

# **BGer 4A 288/2011 vom 13. Februar 2012**

Bundesgericht, 2012-02-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_288\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_288_2011)

FR: TF 4A 288/2011 du 13 février 2012

IT: TF 4A 288/2011 del 13 febbraio 2012

## **Regeste**

Anfechtung von GV-Beschlüssen | Gesellschaftsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wenn - wie hier - an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Urteil. Es rechtfertigt sich daher unter den gegebenen Umständen, die beiden Beschwerdeverfahren 4A\_288/2011 und 4A\_290/2011 zu vereinigen.

### **E. 2.1**

Angefochten ist ein verfahrensabschliessender Entscheid ( Art. 90 BGG ) in einer Zivilsache ( Art. 72 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das als letzte kantonale Instanz in einem Rechtsmittelverfahren geurteilt hat ( Art. 75 BGG ). Beide Parteien sind mit ihren Rechtsbegehren im kantonalen Verfahren nicht vollumfänglich durchgedrungen ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), der massgebende Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.-- ( Art. 51 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist gewahrt ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Unter Vorbehalt zulässiger Rügen und einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und 106 Abs. 2 BGG ) ist auf die Beschwerden einzutreten.

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Von diesen tatsächlichen Feststellungen kann es nur dann abweichen, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich ( BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62, 136 II 304 E. 2.4 S. 313; je mit Hinweisen). In der Beschwerde ist entsprechend den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu begründen, inwiefern der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt einen Mangel im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG aufweisen soll ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254).

### **E. 3**

Der Kläger rügt in seiner Beschwerde (4A\_290/2011), die Vorinstanz habe zu Unrecht die Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf Null mit anschliessender Wiedererhöhung gemäss Art. 732a Abs. 1 OR ("Harmonika") als erfüllt erachtet. Die beschlossene "Harmonika" stelle eine "unnütze Bilanzkosmetik" dar und habe als solche keinen Sanierungszweck aufgewiesen.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 621 OR beträgt das Aktienkapital mindestens Fr. 100'000.--. Es darf im Rahmen einer Kapitalherabsetzung nur unter Fr. 100'000.-- herabgesetzt werden, sofern es gleichzeitig durch neues, voll einzubezahlendes Kapital in der Höhe von mindestens Fr. 100'000.-- ersetzt wird ( Art. 732 Abs. 5 OR ). Wird das Aktienkapital im Rahmen einer Kapitalherabsetzung bis auf Null herabgesetzt und anschliessend wieder um den gleichen Betrag erhöht, spricht man von einem "Kapitalschnitt auf Null" (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 2 N 381 a, 385). Mit dem auf 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 732a OR hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit eines solchen Kapitalschnitts auf Null mit anschliessender Wiedererhöhung zum Zwecke der Sanierung ausdrücklich anerkannt. Dabei gehen gemäss Art. 732a Abs. 1 OR die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre unter und ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Gesellschafterstellung in der Kapitalgesellschaft zwingend mit einer Beteiligung am Risikokapital verbunden ist. Geht dieses Risikokapital verloren, muss auch die damit verbundene Beteiligung ein Ende finden (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148, S. 3233; anders noch für das frühere Recht BGE 121 III 420 E. 4 S. 427 ff.). Der grundsätzlich nicht entziehbaren Mitgliedschaftsstellung des Aktionärs im Falle eines gänzlichen Kapitalverlusts trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass dem Aktionär ein unbedingtes und unentziehbares Recht zugestanden wird, sich im Ausmass seines bisherigen Aktienbesitzes am wieder erhöhten Aktienkapital zu beteiligen ( Art. 732a Abs. 2 OR ; Botschaft, a.a.O., S. 3234).

