

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

BGer 4A_340/2021: Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Ruhen des Stimmrechts

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_340/2021 vom 27. Oktober 2021, A. AG gegen B.B., Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Stimmrecht.



MICHAEL HOCHSTRASSER*



DOROTHEE AUWÄRTER**

Ruht das Stimmrecht analog Art. 659a Abs. 1 OR, wenn eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien einer Gesellschaft hält, von der sie beherrscht wird? Was sind die möglichen Rechtsfolgen der aktienrechtlichen Stimmrechtsklage?

I. Sachverhalt

Die A. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton Zürich. Ihr Aktienkapital von CHF 150'000 ist eingeteilt in 150 Namenaktien zu je CHF 1000. Ihre Aktionäre sind Mutter B.B. (Klägerin und Beschwerdegegnerin) mit 30 Aktien, deren Tochter C.B. und deren Sohn D.B. mit je 40 Aktien sowie die patronale Personalfürsorgestiftung der A. AG mit 40 Aktien.

Dem Verwaltungsrat der A. AG gehörten bis am 1. November 2019 C.B. (Präsidentin), B.B. und D.B. an, alle mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien. Der Verwaltungsrat der A. AG bestimmte, wer im Stiftungsrat der patronal konstituierten Personalfürsorgestiftung Einsitz nahm. Zu jenem Zeitpunkt gehörten C.B. (Präsidentin mit Stichtescheid) und ihr Bruder D.B. dem Stiftungsrat an.

Am 23. Oktober 2019 lud C.B. auf den 1. November 2019, 14 Uhr, zu einer ausserordentlichen Generalversamm-

* MICHAEL HOCHSTRASSER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Titularprofessor an der Universität Zürich.

** DOROTHEE AUWÄRTER, lic. iur., Executive MBA HSG, Rechtsanwältin in Winterthur.

lung der A. AG ein. Traktandiert waren unter anderem (1) die Abwahl von D.B. und (2) die Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat sowie (3) die Neuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern. Ebenfalls auf den 1. November 2019, vorgängig zur ausserordentlichen Generalversammlung, berief C.B. kurzfristig per E-Mail an D.B. eine Stiftungsratssitzung der Personalfürsorgestiftung ein. An dieser Sitzung nahmen einzig C.B. als Stiftungsratspräsidentin und Rechtsanwalt C. als nicht dem Stiftungsrat angehörender Protokollführer teil. Gemäss Protokoll wurde entschieden, «dass die Stiftung ihre Stimmrechte als Aktionärin anlässlich der heutigen Generalversammlung ausübt und die Präsidentin des Stiftungsrats die Stiftung entsprechend vertritt».

An der folgenden ausserordentlichen Generalversammlung der A. AG stimmte C.B. nicht nur mit ihren eigenen 40 Aktien, sondern auch mit den 40 Aktien der Personalfürsorgestiftung ab. B.B. und D.B. vertraten zusammen 70 Aktienstimmen. Folgende Abstimmungsergebnisse wurden protokolliert: Ablehnung der Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat und Neuwahlen von D., Rechtsanwalt E. sowie Rechtsanwalt C. in den Verwaltungsrat jeweils mit 80 zu 70 Aktienstimmen. B.B. und D.B. protestierten gegen die Stimmrechtsausübung durch C.B. für die Personalfürsorgestiftung.

Anschliessend an die ausserordentliche Generalversammlung am 1. November sowie am 28. November 2019 fanden Verwaltungsratssitzungen statt. Der neu zusammengesetzte Verwaltungsrat beschloss unter anderem die Neuregelung der Unterschriftsberechtigung (C.B. sollte neu einzeln und die neuen Verwaltungsratsmitglieder kollektiv zu zweien zeichnen; D.B. wurde die Kollektivunterschrift entzogen) und die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit D.B.

B.B. veranlasste umgehend eine Handelsregistersperre. Weiter reichte sie am 30. Dezember 2019 beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage mit folgendem (zusammengefassten) Rechtsbegehren ein:

1. Es sei festzustellen, dass die protokollierte Zählweise der im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse fehlerhaft ist, und dass die Beschlüsse wie folgt zustande gekommen sind:
 - a) Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen;
 - b) Ablehnung der Neuwahl von D. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen;
 - c) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt E. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen;
 - d) Ablehnung der Neuwahl von Rechtsanwalt C. in den Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen.
2. Eventuell (zu Ziff. 1): Alle im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse seien aufzuheben und ungültig zu erklären.
3. Es sei festzustellen, dass die im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen der Beklagten vom 1. und 28. November 2019 gefassten Beschlüsse ungültig (nichtig) sind. [...]

