

## Ruhen der Stimmrechte und positive Beschlussfeststellungsklage

Urteil des Bundesgerichts 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021

(zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Oliver Dalla Palma, Bruno Mahler und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2021
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2021
- III. Bemerkungen
  - 1. Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien nach geltendem Aktienrecht
  - 2. Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien nach revidiertem Aktienrecht
  - 3. Rechtsschutz bei fehlerhaft ermittelten Abstimmungsergebnissen
- IV. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die A. AG (Gesellschaft, Beklagte, Beschwerdeführerin) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht. Das Aktienkapital beträgt CHF 150 000 und ist eingeteilt in 150 Namenaktien zu je CHF 1000 nominal. Das Aktionariat setzt sich aus der Familie bestehend aus der Klägerin und Beschwerdegegnerin B.B. (Mutter) mit 30 Namenaktien sowie C.B. (Tochter), D.B. (Sohn) und der patronal konstituierten Personalfürsorgestiftung mit je 40 Namenaktien zusammen. Der Verwaltungsrat besteht aus B.B., C.B. und D.B. Die Tochter C.B. ist sowohl Präsidentin des Verwaltungsrats wie auch des Stiftungsrats der Personalfürsorgestiftung. Ihr Bruder D.B. ist ebenfalls Mitglied des Stiftungsrats.<sup>1</sup>

Am 23. Oktober 2019 wurde das Aktionariat der A. AG schriftlich zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 1. November 2019 eingeladen. Als Traktanden wurden vorgesehen: (i) Antrag auf Abwahl von D.B. aus dem Verwaltungsrat, (ii) Antrag

auf Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat und (iii) Neuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern.<sup>2</sup>

Am 1. November 2019, kurz vor der gleichentags stattfindenden Generalversammlung der A. AG, fand eine Stiftungsratssitzung der Personalfürsorgestiftung statt. An der Stiftungsratssitzung waren nur C.B. und Rechtsanwalt C., als nicht dem Stiftungsrat angehörender Protokollführer, anwesend. Der von C.B. gestellte Antrag, «*dass die Stiftung ihre Stimmrechte als Aktionärin anlässlich der heutigen Generalversammlung [vom 1. November 2019] ausübt und die Präsidentin des Stiftungsrates [somit C.B. selbst] die Stiftung entsprechend vertritt*» wurde angenommen. Eine Teilnahme von D.B. hätte diesen Beschluss nicht ändern können, da gemäss Stiftungsurkunde der Stiftungsratspräsidentin der Stichtentscheid zusteht.<sup>3</sup>

An der Generalversammlung der A. AG wurde die Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 80 Stimmen abgelehnt (Traktandum 1), die Abwahl von D.B. aus dem Verwaltungsrat (Traktandum 2) und die Wahl der Rechtsanwälte C., D. und E. in den Verwaltungsrat (Traktandum 3) mit jeweils 80 zu 70 Stimmen angenommen. C.B. nahm an den Beschlussfassungen mit 80 Stimmen teil, zusammengesetzt aus ihren eigenen 40 Namenaktien sowie den durch sie vertretenen 40 Namenaktien der Personalfürsorgestiftung. B.B. und D.B. protestierten gegen die Stimmrechtsausübung durch C.B. In der im Anschluss abgehaltenen Verwaltungsratssitzung, an welcher B.B., C.B., D.B. und die neuen Verwaltungsräte C. und E. teilnahmen (D. war abwesend), wurde C.B. als Verwaltungsratspräsidentin bestätigt, ihr die Einzelzeichnungsberechtigung sowie C., E. und D. die kollektive Zeichnungsberechtigung erteilt. D.B. wurde die kollektive Zeichnungsberechtigung entzogen und fristlos entlassen.<sup>4</sup>

Am 11. November 2019 reichte B.B. ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen beim Handelsgericht Zürich ein und verlangte die Handelsregistersperre.

\* RA Oliver Dalla Palma, LL.M., RA Bruno Mahler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, alle Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<https://rechteck.ch>>.

<sup>1</sup> Vorliegend wird das Kapital der patronalen Personalfürsorgestiftung nicht durch Lohnabzüge von Arbeitnehmern gespiesen, sondern stammt aus den Mitteln der Arbeitgeberin. Sie ist nicht paritätisch, d.h. gleichmässig durch Arbeitgebervertreter und Arbeitnehmervertreter, zusammengesetzt, sondern wird durch den Verwaltungsrat der A. AG bestimmt, vgl. zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Sachverhalt A.a; HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.2.

<sup>2</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Sachverhalt A.b.

<sup>3</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Sachverhalt A.c; HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.2.

<sup>4</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.3.

Das Handelsgericht hiess am 15. Januar 2020 das Gesuch gut.<sup>5</sup>

Am 30. Dezember 2019 reichte B.B. Klage beim Handelsgericht Zürich ein. Sie beehrte, dass die protokollierte Zählweise der an der Generalversammlung vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse fehlerhaft und die jeweiligen Abstimmungsresultate abweichend festzustellen seien. Insbesondere forderte sie, dass die Beschlüsse an der Generalversammlung vom 1. November 2019 wie folgt zustande gekommen seien: 1.a) Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen; 1.b) Ablehnung der Neuwahl von D. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen; 1.c) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt E. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen, und 1.d) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt C. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen (Rechtsbegehren 1). Eventualiter beehrte sie, dass die Generalversammlungsbeschlüsse aufzuheben und für ungültig zu erklären seien (Rechtsbegehren 2).<sup>6</sup>

Das Handelsgericht hiess Rechtsbegehren 1.a (Abwahl von C.B.) gut und stellte fest, dass der Beschluss mit 70 zu 40 Stimmen, also ohne Berücksichtigung der 40 Stimmen der Stiftung, welche durch C.B. vertretenen wurden, zustande gekommen sei. Hinsichtlich Rechtsbegehren 1.b–1.d wurde nicht darauf eingetreten. Das (Eventual-)Rechtsbegehren 2 hiess das Handelsgericht gut und hob die übrigen Beschlüsse der Generalversammlung vom 1. November 2019 (Neuwahl von C., D., E. in den Verwaltungsrat) *ex tunc* auf und erklärte diese für ungültig.<sup>7</sup> Hinsichtlich der Beschlüsse der Verwaltungsratsitzungen vom 1. und 28. November 2019 wurde durch das Handelsgericht deren Nichtigkeit festgestellt.<sup>8</sup> Mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte die A. AG an das Bundesgericht, welches mit vorliegendem Urteil die Beschwerde abwies.<sup>9</sup>

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2021

#### 1.1 Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien

Das Handelsgericht rekapitulierte, dass die Stimmrechte und die damit verbundenen Rechte an eigenen Aktien ruhen (Art. 659a Abs. 1 OR). Dies gelte auch für Aktien, die von einer Tochtergesellschaft erworben wurden, sofern die (Mutter-)Gesellschaft mehrheitlich an der Tochter beteiligt ist (Art. 659b Abs. 1 OR). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hätte diesen Grundsatz bereits vor seiner Kodifikation in Art. 659b Abs. 1 OR anerkannt.<sup>10</sup> Die Entschlussfreiheit der Generalversammlung sei zu schützen. Denn an der Generalversammlung übten die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte aus und entschieden auf diese Weise über die Geschicke der Gesellschaft. Gemäss Handelsgericht sei nicht die formale und vermögensmässige Trennung zwischen der Gesellschaft und den mit ihr verbundenen Rechtssubjekten entscheidend, sondern die Tatsache, ob und in welchem Ausmass zwischen diesen beiden Rechtssubjekten ein Abhängigkeitsverhältnis bestehe.<sup>11</sup>

Das Handelsgericht wandte sich anschliessend der Frage zu, ob auch bei eng mit der Gesellschaft verbundenen Rechtssubjekten die Stimmrechte und die damit verbundenen Rechte ruhen sollten. Es hielt fest, dass kein qualifiziertes Schweigen vorliege, da weder eine grammatikalische Auslegung noch die Materialien von Art. 659a f. OR darauf hinweisen würden.<sup>12</sup> Vielmehr liege eine echte Gesetzeslücke vor. Zwecks Lückenfüllung bediente sich das Handelsgericht eines Analogieschlusses: Es hielt fest, dass «Aktien, welche von einer von der Gesellschaft abhängigen und einer eigenen, von dieser losgelösten Willensbildung nicht fähigen Rechtseinheit gehalten wer-

<sup>5</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HE190445-O vom 15. Januar 2020; vgl. HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, Sachverhalt B.a.

