

BGE 137 III 460

Bundesgericht (BGE), 2011-02-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_137 III 460](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_137_III_460)

FR: ATF 137 III 460

IT: DTF 137 III 460

Regeste

Regeste a Art. 686 Abs. 4, Art. 701 und 706b OR; Aktienbuch; Nichtigkeit eines Universalversammlungsbeschlusses. Der Inhalt des Aktienbuchs hat bloss die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung. Wenn eine Aktiengesellschaft weiss oder wissen müsste, dass ein Eintrag im Aktienbuch falsch ist, darf sie sich nicht auf diesen Eintrag verlassen (E. 3.2). Der Beschluss einer Universalversammlung, an welcher nicht alle Aktionäre teilgenommen haben oder vertreten waren, ist nichtig. Der Beschluss kann auch nicht als solcher einer normalen Generalversammlung gelten, wenn nicht alle Aktionäre eingeladen wurden. Es kommt nicht darauf an, ob der übergangene Aktionär den Beschluss mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können (E. 3.3).

Regeste b Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; Konkursgrund der Zahlungseinstellung. Begriff der Zahlungseinstellung. Je nach den konkreten Umständen kann im Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses eine Zahlungseinstellung erblickt werden (E. 3.4).

Erwägungen

E. 3

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Tatsachenfeststellungen des Obergerichts über die Zusammensetzung ihres Aktionariats (unten E. 3.1), hält das von ihr vorgelegte Aktienbuch für massgeblich (unten E. 3.2), bestreitet die Nichtigkeit des Universalversammlungsbeschlusses vom 24. Juli 2007 (unten E. 3.3) und BGE 137 III 460 S. 463 verneint schliesslich das Vorliegen des Konkursgrundes der Zahlungseinstellung (unten E. 3.4).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, das Obergericht habe die Zusammensetzung ihres Aktionariats zum Zeitpunkt der Versammlung vom 24. Juli 2007 offensichtlich unrichtig festgestellt (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz lege nicht dar und treffe keine abschliessenden Feststellungen darüber, ob die V. AG oder W. zum entscheidenden Zeitpunkt Aktionär gewesen seien, und sie verletze das Regelbeweismass des Vollbeweises, indem sie hier selber Unsicherheiten zu erkennen gebe. Entgegen dieser Darstellung hat die Vorinstanz nicht offengelassen, ob die V. AG oder W. Aktionär gewesen sind. Sie hat sich vielmehr mit der Feststellung begnügt, dass jedenfalls die V. AG Aktionärin gewesen ist und in der Folge einzig offengelassen, ob zusätzlich W. auch noch Aktionär gewesen sei. Diese Rüge geht demnach fehl.

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin wendet sich dagegen, dass die Vorinstanz das Aktienbuch nicht für massgeblich gehalten hat. Für eine Aktiengesellschaft gebe es keine andere zuverlässige

Quelle, um zu wissen, wer ihr gegenüber als Aktionär gelte. Dabei hält sie an der Massgeblichkeit des von ihr eingereichten Aktienbuchs fest, welches die V. AG und W. nicht als Aktionäre ausweise.

