



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Nicole Klausner, Handelsrichter Dr. Arnold Huber und Dario Cimirro, Handelsrichterin Michèle Sutter-Rüdisser sowie Gerichtsschreiberin Sabrina Schalcher

Beschluss und Urteil vom 18. Mai 2021

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Anfechtung Generalversammlungsbeschlüsse**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	4
Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht: Parteien und Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	5
a. Vorsorgliches Massnahmeverfahren (HE190445-O)	5
b. Vorliegender Hauptsachenprozess	6
Erwägungen	7
1. Formelles	7
1.1. Zuständigkeit	7
1.2. Rechtsbegehren 3 und 2: Bestimmtheitsgebot	7
1.3. Rechtsbegehren 3: Feststellungsinteresse	10
1.4. Rechtsbegehren 1 und 2: Rechtsschutzinteresse	11
1.5. Übrige Prozessvoraussetzungen	12
2. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast	12
3. Unbestrittener Sachverhalt	13
3.1. Ausgangslage: Beklagte	13
3.2. Ausgangslage: Stiftung	13
3.3. Relevante Ereignisse (chronologisch)	14
4. Generalversammlungsbeschlüsse (Rechtsbegehren 1 und 2)	16
4.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte	16
4.1.1. Klägerin	16
4.1.2. Beklagte	18
4.2. Rechtliches	20
4.2.1. Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen	20
4.2.2. Stimmrechtsklage als Unterfall der Anfechtungsklage	21
4.2.3. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen	22
4.2.4. Stimmrechtsausübung eigener Aktien und vergleichbare Konstellationen	23
4.3. Würdigung	26
4.3.1. Vorbemerkung	26
4.3.2. Analyse	27
4.3.3. Zwischenfazit	29
4.4. Konsequenzen	29
4.4.1. Vorbemerkung	30
4.4.2. Rechtliches	30
4.4.3. Würdigung	34
4.5. Fazit	35
5. Verwaltungsratsbeschlüsse (Rechtsbegehren 3)	36
5.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte	36
5.1.1. Klägerin	36
5.1.2. Beklagte	37
5.2. Rechtliches	37
5.3. Würdigung	38
5.3.1. Verwaltungsratsbeschlüsse vom 1. November 2019	38
5.3.2. Verwaltungsratsbeschluss vom 28. November 2019	40
5.4. Fazit	41
6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	41

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen	42
7.1. Gerichtskosten	42
7.2. Parteientschädigungen	43

Rechtsbegehren

(act. 1 S. 2)

- "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._____ 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 Y._____ 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. November 2019 und vom 29. November 2019 gefassten Beschlüsse ungültig (nichtig) sind. Dies betrifft insbesondere:
 - a. Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____;
 - b. Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____;
 - c. Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ .
4. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin eine Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 %) auszurichten.
5. Die Beklagte sei zu verurteilen, die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht: Parteien und Prozessgegenstand

Die Klägerin ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in G._____ [Ortschaft] und Aktionärin der Beklagten (act. 1 Rz. 9; act. 24 Rz. 6; vgl. act. 24 Rz. 59). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in G._____, welche im Wesentlichen die Führung einer sowie ... bezweckt (act. 1 Rz. 19; vgl. act. 24 Rz. 66; act. 3/1). Sie verfügt über ein Aktienkapital von CHF 150'000.– (act. 1 Rz. 21; vgl. act. 24 Rz. 67; act. 3/1).

Die Klägerin ersucht im Rahmen einer Anfechtungsklage darum, dass die Fehlerhaftigkeit der protokollierten Zählweise bestimmter, im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse und das ihres Erachtens richtige Resultat festgestellt werde; eventua-liter beantragt sie deren Aufhebung und Ungültigkeitserklärung. Zudem verlangt sie, dass festzustellen sei, dass die Beschlüsse der Verwaltungsratssitzungen vom 1. und 29. November 2019, insbesondere betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____, Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____ sowie Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ ungültig (nichtig) seien (act. 1). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und die Aufhebung der Handelsregistersperre. Eventualiter sei das Handelsregisteramt anzuweisen, die Handelsregistersperre umgehend aufzuheben (act. 24 S. 2).

B. Prozessverlauf

a. Vorsorgliches Massnahmeverfahren (HE190445-O)

Die Klägerin überbrachte das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen am 11. November 2019 dem hiesigen Einzelgericht (HE190445-O act. 1). Mit Urteil und Verfügung vom 15. Januar 2020 wurde das Gesuch gutgeheissen und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich angewiesen, die Handelsregistersperre

aufrecht zu erhalten und die folgenden Änderungen, die sich auf die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung vom 1. November 2019 und der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 stützen, bis zum Vorliegen des Entscheids in der Hauptsache nicht im Tagesregister und im Handelsregister einzutragen: a. Neuwahlen von Verwaltungsräten (Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____); b. Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; c. Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; d. Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____. Da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits Klage in der Hauptsache eingeleitet hatte, wurde auf eine Fristansetzung zur Prosequierung verzichtet (HE190445-O act. 14).

b. Vorliegender Hauptsachenprozess

Am 30. Dezember 2019 reichte die Klägerin vorliegende Klage mit eingangs erwähnten Rechtsbegehren samt Beilagen hierorts ein (act. 1; act. 2; act. 3/1-2,4-42). Mit Verfügung vom 6. Januar 2020 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 11'000.– angesetzt und wurden die Akten des Verfahrens HE190445-O beigezogen (act. 5). Nach fristgerechtem Eingang des Gerichtskostenvorschusses (act. 7) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. Februar 2020 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Nachdem die Beklagte am 10. Februar 2020 bereits eine Eingabe in Bezug auf ihre Vertretung durch Rechtsanwalt Y._____ eingereicht hatte (act. 11), ersuchte sie mit Eingabe vom 1. April 2020 um Sistierung des Verfahrens (act. 13). Mit Verfügung vom 3. April 2020 wurde Rechtsanwalt Y._____ als Vertreter der Beklagten ins Rubrum aufgenommen, der Klägerin Frist zur Stellungnahme zum Sistierungsantrag angesetzt und der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen (act. 14). Nach Stellungnahmen beider Parteien (act. 16; act. 19) wurde mit Verfügung vom 5. Mai 2020 der Sistierungsantrag abgewiesen und der Beklagten die Klageantwortfrist wieder angesetzt (act. 20). Innert Nachfrist (act. 22), mit Poststempel vom 29. Juni 2020, reichte die Beklagte die Klageantwort samt Beilagen ein (act. 24; act. 25/B,1-30). Daraufhin wurde diese mit Verfügung vom 30. Juni 2020 der Klägerin zugestellt und die Leitung des Prozes-

ses an die Instruktionsrichterin Nicole Klausner delegiert (act. 26). Sodann wurde separat zur Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 28). Mit Eingabe vom 25. Januar 2021 reichte die Klägerin im Hinblick auf die Vergleichsverhandlung Unterlagen ein (act. 29). Anlässlich der Vergleichsverhandlung am 2. Februar 2021 wurde keine Einigung erzielt (Prot. S. 14 ff.). In Reaktion auf die gleichentags ergangene Verfügung mit Fristansetzung zur Replik (act. 32) erklärte die Klägerin mit Eingabe vom 5. Februar 2021 sowohl Verzicht auf Replik als auch auf Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 34). Daraufhin wurde mit Verfügung vom 16. Februar 2021 den Parteien der Aktenschluss mitgeteilt und der Beklagten Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf eine Hauptverhandlung verzichte (act. 35). Die Beklagte erklärte zuerst, auf die Hauptverhandlung nicht verzichten zu wollen (act. 37). Mit Eingabe vom 30. April 2021 teilte sie jedoch schliesslich mit, ebenfalls auf die Durchführung der Hauptverhandlung zu verzichten (act. 40). Weitere Eingaben ergingen nicht. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Entscheid zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (örtlich: Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO; sachlich: Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH). Die örtliche Zuständigkeit ist unbestritten geblieben.

1.2. Rechtsbegehren 3 und 2: Bestimmtheitsgebot

Aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) ist es notwendig, dass sich die Rechtsbegehren auf spezifische (bestimmte oder im Lichte der Klagebegründung bestimmbar) Beschlüsse beziehen (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO). Nichtigkeit ist zwar jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; BGer Urteil 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 4.2). Dies setzt aber voraus, dass der einzelne Beschluss, dessen Nichtigkeit in Frage steht, Gegen-

stand des Verfahrens bildet oder sich zumindest auf den Streitgegenstand auswirkt (BGer Urteil 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018 E. 7.2.2). Rechtsbegehren, denen die Bestimmtheit fehlt, sind von den Gerichten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des überspitzten Formalismus auszulegen (SUTTER-SOMM/SEILER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 58 N. 10 m.H.; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 221 N. 38 ff. m.H.; BGer Urteil 5A_621/2012 vom 20. März 2013 E. 4; BGE 137 III 617 E. 6.2) und in diesem Sinne allenfalls von Amtes wegen zu präzisieren, zu reduzieren und umzuformulieren (BGE 97 II 92 S. 94; 107 II 82 E. 2.b). Lässt sich das Begehren auf diesem Wege nicht präzisieren, fragt sich, ob und inwieweit der Partei im Rahmen der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung zu geben ist (Art. 56 ZPO). Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung explizit offen gelassen, ob unzulängliche Anträge und Rechtsbegehren überhaupt Gegenstand der richterlichen Fragepflicht bilden können (BGer Urteil 5A_3/2019 vom 18. Februar 2019 E. 4.2 m.H.). Vorliegend kann dies ebenfalls offen bleiben, rechtfertigte es sich ohnehin, auf deren Ausübung zu verzichten, ist doch bei der anwaltlich vertretenen Klägerin davon auszugehen, dass die verwendeten Formulierungen bewusst gewählt wurden. Fehlt es an der Bestimmtheit eines Rechtsbegehrens und ist eine Präzisierung nicht möglich, ist darauf (allenfalls bloss teilweise) nicht einzutreten.