<sup>6</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, klägerisches Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2.

<sup>7</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Sachverhalt Ziff. 1 ff.

<sup>8</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, Dispositiv Ziff. 1 ff.

<sup>9</sup> BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Dispositiv Ziff. 1.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 72 II 275, E. 3; wobei dieses Urteil noch unter altem Aktienrecht erging, als der Erwerb eigener Aktien grundsätzlich verboten war (Art. 659 aOR); vgl. hierzu *Ernst Giger*, Der Erwerb eigener Aktien, Diss. Bern 1995, 49 f.; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 754 ff., 804 ff.

<sup>11</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.2.4, 4.3.2; vgl. BGE 72 II 275, E. 3; HGer ZH vom 6. Februar 1995, in: SJZ 1995, 200.

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.2.4 unter Verweis auf BGE 140 III 636, E. 2.1.

den, unter das Verbot gemäss Art. 659a Abs. 1 OR und Art. 659b Abs. 1 OR analog» fielen.<sup>13</sup>

Das Handelsgericht führte aus, dass vorliegend der Stiftungsrat gemäss Stiftungsurkunde ausschliesslich oder mehrheitlich durch die A. AG bzw. deren Verwaltungsrat bestimmt werde und somit das Risiko bestehe, dass der Verwaltungsrat über die von der Stiftung gehaltenen Aktien auf die Willensbildung in der Generalversammlung Einfluss nehme. Zudem könne aufgrund der vorliegenden Personalunion von Stiftungsrat und Verwaltungsrat nicht von einer effektiven und dauernden Unabhängigkeit der Personalfürsorgestiftung ausgegangen werden, da eine starke Abhängigkeit von der A. AG vorliege. Diese Problematik werde durch die Zwei-Personen-Besetzung des Stiftungsrats weiter verstärkt: Bei Stimmgleichheit im Stiftungsrat komme gemäss Stiftungsurkunde der Stichtscheid der Stiftungsratspräsidentin (i.c. also C.B.) zu. C.B. sei aber zugleich Präsidentin des Verwaltungsrats der A. AG. Dies führe im Ergebnis zu einer faktischen Alleinherrschaft über die Personalfürsorgestiftung. Der Stiftung könne somit kein freier, von der A. AG unabhängiger Wille zugeschrieben werden.<sup>14</sup>

Das Handelsgericht befasste sich als Nächstes mit dem Vorbringen der Beklagten, dass die Stiftung unter öffentlicher Aufsicht<sup>15</sup> stehe und der Stiftungsrat den Stiftungswillen und -zweck einzuhalten und im Interesse der Stiftung zu handeln habe, weshalb nicht von einer Abhängigkeit von der A. AG die Rede

sein könne. Das Handelsgericht erwog aber, dass die Frage der Ausübung des Stimmrechts eine aktienrechtliche Frage sei, welche gerade nicht der Stiftungsaufsicht obliege. Zudem sei von einer Einflussnahme(-möglichkeit) der A. AG auf die Willensbildung der Stiftung auszugehen. Auch der Umstand, dass der Stiftungsrat nur im Interesse der Stiftung handeln dürfe und somit der Sicherstellung des Vermögens verpflichtet sei, stelle die Unabhängigkeit nicht sicher, da Raum für Interpretationen bleibe.<sup>16</sup>

Das Handelsgericht gelangte zum Schluss, dass die Stimmrechte der 40 von der Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien an der A. AG ruhten. Da diese Stimmrechte durch C.B. an der Generalversammlung vom 1. November 2019 ausgeübt wurden, liege ein Fall einer unbefugten Teilnahme i.S.v. Art. 691 Abs. 3 OR vor.<sup>17</sup>

## 1.2 Positive Beschlussfeststellungsklage

Im Rahmen der Ausführungen zur Stimmrechtsklage (Art. 691 Abs. 3 OR) erwog das Handelsgericht, dass jeder Aktionär, auch wenn er an der Generalversammlung keinen Einspruch erhoben hat, Beschlüsse anfechten kann, an denen unbefugte Personen mitgewirkt haben, solange die Gesellschaft nicht nachzuweisen vermag, dass die unbefugte Teilnahme keinen Einfluss auf die Beschlussfassung gehabt hatte.<sup>18</sup>

Das Handelsgericht setzte sich zudem mit der Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen auseinander und hielt fest, dass die Teilnahme unbefugter Personen an der Generalversammlung kein Nichtigkeitsgrund sei. Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 691 Abs. 3 OR sei die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit vorgesehen. Nichtigkeit als Rechtsfolge sei nur in besonders krassen Fällen denkbar. Im vorliegenden Fall sei kein Nichtigkeitsgrund gegeben.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.2.4.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.1, 3.2, 4.2.4 ff., 4.3.2; vgl. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 88c; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 447; *Lukas Handschin*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, 2. Aufl., Zürich 2016, N 111 zu Art. 659–659b OR; *Christian Lenz/Andreas von Planta*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 2e zu Art. 659a OR; *Rita Trigo Trindade*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, N 34 zu Art. 659b OR; *Bertrand G. Schott*, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich/Lachen 2009 (= SSHW, Bd. 285), § 13 N 8.

<sup>15</sup> Vorliegend der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich gemäss Gesetz über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG) vom 11. Juli 2011 (LS 833.1).

<sup>16</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.3.2.

<sup>17</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.1, 3.2, 4.2.4, 4.3.2; vgl. *Peter Nobel*, Vom Umgang mit eigenen Aktien, Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 6, Zürich 1994, 20; *Roger Groner*, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003, 373; *Patrick Schleiffer*, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht nach bisherigem und revidiertem Recht, Diss. Bern 1993, 295; BSK OR II-Länzlinger (Fn. 14), N 6 zu Art. 691; ZK-Handschin (Fn. 14), N 111 zu Art. 659–659b OR.

<sup>18</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.2.2.

<sup>19</sup> Zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.2.2 f., 4.3.3.

Das Handelsgericht hatte sich mit den Rechtsfolgen der Gutheissung einer Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR zu befassen, da B.B. neben dem Begehren um Aufhebung der Generalversammlungsbeschlüsse eine positive Beschlussfeststellungsklage erhob. Das Handelsgericht führte aus, dass sich die Rechtswirkung eines gutheissenden Urteils einer Stimmrechtsklage nicht ohne Weiteres aus dem Gesetzeswortlaut ergebe. Auch in den Materialien fänden sich keine Anhaltspunkte für eine positiv gestaltend wirkende Anfechtungsklage, und Art. 706 Abs. 5 OR spreche von einem den Generalversammlungsbeschluss «aufhebenden» Urteil. Als Regelfall gelte somit, dass die Rechtswirkung einer Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR auf die Aufhebung des angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses beschränkt sei. Das Gericht habe grundsätzlich von positiven Anordnungen abzusehen, da andernfalls das richterliche Ermessen den Mehrheitswillen der Generalversammlung ersetzen würde.<sup>20</sup> Zu prüfen sei das Vorliegen von Ausnahmen. Als zulässige Ausnahme anerkenne ein Teil der Lehre die positive Beschlussfeststellungsklage, mit der über die kassatorische Wirkung der Ungültigkeitserklärung hinaus verlangt werden könne, den rechtmässigen Beschlussinhalt klarzustellen.