### **E. 3.2**

Die Möglichkeit eines Kapitalschnitts auf Null ist gemäss Art. 732a Abs. 1 OR auf Fälle beschränkt, in denen die Kombination einer Kapitalherabsetzung mit einer Kapitalerhöhung dem Zwecke der Sanierung dient (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3233 f.; LUKAS GLANZMANN, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Kunz et al. [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 30; für die Lage nach altem Recht vgl. BGE 86 II 78 E. 3 und 4 S. 80 - 86; 121 III 420 E. 4 S. 427). Saniert werden kann nur eine sanierungsbedürftige Gesellschaft. Gemäss der Botschaft darf ein Kapitalschnitt auf Null denn auch nur dann beschlossen werden, wenn das Aktienkapital der Gesellschaft bei objektiver Beurteilung vollständig verloren ist (Botschaft, a.a.O., S. 3233 f.). Vorausgesetzt ist mithin eine Sanierungsbedürftigkeit, wie sie bei einer Überschuldung i.S. von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz wies die Jahresrechnung 2006 der Beklagten einen Bilanzverlust von Fr. 4'899'177.-- und ein negatives Eigenkapital von Fr. 4'399'177.-- aus. Im Jahr 2007 erzielte die Beklagte zwar einen Gewinn von Fr. 390'000.--, was aber nichts daran änderte, dass sie im Februar 2008 nach wie vor eine Überschuldung i.S. von Art. 725 Abs. 2 OR aufwies. Die Sanierungsbedürftigkeit der Beklagten war im Zeitpunkt der ausserordentlichen Generalversammlung vom 18. Februar 2008 damit ausgewiesen.

### **E. 3.3**

Das Vorliegen einer Sanierungsbedürftigkeit allein macht einen Kapitalschnitt auf Null indessen noch nicht per se zu einer Massnahme mit Sanierungszweck. Der im vorliegenden Fall beschlossene Kapitalschnitt mit anschliessender Wiedererhöhung auf das ursprüngliche Aktienkapital von Fr. 500'000.-- vermochte die Überschuldung der Beklagten im Umfang

von rund Fr. 4 Mio. denn auch lediglich zu mildern, keineswegs aber zu beseitigen. Fraglich ist, ob dennoch von einer Massnahme zum Zwecke der Sanierung die Rede sein kann.

### **E. 3.3.1**

Der Begriff des Sanierungszwecks i.S. von Art. 732a Abs. 1 OR wird im Gesetz nicht näher definiert. Die Lehre knüpft an den Sanierungsbegriff des Art. 725 OR an und verlangt, dass eine "Harmonika" im Zuge einer echten Sanierung im Sinne des Art. 725 OR durchgeführt wird (BÖCKLI, a.a.O., § 2 N 388 ). Unter Sanierung werden sämtliche Massnahmen verstanden, die auf die finanzielle Gesundung der Gesellschaft ( BGE 121 III 420 E. 2b S. 424), d.h. auf den Fortbestand der Gesellschaft und die Verhinderung der Liquidation abzielen (CHRISTOPH B. BÜHLER, Sanierung der Aktiengesellschaft, in: Kunz et al. [Hrsg.], a.a.O., S. 39 f.). Im Falle einer Überschuldung ist das kurzfristige Ziel von Sanierungsmassnahmen, die Gesellschaft mindestens in einen Zustand zu versetzen, dass die Anrufung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR unabhängig von allfälligen Rangrücktrittserklärungen vermieden werden kann. Auf dieses Mindestziel muss die "Harmonika" ausgerichtet sein, um einen Sanierungszweck aufzuweisen.

### **E. 3.3.2**

Führt die im Rahmen der "Harmonika" beschlossene Kapitalerhöhung dazu, dass die Überschuldung gänzlich beseitigt wird, ist dieses Ziel ohne weiteres erreicht. Die tatsächliche Beseitigung der Überschuldung ist aber nicht zwingende Voraussetzung dafür, um von der Anrufung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR absehen zu können. Gemäss der Rechtsprechung braucht der Richter auch dann nicht angerufen zu werden, wenn die Leitungsorgane der Gesellschaft unverzüglich Massnahmen ergreifen, welche vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung begründen ( BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573 mit Hinweisen). Reicht die Kapitalerhöhung allein noch nicht aus, um die Überschuldung zu beseitigen, kann eine "Harmonika" damit dennoch einen Sanierungszweck aufweisen, falls sie zusammen mit weiteren Massnahmen die Überschuldung beseitigt und zur Sanierung führt (vgl. auch PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, in: ZSR 2003, S. 551). Der Sanierungszweck der "Harmonika" entfaltet sich diesfalls im Verbund eines Massnahmenpakets, das auf eine nachhaltige Sanierung ausgerichtet ist.