Mit **Rechtsbegehren 3** verlangt die Klägerin, die Feststellung, dass die im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen vom 1. November 2019 und 29. November 2019 gefassten Beschlüsse ungültig (nichtig) seien. Im zweiten Satz des Rechtsbegehrens 3 ("insbesondere") werden verschiedene an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 gefällte Beschlüsse (Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C.____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y.____, Rechtsanwalt E.____ und D.____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F.____), in Bezug auf welche die Klägerin eine Handelsregistersperre erwirkt hat, namentlich erwähnt. Zusätzlich macht die Klägerin in der Klagebegründung Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses

vom 1. November 2019 betreffend fristlose Kündigung von F._____ (act. 1 Rz. 79, 81, 139) geltend. Weder im Rechtsbegehren noch in der Klagebegründung werden hingegen konkrete, an einer Verwaltungsratssitzung vom 29. November 2019 gefällte Beschlüsse genannt. Dass am 29. November 2019 eine Verwaltungsratssitzung stattfand, wird denn auch nicht behauptet. Unstrittig fand aber am 28. November 2019 eine solche statt (siehe Ziffer 3.3); es handelt sich demnach um einen Schreibfehler im Rechtsbegehren. Hinsichtlich der Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 wird in der Klagebegründung einzig ein Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ im Rahmen des Verfahrens HE190445-O erwähnt (act. 1 Rz. 6, 91). Da keine weiteren an einer dieser Verwaltungsratssitzungen gefassten Beschlüsse in der Klagebegründung genannt werden, lässt sich das Rechtsbegehren über die vorher genannten ausdrücklich erwähnten Beschlüsse hinaus nicht näher präzisieren. Folglich ist auf Rechtsbegehren 3 mangels Bestimmtheit nicht einzutreten, insoweit es andere an den Verwaltungsratssitzungen vom 1. und 28. November 2019 gefasste Beschlüsse als (i) die an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ und fristlose Kündigung von F._____ sowie (ii) den an der Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 gefassten Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ im Rahmen des Verfahrens HE190445-O betrifft.

Auch **(Eventual-)Rechtsbegehren 2** scheint auf den ersten Blick zu wenig bestimmt, da die Klägerin darin um Aufhebung aller im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse ersucht. Das "Eventuell (zu Ziff. 1)" stellt allerdings klar, dass sich das Rechtsbegehren 2 nur auf die in Rechtsbegehren 1 explizit genannten Beschlüsse bezieht. Damit ist (Eventual-)Rechtsbegehren 2 genügend bestimmt und bedarf keiner Präzisierung.

1.3. Rechtsbegehren 3: Feststellungsinteresse

Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 88 ZPO benötigt die Klägerin bei einer Feststellungsklage ein Feststellungsinteresse. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Feststellungsklage nur zuzulassen, wenn die Klägerin an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung beseitigt werden kann (BGE 133 III 282 E. 3.5). Weiter muss die Fortdauer dieser Ungewissheit der Klägerin unzumutbar sein. Sodann darf es der Klägerin nicht möglich sein, die Unsicherheit mit einer Leistungs- oder Gestaltungsklage beseitigen zu können (WEBER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 2017, Art. 88 N. 13 ff.). Ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung besteht grundsätzlich nur soweit die Rechtskraft des Urteils reicht (BGer Urteil 4C.290/2001 vom 8. November 2002 E. 1.3).

Mit Rechtsbegehren 3 verlangt die Klägerin als Aktionärin, dass zur Wiederherstellung der Rechtssicherheit die Nichtigkeit der Verwaltungsratsbeschlüsse festzustellen sei (act. 1 Rz. 140). Sie macht damit sinngemäss eine mit vorliegendem Entscheid beseitigbare Ungewissheit geltend, deren Fortdauern unzumutbar ist. Da Verwaltungsratsbeschlüsse nicht anfechtbar, sondern nur nichtig sein können (BGE 109 II 239 E. 3.b; 76 II 51 E. 2), ist das Kriterium der Subsidiarität ebenfalls erfüllt. Ein Feststellungsurteil, das die Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen feststellt, wirkt gegenüber jedermann (WERNER/RIZZLI, in: HONSELL/VOGT/WATTER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., 2016, Art. 714 N. 7; BGE 138 III 204 E. 4.2). Das Feststellungsinteresse ist hinsichtlich der in Ziffer 1.2 genannten, an den Verwaltungsratssitzungen vom 1. und 28. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C.____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y.____, Rechtsanwalt E.____ und D.____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F.____; fristlose Kündigung von F.____ sowie Mandatierung von Rechtsanwalt Y.____ im Rahmen des Verfahrens HE190445-O demnach zu bejahen.

1.4. Rechtsbegehren 1 und 2: Rechtsschutzinteresse

Mit **Rechtsbegehren 1** erhebt die Klägerin zur Wiederherstellung der Rechtssicherheit eine positive Beschlussfeststellungsklage (act. 1 Rz. 140). Es stellt sich die Frage, ob ein über eine allfällige, sich auf **(Eventual-)Rechtsbegehren 2** stützende Aufhebung der Beschlüsse hinausgehendes Interesse vorliegt. Aufgrund der engen Verknüpfung mit der materiellen Prüfung wird dies unter Ziffer 4.4.3 analysiert. Bereits an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass hinsichtlich **(Eventual-)Rechtsbegehren 2** ein Rechtsschutzinteresse grundsätzlich zu bejahen ist. Dieses ist bereits gegeben, wenn die Aktionärin die Absicht hat, die Interessen der Gesellschaft zu wahren (BGer Urteil 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017 E. 2; BGE 122 III 279 E. 3.a, 74 II 41 E. 4.a; 75 II 149 E. 2b; 86 II 165 E. 3, 107 II 179 E. 2; DUBS/TRUFFER, in: HONSELL/VOGT/WATTER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., 2016, Art. 706 N. 4a). Zudem darf die Aktionärin – Willensmängel vorbehalten – dem Beschluss selber nicht zugestimmt haben (BGE 74 II 41 E. 4.a; 99 II 55 E. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., 2018, § 16 N. 294) und muss die allfällige Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses die Rechtslage für die Gesellschaft verändern (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 4a) sowie die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs berühren (BGE 122 III 279 E. 3.a). Die Klägerin beabsichtigt als Aktionärin die Wiederherstellung der Rechtssicherheit (act. 1 Rz. 140), hat den Beschlüssen selber nicht zugestimmt und eine Aufhebung der in Rechtsbegehren 1 genannten Beschlüsse würde die Zusammensetzung des Verwaltungsrates der Beklagten und dadurch auch die Stellung der Aktionärin verändern (siehe Ziffer 3). Auf die Kausalität, welche von einem Teil der Lehre für die vorliegende Art der Anfechtungsklage als zum Rechtsschutzinteresse zugehörig angesehen wird (HUGUENIN/MAHLER, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, S. 131 ff., S. 135 m.H., in: WEBER/STOFFEL/CHENAUX/SETHE, Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, 2017), wird unter Ziffer 4.3 eingegangen.

1.5. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen – Beurteilung des Rechtsschutzinteresses bezüglich Rechtsbegehren 1 und der Kausalität vorbehalten (siehe Ziffer 1.4, 4.3 und 4.4.3) – erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO).

2. Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 8 ZGB). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 152 N. 30). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet (BGer Urteile 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2b m.H.; 136 III 322 E. 3.4.2). Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Diesfalls ist – ausser die Bestreitungen werden erkennbar an anderer Stelle ausgeführt – von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3, WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N. 191 ff.). Entsprechend wird nachfolgend – ohne darauf noch näher einzugehen – verfahren.

3. Unbestrittener Sachverhalt

3.1. Ausgangslage: Beklagte

Das Eigentum an den Aktien der Beklagten (insgesamt 150 Namenaktien mit Nominalwert CHF 1'000.–) ist wie folgt aufgeteilt (act. 1 Rz. 9, 21 f.; vgl. act. 24 Rz. 59, 67):

- Klägerin: 30 Aktien.
- F._____, Sohn der Klägerin: 40 Aktien.
- C._____, Tochter der Klägerin: 40 Aktien.
- Personalfürsorgestiftung der Firma B._____ AG (nachfolgend "Stiftung"): 40 Aktien.