Das Handelsgericht hiess mit Urteil vom 18. Mai 2021 das Rechtsbegehren 1a gut und hielt fest, dass der Beschluss wie folgt zustande gekommen sei: Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen. Weiter hiess das Gericht das Rechtsbegehren 2 in Bezug auf Neuwahlen gut und hob die Beschlüsse ex tunc auf. Ebenso erklärte es die Beschlüsse des Verwaltungsrats vom 1. und 28. November 2019 für nichtig.

Die A. AG erhob Beschwerde an das Bundesgericht.

II. Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. In seinem Urteil beantwortet es zwei für das Aktienrecht grundlegende Fragen:

A. Ruht das Stimmrecht analog Art. 659a Abs. 1 OR, wenn eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien einer Gesellschaft hält, von der sie beherrscht wird? (E. 3–5)

Höchststrichterliche Antwort: Ja. Hält eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft, von der sie beherrscht wird, ruht das aus diesen Aktien fliessende Stimmrecht, sofern nicht mit geeigneten strukturellen Massnahmen sichergestellt ist, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd unabhängig agiert.

Zunächst rekapituliert das Bundesgericht die gesetzlichen Grundlagen. Gemäss Art. 659 OR darf die Gesellschaft eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10 Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigt (Abs. 1). Werden im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung Namenaktien erworben, so beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent (Abs. 2 Satz 1). Art. 659a Abs. 1 OR bestimmt, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte eigener Aktien ruhen (E. 4.1). Die Missachtung der Stimmrechtsbeschränkung stellt einen Anfechtungsgrund nach Art. 691 Abs. 3 OR dar.

Wie das Bundesgericht erläutert, haben Art. 659 OR und Art. 659a Abs. 1 OR nicht den gleichen Hintergrund. Während Art. 659 OR vor allem den Kapitalschutz bezwecke,

wolle Art. 659a Abs. 1 OR das Bestimmungsrecht der Generalversammlung wahren. Letzterem Zweck diene auch Art. 659b OR, wonach die gleichen Einschränkungen und Folgen für den Erwerb eigener Aktien auch für den Erwerb der Aktien durch eine Tochtergesellschaft gälten, wenn die Muttergesellschaft an der Tochter mehrheitlich beteiligt sei. Mit der am 19. Juni 2020 beschlossenen Revision des Aktienrechts werde Art. 659b OR neu formuliert, künftig werde es darauf ankommen, ob die Gesellschaft ein oder mehrere Unternehmen kontrolliere (E. 4.1 und 4.2).¹

Im zu beurteilenden Fall ging es nicht um eine Mehrheitsbeteiligung an einer Tochtergesellschaft, sondern darum, dass die Personalfürsorgestiftung, welche die Aktien der A. AG hielt, von dieser beherrscht wurde, indem der Verwaltungsrat den Stiftungsrat bestimmte und C.B. sowie D.B. zugleich Verwaltungsratsmitglieder der A. AG und Stiftungsratsmitglieder waren, C.B. bei beiden zudem Präsidentin.

Wie das Bundesgericht festhält, sei die Personalfürsorgestiftung eine eigenständige juristische Person und keine Tochtergesellschaft der A. AG. In dieser Konstellation sei das Problem denn auch nicht, dass Erwerbsschranken durch Zwischenschaltung einer Tochtergesellschaft umgangen würden, sondern dass die Willensbildung in der Generalversammlung vereitelt werde. Das in Art. 659a Abs. 1 OR vorgeschriebene Ruhen des Stimmrechts wolle verhindern, dass zu viel Macht beim Verwaltungsrat konzentriert werde. In der Generalversammlung übten die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte aus und es solle nicht der Verwaltungsrat über die Geschicke der Gesellschaft entscheiden. Werde die Personalfürsorgestiftung derart von der Gesellschaft beherrscht, dass ihr kein selbständiger Wille zukomme, so verfüge im Ergebnis die Gesellschaft, d.h. der Verwaltungsrat, über die von der Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien (E. 5.2.1).

