt. Gemäss Bundesgericht stellte dieser faktische Zwang zur Ausübung des Bezugsrechts keine unzulässige Ungleichbehandlung der Aktionäre dar. Es verneinte zudem das Vorliegen eines Eingriffs in aktienrechtliche Schutzrechte.<sup>32</sup>

Gemäss Art. 652 Abs. 5 E OR darf der Ausgabepreis für den Bezug neuer Aktien nicht wesentlich tiefer liegen als deren wirklicher Wert,<sup>33</sup> es sei denn, das Bezugsrecht sei handelbar oder sämtliche Aktionäre hätten dem Ausgabebetrag zugestimmt. Mit dieser Regelung wird zum Schutz des Eigentums der Aktionäre ausgeschlossen, dass durch eine Kapitalerhöhung der Substanzwert ihrer Aktien verwässert wird, wenn sie sich nicht an der Erhöhung beteiligen können oder wollen.<sup>34</sup>

Da das Bundesgericht im «Weltwoche-Entscheid» sowohl das Vorliegen einer unzulässigen Ungleichbehandlung der Aktionäre als auch eines Eingriffs in aktienrechtliche Schutzrechte verneinte,<sup>35</sup> hatte es

weder Grund noch Grundlage, in einem zweiten Schritt die Richtigkeit der Entscheidung zu überprüfen. Unter der damaligen Rechtslage wäre ein anders lautender Entscheid nur unter Abweichung von der ökonomisch begründeten Vermutung, dass auf gleichlaufenden Interessen beruhende Mehrheitsbeschlüsse richtig seien, möglich gewesen. Wie die Einführung von Art. 652 Abs. 5 E OR zeigt, hat eine systemkonforme Korrektur von im Einzelfall unbefriedigenden Entscheidungen über die Einführung verfeinerter Minderheitenrechte zu führen. Es wird dem Richter dadurch die Möglichkeit eingeräumt, vorab das Vorliegen eines Eingriffs in ein aktienrechtliches Schutzrecht festzustellen. Stellt er einen solchen fest, befindet er in einem weiteren Schritt über dessen sachliche Rechtfertigung.

## 2. Richterliche Überprüfung der materiellen Legitimation

Greift ein Mehrheitsbeschluss in ein Schutzrecht einzelner Aktionäre ein oder betrifft er die Aktionäre ungleich, überprüft der Richter diesen im Anfechtungsprozess auf dessen materielle Legitimation hin. Materiell legitimiert ist ein Entscheid, wenn er dem Sachlichkeitsgebot entspricht. Dieses ist erfüllt, wenn der Entscheid einen Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks<sup>36</sup> leistet und die Aktionärsrechte nicht zur Verfolgung persönlicher Ziele der Mehrheit – sog. «partikulärer Gründe» – beschränkt oder entzogen werden.<sup>37</sup> Mit dem Sachlichkeitskriterium verbunden ist der selbständige Grundsatz der Verhältnismässigkeit.<sup>38</sup> Auch dieser ist unter Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR zu subsumieren.<sup>39</sup> Danach lässt sich ein Eingriff in die Stellung von Aktionären nur rechtfertigen, wenn er in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen steht, den der Entscheid der Gesellschaft bringt. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist nebst dem Verbot des Übermasses im Sinne des schlechthin Unnötigen das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten. Letzteres gilt als Fallgruppe des Gebots des Handelns nach Treu und

<sup>32</sup> BGE 99 II 55, E. 2 und 3; siehe hierzu *Arthur Meier-Hayoz/Martin Zweifel*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Wolfgang Hefermehl/Rudolf Gmür (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 394 ff.

<sup>33</sup> Beim «wirklichen Wert» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der bereits im OR und Fusionsgesetz verwendet wird (siehe z.B. Art. 670 Abs. 1 OR, Art. 7 Abs. 2 FusG).

<sup>34</sup> Siehe Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1645 f.

<sup>35</sup> BGE 99 II 55, E. 2 und 3.

<sup>36</sup> Vgl. Fn. 26.

<sup>37</sup> Vgl. *Dubs/Truffer* (Fn. 27), N 12 zu Art. 706 OR.

<sup>38</sup> Siehe *Franz Peter Oesch*, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern 1971, S. 186.

<sup>39</sup> *A.M. Dubs/Truffer* (Fn. 27), N 13 zu Art. 706 OR.

Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB.<sup>40</sup> Als Konkretisierung einer in den Einleitungsartikeln des Zivilgesetzbuches enthaltenen Generalklausel ist das Gebot der schonenden Rechtsausübung in der gesamten Privatrechtsordnung zu beachten.<sup>41</sup> Im Gesellschaftsrecht kommt ihm indes eine besondere Bedeutung zu, da es «die Erfassung des Machtmissbrauchs erlaubt, welcher den Sondervorteil zum Nachteil der Minderheit mit einem Unternehmensvorteil verknüpft.»<sup>42</sup> Nach dem Gebot der schonenden Rechtsausübung hat die Gesellschaft, sofern der angestrebte Zweck auf mehrere Arten erreicht werden kann, denjenigen Weg zu wählen, der die Rechte der Minderheitsaktionäre am wenigsten tangiert.<sup>43</sup> Das Gebot der schonenden Rechtsausübung gelangt im Rahmen der richterlichen Verhältnismässigkeitsprüfung und somit lediglich bei Mehrheitsentscheiden, welche in Schutzrechte einzelner Aktionäre eingreifen oder welche die Aktionäre in ungleicher Weise betreffen, zur Anwendung. Überprüft der Richter einen Mehrheitsentscheid hingegen nur auf dessen Rechtmässigkeit, hat er das Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht zu beachten.<sup>44</sup>

### 3. Schlussbemerkungen

Das Gesetz sieht für den Anfechtungsprozess eine Beschränkung der richterlichen Überprüfung auf eine allgemeine Rechtmässigkeitsprüfung vor. Dies lässt sich als Richtigkeitsvermutung zugunsten von Mehrheitsbeschlüssen verstehen, die auf der Grundlage gleich laufender Interessen basieren. Greift der Mehrheitsbeschluss hingegen in Schutzrechte einzelner Aktionäre ein oder betrifft er die Aktionäre in ungleicher Weise, kann aufgrund der potenziell divergierenden Interessen nicht ohne Weiteres von dessen Richtigkeit ausgegangen werden. Die besonderen Quoren führen bei diesen Beschlüssen unter Umständen zur Wiederherstellung der Richtigkeitsvermutung. Zudem überprüft der Richter Mehrheitsbeschlüsse, die potenziell auf einem Interessengegensatz beruhen, auf deren materielle Legitimation. Das Bundesgericht hielt sich wie in seiner bisherigen Rechtsprechung auch vorliegend an die gesetzlich verankerte und ökonomisch sinnvolle Überprüfungsregel. Es verneinte das Vorliegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und verzichtete folglich auf eine Sachlichkeitsprüfung. Der Entscheid konnte somit nur noch hinsichtlich einer Verletzung des Rechtsmissbrauchsverbots überprüft werden. Das Bundesgericht erachtete den Mehrheitsbeschluss im vorliegenden Fall sodann als nicht rechtsmissbräuchlich.

<sup>40</sup> *Meier-Hayoz/Zweifel* (Fn. 32), S. 389.

<sup>41</sup> *Hans Merz*, in: *Berner Kommentar zu Artikel 1–10 ZGB*, Bern 1962, N 63 zu Art. 2 ZGB. *Fulvio Pelli* begründet die Anwendbarkeit des Gebots der schonenden Rechtsausübung im Aktienrecht mit dem Erfordernis der Gesellschaftsnützlichkeit von schädigenden Beschlüssen. Danach darf ein solcher Beschluss auf der einen Seite das Verbot der Verfolgung unrechtmässiger, das Gesellschaftsinteresse nicht fördernder Zwecke und auf der anderen Seite das Verbot übermässig eingreifender Beschlüsse (Grundsatz der Notwendigkeit) nicht verletzen. Siehe *Fulvio Pelli*, *Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1978, S. 72 ff.

<sup>42</sup> *Merz* (Fn. 41), N 326 zu Art. 2 ZGB.

<sup>43</sup> *Oesch* (Fn. 38), S. 186.

<sup>44</sup> So ist eine Verletzung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung nur anzunehmen, wenn der durch den Beschluss angestrebte Zweck einerseits im Gesellschaftsinteresse liegt und andererseits zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Minderheitsrechten führt. Als solche gelten neben den im zweiten Abschnitt der Bestimmungen über die AG geregelten Rechten auch die konkreten aktienrechtlichen Garantien (z.B. Gleichbehandlungsgebots, Bezugsrecht). Siehe dazu *Meier-Hayoz/Zweifel* (Fn. 32), S. 383 ff.