Die Stiftung erwarb die 40 Aktien der Beklagten gestützt auf den Kaufvertrag vom 2. November 2016 von den Erben eines vorverstorbenen Sohnes der Klägerin und räumte dessen minderjährigen Sohn (I._____) gleichzeitig ein Kaufrecht an diesen Aktien ein, welches dieser bei Volljährigkeit ausüben kann (act. 1 Rz. 30; act. 24 Rz. 68; vgl. act. 3/9).

Gemäss den Statuten der Beklagten bestimmt sich das Stimmrecht der Aktionäre nach Massgabe der Kapitalbeteiligung (Art. 692 Abs. 1 OR). Für Beschlüsse und Wahlen verlangen die Statuten ein absolutes Mehr der anwesenden Personen (act. 1 Rz. 23 f.; vgl. act. 24 Rz. 67; act. 3/4).

Der Verwaltungsrat der Beklagten bestand bis am 1. November 2019 aus der Klägerin, F._____ und C._____ als Präsidentin, alle mit Kollektivzeichnungsbe-
rechtigung zu zweien (act. 1 Rz. 10, 20; act. 24 Rz. 59, 66; vgl. act. 3/1).

3.2. Ausgangslage: Stiftung

Die Stiftung wurde im Jahr 1985 in eine patronale Personalvorsorgestiftung umgewandelt. Die Umwandlung erfolgte, weil und nachdem die Arbeitnehmer der Beklagten einer Sammelstiftung angeschlossen worden waren. Dies bedeutet, dass das Kapital der Stiftung nicht durch Lohnabzüge von Arbeitnehmern gespiessen wird, der Stiftungsrat nicht paritätisch besetzt und nicht unabhängig ist, sondern vom Verwaltungsrat der Beklagten bestimmt wird (Art. 6 der Stiftungsur-

kunde) (act. 1 Rz. 26 f.; vgl. act. 24 Rz. 68; act. 3/6-7). Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Stiftungsurkunde besteht der Stiftungsrat immer aus mehreren Mitgliedern. Für die Beschlussfähigkeit des Stiftungsrats verlangt Art. 6 Abs. 4 der Stiftungsurkunde die Anwesenheit einer Mehrheit der Mitglieder (act. 1 Rz. 29; vgl. act. 24 Rz. 68; act. 3/6). Dem Stiftungsrat gehören C._____ und F._____ an. C._____ ist Präsidentin des Stiftungsrats und verfügt als solche über den Stichtscheid (Art. 6 Abs. 4 der Stiftungsurkunde) (act. 1 Rz. 28; vgl. act. 24 Rz. 68; act. 3/6 und act. 3/8).

3.3. Relevante Ereignisse (chronologisch)

Am **23. Oktober 2019** lud C._____ auf den 1. November 2019, 14.00 Uhr, zu einer ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten ein (act. 1 Rz. 15, 53; act. 24 Rz. 63; vgl. act. 24 Rz. 81; act. 3/21). Als Traktanden waren gemäss Einladung insbesondere vorgesehen (act. 1 Rz. 53; vgl. act. 24 Rz. 81; act. 3/21):

- Antrag auf Abwahl von F._____ aus dem Verwaltungsrat;
- Antrag auf Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat;
- Neuwahl von Verwaltungsräten.

Eingeladen wurden sämtliche Aktionäre (act. 1 Rz. 54; vgl. act. 24 Rz. 81).

Am **1. November 2019** um 00.22 Uhr berief C._____ per E-Mail an F._____ auf den gleichen Tag (13.30 Uhr) eine **Stiftungsratssitzung** ein. Als einziges Traktandum nannte die E-Mail "*Zukunft / Geschäftsverlauf der B._____ AG*" (act. 1 Rz. 55; vgl. act. 24 Rz. 82; act. 3/22). An dieser Sitzung nahmen nur C._____ selbst als Stiftungsrätin und Rechtsanwalt Y._____ als (nicht dem Stiftungsrat angehörender) Protokollführer teil (act. 1 Rz. 15; act. 24 Rz. 63). Gemäss Protokoll stellte C._____ als Präsidentin den Antrag, "*... dass die Stiftung ihre Stimmrechte als Aktionärin anlässlich der heutigen Generalversammlung ausübt und die Präsidentin des Stiftungsrats die Stiftung entsprechend vertritt*" (act. 1 Rz. 61 f.; vgl. act. 24 Rz. 82 f.). Der Antrag wurde laut Protokoll angenommen (act. 1 Rz. 16, 63; vgl. act. 24 Rz. 64, 82 f.; act. 3/23).

An der **ausserordentlichen Generalversammlung** der Beklagten vom **1. November 2019** stimmte C._____ nicht nur mit ihren eigenen, sondern auch

mit den Aktien der Stiftung ab. Gemäss Protokoll der Generalversammlung der Beklagten wählte C._____ mit ihren eigenen 40 Aktienstimmen und mit den 40 Aktienstimmen der Stiftung drei von ihr selbst ausgewählte, neue Verwaltungsräte (act. 1 Rz. 15 f., 64, 69, 72; act. 24 Rz. 63 f., 84). Protokolliert wurden die folgenden Abstimmungsergebnisse (act. 1 Rz. 16, 73; vgl. act. 24 Rz. 64, 87 ff.; act. 3/24):

- Ablehnung der Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat mit 80 zu 70 Stimmen;
- Neuwahl von D._____ in den Verwaltungsrat mit 80 zu 70 Stimmen;
- Neuwahl von Rechtsanwalt E._____ in den Verwaltungsrat mit 80 zu 70 Stimmen;
- Neuwahl von Rechtsanwalt Y._____ in den Verwaltungsrat mit 80 zu 70 Stimmen.

Die Klägerin und F._____ protestierten gegen eine Stimmrechtsausübung durch C._____ für die Stiftung (act. 1 Rz. 67, 70; vgl. act. 24 Rz. 85, 88).

Im Anschluss an die Generalversammlung wurde am **1. November 2019** eine **Verwaltungsratssitzung** der Beklagten durchgeführt. An dieser Verwaltungsratssitzung nahmen neben der Klägerin, F._____, C._____ auch die Rechtsanwälte Y._____ und E._____ teil (D._____ war abwesend). Die Klägerin und F._____ protestierten gegen diese Zusammensetzung (act. 1 Rz. 15, 76; vgl. act. 24 Rz. 63, 90 f.). C._____ und die Rechtsanwälte E._____ und Y._____ beschlossen jeweils mit den Gegenstimmen der Klägerin und von F._____ eine Änderung der Unterschriftsberechtigung (act. 1 Rz. 77; vgl. act. 24 Rz. 90 f.): Gemäss Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Beklagten wurde C._____ die Einzelunterschrift verliehen, F._____ die kollektive Zeichnungsberechtigung entzogen und den drei neu gewählten Verwaltungsräten je kollektive Zeichnungsberechtigung eingeräumt (act. 1 Rz. 16; vgl. act. 24 Rz. 64; act. 3/26). C._____ wurde mit der Anmeldung der Änderungen beim Handelsregister beauftragt (act. 1 Rz. 78; vgl. act. 24 Rz. 90 f.). Weiter wurde der Antrag von C._____ auf fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit F._____ von dieser selbst und von den neu gewählten Verwaltungsratsmitgliedern angenommen. Die Klägerin sprach sich explizit dagegen aus (act. 1 Rz. 16, 79; vgl. act. 24 Rz. 64, 90 f.). In der Folge erwirkte die

Klägerin **eine Handelsregistersperre**, mit der die Eintragung der Beschlüsse vom 1. November 2019 ins Handelsregister verhindert wurde, und prosequierte sie. Die Beschlüsse wurden bisher nicht ins Handelsregister eingetragen (act. 1 Rz. 18, 78, 84 ff.; vgl. act. 24 Rz. 65, 90 f.; act. 3/29-32). Weiter hat die Klägerin auch die Stiftungsratsbeschlüsse vom 1. November 2019 angefochten (act. 1 Rz. 18, 93; vgl. act. 24 Rz. 65, 95; act. 3/41-42; act. 25/29-30).

Am **28. November 2019** wurde erneut eine **Verwaltungsratssitzung** durchgeführt (act. 1 Rz. 90; act. 24 Rz. 94). Im Rahmen derer wurde Rechtsanwalt Y._____ vom Verwaltungsrat ermächtigt, die Beklagte im Rahmen des Verfahrens HE190445-O zu vertreten (act. 1 Rz. 90 f.; vgl. act. 24 Rz. 94; act. 3/33 Beilage 12). Die Klägerin trat bei dieser Abstimmung in den Ausstand (act. 24 Rz. 94).