Zu bedenken sei weiter, dass in einer solchen Konstellation die Aktionärsmehrheit über den von ihr bestellten Verwaltungsrat auf die Stimmrechte der Personalfürsorgestiftung Einfluss nehmen könne, womit ihr im Ergebnis bei gleichem Kapitaleinsatz Stimmrechte anwachsen würden. Dadurch könne der gesetzliche und allenfalls statutarische Minderheitenschutz unterlaufen werden, indem Beschlussquoten erreicht würden, die nicht den tatsächlichen Machtverhältnissen in der Gesellschaft entsprächen (E. 5.2.1).

Aus diesen Überlegungen drängt sich nach Meinung des Bundesgerichts in der vorliegenden Konstellation eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR auf. Halte eine

patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft, von der sie beherrscht werde, ruhe das aus diesen Aktien fließende Stimmrecht (E. 5.2.2 und 5.2.4). Im vorliegenden Fall übte C.B. das Stimmrecht aus; wären diese 40 Stimmen nicht mitgezählt worden, wäre der Antrag auf Abwahl von C.B. mit 70:40 Stimmen angenommen (statt mit 70:80 Stimmen abgelehnt) und wären die Anträge auf Wahl der neuen Verwaltungsratsmitglieder abgelehnt worden.

B. Was sind die möglichen Rechtsfolgen der aktienrechtlichen Stimmrechtsklage? (E. 6)

Höchstrichterliche Antwort: Die positive Beschlussfeststellungsklage als Gestaltungsklage ist zulässig, wenn zweifelsfrei feststeht, dass wegen des Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt festgehalten wurde, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte protokolliert werden müssen (E. 6.5.4).

Die aufgrund des Ruhens des Stimmrechts unbefugte Mitwirkung war kausal für die Beschlussfassung. Als Folge davon kann jeder Aktionär die betreffenden Generalversammlungsbeschlüsse anfechten (Art. 691 Abs. 3 OR). Wie das Bundesgericht festhält, handle es sich dabei um eine Gestaltungsklage, mit der in erster Linie die Aufhebung der Beschlüsse bewirkt werde² (E. 6.1).

Bei der Wahl der neuen Verwaltungsräte sei, so das Bundesgericht, die Aufhebung der Beschlüsse ausreichend. Bei der traktandierten Abwahl von C.B. hingegen erweise sich die Aufhebung des Beschlusses als untauglich. Bei einer blossen Aufhebung bliebe C.B. Mitglied des Verwaltungsrates, womit der Antrag im Ergebnis als nicht angenommen gälte, obwohl er ohne die unbefugte Stimmrechtsausübung der patronalen Personalfürsorgestiftung angenommen worden wäre (E. 6.2).

Genau für diesen Fall anerkennt die herrschende Lehre die sog. positive Beschlussfeststellungsklage.³ Mit dieser Klage erkennt das Gericht auf Annahme anstelle der Ablehnung eines Antrags. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit dieser Klage bisher offengelassen (E. 6.2 und 6.3).⁴

Die Gestaltungsklage ist in Art. 87 ZPO geregelt. Welche Rechte oder Rechtsverhältnisse Gegenstand einer

¹ BBl 2020 5573 ff.; AS 2020 4005 ff.; Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft OR), 521 zu Art. 659b OR.

² Vgl. Art. 706 Abs. 5 OR.

³ Etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 12 N 500a; SIMON BÜHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014, 564 ff.; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 4a und Art. 706 N 9c, in: Heinrich Honzell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

⁴ Etwa BGE 122 III 279 E. 3c/bb; BGer, 4A_188/2020, 3.9.2020, E. 4, oder 4A_48/2014, 2.6.2014, E. 3.1.

Gestaltungsklage sein können, ist keine Frage des Prozessrechts, sondern des materiellen Rechts (E. 6.4). Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass jedenfalls im zu beurteilenden Fall eine positive Beschlussfeststellungsklage in Form einer Gestaltungsklage statthaft sei. Weder Art. 691 Abs. 3 OR noch Art. 706 Abs. 5 OR schlossen eine positive Beschlussfeststellungsklage aus. Jeder Aktionär habe ein unentziehbares Stimmrecht. Das Stimmrecht werde jedoch entwertet, wenn unbefugte Teilnehmer in der Generalversammlung abstimmten. Könnte das Gericht einen ablehnenden Beschluss nur aufheben, könnte darüber erst an der nächsten Generalversammlung wieder abgestimmt werden, wobei nicht auszuschliessen sei, dass der Verwaltungsrat wiederum nicht korrekt auszählen lasse oder wiederum unbefugte Personen zur Stimmrechtsausübung zulasse. Insbesondere in zerrütteten Verhältnissen komme dies einer Vereitelung des Stimmrechts gleich. Wie das Bundesgericht festhält, müsse das Stimmrecht ernsthaft staatlich geschützt werden. Dies bedeute, dass der Aktionär im Falle eines ablehnenden Beschlusses einen vergleichbaren Rechtsschutz haben müsse wie bei der Anfechtung eines positiven Beschlusses. Ob sich die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage durch Auslegung von Art. 691 Abs. 3 OR oder durch richterliche Lückenfüllung ergebe, könne offengelassen werden (E. 6.5.2).