E. 3.2.2

Gemäss Art. 686 Abs. 4 OR gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist. Dem Aktienbuch kommt somit eine Legitimationsfunktion im Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft zu. Diese Wirkung des Aktienbuchs ist allerdings beschränkt. Sein Inhalt hat bloss die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung (BGE 124 III 350 E. 2c S. 354; eingehend BGE 90 II 164 E. 3 S. 171 ff.). Die Vermutung kann umgestossen werden durch den Nachweis, dass ein Eingetragener nicht Aktionär ist, oder umgekehrt, dass ein Nichteingetragener Aktionär ist (BGE 90 II 164 E. 3 S. 173 f.; FORSTMOSER UND ANDERE, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 43 Rz. 86). Für die Rechtsträgerschaft ist der Eintrag im Aktienbuch somit nicht wesentlich (BGE 124 III 350 E. 2c S. 354). Zwar darf sich die Gesellschaft grundsätzlich auf den Eintrag verlassen, solange er besteht. Doch gilt dies nur, wenn sie keine Kenntnis davon hat oder haben müsste, dass der Eintrag falsch ist (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 6 Rz. 320). BGE 137 III 460 S. 464 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie von der Aktionärserschaft der V. AG Kenntnis gehabt habe. Angesichts des überschaubaren Aktionärskreises und des früheren Zusammenwirkens der Aktionäre bei der Leitung der Beschwerdeführerin ist allerdings von vornherein nicht nachvollziehbar, wie sich Verwaltungsratspräsident U. anlässlich der Sitzung vom 24. Juli 2007 einzig hätte auf das Aktienbuch stützen dürfen, um die Aktionäre zu bestimmen. U. war zudem aktenkundig über die seinerzeitige Abtretung eines Aktienpakets von S. an die V. AG orientiert (vgl. das Schreiben der R. AG vom 16. Mai 2006 mit Beilagen an U., wo unter anderem auf die Abtretung des Aktienpakets von S. an die V. AG hingewiesen wird). Des Weiteren liegt ein Schreiben von W. vom 13. Juni 2007 (auf Briefpapier der V. AG) an U. in den Akten, in welchem W. für die Einladung zur Generalversammlung vom 29. Juni 2007 dankt und darauf hinweist, dass nicht er, sondern die V. AG Aktionärin der Beschwerdeführerin sei, und um entsprechende Änderung der Empfängeradresse ersucht. U. sandte denn auch am 20. Juni 2007 die Ergänzung der Traktandenliste an die gewünschte Postadresse. U. wusste somit, dass die V. AG behauptete, Aktionärin der Beschwerdeführerin zu sein. Dieses Wissen ist der Beschwerdeführerin zuzurechnen (BGE 109 II 338 E. 2b S. 341 f.). Wenn die Beschwerdeführerin diese Kenntnisse jedoch in der Folge nicht weiter beachtete und insbesondere nicht abklärte, ob die Behauptung der V. AG zutrifft oder ob die V. AG die Aktien zurückübertragen hatte, so trägt sie das Risiko für diese Unterlassung. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass sie von der Aktionärsstellung der V. AG keine Kenntnis gehabt habe oder zumindest hätte haben müssen, hält demnach nicht stand. Es ist in der Folge irrelevant, welchen Inhalt das angeblich am Tag der Universalversammlung vorgelegte Aktienbuch aufwies. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang die Behauptung wiederholt, in einem Protokoll der Aktionärsversammlung vom 17. März 2006 werde festgestellt, der Aktienkaufvertrag vom 18. Mai 2005 sei "ausser Kraft" gesetzt worden, geht sie schliesslich nicht auf die vorinstanzlichen Erwägungen ein, wonach dieses Protokoll nicht unterzeichnet und die Rückübertragungsmodalitäten in diesem Kaufvertrag selber geregelt seien, eine entsprechende Rückabwicklung aber von keiner Seite behauptet worden sei (nicht publ. E. 2.1.1). Darauf ist nicht einzutreten (vgl. nicht publ. E. 1). BGE 137 III 460 S. 465

E. 3.3.1

Des Weiteren ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, der Beschluss der Generalversammlung vom 24. Juli 2007 sei nichtichtig und die Teilnahme der V. AG bzw. von W. an der Generalversammlung hätte an ihrem Ergebnis nichts geändert.