### **E. 3.3.3**

Will der Verwaltungsrat, dem die Vorbereitung erforderlicher Sanierungsmassnahmen obliegt (WÜSTINER, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., 2008, N. 28 zu Art. 725 OR ), eine "Harmonika" zum Zwecke der Sanierung durchführen, muss diese folglich entweder die Überschuldung direkt beseitigen oder es müssen gleichzeitig weitere Sanierungsmassnahmen in Angriff genommen werden. Diese müssen zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft geben. Der Verwaltungsrat muss über ein Sanierungskonzept verfügen, das ihn unabhängig von allfälligen Rangrücktrittserklärungen von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entbindet. Für die Beschlussfassung über einen Kapitalschnitt auf Null mit anschliessender Wiedererhöhung des Aktienkapitals ist die Generalversammlung zuständig ( Art. 732 Abs. 1 OR ). Soll eine "Harmonika" zum Zwecke der Sanierung durchgeführt werden, die als isolierte Massnahme die Überschuldung nicht beseitigt, muss der Verwaltungsrat die Generalversammlung über die weiteren

Massnahmen informieren, mit denen zusammen der Sanierungszweck erreicht werden soll. Das entsprechende Sanierungskonzept hat der Verwaltungsrat der Generalversammlung als dem für die Beschlussfassung zuständigen Organ vorzulegen. Ohne Kenntnis dieses Konzepts kann die Generalversammlung nicht beurteilen, ob die traktandierte "Harmonika" einen Sanierungszweck aufweist. Zudem können auch die Aktionäre ohne Aufklärung über das Sanierungskonzept keinen informierten Entscheid darüber fällen, ob sie durch Ausübung ihres Bezugsrechts weiterhin an der Gesellschaft partizipieren wollen. Darin läge eine unzulässige Beschränkung des Bezugsrechts nach Art. 732a Abs. 2 OR .

#### **E. 3.4**

Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz wurden der ausserordentlichen Generalversammlung keine Informationen über weitere Massnahmen präsentiert, mit denen die Gesellschaft saniert werden sollte. Es wurde namentlich auch kein Verzicht auf die Rückzahlung eines Aktionärsdarlehens in Aussicht gestellt, geschweige denn ein eigentliches Sanierungskonzept vorgelegt. Die Einwände der Beklagten gegen diese Feststellungen sind mangels hinreichend substantzierter Sachverhaltsrügen unbeachtlich (vgl. oben E. 2.2). Mangels Bekanntgabe von weiteren Massnahmen, welche zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung gaben, konnte die ausserordentliche Generalversammlung vom 18. Februar 2008 nicht beurteilen, ob die beantragte "Harmonika" einen Sanierungszweck aufweisen sollte. Ohne Kenntnis eines Sanierungskonzepts konnten die Aktionäre schliesslich auch keinen informierten Entscheid darüber fällen, ob sie durch Ausübung des Bezugsrechts nach Art. 732a Abs. 2 OR weiterhin an der Gesellschaft partizipieren wollten. Die Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf Null gemäss Art. 732a Abs. 1 OR waren nicht gegeben, womit sich die beschlossene "Harmonika" als rechtswidrig erweist.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 706 OR können der Verwaltungsrat und jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten (Abs. 1). Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse, die unter Verletzung von Gesetz oder Statuten oder in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken (Abs. 2 Ziff. 1 und 2). Das Urteil, das einen Beschluss der Generalversammlung aufhebt, wirkt für und gegen alle Aktionäre (Abs. 5). Es handelt sich um ein auflösendes Gestaltungsurteil, das zu einer rückwirkenden Aufhebung des angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses führt ( BGE 110 II 387 E. 2c S. 390). Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung erhoben wird ( Art. 706a Abs. 1 OR ). Gemäss Art. 706b OR können sich Beschlüsse der Generalversammlung auch als nichtig erweisen. Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken, Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken oder die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten bzw. die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen (Art. 706b Ziff. 1 bis 3 OR). Die vorliegend angefochtene "Harmonika" erweist sich aufgrund des Verstosses gegen Art. 732a Abs. 1 OR zwar nicht als nichtig i.S. von Art. 706b OR , wohl aber als gesetzeswidrig i.S. von Art. 706 Abs. 1 OR . Die angefochtenen Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 18. Februar 2008 gemäss Ziffern 1 (Kapitalherabsetzung), 2 (Wiedererhöhung des Aktienkapitals), 3 (Ersatz des herabgesetzten Kapitals) und 4 (Durchführung der Kapitalerhöhung) sind damit in