Voraussetzung einer positiven Beschlussfeststellungsklage ist nach dem Bundesgericht allerdings, dass das Gericht ohne Weiteres in der Lage sei, den Zustand festzustellen, der bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen herausgekommen wäre (E. 6.5.3).

Diese Voraussetzungen waren im zu beurteilenden Fall erfüllt. Laut dem Bundesgericht ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht positiv festgestellt habe, dass der Beschluss betreffend Abwahl von C.B. aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen zustande gekommen sei (E. 6.6).

III. Anmerkungen

A. Allgemein

Das Bundesgericht beantwortet zwei praktisch wichtige Fragen zum Aktienrecht, die bislang nicht höchstrichterlich entschieden waren. Das Urteil verdient uneingeschränkte Zustimmung. Die Begründung des Bundesgerichts ist überzeugend und besticht durch eine konzise Argumentation und einen klaren Aufbau.

B. Zur analogen Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR

Die analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR auf die von der patronalen Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien ist richtig. Würde man die analoge Anwendung ablehnen, hätte dies zur Folge, dass in Konstellationen wie im beurteilten Fall im Ergebnis der Verwaltungsrat und nicht die Generalversammlung über die Geschicke der Gesellschaft entscheiden würde.

Dies gilt über die von der patronalen Personalfürsorgestiftung gehaltenen Aktien hinaus auch für ähnliche Konstellationen, in denen das Bestimmungsrecht der Generalversammlung eingeschränkt würde. Bereits erwähnt wurden Beteiligungsverhältnisse im Konzern (Art. 659b OR). Ähnlich verhält es sich auch bei Termingeschäften, der Wertpapierleihe oder Repurchase Agreements (Repos) mit eigenen Aktien.⁵ Mit dem Inkrafttreten der «grossen Aktienrechtsreform» vom 19. Juni 2020 wird ein neuer Art. 659a Abs. 2 OR eingeführt, der ausdrücklich vorsieht, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte auch ruhen, wenn die Gesellschaft eigene Aktien überträgt und die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien vereinbart wird.⁶

Ausserdem wird mit der Reform ein neuer Art. 659a Abs. 3 OR eingefügt, der ausdrücklich festhält, dass die Bestimmungen über die unbefugte Teilnahme an der Generalversammlung (Art. 691 OR) zur Anwendung kommen, wenn das Stimmrecht ausgeübt wird, obwohl es ruht.⁷

Anders als bei einer patronalen Personalfürsorgestiftung verhält es sich bei einer paritätischen Vorsorgestiftung.⁸ Hier setzt sich der Stiftungsrat aus gleich vielen Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite zusammen. Eine Bestimmung allein durch den Verwaltungsrat ist praktisch ausgeschlossen, auch wenn die Parität nicht vollständig symmetrisch ist, weil die Arbeitgeberseite die Arbeitnehmer entlassen kann (aber nicht umgekehrt). Heikel wird

⁵ BÖCKLI (FN 3), § 12 N 443a; LUKAS HANDSCHIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. A., Zürich 2016 (zit. ZK-HANDSCHIN), Art. 659–659b OR N 108 ff.; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA (FN 3), Art. 659a N 2b f., sowie Entscheid des HGer ZH, 6.2.1995, in: SJZ 1995, 196 ff.

⁶ BBl 2020 5573 ff.; AS 2020 4005 ff.; Botschaft OR (FN 1), 520 zu Art. 659a OR.

⁷ BBl 2020 5573 ff.; AS 2020 4005 ff.; Botschaft OR (FN 1), 520 zu Art. 659a OR.