E. 3.3.2

Auf die Nichtigkeit eines Beschlusses kann sich jedermann und zu grundsätzlich jeder Zeit berufen (BGE 115 II 468 E. 3b S. 473; Urteil 5C.143/2005 vom 2. Februar 2006 E. 2 mit Hinweisen, in: Pra 96/2007 Nr. 7 S. 35 und ZBGR 88/2007 S. 367), so dass die Nichtigkeit von der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren geltend gemacht werden kann. Bei der Annahme von Nichtigkeit ist jedoch Zurückhaltung geboten (BGE 115 II 468 E. 3b S. 474). Die Gründe für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft sind in Art. 706b OR nicht abschliessend aufgezählt. Neben den ausdrücklich aufgeführten schweren Mängeln primär inhaltlicher Natur können auch schwerwiegende formelle Mängel in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen (Urteil 4A_197/2008 vom 24. Juni 2008 E. 2.1; DUBS/TRUFFER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 17 zu Art. 706a [recte: Art. 706b] OR; BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 174; FORSTMOSER UND ANDERE, a.a.O., § 25 N. 117). Teilweise werden von den nichtigen Beschlüssen in begrifflicher Hinsicht sog. Schein- oder Nichtbeschlüsse abgegrenzt, bei denen gar kein Generalversammlungsbeschluss vorliegt, weil es an einer als Generalversammlung zu qualifizierenden Zusammenkunft bzw. einer Beschlussfassung fehlt. Die Rechtsfolge ist aber dieselbe wie bei nichtigen Beschlüssen (DUBS/TRUFFER, a.a.O., N. 17 zu Art. 706a [recte: Art. 706b] OR; FORSTMOSER UND ANDERE, a.a.O., § 25 N. 117). Nach dem bereits Gesagten (E. 3.1 und nicht publ. E. 2.1.1) waren an der Versammlung vom 24. Juli 2007 nicht alle Aktionäre anwesend oder vertreten. Um eine Universalversammlung konnte es sich trotz gegenteiliger Bezeichnung im damals gefassten Beschluss demnach nicht handeln, denn die Universalversammlung ist eine besondere Form der Generalversammlung, die von den Eigentümern oder Vertretern sämtlicher Aktien gebildet wird und die ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abgehalten werden kann (Art. 701 OR ; BGE 120 IV 199 E. 1 S. 201; Urteil 4P.331/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.2). Eine Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner BGE 137 III 460 S. 466 Vertretung stellt einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss (BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 174; FORSTMOSER UND ANDERE, a.a.O., § 23 Rz. 5 und § 25 Rz. 119; CHRISTOPH D. STUDER, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, 1995, S. 142; BRIGITTE TANNER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 2003, N. 7 und 68 zu Art. 701 OR ; in diesem Sinne auch Urteil 4P.331/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.2.3 und in der Tendenz Urteil 4A_131/2007 vom 11. Januar 2008 E. 2.1; demgegenüber geht BGE 86 II 95 E. 2 S. 97 noch von Anfechtbarkeit aus; differenzierend DUBS/TRUFFER, a.a.O., N. 18 zu Art. 706a [recte: Art. 706b] OR). Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang auf BGE 114 II 68 hin. In diesem Fall ging es um einen Beschluss einer womöglich nicht ordnungsgemäss einberufenen und zusammengesetzten Universalversammlung. Die Eintragung des Beschlusses im Handelsregister wurde vom Bundesgericht dennoch geschützt. Dieses Urteil steht allerdings im Zusammenhang mit der beschränkten materiellrechtlichen Kognition des Handelsregisterführers und ist folglich vorliegend nicht einschlägig. Fragen kann sich allerdings unter den gegebenen Umständen, ob die an einer