4. Generalversammlungsbeschlüsse (Rechtsbegehren 1 und 2)

4.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

4.1.1. Klägerin

Die Klägerin hat mit Rechtsbegehren 1 und 2 eine Anfechtungsklage in Bezug auf die im Rahmen der Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten, in Rechtsbegehren 1 genannten Beschlüsse erhoben (act. 1 Rz. 95 ff.). Sie bringt vor, sie sei als Aktionärin zur Klage aktivlegitimiert und die Klagefrist sei gewahrt (act. 1 Rz. 100-103). Zur Begründung führt sie an, dass die Stimmrechtsausübung für die Stiftung durch C._____ an der Generalversammlung aus folgenden zwei Hauptgründen unzulässig gewesen sei und die protokollierten Abstimmungsergebnisse daher falsch seien (act. 1 Rz. 15 f., 70 ff., 100, 128):

(1) Generell fehlende Stimmberechtigung der Stiftung: Es sei einer Aktiengesellschaft zwar erlaubt, in beschränktem Umfang eigene Aktien zu erwerben, allerdings ruhe nach Art. 659a Abs. 1 OR das Stimmrecht und damit verbundene Rechte eigener Aktien. Ferner würden für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Tochtergesellschaften nach Art. 659a Abs. 2 OR die gleichen Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Aktien gelten, wenn eine Gesellschaft an Tochtergesellschaften mehrheitlich beteiligt sei. Diese Regel (wonach das Stimm-

recht eigener Akten ruhe) gelte (analog) für Aktien, die von einer (patronalen) Personalvorsorgestiftung gehalten würden. Böckli halte dazu fest: *"Soll vermieden werden, dass die patronale Personalvorsorgestiftung vom Stimmrecht in der Generalversammlung ausgeschlossen ist, so müssen sowohl die Stiftungsurkunde wie die Zusammensetzung des Stiftungsrates so gestaltet werden, dass der Stiftungsrat vom Verwaltungsrat und den informell massgebenden Personen der Gesellschaft effektiv und dauernd unabhängig ist. Insbesondere dürfte keine Personalunion in den entscheidenden Positionen (Präsident des Stiftungsrates, Delegierter des Verwaltungsrates oder Finanzchef, als Beispiel) bestehen (...)"*. Diese Voraussetzungen seien vorliegend offenkundig nicht erfüllt. Nicht nur könne der Verwaltungsrat der Beklagten den Stiftungsrat der Stiftung bestimmen, sondern der Stiftungsrat bilde gegenwärtig Teilmenge des Verwaltungsrates der Beklagten und zwischen der Verwaltungsratspräsidentin und der Stiftungsratspräsidentin bestehe Personalunion, welche ein Stimmrecht ausschliesse. Zur Untermauerung ihres Standpunktes führt die Klägerin weitere Literaturstellen an (act. 1 Rz. 100, 104 ff.). Zusätzlich behauptet sie, dass für die von der Stiftung gehaltenen Aktien der Beklagten in der Vergangenheit immer die Formulierung "eingefrorene Aktien" verwendet worden sei (act. 1 Rz. 31). **(2) Nichtigkeit des Stiftungsratsbeschlusses vom 1. November 2019:** Dieser sei nichtig, weil die Sitzung nicht beschlussfähig gewesen sei, da die Mehrheit der Mitglieder nicht anwesend gewesen sei. Angesichts der kurzen Einberufungsfrist habe F._____ keine Teilnahmepflicht getroffen und eine Abstimmung über die Stimmrechtsausübung anlässlich der Generalversammlung der Beklagten sei nicht traktandiert gewesen (act. 1 Rz. 56 f., 100, 121 ff.).

Zur Abstimmung an der ausserordentlichen Generalversammlung zugelassen gewesen seien demnach nur die Klägerin mit 30 Stimmen sowie F._____ und C._____ mit je 40 Stimmen (act. 1 Rz. 130). Bei richtiger Zählweise und ohne Berücksichtigung der Aktien der Stiftung sei mit einem Stimmenverhältnis von 40 Stimmen von C._____ zu 70 Stimmen (30 Stimmen der Klägerin und den 40 Stimmen von F._____) beschlossen worden (act. 1 Rz. 74, 131 f.):

- Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat;

- Ablehnung der Neuwahl von weiteren Mitgliedern des Verwaltungsrates, d.h. keine Wahl von neuen Verwaltungsratsmitgliedern.

Einzig die abgelehnte Abwahl von F. _____ als Verwaltungsrat bleibe (wegen Einstimmigkeit) im Ergebnis unberührt (act. 1 Rz. 133).

4.1.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Ausübung des Stimmrechts der Stiftung durch C. _____ zulässig gewesen sei (act. 24 Rz. 32 ff.). Sie führt zu den von der Klägerin vorgebrachten Hauptgründen Folgendes aus:

(1) Stimmrecht der Stiftung: Es bestehe kein materieller Anspruch zivilrechtlicher Natur, der es der Stiftung verbieten würde, das Stimmrecht der von ihr gehaltenen Aktien auszuüben. Eine solche Gesetzesvorschrift existiere nicht, genauso wenig wie eine gefestigte Rechtsprechung dazu. Reine Lehrmeinungen, die sich im Konjunktiv über einen möglichen Analogieschluss äusserten, reichten nicht aus (act. 24 Rz. 32 ff.). Die Stiftung sei nicht mit einer Tochtergesellschaft zu vergleichen, welche mehrheitlich von der Muttergesellschaft gehalten werde. Die Stiftung gehöre nicht der Stifterfamilie (act. 24 Rz. 36). Mit dem von der Klägerin angerufenen Verbot der Stimmrechtsausübung solle verhindert werden, dass der Verwaltungsrat mit dem Stimmrecht eigener Aktien direkt auf die Machtverhältnisse des Aktionariats eingreifen könne. Da der Verwaltungsrat dazu verpflichtet sei, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und dieses Interesse u.U. dem Interesse der Aktionäre zuwiderlaufen könne, bedürfe es eines Sicherungsmechanismus. Vor diesem Hintergrund mache es durchaus Sinn, dass diese Stimmrechte ruhten, zumal keine externe Kontrolle existiere. Genau in diesem Punkt bestehe jedoch der grosse Unterschied zur Stiftung: So sei einerseits der Stiftungsrat dem Stiftungswillen _____ und -zweck unterworfen und müsse im Interesse der Stiftung handeln. Andererseits bestehe eine Kontrolle durch die Stiftungsaufsicht. Vor diesem Hintergrund sei eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR eben nicht notwendig, ja aufgrund der zwingenden Verfolgung des Stiftungszwecks bzw. -willens geradezu falsch (act. 24 Rz. 37 ff.). Der Zweck einer Stiftung sei viel enger geregelt als derjenige einer Tochtergesellschaft. Grundlage seien nebst Stiftungsurkunde und

Reglement auch das objektive zwingende Stiftungsrecht nebst Gewohnheitsrecht. Die oberste Aufgabe des Stiftungsrates stelle die Sicherstellung der Verwaltung des Vermögens im Rahmen des Stiftungswillens dar. Genau dieser Prämisse sei die Stiftung vorliegend gefolgt, indem sie ihre Stimmrechte an der Generalversammlung vom 1. November 2019 ausgeübt habe. Die Aktien gehörten zum Stiftungsvermögen. Vorliegend habe C._____ als Präsidentin des Stiftungsrates Kenntnis von Handlungen von F._____, die das Vermögen der Stifterfirma geschmälert hätten. Da eine Vermögensverschmälerung der Beklagten automatisch zu einem Wertverlust der Aktien führe, sei eine entsprechende Intervention durch die Stiftung zwingend und durch die oberste Aufgabe gedeckt gewesen (act. 24 Rz. 40). Mit der Ausübung der Aktionärsrechte durch die Stiftung habe man vorliegend nicht nur die allgemeinen Regeln befolgt, vielmehr sei auch die im Anlage-reglement explizit vorgesehene Möglichkeit der Ausübung der Aktionärsrechte wahrgenommen worden (act. 24 Rz. 41 ff.). Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass die Stimmrechtsausübung der von der Stiftung gehaltenen Aktien nicht nur rechtmässig, sondern auch aufgrund der Urkunde und Reglemente der Stiftung zwingend notwendig gewesen sei (act. 24 Rz. 44). Weiter könne aus einem allenfalls von F._____ und der Klägerin verwendeten Terminus "eingefrorene Aktien" nicht abgeleitet werden (act. 24 Rz. 69). **(2) Stiftungsratsbeschluss vom 1. November 2019:** Durch das hiesige Gericht nicht zu beurteilen sei die Frage der Gültigkeit des Stiftungsratsbeschlusses vom 1. November 2019 (act. 24 Rz. 4, 46). Vorsichtshalber sei festzuhalten, dass er gültig gefasst worden, eine kurzfristige Einladung zulässig und die Traktandierung genügend gewesen sei. Auch bei Anwesenheit von F._____ wäre er nicht anders ausgefallen. Zudem habe dieser seine Teilnahme aktiv verweigert, was eine allfällige mangelhafte Beschlussfassung heile (act. 1 Rz. 47 ff.). Zu bedenken sei auch, dass die Stiftung durch beide Stiftungsräte an der Generalversammlung vertreten gewesen sei und sie ad hoc die Stimmen der von ihr gehaltenen Aktien habe ausüben können, unter Berücksichtigung des Stichentscheids der Stiftungsratspräsidentin. Eine vorgängige Beschlussfassung sei nicht notwendig gewesen, weshalb ein diesbezüglicher Mangel gar keinen Einfluss hätte (act. 24 Rz. 45).