⁸ Zum Ganzen BÖCKLI (FN 3), § 12 N 449; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 88c; ZK-HANDSCHIN (FN 5), Art. 659–659b OR N 111; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA (FN 3), Art. 659a N 2f, sowie PATRICK SCHLEIFFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1993, 170 ff.

es, wenn zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrats und den Arbeitgebervertretern Personalunion besteht und die Arbeitgeberseite den Vorsitz mit Stichentscheid innehat.

Anzumerken ist auch, dass es keinen allgemeinen Stimmrechtsausschluss gibt, wenn ein Aktionär bei einzelnen Abstimmungen in der Generalversammlung Interessen verfolgt, die mit denen der Aktiengesellschaft nicht übereinstimmen.⁹ Der Aktionär darf z.B. bei seiner Wahl in den Verwaltungsrat oder seiner Abwahl mitstimmen, ebenso beim Dividendenbeschluss.

Die Rechtfertigung für die analoge Anwendung von Art. 659 Abs. 1 OR liegt in der Wahrung des Bestimmungsrechts der Generalversammlung. Ist sichergestellt, dass die Generalversammlung effektiv über die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann, so kann auch eine patronale Personalfürsorgestiftung grundsätzlich in der Generalversammlung der Gesellschaft abstimmen. Das Bundesgericht erwägt im besprochenen Urteil in E. 5.2.3, dass eine andere Beurteilung möglich wäre, wenn durch adäquate organisatorische Massnahmen gewährleistet würde, dass der Stiftungsrat von der Aktiengesellschaft effektiv und dauernd unabhängig sei.¹⁰ Im beurteilten Fall bestand ein Anlagereglement der Stiftung, das vorsah, dass der Stiftungsrat «im Normalfall» auf die Ausübung der Aktionärsrechte verzichte, «im Einzelfall» jedoch auf Antrag eines Mitglieds davon abgesehen werden könne. Diese Regelung genüge nach Ansicht des Bundesgerichts nicht, da sie die Unabhängigkeit des Stiftungsrates nicht sicherstellte. Dem ist beizupflichten. Um eine effektive und dauernde Unabhängigkeit sicherzustellen, könnte eine patronale Personalfürsorgestiftung etwa folgende organisatorische Massnahmen ergreifen: keine Personalunion in den beschlussfassenden Gremien, Besetzung des Stiftungsrats mit einer Mehrheit (unternehmens-)unabhängiger Personen und kein Stichentscheid des Vorsitzenden, wenn dieser von der Gesellschaft bestimmt worden ist.

Gemäss Art. 659a Abs. 1 OR ruhen das Stimmrecht und die «damit verbundenen Rechte». Mit dem Stimmrecht zusammen hängen z.B. das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung und das Traktandierungsrecht (Art. 699 Abs. 3 OR) sowie die Rechte auf Auskunft und Einsicht (Art. 697 OR).¹¹ Demgegenüber ist die ebenfalls mit dem Stimmrecht zusammenhängende Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) nicht ausgeschlossen, weil die Aktien Vermögensrechte beinhalten und der Aktionär seine finanziellen Hauptinteressen wahren können muss.¹² Auch das

Recht auf Dividende soll bestehen, wo es nicht durch Konfusion untergeht.¹³

C. Zur positiven Beschlussfeststellungsklage

Die ausdrückliche Anerkennung der positiven Beschlussfeststellungsklage ist ebenfalls zu begrüssen. Wie das Bundesgericht richtig ausführt, kann das Stimmrecht nur so wirksam geschützt werden. Allein die Möglichkeit, einen Beschluss der Generalversammlung zu kassieren, würde nicht genügen. Davon abgesehen, dass der Verwaltungsrat auch beim nächsten Mal wieder falsch zählen könnte, wäre es auch zu spät, wenn abgewartet werden müsste, bis ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, und die Generalversammlung erst nach Jahr und Tag wiederholt würde.¹⁴ Ein wirksamer Rechtsschutz ist nur möglich, wenn das Gericht einen unbefugten Beschluss nicht nur aufheben, sondern auch das korrekte Ergebnis feststellen kann.¹⁵

Weiter wäre es aus teleologischer Sicht nicht zu erklären, weshalb bei der Anfechtung eines positiven Generalversammlungsbeschlusses der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden kann, dem Aktionär ein vergleichbarer Rechtsschutz im Falle eines ablehnenden Beschlussergebnisses aber verwehrt würde.¹⁶