Das Handelsgericht setzte sich mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinander und gelangte zum Schluss, dass die positive Beschlussfeststellungsklage jedenfalls dann zulässig sei, wenn (i) sie gemeinsam und gleichzeitig mit der Anfechtungsklage erhoben werde, (ii) wegen Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt verkündet worden sei, der tatsächlich als angenommen hätte festgestellt werden müssen, und (iii) sich der Wille der Generalversammlung zweifelsfrei feststellen lasse.<sup>21</sup>

Das Handelsgericht hielt fest, dass vorliegend in der A. AG übersichtliche Beteiligungsverhältnisse herrschten, die protokollierten Abstimmungsergebnisse unstrittig geblieben seien und das korrekte Stimmergebnis der teilnahmeberechtigten Aktionäre

zweifelsfrei ermittelt werden könne. Aufgrund dessen erwog es, dass gerade nicht von einem Eingriff in die Willensbildung der A. AG gesprochen werden und die korrekte Zählweise festgestellt werden könne.<sup>22</sup>

Im Ergebnis sei festzustellen, dass die protokollierte Zählweise des Beschlusses betreffend Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat fehlerhaft sei und dass die Generalversammlung den Beschlussantrag bei richtiger Zählung angenommen habe. Die Beschlüsse betreffend Neuwahlen von C., D. und E. in den Verwaltungsrat seien *ex tunc* aufzuheben.<sup>23</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2021

### 2.1 Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien

Das Bundesgericht befasste sich als Erstes mit der analogen Anwendung von Art. 659a OR auf die vorliegende Konstellation. Es stellte fest, dass Art. 659a OR in erster Linie die Wahrung des Bestimmungsrechts der Generalversammlung schützen wolle, wohingegen Art. 659 OR als Kapitalschutzvorschrift zu verstehen sei. Das Bundesgericht stimmte der Beschwerdeführerin darin zu, dass die Stiftung nicht mit einer Tochtergesellschaft i.S.v. Art. 659b Abs. 1 OR gleichzusetzen sei, da die Mittelverwendung durch den Stiftungszweck gebunden sei und die Stiftung unter staatlicher Aufsicht stehe. Dennoch sei die Unterscheidung des Schutzzwecks von Art. 659 und Art. 659a OR vorliegend von erheblicher Bedeutung, da die Bestimmung zum Verbot der unzulässigen Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung (Art. 659a OR) auch bei anderen Gesellschaftsformen greife. Aufgrund dessen könne es «nicht auf die formale Trennung der Gesellschaft und der Personalfürsorgestiftung als deren Aktionärin ankommen». Wie die Vorinstanz erachtete auch das Bundesgericht das Abhängigkeitsverhältnis als entscheidendes Kriterium. Gemäss Bundesgericht widerspreche die vorliegende Konstellation der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung, da der Verwaltungsrat zugleich Stiftungsrat der Personalfürsorgestiftung sei und somit Befugnisse ausüben würde, welche gemäss Gesetz in unübertragbarer Weise der Generalversammlung zugeteilt seien (Art. 698 i.V.m. Art. 716 Abs. 1 OR). Es erwog, dass

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen: BGE 122 III 279, E. 2, 3c/bb; vgl. OGer ZH vom 4. Dezember 1981, in: ZR 81/1982, Nr. 91, 216 ff.; Böckli (Fn. 14), § 16 N 132; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 14), N 9c zu Art. 706 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 N 61; Schleiffer (Fn. 17), 307; Simon Bühler/Hans Caspar von der Crone, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014, 564–572, 568 m.w.H.

<sup>21</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.4.2.

<sup>22</sup> HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.4.3.

<sup>23</sup> HGer ZH HG 200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.5.

in einer derartigen Konstellation der Aktionärsmehrheit trotz gleichbleibendem Kapitaleinsatz indirekt Stimmrechte anwachsen würden, da diese durch die Bestellung des Verwaltungsrats indirekt auch die Stimmrechte der Personalfürsorgestiftung ausüben könne. Dies habe zur Konsequenz, dass Beschlüssen unterlaufen würden, da diese, wenn sie an einer Versammlung erreicht würden, nicht die tatsächlichen Machtverhältnisse in der Generalversammlung wiedergeben würden, was den gesetzlichen und allenfalls statutarisch festgeschriebenen Minderheitenschutz unterlaufen könne.<sup>24</sup>

Gemäss Bundesgericht seien adäquate organisatorische Massnahmen erforderlich, um die Problematik des Abhängigkeitsverhältnisses zu entschärfen. Diese Massnahmen hätten sicherzustellen, dass die Stiftung resp. der Stiftungsrat effektiv und dauernd von der A. AG unabhängig sei. Die im Reglement der Stiftung enthaltene Bestimmung, dass der Stiftungsrat «im Normalfall auf die Ausübung der Aktionärsrechte» verzichte, hingegen einzelfallweise auf Antrag eines Mitglieds davon abweichen könne, genüge nicht, um dies zu gewährleisten. Aufgrund dessen erachtete auch das Bundesgericht die analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR auf die vorliegende Sachlage als gerechtfertigt.<sup>25</sup>

## 2.2 Positive Beschlussfeststellungsklage

Als Nächstes befasste sich das Bundesgericht mit der Stimmrechtsklage und deren Rechtsfolgen. Es führte aus, dass die Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR als Gestaltungsklage in erster Linie auf die Aufhebung der Generalversammlungsbeschlüsse gerichtet sei.<sup>26</sup> Hinsichtlich der Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat genüge aber die reine Aufhebung des Beschlusses nicht, da bei korrekter Zählung – ohne

Mitzählen der Stimmen der Personalfürsorgestiftung – die Abwahl von C.B. mit 70 (B.B. und D.B.) zu 40 (C.B.) Stimmen angenommen worden wäre. Die herrschende Lehre anerkenne die positive Beschlussfeststellungsklage, mit welcher das rechtmässige Beschlussergebnis hergestellt, der Beschlussinhalt geändert und somit die gesellschaftliche Rechtslage gerichtlich neu geordnet werde.<sup>27</sup>

Das Bundesgericht habe die Zulässigkeit dieser Klage bisher offengelassen.<sup>28</sup> Jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden sei eine positive Beschlussfeststellungsklage statthaft, obwohl sich das Gesetz nicht zu deren Zulässigkeit äussere. In Art. 691 Abs. 3 OR spreche der Gesetzeswortlaut von «Anfechtung», während Art. 706 Abs. 5 OR von einem «aufhebenden» Urteil spreche, aber auch andere Urteilsformen zu billigen scheine.<sup>29</sup>

Das Bundesgericht begründet die Zulässigkeit der positiven Beschlussfähigkeitsklage mit der zentralen Bedeutung des Stimmrechts der Aktionäre. Jeder Aktionär habe zumindest eine Stimme und ein Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung. Der Entzug oder die Beschränkung des Teilnahme- oder des Mindeststimmrechts sei nach Art. 706b Ziff. 1 OR nichtig. Dies schliesse ein, dass die Stimme eines Aktionärs nur gültigen Stimmen anderer Aktionäre gegenübergestellt werden dürfe. Die Zulassung unbefugter Teilnehmer zur Abstimmung entwertere das Stimmrecht. Dies seien die grundlegenden Gedanken gewesen, welche zur Schaffung des Rechtsbehelfs von Art. 691 Abs. 3 OR führten. Könnten mit dem Rechtsbehelf von Art. 691 Abs. 3 OR ablehnende Generalversammlungsbeschlüsse (wie die Ablehnung der Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds) bloss aufgehoben werden, so hätte das Aktionariat erst bei der nächsten Generalversammlung und somit viel

<sup>24</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 5.2.1.

<sup>25</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 5.2.1 ff.; vgl. zustimmend Böckli (Fn. 14), § 12 N 447; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 24 N 88c; Christof Helbling, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2003, 281 f.; Karl Hofstetter, Erwerb und Wiederveräusserung eigener Aktien durch börsennotierte Gesellschaften, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 135–162, 142; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 2e zu Art. 659a OR.

<sup>26</sup> BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.1.

<sup>27</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.2.; vgl. BGE 122 III 279, E. 3c/bb; Böckli (Fn. 14), § 12 N 500a; Bühler/von der Crone (Fn. 20), 571 f., BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 14), N 4a zu Art. 698 OR und N 9c zu Art. 706 OR; BSK OR II-Länzlinger (Fn. 14), N 14 zu Art. 691 OR; Schleiffer (Fn. 17), 312 f.; Ivo Schwander/Dieter Dubs, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 343–361, 354 ff.; CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 14), N 32 zu Art. 691 OR.