Aufgrund der gültigen Stimmrechtsausübung der Stiftung seien die Beschlüsse an der Generalversammlung wie folgt gefasst worden (act. 24 Rz. 99):

- Abwahl von C._____ und F._____ aus dem Verwaltungsrat: jeweils abgelehnt;
- E._____, D._____ und Y._____: neu in den Verwaltungsrat gewählt.

4.2. Rechtliches

4.2.1. Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

Gemäss Art. 706 Abs. 1 OR kann der Verwaltungsrat als Organ und jede Aktionärin einzeln Beschlüsse der Generalversammlung, welche gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Gericht mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 4). Relevant ist das Bestehen der Aktionärsenschaft im Zeitpunkt der Klageerhebung (BGer Urteil 4A_461/2009 vom 1. März 2010 E. 6). Passivlegitimiert ist immer die Gesellschaft (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 52).

Neben der Generalklausel in Art. 706 Abs. 1 OR werden in Art. 706 Abs. 2 Ziffer 1-4 OR nicht abschliessend zu verstehende einzelne Anfechtungsgründe genannt (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 9). Weitere Anfechtungsgründe, die vor allem verfahrensmässige Mängel betreffen, nennt das Gesetz verteilt an anderen Stellen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 14). Anfechtbar sind nur Rechtsverletzungen, nicht dagegen die Angemessenheit oder Zweckmässigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses (BGE 117 II 290 E. 6.a; 100 II 384 E. 3.b m.H.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 15). Erforderlich ist überdies eine konkrete, nicht bloss virtuelle Rechtsverletzung (BGE 117 II 290 E. 6.b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 16).

Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird (Art. 706a Abs. 1 OR). Diese Verwirkungsfrist (BGer Urteile 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.1; 4A_404/2011 vom 7. November 2011 E. 5.1) beginnt am Tag nach der Generalversammlung zu laufen und gilt als eingehalten, wenn die Klage vor Ablauf der Frist, d.h. spätestens am Tag des zweiten Monats, der die gleiche Zahl trägt wie

der Tag der Generalversammlung, aufgehoben wird (Art. 77 Abs. 1 Ziffer 3 OR; DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706a N. 2; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., 2009, § 16 N. 100). Ihre Einhaltung ist von Amtes wegen zu prüfen (BGer Urteile 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.1; 4A_404/2011 vom 7. November 2011 E. 5.1)

Ein Urteil, das einen Beschluss der Generalversammlung aufhebt, wirkt für und gegen alle Aktionäre (Art. 706 Abs. 3 OR) ex tunc (anstatt vieler: DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 24 f, m.H.; BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 128, 131; BGE 138 III 204 E. 4.1; 122 III 279 E. 2).

4.2.2. Stimmrechtsklage als Unterfall der Anfechtungsklage

Die in Abs. 3 von Art. 691 OR geregelte Stimmrechtsklage gilt als Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage nach Art. 706 OR (BGE 122 III 279 E. 2; DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 9c). Wirken Personen, die zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht befugt sind, bei einem Beschluss mit, so kann gemäss Art. 691 Abs. 3 OR jeder Aktionär, auch wenn er nicht Einspruch erhoben hat, diesen Beschluss anfechten, sofern die Gesellschaft nicht nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte (fehlende Kausalität). Beschlüsse der Generalversammlung, die unter Mitwirkung von Personen zustande gekommen sind, die zur Teilnahme daran nicht berechtigt waren, sind nicht nichtig, sondern anfechtbar (BGE 96 II 18 E. 3; BGer Urteil 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 2.2 f.; ZR 86/1987 S. 82 ff, 87; ZR 1950 Nr. 103 S. 182 ff., 183 [pos. Stimmrechtsklage]; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 33). Während der Klägerin die Beweislast und damit auch Behauptungs- und Substantiierungslast hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen obliegt, trägt die Gesellschaft die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast der fehlenden Kausalität. D.h. sie muss beweisen, dass die Mitwirkung des Unberechtigten bzw. die Nichtzulassung eines Teilnahmeberechtigten keinen Einfluss auf den Ausgang der Abstimmung in der Generalversammlung hatte (BÜHLER/VON DER CRONE, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014 S. 564 ff., S. 568; SCHLEIFFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht nach bisherigem und revidiertem Recht, Diss., 1993, S. 307 [nachfolgend: SCHLEIFFER,

a.a.O.]; vgl. LÄNZLINGER, a.a.O., Art. 691 N. 15 DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 21). Im Übrigen gilt das in Ziffer 4.2.1 Ausgeführte.

4.2.3. Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen

Generalversammlungsbeschlüsse können ausnahmsweise nichtig sein (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 25 N. 4 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 309 m.H. auf die Rechtsprechung). Nichtigkeit kann von jedem Interessierten jederzeit geltend gemacht werden (BGE 137 III 460 E. 3.3.2; 115 II 468 E. 3b; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 306; DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706b N. 5 f.). Dies kann u.a. mittels Feststellungsklage geschehen. Die Nichtigkeit wirkt erga omnes (BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 157) und ist von Amtes wegen zu beachten (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706b N. 5). Da die Geltendmachung der Nichtigkeit an keine Frist gebunden ist, ist sie mit einer grossen Rechtsunsicherheit verbunden. Generalversammlungsbeschlüsse sind daher nur zurückhaltend für nichtig zu erklären (BGE 137 III 460 E. 3.3.2; 115 II 468 E. 3b; BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 157 ff., 180 ff.; DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706b N. 6 f.).

Neben den in Art. 706b Ziffer 1-3 OR ausdrücklich vorgesehenen Tatbeständen, bei denen die Beschlüsse einen qualifizierten Verstoss gegen die aktienrechtliche Fundamentalordnung aufweisen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 304), kommen auch andere als Nichtigkeitsgründe in Frage. So auch schwerwiegende formelle Mängel (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706b N. 17). BGE 115 II 468 E. 3.b hält dazu fest, dass nichtig unter anderem alle von einer gar nicht in gültiger Weise zustande gekommenen bzw. beschlussunfähigen Generalversammlung gefassten Beschlüsse seien, sei es, dass nur ein Teil der Aktionäre eingeladen gewesen seien, dass die Generalversammlung von einer unzuständigen Stelle einberufen worden sei oder dass Nichtaktionäre an der Beschlussfassung entscheidend mitgewirkt hätten. Letztgenannter Grund steht in einem Widerspruch zur Stimmrechtsklage, welche die Anfechtbarkeit vorsieht (siehe Ziffer 4.2.2). Da das Bundesgericht im jüngeren Urteil 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 selber bei Beschlüssen, an denen nicht stimmberechtigte Personen mitwirkten, ausdrücklich auf Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit schliesst, ist nicht

davon auszugehen, dass es mit BGE 115 II 468 eine generelle, vom klaren Gesetzestext von Art. 691 Abs. 3 OR abweichende Rechtsprechung begründen wollte. Nichtigkeit als Rechtsfolge ist damit nur in besonders krassen Fällen denkbar (s. auch DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706b N. 18; BGE 96 II 18 E. 3; ZR 86/1987 Nr. 38 S. 82 ff., 84; SCHLEIFFER, Mitwirkung Unbefugter bei der Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an das Anfechtungsinteresse und Ausschliesslichkeit der Anfechtungsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR, recht 1997 S. 149 ff., S. 152 FN. 14).

4.2.4. Stimmrechtsausübung eigener Aktien und vergleichbare Konstellationen

Aus dem Erwerb eigener Aktien kann sich eine unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung durch die Gesellschaftsorgane ergeben (BGE 43 II 293 S. 298 E. 2). Art. 659a OR sieht deshalb vor, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte eigener Aktien ruhen. Das Gleiche gilt aufgrund des später ins Gesetz eingefügten Art. 659b Abs. 1 OR auch im Falle einer Mehrheitsbeteiligung einer Gesellschaft an ihrer Tochtergesellschaft. Es ist damit gesetzlich verpönt, dass der Verwaltungsrat mit dem Stimmrecht eigener Aktien der Gesellschaft Einfluss auf die Entscheide der Generalversammlung ausübt.

Die Pflicht, das Stimmrecht von Aktien, welche von einer mehrheitlich einer Gesellschaft gehörenden Tochtergesellschaft erworben worden sind, ruhen zu lassen, galt bereits vor der Kodifikation in Art. 659b Abs. 1 OR aufgrund bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 72 II 275). Gemäss BGE 72 II 275 E. 3 liegt dieser Pflicht der Gedanke zu Grunde, dass die Entschlussfreiheit der Generalversammlung zu schützen ist, und zwar auch dort, wo der Gesetzgeber im Interesse der internen Verhältnisse oder Verkehrsbedürfnisse der Gesellschaften Ausnahmen vom Verbot des Erwerbs eigener Aktien statuiert (Art. 659 Abs. 2 OR). Denn in der Generalversammlung üben die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte aus. Hier soll ausschliesslich von ihnen über die Geschicke der Gesellschaft entschieden werden. Auf die Willensbildung der Generalversammlung darf weder unmittelbar noch mittelbar (auch nicht durch die Gesellschaftsorgane) durch Zwang oder Lenkung von oben eingewirkt werden (s. auch BGE 43 II 293 E. 2 S. 298). Diese

elementaren Grundsätze des Aktienrechts können nur gewahrt werden, wenn dem Zweckgedanken der vorher erwähnten gesetzlichen Bestimmungen uneingeschränkt Rechnung getragen wird und auch naheliegende Umgehungsmöglichkeiten unterbunden werden. Vor diesem Hintergrund ist weniger die formale und vermögensmässige Trennung zwischen einer Gesellschaft und anderen, mit ihr verbundenen Rechtssubjekten massgebend als vielmehr der Umstand, ob und in welchem Grad zwischen der Gesellschaft und solchen Rechtssubjekten ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Je nachdem sind die beiden Gesellschaften stimmrechtlich als Einheit zu behandeln. Wird ein Rechtssubjekt, das Aktien der Gesellschaft hält, derart von letzterer beherrscht, dass ihr dieser gegenüber kein selbständiger Wille zukommt, so liegt die Verfügungsgewalt über ihre im Eigentum dieses Rechtssubjekts befindlichen Aktien im Ergebnis bei ihr selbst (vgl. BGE 72 II 275 E. 3).