derart fehlerhaften Universalversammlung gefassten Beschlüsse als solche einer normalen Generalversammlung gelten können (vgl. DUBS/TRUFFER, a.a.O., N. 18 zu Art. 706a [recte: Art. 706b] OR). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass zur Versammlung vom 24. Juli 2007 zumindest ein Aktionär nicht eingeladen worden ist. Sie hat sich nicht dazu geäußert, ob eine form- und fristgerechte Einladung der anderen Aktionäre stattgefunden hat. Zur Annahme von Nichtigkeit genügt jedoch, dass ein Teil der Aktionäre nicht eingeladen wurde (BGE 115 II 468 E. 3b S. 473; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juli 1968, in: Die schweizerische Aktiengesellschaft [SAG] 41/1969 S. 212 ff.; F. WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar, 1969, N. 11 zu Art. 706 OR ; FORSTMOSER UND ANDERE, a.a.O., § 25 Rz. 124; TANNER, a.a.O., N. 121 zu Art. 706b OR ; STUDER, a.a.O., S. 124; vgl. auch HANS MICHAEL RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1998, Rz. 269; a.A. DUBS/TRUFFER, a.a.O., N. 20 zu Art. 706a [recte: Art. 706b] OR). Diese Rechtsfolge ist angemessen. Durch die Nichteinladung entgeht dem übergangenen Aktionär die Möglichkeit zur Teilnahme an der Generalversammlung. Auch wenn sein Aktienpaket nicht gross genug ist, um Mehrheitsbeschlüsse zu verhindern, BGE 137 III 460 S. 467 verpasst er die Möglichkeit, auf die Meinungsbildung in der Versammlung Einfluss zu nehmen. Schliesslich besteht die Gefahr der Vereitelung des Anfechtungsrechts, da der betroffene Aktionär womöglich nicht binnen der Anfechtungsfrist (Art. 706a Abs. 1 OR) von der Abhaltung einer Generalversammlung und den auf ihr gefassten Beschlüssen Kenntnis erhält. Zwischen der Nichteinladung eines Aktionärs und den auf der mangelhaften Versammlung gefällten Beschlüssen braucht ausserdem entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Kausalzusammenhang insofern zu bestehen, als dass der Nichteingeladene die Beschlüsse mit seiner Stimmkraft hätte verhindern können. Dies gilt zunächst bei der mangelhaften Durchführung der Universalversammlung, denn wenn die Universalversammlung mangels Teilnahme eines Aktionärs gar nicht mehr als Universalversammlung beschliessen kann, spielt keine Rolle, ob der übergangene Aktionär ihre Beschlüsse hätte verhindern können (BRIGITTE TANNER, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, 1987, S. 310). Aber auch im Rahmen der Konversion in eine normale Generalversammlung spielt keine Rolle, ob der übergangene Aktionär mit seinem Stimmengewicht den fraglichen Beschluss hätte verhindern können. Wie gesagt, kann eine Generalversammlung auch durch blosse Diskussionsbeiträge beeinflusst werden. Kommt hinzu, dass die Nichteinladung teilnahmeberechtigter Personen einen grundlegenden Verfahrensmangel darstellt, bei welchem das Kausalitätserfordernis fehl am Platz ist. In der Lehre wird denn auch davon gesprochen, in einem solchen Fall liege gar keine Mitgliederversammlung im Rechtssinne vor (RIEMER, a.a.O., Rz. 262 ff.; STUDER, a.a.O., S. 124). Die Rechtsfolge einer Nichteinladung nach dem Stimmengewicht der übergangenen Aktionäre zu bestimmen, liefe schliesslich darauf hinaus, dem die Generalversammlung einberufenden Verwaltungsrat im Ergebnis eine Ungleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) zu erlauben, und dies erst noch beim zentralen Mitwirkungsrecht auf Teilnahme an der Generalversammlung. Damit erweist sich der Sitzverlegungsbeschluss vom 24. Juli 2007 im Ergebnis als nichtig. Liegt kein gültiger Beschluss über die Sitzverlegung vor, so hat die Beschwerdeführerin ihren Sitz nicht nach C. verlegen können, sondern ist nach wie vor in B. ansässig. Die bernischen Gerichte sind somit zur Konkurseröffnung zuständig. BGE 137 III 460 S. 468

E. 3.4

Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin, dass der Konkursgrund von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG vorliegt. Sie wirft der Vorinstanz vor, sich für den Nachweis der Zahlungseinstellung einzig auf das Zirkularschreiben der Beschwerdeführerin vom 27. Juli 2007 abgestützt zu haben. Dies sei willkürlich. Zudem werde Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verletzt, denn es müsse möglich sein, den Gläubigern einen Vorschlag für die Sanierung bzw. zu einem aussergerichtlichen Nachlass zu unterbreiten, ohne sogleich die sofortige Konkurseröffnung befürchten zu müssen.