<sup>28</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.3.

<sup>29</sup> BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.1.

später – und möglicherweise unter veränderten Umständen – erneut Gelegenheit, über dieses Traktandum abzustimmen. Der rechtmässige Zustand könne damit im Regelfall nicht mehr hergestellt werden. Dies komme einer Vereitelung des Stimmrechts gleich. Gemäss Bundesgericht könne dies in zerrütteten Verhältnissen besonders stossend sein. Es sei nicht einzusehen, weshalb bei einem positiven Beschluss der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden könne, während bei einem ablehnenden Beschluss ein vergleichbarer Rechtsschutz fehle.<sup>30</sup>

Das Bundesgericht relativiert unter Verweis auf die Lehre sodann die Anwendbarkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage, indem es sie auf Fälle beschränkt, in denen das Gericht das formell korrekte Ergebnis zweifelsfrei feststellen kann.<sup>31</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien nach geltendem Aktienrecht

##### 1.1 Ausgangslage und Schutzzweck

Der Verwaltungsrat kann im Rahmen seiner Kompetenz zur Unternehmensverwaltung in den Schranken des Gesetzes (vgl. Art. 659 OR) Aktien der Gesellschaft erwerben. Zur seiner Aufgabe gehört die Verwaltung dieser Aktien und somit der Entscheid über die Ausübung der Stimmrechte.<sup>32</sup> Art. 659a OR will verhindern, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte (Art. 656c Abs. 2 OR analog) aus eigenen Aktien durch den Verwaltungsrat an der Generalversammlung vertreten werden, da die Gefahr besteht, dass der Verwaltungsrat in eigenem Interesse Einfluss auf die Willensbildung der Generalversammlung nehmen könnte, die Unabhängigkeit der Generalversammlung gefährdet wird und der Verwaltungsrat Einfluss auf jenes Organ nimmt, gegenüber welchem er rechenschaftspflichtig ist (Art. 698

OR).<sup>33</sup> Zudem würden die vom Gesetz zum Schutz der Gläubiger und Aktionäre vorgesehenen Kontroll- und Aufsichtsrechte durch eine Beeinflussung des Verwaltungsrats auf die Generalversammlung geschmälert, da sich der Verwaltungsrat selbst – über die Ausübung der Stimmrechte eigener Aktien – an der Generalversammlung kontrollieren könnte.<sup>34</sup>

Damit Art. 659a OR nicht mittels Zuhilfenahme einer Konzernstruktur umgangen wird, hält Art. 659b OR fest, dass eigene Aktien der Gesellschaft, welche durch eine Tochtergesellschaft gehalten werden, auch von Art. 659a OR erfasst sind.<sup>35</sup> Wie durch das vorliegende Urteil verdeutlicht wird, ist das entscheidende Kriterium, ob zwischen den Rechtssubjekten ein Abhängigkeitsverhältnis und somit eine Möglichkeit der (direkten oder indirekten) Einflussnahme auf die Generalversammlung der (Mutter-)Gesellschaft durch deren Verwaltungsrat besteht.<sup>36</sup> Es sollen jegliche mittelbaren oder unmittelbaren Einwirkungen auf die Generalversammlung verhindert werden und dies unabhängig von der formalen Eigentümerstellung über die Aktien der Gesellschaft.<sup>37</sup> Nicht entscheidend ist, wie eine Beeinflussung der Generalversammlung erreicht wird und ob die Aktien entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wurden.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.2; vgl. *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 571.

<sup>31</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.3; vgl. *Böckli* (Fn. 14), § 12 N 500a; *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 571 f.

<sup>32</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 30 N 3 ff.; vgl. *Hofstetter* (Fn. 25), 143 m.w.H.; wobei der Verwaltungsrat im Rahmen einer Kompetenzdelegation diese Aufgabe übertragen kann, wobei die Instruktions- und Überwachungsaufgaben beim Verwaltungsrat verbleiben.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 117 II 290, E. 4d/aa; 43 II 293, E. 2; *Sebastian Burckhardt*, Der Erwerb eigener Aktien und Stammanteile, Diss. Basel 1983, 50; *Helbling* (Fn. 25), 112; *Giger* (Fn. 10), 57; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 3 zu Vorb. Art. 659–659b OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 24 N 84 f.

<sup>34</sup> *Giger* (Fn. 10), 11; vgl. *Schleiffer* (Fn. 17), 100 f; Botschaft (Fn. 10), 807.

<sup>35</sup> Vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 74 ff.; die Botschaft führte hinsichtlich der Einführung von Art. 659b OR aus, dass «was der Muttergesellschaft nicht oder nur beschränkt erlaubt ist, kann der Tochtergesellschaft nicht oder nur beschränkt gestattet sein», siehe hierzu Botschaft (Fn. 10), 807.

<sup>36</sup> Vgl. HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 4.3.2; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 24 N 88a; HGer ZH vom 6. Februar 1995, in: SJZ 1995, 200; BGE 72 II 275, E. 3.

<sup>37</sup> Vgl. BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 5.2.1; BGE 72 II, E. 3; vgl. *Konrad Fischer*, Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre, SZW 1998, 234.

<sup>38</sup> Vgl. *Hans Bodmer/Marc Blumenfeld*, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich 2016, N 3 zu Art. 659a OR; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 3 zu Vorb. Art. 659–659b OR.

## 1.2 Beherrschung und Abhängigkeit von verbundenen Rechtssubjekten

Das Gesetz präzisiert in Art. 659b Abs. 1 OR nicht, ob sich die Mehrheitsbeteiligung auf eine Kapital- oder Stimmenmehrheit bezieht. Bei der Frage, ob eine Mehrheitsbeteiligung der (Mutter-)Gesellschaft an ihrer Tochtergesellschaft vorliegt, wird auf die Möglichkeit der Beherrschung abzustellen sein, um eine Umgehung von Art. 659 f. OR verhindern zu können.<sup>39</sup> Entscheidend ist somit, ob die Gesellschaft an dem mit ihr verbundenen Rechtssubjekt eine Stimmenmehrheit besitzt und ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, um von einer Beeinflussung auf die Willensbildung der Generalversammlung ausgehen zu können. Nicht entscheidend ist, ob gleichzeitig mit den ausübenden Stimmrechten eine Kapitalbeteiligung unter 50% vorliegt. Die Gefährdung einer Beeinflussung auf die Generalversammlung wird zweifellos zu bejahen sein, wenn die Beteiligung der (Mutter-)Gesellschaft an dem verbundenen Rechtssubjekt mehr als 50% der Stimmrechte beträgt.<sup>40</sup> Auch eine Beteiligung unter 50% der Stimmrechte kann ausreichend sein, um ein Abhängigkeitsverhältnis begründen zu können. Dies wird beispielsweise bei Vorliegen von (Stimmbindungs-)Verträgen oder Statutenbestimmungen der Fall sein, mit welchen bereits eine beherrschende Beeinflussung der Generalversammlung vorliegen kann, obwohl formell nicht über 50% der Stimmrechte gehalten werden. Die Festlegung des zu erreichenden Schwellenwerts der Stimmrechte hat also ergebnisorientiert zu erfolgen, indem auf die im Einzelfall vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse ab-

zustellen ist.<sup>41</sup> So sind auch Untergesellschaften (Enkelgesellschaft) sowie Stiftungen von Art. 659b OR erfasst, bei welchen eine direkte Kapitalbeteiligung nicht möglich ist und folglich keine Mehrheitsbeteiligung i.S.v. Art. 659b Abs. 1 OR vorliegen kann.<sup>42</sup>