Weshalb vorgenannte auf das Bundesgericht zurückgehende Überlegungen, welche Aktien einer Gesellschaft betrafen, die von einer mehrheitlich von ihr beherrschten Tochtergesellschaft gehalten wurden, nicht auch bei anderen eng mit einer Gesellschaft verbundenen Rechtssubjekten gelten sollten, ist nicht einzusehen. Es fehlt zwar im Gesetz eine explizite Regelung dazu, doch liegt kein qualifiziertes Schweigen hinsichtlich solch vergleichbarer Konstellationen vor, denn auf ein stillschweigendes – im negativen Sinne – Mitentscheiden (BGE 140 III 636 E. 2.1) deuten weder die grammatikalische Fassung noch die Materialien hin (s. u.a. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 745 ff., 760 f., 804 ff., 881 f.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts. [Vom 21. Februar 1928.], 205 ff., 235; Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht. [Vom 27. November 1879], BBI 1880 11 ff.). Dies zeigt auch die aktuelle Revision des Obligationenrechts, wonach Art. 659b OR künftig nicht mehr nur Tochtergesellschaften sondern die von einer Gesellschaft kontrollierten Unternehmen erfasst (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 399 ff., 519 ff.; Obligationenrecht (Aktienrecht). Änderung vom

19. Juni 2020 AS 2020 4005, 4023). Es existiert demnach derzeit – entgegen der Auffassung der Beklagten – eine echte Gesetzeslücke (=planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts). Der teleologische Gehalt von Art. 659a OR bzw. Schutzgedanke (BGE 72 II 275 E. 3) im Sinne dieser Rechtsprechung, der darauf gründet, dass der Verwaltungsrat die Stimmverhältnisse in der Generalversammlung nicht zu beeinflussen hat, ist entsprechend von der Rechtsprechung mittels richterlicher Lückenfüllung durch analoge Anwendung auf verschiedenste vergleichbare Konstellationen sicherzustellen (vgl. SJZ 91/1995 S. 155 E. 4.3; Art. 1 Abs. 2 ZGB). Folglich fallen Aktien, welche von einer von der Gesellschaft abhängigen und einer eigenen, von dieser losgelösten Willensbildung nicht fähigen Rechtseinheit gehalten werden, unter das Verbot gemäss Art. 659a Abs. 1 OR und Art. 659b Abs. 1 OR analog. Da die Bestimmungen über das Ruhen des Stimmrechts solcher Aktien auf die Machtbeschränkung des Verwaltungsrates der Gesellschaft abzielen, darf Letzterer das Stimmrecht bezüglich selbst oder von beherrschten Rechtssubjekten gehaltener Aktien nicht ausüben (vgl. SJZ 91/1995 S. 155 E. 4.3).

Eine solch vergleichbare Konstellation erkennt die herrschende Lehre in der nicht paritätischen, patronalen Personalvorsorgestiftung, bei welcher gemäss Stiftungsurkunde der Stiftungsrat frei, ausschliesslich oder mehrheitlich durch die Gesellschaft bzw. deren Verwaltungsrat bestimmt wird. Denn bei dieser besteht das Risiko, dass die Gesellschaft (der Verwaltungsrat) via Stiftung auf die Willensbildung der Generalversammlung Einfluss nimmt (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N. 88c; BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 447; HANDSCHIN, in: HANDSCHIN [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, 2. A., 2016, Art. 659, 659a, 659b N. 111; LENZ/VON PLANTA, in: HONSELL/VOGT/WATTER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., 2016, Art. 659a N. 2e; TRIGO TRINDADE, in: TERCIER/AMSTUTZ/TRIGO TRINDADE [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations II, 2. A., 2017, Art. 659b N. 34; SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängel, 2009, § 13 N. 8; SCHLEIFFER, a.a.O., S. 172). Dieses Risiko spitzt sich noch zu, wenn eine Personalunion von Stiftungsräten und Verwaltungsräten besteht, da dadurch im Endergebnis eine

weitgehende Verwischung der Verantwortungskreise stattfindet. In einer solchen Konstellation, bei der dem Verwaltungsrat der Gesellschaft ein grosser Einfluss auf die Willensbildung der Stiftung zukommt, ist es nicht realistisch, dem Stiftungsrat einen unabhängigen Willen zuzuschreiben (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 447). Damit ist die Situation mit derjenigen einer Tochtergesellschaft nach Art. 659b OR vergleichbar. Dem obgenannten Schutzgedanken – die Machtbeschränkung des Verwaltungsrates – folgend darf unter analoger Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR und Art. 659b Abs. 1 OR das Stimmrecht der durch die Stiftung gehaltenen Aktien der Gesellschaft nicht ausgeübt werden (vgl. FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 24 N. 88a). Wird das eigentlich ruhende Stimmrecht an der Generalversammlung dennoch ausgeübt, ist der Beschluss wegen unbefugter Teilnahme gestützt auf Art. 691 Abs. 3 OR (Stimmrechtsklage) anfechtbar (NOBEL, Vom Umgang mit eigenen Aktien, 1994, S. 20; GRONER, Erwerb eigener Aktien, 2003, S. 373; SCHLEIFFER, a.a.O., S. 295 ff., vgl. LÄNZLINGER, a.a.O., Art. 691 N. 6; HANDSCHIN, a.a.O., Art. 659, 659a, 659b N.111; vgl. Obligationenrecht (Aktienrecht). Änderung vom 19. Juni 2020 AS 2020 4005, 4023 Art. 659a Abs. 3).

Soll vermieden werden, dass die nicht paritätische, patronale Personalvorsorge-stiftung vom Stimmrecht in der Generalversammlung der Gesellschaft ausgeschlossen wird, ist mit BÖCKLI dafür zu halten, dass sowohl die Stiftungsurkunde wie auch die Zusammensetzung des Stiftungsrates so zu gestalten sind, dass der Stiftungsrat vom Verwaltungsrat und den informell massgebenden Personen der Gesellschaft effektiv und dauernd unabhängig ist. Insbesondere darf keine Personalunion in den entscheidenden Positionen bestehen, eine grosse Mehrheit des Stiftungsrates muss aus unabhängigen Personen bestehen und diese sollten den Vorsitzenden stellen. Jedenfalls sollte einem von der Gesellschaft bestimmten Vorsitzenden nie der Stichentscheid bei Stimmgleichheit zukommen (BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 448).

4.3. Würdigung

4.3.1. Vorbemerkung

Die Klägerin als Aktionärin ist zur vorliegenden, die Generalversammlungsbeschlüsse vom 1. November 2019 als Anfechtungsobjekte betreffenden Anfechtungsklage aktivlegitimiert. Sie hat die Klage am 30. Dezember 2019 anhängig gemacht, womit sie die zweimonatige Anfechtungsfrist gewahrt hat. Die Beklagte als Gesellschaft ist passivlegitimiert. Diese Voraussetzungen sind denn auch unbestritten geblieben. Strittig ist einzig, ob aufgrund der Ausübung der Stimmrechte der durch die Stiftung gehaltenen Aktien der Beklagten ein Anfechtungsgrund vorliegt. Dies ist nachfolgend zu analysieren. Von Amtes wegen ist weiter das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen zu prüfen (vgl. BGer Urteil 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018 E. 7.2.2).

Sachlich nicht zuständig ist das hiesige Gericht für die Beurteilung der Gültigkeit des Stiftungsratsbeschlusses vom 1. November 2019 (vgl. Art. 89a Abs. 7 ZGB i.V.m. Art. 61 BVG und § 2 Abs. 1 und § 11 des Gesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht (BVSG)). Darauf wird nachfolgend nicht eingegangen.