Die Anerkennung einer positiven Beschlussfeststellungsklage ist im Übrigen keine Eigenheit des Aktienrechts oder Gesellschaftsrechts. Auch in einer Gläubigerversammlung im Konkursverfahren hat das Bundesgericht schon eine Berichtigung des angefochtenen Beschlusses vorgenommen.¹⁷ Demgegenüber soll ein Beschluss einer Stockwerkeigentümergeinschaft nur aufgehoben, aber nicht berichtigt werden können.¹⁸ Dasselbe soll bei Vereinsbeschlüssen gelten.¹⁹ Dies leuchtet nicht ein, da auch die

¹³ ZK-HANDSCHIN (FN 5), Art. 659–659b OR N 112 ff.

¹⁴ BÖCKLI (FN 3), § 12 N 500a.

¹⁵ Dementsprechend anerkennen auch die obersten Gerichte in Deutschland und Österreich die Zulässigkeit einer positiven Beschlussfeststellungsklage, vgl. das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) vom 13. März 1980, BGHZ 76, 191, und das Urteil des Obersten Gerichtshofs Österreichs (OGH) vom 29. August 2019, 6 Ob 104/19s m.w.H.

¹⁶ BÖHLER/VON DER CRONE (FN 3), 571.

¹⁷ BGer, 5A_345/2018, 8.8.2019, E. 3.2.4 (mit Hinweis auf BÖCKLI [FN 3], § 12 N 500a). Anzumerken ist, dass Art. 21 SchKG ausdrücklich anordnet, dass die Beschwerdeinstanz die angefochtene Handlung aufheben oder berichtigen kann.

¹⁸ BGer, 5C.40/2005, 16.6.2005, E. 1.3 (Erwägung nicht publiziert in BGE 131 III 459); AMADÉO WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich 2014, N 234.

¹⁹ BGer, 5C.174/1999, 14.1.2000, E. 1c (Erwägung nicht publiziert in BGE 126 III 5); BGE 118 II 12 E. 1c; wohl a.M. HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, 3. A., Bern 1990, Art. 75 ZGB N 82; differenziert LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNZ-

⁹ BÖCKLI (FN 3), § 12 N 454 ff.

¹⁰ Mit Hinweis auf BÖCKLI (FN 3), § 12 N 448.

¹¹ Vgl. dazu auch Art. 656c OR.

¹² BÖCKLI (FN 3), § 12 N 453.

Stockwerkeigentümer- oder Vereinsversammlung immer wieder falsch zählen und so das Stimmrecht faktisch verteilen kann. Die Rechtsprechung zum Stockwerkeigentum und zum Verein sollte vor dem Hintergrund des besprochenen Entscheids zum Aktienrecht u.E. kritisch hinterfragt werden.

Voraussetzung einer Anfechtung nach Art. 691 Abs. 3 OR ist, dass die zu Unrecht mitgezählten Stimmen für das Ergebnis kausal sind. Das OR auferlegt die Beweislast der Gesellschaft; diese muss nachweisen, dass die Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung gehabt hätte.²⁰ Dasselbe muss – umgekehrt – auch für die positive Beschlussfeststellungsklage gelten: Die zu Unrecht *nicht* mitgezählten Stimmen müssen zur Ablehnung des Beschlusses geführt haben.²¹ Weist die Gesellschaft nach, dass der Beschluss auch abgelehnt worden wäre, wenn die betreffenden Stimmen mitgezählt worden wären, fehlt es am Rechtsschutzinteresse.

Eine positive Beschlussfeststellungsklage ist schliesslich nur dann zulässig, wenn das Gericht ohne Weiteres in der Lage ist, den Zustand festzustellen, der bei rechtmässiger Auszählung der Stimmen herausgekommen wäre.²² Wie das Bundesgericht im besprochenen Urteil richtig ausführt, kann das Gericht nur einen Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses ausmerzen, es tritt aber nicht an die Stelle der Generalversammlung oder der Aktionäre (E. 6.5.3). Mit anderen Worten: Das Gericht kann und darf keine Entscheide *für* die Gesellschaft treffen.

GER, Von der «kassatorischen Natur» der Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB, SJZ 2003, 142 ff., 142.

²⁰ BÜHLER/VON DER CRONE (FN 3), 568.

²¹ BÖCKLI (FN 3), § 12 N 500a.

²² BÜHLER/VON DER CRONE (FN 3), 572.