## 1.3 Geeignete strukturelle Massnahmen zur Abwehr

Das Bestehen von geeigneten strukturellen Massnahmen beim verbundenen Rechtssubjekt kann die Annahme umstossen, dass dieses trotz einer Mehrheitsbeteiligung und eines Abhängigkeitsverhältnisses zur (Mutter-)Gesellschaft ein unabhängiger und freier Wille zugesprochen werden kann. Die aus den durch das verbundene Rechtssubjekt gehaltenen Aktien an der Gesellschaft fliessenden Stimmrechte ruhen sodann nicht. Erforderlich ist, dass eine dauernde und effektive Unabhängigkeit des verbundenen Rechtssubjekts durch diese Massnahmen gewährleistet werden kann. Beispielfhaft stellen Bestimmungen in Gesellschaftsstatuten oder Stiftungsreglemente dar, welche (i) eine Personalunion in den Leitungs- und Verwaltungsorganen der beiden Gesellschaften verhindern, (ii) den Stichtscheid nicht dem Vorsitzenden, welcher von der (Mutter-)Gesellschaft bestimmt wird, zuspricht oder (iii) die die Einflussmöglichkeiten des Verwaltungsrats auf die Generalversammlung schmälern.<sup>43</sup>

## 2. Ruhen der Stimmrechte eigener Aktien nach revidiertem Aktienrecht

### 2.1 Ausgangslage

Das revidierte Aktienrecht nimmt hinsichtlich der Suspendierung der Stimmrechte und der damit verbundenen Rechte eigener Aktien mehrere Verschärfungen vor. Art. 659a Abs. 2 revOR hält fest, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte auch dann ruhen, wenn die Gesellschaft eigene Aktien formell, aber nicht wirtschaftlich, an Dritte überträgt und die Rücknahme oder Rückgabe der Aktien vereinbart wird. Darunter fallen sämtliche Geschäfte, in welchen eigene Aktien im Rahmen einer Effektenlei-

<sup>39</sup> In BGE 72 II 284 (1946) wurde die gesetzliche Formulierung «mehrheitlich beteiligt» in Art. 659b Abs. 1 OR noch als effektive Kontrolle interpretiert, wobei sich die heutige Lehre mehrheitlich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise stützt, vgl. Böckli (Fn. 14), § 4 N 327; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 50 N 178; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 3 zu Art. 659b OR m.w.H.

<sup>40</sup> Zum Ganzen: Böckli (Fn. 14), § 4 N 327 ff.; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 3 zu Art. 659b OR; vgl. ZK-Handschi (Fn. 14), N 156 zu Art. 659–659b OR; während sich Bodmer/Blumenfeld (Fn. 38), N 2 ff. zu Art. 659b OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 50 N 178; Hans Rudolf Trüeb, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 5 zu Art. 659b OR; CR CO II-Trigo Trindade, N 5 zu Art. 659b OR, für eine Kapitalmehrheit aussprechen.

<sup>41</sup> Vgl. zum Ganzen: ZK-Handschi (Fn. 14), N 110 zu Art. 659–659b OR.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft (Fn. 10), 807; Böckli (Fn. 14), § 4 N 327.

<sup>43</sup> Vgl. zum Ganzen: HGer ZH HG200002-O vom 18. Mai 2021, E. 3.2.1. f.; Böckli (Fn. 14), § 12 N 448.

he (z.B. *Securities Lending*) mit Rücknahmeverpflichtung oder Rückgaberecht, einer Sicherungsübereignung oder eines ähnlichen Rechtsgeschäfts übertragen werden.<sup>44</sup> Erfasst werden also alle Rechtsgeschäfte, bei welchen es sich wirtschaftlich gesehen um eine Leihe handelt, wobei das zugrundeliegende Motiv für die Übertragung «aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität ohne Belang» ist.<sup>45</sup> Die Neuerung scheint sachgerecht, werden so doch alle Rechtsgeschäfte erfasst, in welchen die Gesellschaft zwar formell nicht mehr Aktionärin ist, sondern ein Dritter, aber die zugrundeliegende Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und dem formellen Aktionär eine Beeinflussung der Stimmrechtsausübung des formellen Aktionärs durch die Gesellschaft weiterhin befürchten lässt.<sup>46</sup>

Die revidierte Fassung von Art. 659b Abs. 1 revOR erklärt Art. 659–659b OR für sinngemäss anwendbar, wenn eine Gesellschaft ein oder mehrere Unternehmen kontrolliert und verweist hierbei auf das Konzernrecht (Art. 659b Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 OR).<sup>47</sup> Wie unter geltendem Recht soll verhindert werden, dass Unternehmen durch den Beizug anderer (kontrollierter) Unternehmen die zwingenden Bestimmungen und Konsequenzen zum Erwerb eigener Aktien i.S.v. Art. 659 f. OR umgehen können. Ab Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts ruhen die Stimmrechte und die damit verbundenen Rechte der durch das verbundene Rechtssubjekt gehaltenen Aktien der (Mutter-)Gesellschaft bereits dann, wenn die (Mutter-)Gesellschaft eigene Aktien über eine Gesellschaft erwirbt, welche i.S.v. Art. 659b Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR durch die sie «kontrolliert» wird.<sup>48</sup> Aufgrund gesetzlichen Verweises auf Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR werden somit unter revidiertem

Recht zweifelsohne auch (Konzern-)Sachverhalte erfasst, bei welchen eine Kontrolle mittels Verträgen, Stiftungsurkunden oder vergleichbaren Instrumenten möglich ist, wenn hierdurch ein beherrschender Einfluss auf das verbundene Rechtssubjekt ausgeübt werden kann.<sup>49</sup>

## 2.2 Kriterium der Kontrolle statt einer Mehrheitsbeteiligung

Das revidierte Aktienrecht verweist in Art. 659b Abs. 1 revOR auf das unter der konzernrechtlichen Konsolidierungspflicht in Art. 963 Abs. 1 und 2 OR enthaltene Kontrollprinzip.<sup>50</sup> Gemäss Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn es (i) direkt oder indirekt über die Stimmenmehrheit (mehr als 50% der Stimmen) im obersten Organ verfügt (Ziff. 1); (ii) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die absolute Mehrheit (d.h. mehr als 50%) des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen (Ziff. 2); oder (iii) aufgrund statutarischer Bestimmungen, Stiftungsurkunde, eines Vertrages (im Vordergrund stehen Stimmbindungsverträge) oder vergleichbarer Instrumente (z.B. durch ein Trustverhältnis) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (*de facto*-Kontrolle; Ziff. 3).<sup>51</sup> Eine *de facto*-Kontrolle wird mehrheitlich dann als gegeben erachtet, wenn die Gesellschaft die Geschäfts- und Finanzpolitik des

<sup>44</sup> Zum Ganzen: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff., 520; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 14), N 37 f. zu Art. 659 OR; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 567; Bodmer/Blumenfeld (Fn. 38), N 5 zu Art. 659a OR.

<sup>45</sup> Botschaft (Fn. 44), 520; vgl. von der Crone (Fn. 44), N 567 f.; vgl. zur Leihe: Art. 17 FinfraV-FINMA; Art. 14 aBEHV-FINMA.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu ausführlich ZK-Handschin (Fn. 14), N 109 zu Art. 659–659b OR.

<sup>47</sup> Die neue Marginalie heisst nun auch «Eigene Aktien im Konzern» und nicht mehr «Erwerb durch Tochtergesellschaften»; vgl. von der Crone (Fn. 44), N 572.

<sup>48</sup> Vgl. von der Crone (Fn. 44), N 572.

<sup>49</sup> Siehe unten Ausführungen zum konzernrechtlichen Kontrollbegriff Ziff. III.2.2.

<sup>50</sup> Das Kontrollprinzip stammt aus dem angelsächsischen «Control»-Konzept und wurde mit der Revision des Rechnungslegungsrechts in Art. 963 OR aufgenommen; vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, und Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1723; Stephan Glanz/Florian Zihler, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxis-kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, N 15 zu Art. 963 OR.