4.3.2. Analyse

Bereits die Tatsache, dass der Stiftungsrat vom Verwaltungsrat der Beklagten bestimmt wird (siehe Ziffer 3.2), zeigt vorliegend die starke Abhängigkeit der Stiftung von der Beklagten. Dieser Abhängigkeit wird weder durch Bestimmungen in der Stiftungsurkunde entgegengewirkt, noch wurde bei der konkreten Zusammensetzung des Stiftungsrates darauf geachtet, dass der Stiftungsrat vom Verwaltungsrat der Beklagten effektiv und dauernd unabhängig ist. Das Gegenteil ist der Fall. Da C._____ und F._____ sowohl dem Verwaltungsrat der Beklagten als auch dem Stiftungsrat der Stiftung angehören, besteht weitgehend Personalunion, und zwar insbesondere auch in der – wegen des Stichentscheids und des Einberufungsrechts – entscheidenden Position des Präsidiums (siehe Ziffer 3.1 und 3.2). Bei gegebener Zwei-Personen-Besetzung des Stiftungsrates herrscht bei Stimmenparität aufgrund des Stichentscheids der Präsidentin faktisch Alleinherrschaft derselben. Die personelle Verflechtung führt vorliegend also zu einer vollständigen Verwischung der Verantwortlichkeitskreise. Davon, dass der Stiftung eine freie und von der Beklagten (bzw. ihrer Verwaltungsratspräsidentin) unab-

hängige Willensbildung zugeschrieben werden könnte, kann unter den vorstehend erläuterten Umständen keine Rede sein.

An dieser Schlussfolgerung vermag der Umstand, dass die Stiftung unter öffentlicher Aufsicht steht, nichts zu ändern. Bei der generellen und von der konkreten Beschlussfassung des Stiftungsrates unabhängigen Frage, ob das Stimmrecht der von der Stiftung gehaltenen Aktien ausgeübt werden darf, handelt es sich um eine aktienrechtliche Thematik, deren Beurteilung nicht der Stiftungsaufsicht obliegt. Ebenso wenig spielt es (entgegen der Ansicht der Beklagten) eine Rolle, dass die Stiftung – im Gegensatz zur Tochtergesellschaft einer Gesellschaft – nicht der Stifterfamilie gehört. Für die Frage des Ruhens des Stimmrechts und des damit verbundenen Schutzgedankens entscheidend sind nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern die Einflussnahme(-möglichkeit) der Gesellschaft auf die Willensbildung der Stiftung (und damit letztlich des Verwaltungsrates der Beklagten auf die Generalversammlung der Beklagten) und diese ist vorliegend – wie erwähnt – klar gegeben. Dem wirkt auch nicht entgegen, dass der Stiftungsrat den Stiftungswillen und -zweck einzuhalten hat und im Interesse der Stiftung handeln muss. Was im Interesse der Stiftung liegt und der Sicherstellung der Verwaltung des Vermögens dient, bietet Raum für Interpretation und stellt die Unabhängigkeit der Willensbildung der Stiftung von derjenigen der Gesellschaft nicht sicher.

Die Organisationsstruktur der Beklagten und ihrer Stiftung ruft bei zweckgerichteter Gesetzesauslegung klar nach einem Ruhens des Stimmrechts der 40 von der Stiftung gehaltenen Aktien der Beklagten. Dadurch, dass diese Stimmrechte nichtsdestotrotz ausgeübt wurden, wurde rechtswidrig auf die Beschlussfassung der Generalversammlung eingewirkt.

In der gegebenen Konstellation war es zwar nicht so, dass der Verwaltungsrat der Beklagten einträchtig zusammenwirkte und so gemeinsam die Willensbildung der Stiftung gestaltete, um auf diese Weise zusammen ein personell weiter gefasstes Aktionariat der Gesellschaft zu überstimmen. Dies ändert jedoch nichts an den vorangegangenen Überlegungen. Die gegebene Konstellation manifestiert das unzulässige Bestreben einer Minderheit, nämlich der Aktionärin, Verwaltungsrats-

präsidentin und Stiftungsratspräsidentin C._____, die vom Zweck her eigentlich unabhängige Stiftung zu instrumentalisieren und sich mittels deren Aktien, die gemäss Gesetz zu ruhen hätten, die Mehrheitsverhältnisse an der Generalversammlung zu eigenem Nutzen zu ändern, eher noch deutlicher.

4.3.3. Zwischenfazit

Mit der Ausübung der Stimmrechte der von der Stiftung gehaltenen 40 Aktien der Beklagten nahm die Stiftung unbefugterweise, d.h. trotz ruhenden Stimmrechts, an der Beschlussfassung der an der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Abwahl von C._____ und Neuwahl von weiteren Mitgliedern des Verwaltungsrates teil. Ihre Teilnahme war für das Ergebnis der Beschlussfassung bei allen vier angefochtenen Beschlüssen kausal, da es C._____ unstrittig nur mit den Stimmrechten der Stiftung zusätzlich zu den Stimmrechten ihrer eigenen Aktien gelang, gegenüber den anderen Aktionären eine Mehrheit zu erreichen (siehe Ziffer 3.3). Werden die Stimmrechte der 40 von der Stiftung gehaltenen Aktien nicht mitgezählt, weil sie zu ruhen habe, fallen alle umstrittenen Abstimmungsresultate gegenteilig aus. Damit ist ein Anfechtungsgrund nach Art. 691 Abs. 3 OR gegeben. Insgesamt sind damit alle Voraussetzungen der die Beschlüsse der Generalversammlung vom 1. November 2019 (betreffend Abwahl von C._____ sowie Neuwahlen von D._____, Rechtsanwalt E._____ und Rechtsanwalt Y._____) betreffende Anfechtungsklage erfüllt und ist die Stimmrechts-/Anfechtungsklage gutzuheissen.

Hingegen kann im geschilderten Vorgehen kein Nichtigkeitsgrund erkannt werden. Die Gesetzesbestimmung von Art. 691 Abs. 3 OR hält klar die Anfechtbarkeit als Rechtsfolge fest (siehe Ziffer 4.2.3). Eine darüber hinaus gehende Verletzung der Stimmrechte als zwingend gewährte Aktionärsrechte oder eine Verletzung der Kapitalschutzbestimmungen gemäss Art. 706b Ziffer 1 oder 3 OR kann – erfolgte keine andere Handlung als die Zulassung der Teilnahme unbefugter Stimmrechte der Stiftung an der Beschlussfassung der Generalversammlung – vorliegend nicht erkannt werden.

4.4. Konsequenzen

4.4.1. Vorbemerkung

Aufgrund dessen, dass die Klägerin lediglich mit (Eventual-)Rechtsbegehren 2 um die reine Aufhebung und Ungültigkeitserklärung der Beschlüsse ersucht und mit dem Hauptbegehren (Rechtsbegehren 1) eine positive Beschlussfeststellungsklage erhebt, ist auf die möglichen Konsequenzen der Guttheissung der Stimmrechts-/Anfechtungsklage näher einzugehen.

4.4.2. Rechtliches

Die Wirkung eines die Stimmrechts-/Anfechtungsklage guttheissenden Urteils ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut von Art. 691 Abs. 3 OR und Art. 706 Abs. 1 OR. Die Möglichkeit eines den Beschluss aufhebenden Urteils wird allerdings in Art. 706 Abs. 5 OR erwähnt (BÜHLER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 568). Im Regelfall gilt denn auch, dass sich die Wirkung von Anfechtungsklagen auf die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses beschränkt; d.h. ein Urteil kassatorische Wirkung hat (BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 132; BGE 122 III 279 E. 3.c)bb). Angesichts der zu wahrenen Privatautonomie und des Grundsatzes, dass sich richterliche Eingriffe in den Willensbildungsprozess der Gesellschaft wegen der Sachferne des Gerichts auf ein Minimum zu beschränken haben, muss von positiven Anordnungen grundsätzlich abgesehen werden (SCHLEIFFER, a.a.O., S. 307). Insbesondere werden von der Lehre Gestaltungsurteile / positive Anordnungen, welche den Generalversammlungsbeschluss abändern bzw. ersetzen, als ausgeschlossen bezeichnet (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 25; vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 16 N. 131; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N. 61; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 300). In einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Dezember 1981 hielt dieses mit Verweis auf eine Lehrmeinung fest, dass der Richter grundsätzlich kein Leistungsurteil aussprechen darf, wenn der Inhalt des angerufenen Rechtes der Präzisierung durch die Generalversammlung (oder ein anderes Organ) bedürfe und wenn eben diese Konkretisierung im freien Ermessen der Generalversammlung liege. Andernfalls würde sich eine Bevormundung der Mehrheit in der Weise ergeben, dass das richterliche Ermessen anstelle des Mehrheitswillens in der Generalversammlung träte (ZR 81/1982 Nr. 91 S. 216 ff., 217 f.). Gleichzeitig wies es allerdings auch

auf denkbare Ausnahmen hin. So erklärte es, dass die Lehrmeinung von SCHUCANY Leistungsklagen für zulässig halte, wenn ein entsprechendes Urteil sich auf eine eingehende statutarische Regelung zu stützen vermöge, die einen Generalversammlungsbeschluss erübrige. Zum Beispiel dürfe anstelle der angefochtenen die richtige Bilanz gesetzt werden, wenn diese ohne Zweifel festgestellt werden könne. Diese Auffassung vertrete auch das Bundesgericht, das in BGE 53 II 266 festgehalten habe, die Klage auf Leistung einer widerrechtlich entzogenen Dividende sei nur dort zulässig, wo die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regelten [darin wurde ein Leistungsbegehren auf Ausrichtung einer Dividende geschützt und nicht nur der Generalversammlungsbeschluss aufgehoben, BGE 53 II 250 E. 5, ebenso BGE 29 II 452 E. 5] (ZR 81/1982 Nr. 91 S. 216 ff., 218). Vom Bundesgericht explizit abgelehnt wurde eine vom Anfechtungsprozess losgelöste, selbständige Feststellungsklage; diese könnte nur zwischen den Prozessparteien wirken, was nicht zielführend sei (BGE 122 III 279 E. 3.c)aa). Eine generell positiv gestaltende Wirkung der Anfechtungsklage ist demnach im Einklang mit Rechtsprechung und herrschender Lehre zu verneinen. Obwohl teilweise als zweckmässig erscheinend, sprechen auch die grammatikalische Auslegung und die fehlenden Anhaltspunkte in den Materien dagegen (BÜHLER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 568 m.H.). Zu prüfen ist das Vorliegen von Ausnahmen.