Gutheissung der fristgerecht innert zwei Monaten nach der Generalversammlung angehobenen Anfechtungsklage rückwirkend aufzuheben.

#### **E. 4.2**

Mit den Feststellungsbeschlüssen gemäss notariellem Protokoll vom 18. Februar 2008 beschloss der Verwaltungsrat der Beklagten, die Wiedererhöhung des Aktienkapitals gemäss Art. 650 Abs. 1 Satz 2 OR durchzuführen. Ein solcher Durchführungsbeschluss muss sich auf einen entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung stützen; er darf davon nicht abweichen ( Art. 650 Abs. 1 Satz 1 OR ; BÖCKLI, § 2 N 164 , 166a; vgl. auch BGE 132 III 668 E. 3.3.1 S. 675 f.). Gemäss Art. 714 OR gelten für Beschlüsse des Verwaltungsrats sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für Generalversammlungsbeschlüsse. Nichtig sind namentlich Verwaltungsratsbeschlüsse, die in schwerwiegender Weise gegen zwingende und grundlegende Normen des Aktienrechts verstossen ( BGE 133 III 77 E. 5 S. 79; 115 II 468 E. 3b S. 473 f.). Gegen einen nichtigen Beschluss kann eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit erhoben werden. Das Feststellungsurteil, das die Nichtigkeit feststellt, wirkt gegenüber jedermann (WERNLI, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., 2008, N. 7 zu Art. 714 OR ; PETER/CAVADINI, in: Commentaire romand, 2008, N. 9 zu Art. 714 OR ). Nachdem sich die von der Generalversammlung getroffenen Beschlüsse über die "Harmonika" vorliegend als ungültig erweisen, ist dem Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats vom 18. Februar 2008 die Grundlage entzogen. Mangels einer entsprechenden Ermächtigung durch einen gültigen Erhöhungsbeschluss der GV leidet der vorliegend angefochtene Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats der Beklagten an einem schwerwiegenden Mangel und erweist sich als nichtig gemäss Art. 714 OR .

#### **E. 5**

Die Beschwerde des Klägers (4A\_290/2011) ist begründet, soweit die rückwirkende Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 18. Februar 2008 gemäss Ziffern 1 - 4 sowie die Feststellung verlangt wird, dass die vom Verwaltungsrat der Beklagten gefassten Beschlüsse gemäss notariellem Protokoll vom 18. Februar 2008 nichtig sind (Ziffern 1b und 2 der Beschwerdeanträge). Der angefochtene Ent-scheid ist aufzuheben und die Rechtsbegehren gemäss Ziffern 1b und 2 der klägerischen Beschwerde sind gutzuheissen. Ferner ist die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG ). Mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids entfällt das Anfechtungsobjekt der Beschwerde der Beklagten (4A\_288/2011), womit diese gegenstandslos wird. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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