E. 3.4.1

Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann beim Gericht ohne vorgängige Betreuung die Konkurseröffnung verlangt werden, wenn ein der Konkursbetreuung unterliegender Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Der Begriff der Zahlungseinstellung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der dem Konkursrichter einen weiten Ermessensspielraum verschafft (Urteil 5A_439/2010 vom 11. November 2010 E. 4 mit Hinweisen, in: SJ 2011 I S. 175; Urteil 5P.33/2002 vom 7. März 2002 E. 4). Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt der Schuldner, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Schuldner alle Zahlungen einstellt. Es reicht, wenn die Zahlungsverweigerung sich auf einen wesentlichen Teil seiner geschäftlichen Aktivitäten bezieht (BGE 85 III 146 E. 4a S. 154). Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist (zum Ganzen Urteile 5A_439/2010 vom 11. November 2010 E. 4, in: SJ 2011 I S. 175; 5P.412/1999 vom 17. Dezember 1999 E. 2b, in: SJ 2000 I S. 248; 5P.442/1993 vom 15. Dezember 1993 E. 3a, in: SJ 1994 S. 433; je mit Hinweisen). Die Zahlungseinstellung darf nicht bloss vorübergehender Natur sein, sondern muss auf unbestimmte Zeit erfolgen (BGE 85 III 146 E. 4b S. 155; Urteil 5P.33/2002 vom 7. März 2002 E. 4).

E. 3.4.2

Die Vorinstanz hat aus dem Zirkularschreiben vom 27. Juli 2007 und dem Schreiben vom 9. August 2007 auf Zahlungseinstellung geschlossen. Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass die Vorinstanz einzig auf das Zirkularschreiben abgestellt habe, und übergeht BGE 137 III 460 S. 469 dabei, dass auch das von der Vorinstanz herangezogene Schreiben vom 9. August 2007 einen ähnlichen Inhalt aufweist. Des Weiteren geht sie nicht im Einzelnen auf den von der Vorinstanz gewürdigten Inhalt dieser Schreiben ein (nicht publ. E. 2.2) und legt nicht detailliert dar, inwiefern es bundesrechtswidrig sein sollte, daraus auf Zahlungseinstellung zu schliessen. So setzt sie sich beispielsweise nicht damit auseinander, dass die Gläubiger vor die Alternative gestellt worden seien, entweder 90 % ihrer Forderungen zu verlieren oder sogar einen Totalausfall zu erleiden, und dass daraus zu schliessen sei, die Beschwerdeführerin werde auf unabsehbare Zeit nicht in der Lage sein, eine ganze Gläubigergruppe zu befriedigen. Die Beschwerdeführerin genügt insoweit den Begründungsanforderungen nicht (nicht publ. E. 1). Die Vorinstanz hat im Übrigen auch den Begriff der Zahlungseinstellung nicht verkannt, wenn sie das Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses im vorliegenden Fall als Zahlungseinstellung gewertet hat. Je nach den konkreten Umständen kann in einer solchen Offerte durchaus eine Zahlungseinstellung erblickt werden (BRUNNER/BOLLER, in: Basler Kommentar,

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 11 zu Art. 190 SchKG ; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, § 38 Rz. 15). Die Befürchtung der Beschwerdeführerin, dass vorschnell Konkurse eröffnet werden, wenn ein Angebot zu einem aussergerichtlichen Nachlass als Zahlungseinstellung gewertet wird, ist unbegründet. Besteht Aussicht auf Sanierung, kann der Konkursentscheid gegebenenfalls gemäss Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 173a SchKG ausgesetzt werden.

E. 3.5

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die aufschiebende Wirkung wurde vor Bundesgericht einzig hinsichtlich weiterer Vollstreckungsmassnahmen gewährt. Es bleibt folglich bei der vom Obergericht auf Donnerstag, 17. Februar 2011, 11.00 Uhr, über die Beschwerdeführerin ausgesprochenen Konkursöffnung.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.