<sup>51</sup> Vgl. Botschaft (Fn. 50), 1723; BSK OR II-Neuhaus/Baur (Fn. 14), N 17 zu Art. 963 OR; unter Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR werden v.a. Beteiligungskonzerne zu subsumieren sein, wohingegen unter Ziff. 3 mehrheitlich Vertragskonzerne fallen. Ziff. 2 kommt hingegen nur eine geringe eigenständige Bedeutung zu, da die Bestellung und Abberufung des Verwaltungsrats Aufgabe der Generalversammlung ist (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), vgl. hierzu von der Crone (Fn. 44), N 2211.



verbundenen Rechtssubjekts massgeblich mitbestimmen kann.<sup>52</sup>

### 3. Rechtsschutz bei fehlerhaft ermittelten Abstimmungsergebnissen

Das Stimmrecht auf den Aktien der Personalfürsorgestiftung war wie aufgezeigt suspendiert. Die 40 Stimmen, die C.B. für die Personalfürsorgestiftung abgegeben hat, hätten bei der Ergebnisermittlung nicht mitgezählt werden dürfen. Es stellt sich damit die Frage, wie gegen fehlerhaft ermittelte Abstimmungsergebnisse vorzugehen ist. Von Bedeutung für den Rechtsschutz sind zunächst einige Besonderheiten, die den Beschluss von anderen Rechtsgeschäften unterscheiden.<sup>53</sup>

#### 3.1 Positive und negative Beschlüsse

In der Generalversammlung gilt das Mehrheitsprinzip. Beschlüsse werden grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen gefasst (Art. 703 OR). Für wichtige Beschlüsse sieht das Gesetz ein qualifiziertes Beschlussquorum vor (Art. 704 Abs. 1 OR).<sup>54</sup> Erreicht ein Geschäft die erforderliche Anzahl an Ja-Stimmen, gilt der Antrag als angenommen («positiver Beschluss»). Ein Beschluss kommt aber auch zustande, wenn das anwendbare Quorum verfehlt wird. Man spricht in diesem Fall von einem «negativen» (oder ablehnenden) Beschluss.<sup>55</sup> Die Generalversammlung entscheidet für die Gesellschaft verbindlich, das fragliche Geschäft nicht zu wollen. Darin unterscheidet sich der Beschluss vom Vertrag: Der Vertrag setzt die Zustimmung der Parteien als Tatbestandsmerkmal voraus. Erzielen die Parteien

keinen (normativen) Konsens, kommt kein Vertrag zustande.

#### 3.2 Fehler bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses

Ein Fehler in der Ergebnisermittlung bedeutet, dass die Versammlung ein Resultat als verbindlich zur Kenntnis (und zu Protokoll) nimmt, das nicht dem rechtmässigen Abstimmungsausgang entspricht. Der Fehler kann die Willensbildung verfälschen, wenn er zum Beispiel dazu führt, dass ein negativer Beschluss verkündet wird, obwohl die Versammlung den Antrag bei richtiger Zählung angenommen hätte. Es fragt sich dann, welche Version des Beschlusses Geltung hat: der zu Unrecht verkündete ablehnende oder der «richtige» annehmende Beschluss. Ein Teil der Lehre hält das rechtmässige Abstimmungsergebnis für massgeblich.<sup>56</sup> Nach dieser Auffassung entsteht der Beschluss mit der letzten (gültig) abgegebenen Stimme, genauso wie ein Vertrag mit der erfolgten Annahmeerklärung zustande kommt. Die Verkündung des Ergebnisses durch den Vorsitzenden hat nur deklarative Bedeutung. Das rechtmässige Ergebnis gestaltet die Rechtslage. Im Streitfall wäre nach dieser Sichtweise eine Feststellungsklage zu erheben, die (unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs) an keine Frist gebunden ist.<sup>57</sup> Nach anderer Ansicht wirkt die Beschlussverkündung konstitutiv: Weicht sie vom rechtmässigen Ergebnis ab, kommt der Beschluss wie verkündet zustande.<sup>58</sup> Dies dient der Rechtssicherheit. In einem

<sup>52</sup> Vgl. OFK-Dekker (Fn. 38), N 8 zu Art. 963 OR.

<sup>53</sup> Grundlegend dazu Wolfgang Ernst, Der Beschluss als Organakt, in: Martin Häublein (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin/Boston 2012, 1–42, 6 ff., der den Beschluss als einheitlichen (von den einzelnen Stimmabgaben abgekoppelten) Rechtsakt der Versammlung als Organ beschreibt und ihn dadurch von den mehrseitigen Rechtsgeschäften abgrenzt.

<sup>54</sup> Darüber hinaus sind statutarische Beschlussquoten denkbar (vgl. Art. 704 Abs. 2 OR).

<sup>55</sup> Vgl. Brigitte Tanner, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018, N 11 zu Art. 703 OR.

<sup>56</sup> So namentlich Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987 (= SSHW, Bd. 100), § 4 N 127 f.; ZK-Tanner (Fn. 55), N 56 ff. zu Art. 703 OR; Peter Jäggi, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, 394–405, 402.

<sup>57</sup> Prägnant Jäggi (Fn. 56): «So gut wie nach Jahr und Tag auf die Feststellung geklagt werden kann, dass ein bestimmter Vertrag abgeschlossen oder nicht abgeschlossen wurde, so gut muss eine solche Klage betreffend das Zustandekommen eines Beschlusses zulässig sein.»

<sup>58</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 14), N 2a zu Art. 706; Claire Huguenin/Bruno Mahler, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 131–151, 132 f.; Schott (Fn. 14), § 6 N 9 ff.; in diesem Sinn auch Jean Nicolas Druey, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter

ersten Schritt soll massgeblich sein, was die Versammlung als Abstimmungsergebnis zur Kenntnis genommen hat.<sup>59</sup> Die Durchsetzung des rechtmässigen Resultats bedarf eines gerichtlichen (Gestaltungs-)Urteils. Wie der vorliegende Entscheid zeigt, folgt die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesem Konzept.<sup>60</sup> Der Beschluss kommt in der Fassung zustande, die der Generalversammlung verkündet wird. Wer eine falsche Ergebnisermittlung geltend macht, muss den Beschluss innert Frist anfechten.

Charakteristisch für die hier interessierende Kategorie von Mängeln ist, dass sich das rechtmässige Ergebnis im Nachhinein zweifelsfrei feststellen lässt. Das «falsche» Resultat kann einem «richtigen» gegenübergestellt werden. Dies trifft auf die folgenden Sachverhalte zu:<sup>61</sup>

- Bei der Ergebnisermittlung werden die Stimmen fehlerhaft zusammengezählt (Rechenfehler).
- Rechtmässig abgegebene Stimmen werden zu Unrecht nicht mitgezählt.
- Es werden Stimmen mitgezählt, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen – sei es, weil der Stimmende gar nicht stimmberechtigt ist oder weil gesetzliche oder statutarische Stimmrechtsausschlüsse bzw. -beschränkungen missachtet werden. In diese Kategorie fällt auch der vorliegende Fall des Mitzählens von Aktien, deren Stimmrecht gemäss Art. 659a Abs. 1 OR suspendiert ist.
- Es wird ein falsches Beschlussquorum angewendet. Beispiel: Der Vorsitzende erklärt einen Antrag, der das Quorum von Art. 703 OR erreicht hat, für abgelehnt, weil er fälschlicherweise das qualifizierte Quorum gemäss Art. 704 Abs. 1 OR für anwendbar hält.

Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 144 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Ernst* (Fn. 53), 9 f.

<sup>60</sup> Siehe BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, insb. E. 6.1; vgl. bereits BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.2 (mit Bezug auf einen Entlastungsbeschluss, der entgegen Art. 695 OR mit den Stimmen einer Organperson gefasst wurde).

<sup>61</sup> Vgl. *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 566 f.; *Schott* (Fn. 14), § 3 N 74.

Davon abzugrenzen sind Verfahrensfehler, die vor der Abstimmung eintreten.<sup>62</sup> Hier ist das rechtmässige Ergebnis nicht arithmetisch feststellbar. Es ist mehr oder weniger ungewiss, wie das Resultat gelaute hätte, wenn ein korrektes Verfahren eingehalten worden wäre. Wird etwa ein Aktionär daran gehindert, an der Generalversammlung teilzunehmen, steht nicht mit letzter Sicherheit fest, wie er abgestimmt hätte und wie seine Teilnahme die Willensbildung der anderen Aktionäre allenfalls hätte beeinflussen können.

### 3.3 Anfechtbarkeit als Rechtsfolge

Formell mangelhafte Generalversammlungsbeschlüsse sind in der Regel anfechtbar (Art. 706 OR) und im Ausnahmefall nichtig (Art. 706b OR). Im Interesse der Rechtssicherheit gilt die Nichtigkeit als subsidiäre Rechtsfolge: Sie soll nur dann greifen, wenn die Anfechtbarkeit wertungsmässig als Sanktion nicht ausreicht.<sup>63</sup> Die Rechtsprechung betrachtet Beschlüsse als nichtig, die an schwerwiegenden und offensichtlichen formellen Mängeln leiden.<sup>64</sup>

Art. 691 Abs. 3 OR ordnet für die Fälle der Teilnahme unbefugter Personen an der Beschlussfassung ausdrücklich die Anfechtbarkeit als Rechtsfolge an («negative Stimmrechtsklage»)<sup>65</sup> Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist nicht deckungsgleich mit den hier thematisierten Mängeln in der Ergebnisermittlung. Er geht einerseits weiter, weil er auch die unbefugte Teilnahme vor der Abstimmung (z.B. an den Diskussionen) umfasst.<sup>66</sup> Andererseits ist er insofern enger, als er nur die Zulassung unberechtigter, nicht aber auch den Ausschluss berechtigter Stim-

<sup>62</sup> Vgl. *Schott* (Fn. 14), § 3 N 23 f., der zwischen einer Beeinträchtigung der Willensbildung der Aktionäre und der fehlerhaften Feststellung des Beschlussergebnisses unterscheidet.

<sup>63</sup> BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 14), N 8 zu Art. 706b; *von der Crone* (Fn. 44), N 1167.

<sup>64</sup> Z.B. BGer 4A\_197/2008 vom 24. Juni 2008, E. 2.1.

<sup>65</sup> Bei der (negativen) Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR handelt es sich um einen Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage gemäss Art. 706 OR (BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.1; BGE 122 III 279, E. 2 mit Hinweisen auf die Literatur).

<sup>66</sup> Statt vieler *Andreas Bohrer/Angela Kummer*, in: Lukas Handschin/Peter Jung (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021, N 61 zu Art. 691 OR.

men<sup>67</sup> oder die Anwendung eines falschen Quorums regelt.<sup>68</sup>

Ob Fehler in der Ergebnisermittlung den Beschluss anfechtbar oder nichtig werden lassen, ist in der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt worden.<sup>69</sup> Es lässt sich in jüngerer Zeit aber eine Tendenz der Gerichte erkennen, in diesen Fällen von Anfechtbarkeit auszugehen.<sup>70</sup> Dies ist unseres Erachtens zu begrüssen. Die Anfechtbarkeit bietet einen genügenden Rechtsschutz, wenn der Fehler lediglich in der Ermittlung bzw. Auswertung des Abstimmungsergebnisses liegt. Es ist den Aktionären in diesen Fällen zumutbar, innert Frist gerichtlich gegen den Beschluss vorzugehen. Damit besteht kein Grund zur Anwendung der Nichtigkeitsfolge.<sup>71</sup> Dieses Ergebnis wird durch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR bestätigt: Ein Beschluss, der die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufhebt, bedarf der Zustimmung sämtlicher Aktionäre; fehlt es hieran, ist der Beschluss anfechtbar. Das Gesetz erklärt mit anderen Worten gar für die Missachtung eines Einstimmigkeitsquorums die Anfechtbarkeit als ausreichende Sanktion.<sup>72</sup>

Die Anfechtung von Beschlüssen wegen Verfahrensfehlern setzt voraus, dass sich der Fehler auf das Beschlussergebnis ausgewirkt hat. Dieses Kausali-

täterfordernis ergibt sich für die unbefugte Teilnahme aus Art. 691 Abs. 3 OR, gilt darüber hinaus aber auch für andere Mängel im Verfahren.<sup>73</sup> Das bedeutet, dass die Differenz zwischen dem festgestellten und dem rechtmässigen Ergebnis derart deutlich sein muss, dass ein anderer Beschluss (z.B. ein negativer statt eines positiven) zu verkünden gewesen wäre.

Die Anfechtungsklage ist innerhalb von zwei Monaten nach der Generalversammlung zu erheben (Art 706a Abs. 1 OR). Erhebt niemand innert dieser Frist Klage, ist der verkündete Beschluss (trotz Mangels) uneingeschränkt gültig. Der Verfahrensfehler wird *de facto* geheilt.<sup>74</sup> Wird hingegen Klage erhoben, so hebt das Gericht mit deren Gutheissung den Beschluss in einem Gestaltungsurteil rückwirkend auf (vgl. Art. 706 Abs. 5 OR). Die Anfechtungsklage wirkt im Grundsatz rein kassatorisch. Das Gericht darf den aufgehobenen Beschluss nicht durch eine positive Anordnung ersetzen.<sup>75</sup>

### 3.4 Rechtsschutzlücke bei ablehnenden Beschlüssen

Mit der rückwirkenden Aufhebung des Beschlusses durch das Gericht tritt dieselbe Rechtslage ein, wie wenn die Versammlung nicht über den Antrag entschieden hätte.<sup>76</sup> Dies ist für den Kläger zielführend, wenn ein positiver Beschluss Gegenstand der Anfechtungsklage bildet. Hatte der Fehler in der Ergebnisermittlung aber zur Folge, dass zu Unrecht die Ablehnung des Antrags verkündet wurde, hilft ein aufhebendes Urteil für sich allein nicht weiter.

Die Problematik lässt sich am vorliegenden Fall veranschaulichen: Weil die Ja-Stimmen der Personalfürsorgestiftung mitgezählt wurden, galten die Wahlen von C., D. und E. in den Verwaltungsrat gemäss Protokoll als angenommen (positive Beschlüsse). Mit der gerichtlichen Aufhebung dieser Beschlüsse erreicht die Klägerin, was sie wollte: Die Wahlen fallen rückwirkend dahin. C., D. und E. sind nicht Mitglieder des Verwaltungsrats und werden nicht als solche ins Handelsregister eingetragen. An-

<sup>67</sup> Beschlüsse, die unter Ausschluss berechtigter Personen zustande gekommen sind, können mit der gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten «positiven Stimmrechtsklage» angefochten werden, siehe *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 567 m.w.H.).

<sup>68</sup> A.M. *Schwander/Dubs* (Fn. 27), 347, die auch das Nichtzählen rechtsgültig abgegebener Stimmen unter Art. 691 Abs. 3 OR subsumieren.

<sup>69</sup> Für Nichtigkeit BGE 78 III 33, E. 9: «Ein mangels der zwingend vorgeschriebenen Mehrheit nicht gültig gefasster Beschluss wird nicht durch blossen Zeitablauf mangels Anfechtung gültig [...]»; für Anfechtbarkeit dagegen BGE 80 II 271, E. 1d (ohne Auseinandersetzung mit dem erstgenannten Entscheid).

<sup>70</sup> Ein anschauliches Beispiel ist BGER 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 (insb. E. 2.3), in welchem das Bundesgericht einen Beschluss, der ausschliesslich mit ungültigen Stimmen zustande gekommen war, als bloss anfechtbar einstufte. Auch im vorliegenden Fall lehnt das Handelsgericht (unter Bezugnahme auf das genannte Bundesgerichtsurteil) die Nichtigkeit ab und geht von Anfechtbarkeit aus (HGER ZH HG200002 vom 18. Mai 2021, E. 4.2.3).

<sup>71</sup> *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 567 f.; a.M. *Hans Michael Riemer*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 277, der Beschlüsse, welche die erforderliche Mehrheit nicht erreicht haben, für nichtig hält.

<sup>72</sup> *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 139 f.

<sup>73</sup> *Von der Crone* (Fn. 44), N 1187; *Riemer* (Fn. 71), N 80.

<sup>74</sup> *Von der Crone* (Fn. 44), N 1163; siehe auch *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 140.

<sup>75</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 61 (mit Fn. 64), N 72; *Riemer* (Fn. 71), N 210; differenzierend *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 140 ff.

<sup>76</sup> *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 141.

ders sieht es beim Beschluss über die Abwahl von C.B. aus. Das Mitzählen der Stimmen der Personalfürsorgestiftung führte hier zur Verkündung der Ablehnung des Antrags auf Abwahl. Damit liegt ein negativer Beschluss vor. Durch dessen Aufhebung ist der Klägerin noch nicht gedient. C.B. bleibt (entgegen dem rechtmässigen Abstimmungsausgang) Mitglied des Verwaltungsrats.<sup>77</sup>

Darf das Gericht nur die Aufhebung des Beschlusses anordnen, ist der Rechtsschutz bei der Anfechtung ablehnender Beschlüsse erschwert.<sup>78</sup> Für Mängel in der Ergebnisermittlung ist dies sachlich nicht gerechtfertigt: Ob der Fehler die Annahme oder Ablehnung des Antrags zur Folge hat, ist kein relevantes Unterscheidungskriterium. In beiden Fällen steht fest, wie der rechtskonforme Beschluss hätte lauten müssen. Das Interesse, den rechtmässigen Zustand herbeizuführen, ist bei negativen Beschlüssen gleichermaßen schützenswert wie bei positiven.<sup>79</sup>

### 3.5 Positive Beschlussfeststellungsklage

Um die Rechtsschutzlücke bei der Anfechtung ablehnender Beschlüsse zu schliessen, spricht sich die Mehrheit der Lehre für eine sog. positive Beschlussfeststellungsklage aus, mit der das Gericht dem rechtmässigen Beschluss durch eine positive Anordnung zum Durchbruch verhelfen kann.<sup>80</sup> Mit dem vorliegenden Entscheid anerkennt nun auch das Bundesgericht die Zulässigkeit dieser Klage.<sup>81</sup> Dabei lässt es ausdrücklich offen, ob sie das Ergebnis einer richterlichen Lückenfüllung ist oder ob sie sich unmittelbar

durch Auslegung von Art. 691 Abs. 3 OR ergibt:<sup>82</sup> «Die Klage ist jedenfalls im Gesetz angelegt und fügt sich nahtlos in das normative Gefüge; sie ist notwendig, um das System und die Wertungen des Aktienrechts prozessual zu verwirklichen.»<sup>83</sup>

Die positive Beschlussfeststellungsklage ist auf die Ersetzung des mangelhaften negativen Beschlusses durch den rechtmässigen positiven Beschluss gerichtet. Es handelt sich damit der Sache nach nicht um eine Feststellungs-, sondern um eine Gestaltungs-klage.<sup>84</sup> Dennoch ist das Begehren um Aufhebung des negativen Beschlusses prozessual mit einem Begehren um «Feststellung»<sup>85</sup> des rechtmässigen (positiven) Beschlusses zu kombinieren (objektive Klagenhäufung).<sup>86</sup> Treffend ist die positive Beschlussfeststellungsklage deshalb als eine «Gestaltungsklage im Gewande einer Feststellungsklage» bezeichnet worden.<sup>87</sup>

Materiell ist der Anwendungsbereich der positiven Beschlussfeststellungsklage auf die vorher umschriebenen Mängel in der Ergebnisermittlung beschränkt.<sup>88</sup> Das Gericht muss in der Lage sein, das rechtmässige Ergebnis mit Gewissheit festzustellen. Als Folge des Fehlers muss ein Beschlussantrag als abgelehnt verkündet worden sein, den die Versammlung eigentlich angenommen hat (Kausalität).<sup>89</sup> Bei Verfahrensfehlern vor der Abstimmung (z.B. Nichtzulassung von Aktionären) fällt sie ausser Betracht, weil das Gericht nicht in die Willensbildungsautonomie der Generalversammlung eingreifen soll.<sup>90</sup> Hier bleibt es bei der gerichtlichen Aufhebung des mangelhaften Beschlusses.

<sup>77</sup> Vgl. HGer ZH HG200002 vom 18. Mai 2021, E. 4.4.3.

<sup>78</sup> Ausführlich dazu *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 569 ff.

<sup>79</sup> Vgl. HGer ZH HG200002 vom 18. Mai 2021, E. 4.4.2, wonach in dieser Konstellation ein über die Aufhebung des Beschlusses hinausgehendes Rechtsschutzinteresse an der «Feststellung» des mit der richtigen Zählweise gefällten Beschlusses bestehe.

<sup>80</sup> *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 570 f.; *Schleiffer* (Fn. 17), 312 f.; *Schwander/Dubs* (Fn. 27), 343 ff., insb. 350; *ZK-Bohrer/Kummer* (Fn. 66), N 53 ff. zu Art. 691 OR; ebenso *Böckli* (Fn. 14), § 12 N 500a, der hierfür allerdings den Begriff der «positiven Stimmrechtsklage» verwendet; ablehnend wohl einzig *Stefan Knobloch*, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 143.

<sup>81</sup> In BGE 122 III 279 setzte sich das Bundesgericht erstmals ausführlich mit der positiven Beschlussfeststellungsklage auseinander. Es konnte die Frage nach ihrer Zulässigkeit aber mangels Entscheidrelevanz offenlassen (E. 3c/bb).

<sup>82</sup> Für Lückenfüllung *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 570 f.; dagegen ergibt sich für *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 145, die positive Beschlussfeststellungsklage aus einer (teleologischen) Auslegung von Art. 706 OR.

<sup>83</sup> BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.2.

<sup>84</sup> BGE 122 III 279, E. 3c/bb; vgl. *Huguenin/Mahler* (Fn. 58), 141 mit Fn. 59.

<sup>85</sup> Vgl. HGer ZH HG200002 vom 18. Mai 2021, Urteilsdispositiv Ziff. 1; BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, Sachverhalt B.b; *Böckli* (Fn. 14), § 12 N 500a.

<sup>86</sup> Vgl. *Bühler/von der Crone* (Fn. 20), 569 und 571.

<sup>87</sup> *Schwander/Dubs* (Fn. 27), 351.

<sup>88</sup> Siehe oben Ziff. III.3.3.2.

<sup>89</sup> Vgl. *Bühler/von der Crone* (Fn. 20),

<sup>90</sup> BGer 4A\_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 6.5.3; *Schwander/Dubs* (Fn. 27), 355.

#### IV. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Leitentscheid nimmt das Bundesgericht im Aktienrecht zwei wichtige Weichenstellungen vor.

Erstens zeigt das Urteil im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien durch eine verbundene Rechtseinheit (Art. 659b Abs. 1 OR) auf, dass jegliche Beeinflussung der Generalversammlung durch den Verwaltungsrat mittels Ausübung der Stimmrechte aus eigenen Aktien unerwünscht ist. Entscheidendes Kriterium zur Beurteilung einer Subsumtion unter Art. 659b Abs. 1 OR und somit der Frage nach dem Ruhen der Stimmrechte auf Aktien, die durch eine verbundene Rechtseinheit gehalten werden, ist das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen den bei-

den Rechtseinheiten. Das Resultat der Gerichte überzeugt und klärt die Rechtslage unter geltendem Recht. Durch Verweis auf das revidierte Aktienrecht, welches voraussichtlich im Jahr 2023 in Kraft treten wird, stellt dieses Urteil auch eine wichtige Grundlage für die Beurteilung von Art. 659a f. revOR dar.

Zweitens anerkennt das Bundesgericht die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage. Das Gericht kann den «richtigen» Beschlussinhalt positiv anordnen, wenn wegen des Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Antrag als abgelehnt verkündet wurde, der nach dem tatsächlichen Abstimmungsausgang als angenommen hätte festgestellt werden müssen. Vorausgesetzt ist, dass sich das rechtmässige Ergebnis im Nachhinein zweifelsfrei feststellen lässt.