Als zulässige Ausnahme wird von einem Teil der Lehre die (positive) Beschlussfeststellungsklage erkannt (u.a. SCHETT, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, Diss. Zürich 1977, S. 115 m.H.). Gemäss der Definition des Bundesgerichts in BGE 122 III 279 E. 3.c)bb) wird mit der positiven Beschlussfeststellungsklage über die kassatorische Wirkung der Ungültigkeitserklärung des Beschlusses hinaus verlangt, den rechtmässigen Beschlussinhalt klarzustellen, d.h. im Regelfall auf gerichtliche Feststellung der Annahme anstelle der protokollierten Ablehnung eines Antrags zu erkennen. Ziel dieser Beschlussfeststellungsklage ist es, einen rechtmässigen Beschluss an die Stelle des rechtswidrigen zu setzen. Demzufolge ist sie ihrem Wesen nach nicht Feststellungs-, sondern Gestaltungsklage, gerichtet auf die Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses, auf die Ände-

rung des Beschlussinhalts und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage. Entsprechend entfaltet das in Gutheissung der Klage ergehende Urteil Gestaltungswirkung und materielle Rechtskraft hinsichtlich der beurteilten Rechtslage für und gegen alle Aktionäre. Das Bundesgericht hat in BGE 122 III 279 E. 3.c)bb) – wie bereits in BGE 75 II 149 E. 2.b) am Ende – offen gelassen, ob eine solche positive Beschlussfeststellungsklage zulässig ist (auch in BGer Urteil 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014 konnte dies nicht geprüft werden).

Art. 691 Abs. 3 OR wird von der Lehre als Rechtsgrundlage einer solchen (positiven) Beschlussfeststellungsklage gesehen. Nach Auffassung verschiedener Autoren sei die Klage gemäss Art. 691 Abs. 3 OR in Konstellationen der unbefugten Teilnahme auf die Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses gerichtet (DUBS/TRUFFER, a.a.O., Art. 706 N. 9c; BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 500a). Mit ihr soll verlangt werden können, dass das Gericht das richtige Abstimmungsergebnis feststellt (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N. 300; BÖCKLI, a.a.O., § 12 Rz. 500a; LÄNZLINGER, a.a.O., Art. 691 N. 14). BÖCKLI legt als Begründungen dar, dass zur unmittelbaren Durchsetzung des unentziehbaren Stimmrechts eine Aufhebung nicht genüge. Dem Aktionär müsse auch eine Gestaltungsklage zustehen, mit welcher beim Richter die Umkehrung des verkündeten Abstimmungsergebnisses angebeht werden könne. Voraussetzung sei, dass Stimmen zu Unrecht nicht mitgezählt worden seien und diese Stimmen sich für das Ergebnis als kausal erweise (BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 500a). Auch SCHLEIFER erachtet die kassatorische Wirkung der Klage in dem Fall, in dem der Mangel des Beschlusses bei der Ergebnisfeststellung liegt und wegen Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt verkündet wird, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte festgestellt werden müssen, als nicht ausreichend. Weiter hält er fest, dass es angesichts des mit der erneuten Beschlussfassung verbundenen Zeitverlusts und der zusätzlich anfallenden Kosten wenig Sinn mache, nochmals abzustimmen, wenn eindeutig feststehe, dass die falsche Beschlussfeststellung auf dem Mitzählen von Stimmen beruhe, die aufgrund von Ausschlussvorschriften unzulässigerweise abgegeben worden seien, und der Beschluss bei Nichtberücksichtigung der Stimmen angenommen worden wäre (SCHLEIFFER, a.a.O., S. 311 ff.). KNOBLOCH (der die positive Beschluss-

feststellungsklage ablehnt) hält ebenso richtig fest, dass die Kassierung eines Beschlusses beim Anfechtungsgrund der unbefugten Teilnahme nach Art. 691 Abs. 3 OR stossend sein kann. Wird ein Antrag aufgrund der unbefugten Teilnahme abgelehnt, führt die Klage auf Aufhebung des ablehnenden Beschlusses bei kassatorischer Wirkung lediglich zur Aufhebung des Beschlusses, jedoch nicht zur Annahme des Antrages. Im Ergebnis gelte der Antrag als nicht angenommen, obwohl er ohne die unbefugte Teilnahme angenommen worden wäre (KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, 2011, S. 139, 143). BÜHLER/VON DER CRONE erkennen in diesen Fällen, bei denen die Aufhebung – anders als bei den gutheissenden Beschlüssen – nicht zum korrekten Beschlussergebnis führt, eine Rechtsschutzlücke (BÜHLER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 569). Richtig legen sie dar, dass – da die Abänderung des Generalversammlungsbeschlusses im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist – sich die Frage nach dem Vorliegen einer Gesetzeslücke oder aber eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers stellt. Ein qualifiziertes Schweigen liegt nur dann vor, wenn der Gesetzgeber eine abschliessende Regelung getroffen hat und die Thematik bewusst nicht regeln wollte. Da sich aus den Materialien nicht ergibt, dass vorliegende Thematik bei der Gesetzgebung überhaupt besprochen wurde (vgl. u.a. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts. [Vom 21. Februar 1928.], BBl 1928 I 205 ff., 247-251; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 823, 905 f.; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff.), kann nicht von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden. Aus teleologischer Sicht ist mit BÜHLER/VON DER CRONE nicht einzusehen, weshalb bei der Anfechtung eines positiven Beschlussergebnisses (z.B. Gutheissung einer Abwahl durch die Generalversammlung) der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden kann, der Klägerin im Falle eines ablehnenden Beschlusses (z.B. Ablehnung einer Neuwahl/Abwahl durch Generalversammlung) ein Rechtsschutz gleicher Qualität jedoch versagt bleibt. Darin ist eine echte Gesetzeslücke zu sehen, welche seitens der Gerichte zu füllen ist (Art. 1 Abs. 2 ZGB; BÜHLER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 570 ff.).

Für welche Konstellationen die Beschlussfeststellungsklage generell als zulässig erachtet werden sollte, kann vorliegend offen gelassen werden. Zuzulassen ist sie gestützt auf vorstehende Überlegungen jedenfalls für den Fall, (i) dass die Beschlussfeststellungsklage gemeinsam und gleichzeitig mit der Anfechtungsklage erhoben wird (vgl. BGer Urteil 4A_98/2020 vom 21. Januar 2021 E. 3.2 und 3.3 [zur Publikation vorgesehen]; BGE 29 II 452 E. 2; SCHLEIFFER, a.a.O., S. 312 f.), und (ii) dass wegen Mitzählens unzulässiger Stimmen ein Beschlussantrag als abgelehnt verkündet wird, der nach den tatsächlich gegebenen Stimmverhältnissen als angenommen hätte festgestellt werden müsste (d.h. die falsche Zählweise und die infolgedessen fälschlicherweise berücksichtigten Stimmen für das Beschlussergebnis kausal sind) und (iii) sich der Wille der Generalversammlung zweifelsfrei feststellen lässt, so dass nicht ein richterlicher Ermessensentscheid an dessen Stelle tritt (vgl. TRIGO TRINDADE, Erreur de l'actionnaire et contestation des décisions de l'AG, S. 261 ff., N. 12, in: BOVEY/CHAPPIUS/HIRSCH, Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, 2019; SCHLEIFFER, a.a.O., S. 312 f.). In dieser Konstellation besteht ein über die Aufhebung des Beschlusses hinausgehendes Rechtsschutzinteresse an der Feststellung des mit der richtigen Zählweise gefällten Beschlusses. Recht soll im Rahmen der Rechtsdurchsetzung die korrekte Rechtslage herstellen und damit dem Rechtsfrieden dienen; es soll kein Selbstzweck sein.

4.4.3. Würdigung

Grundsätzlich ist zu bemerken, dass vorliegend mit einer Feststellung des wirklichen Ergebnisses eines zu Recht angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses – d.h. ohne Berücksichtigung der Stimmrechte der durch die Stiftung gehaltenen 40 Aktien der Beklagten – keine eigenständige gerichtliche Anordnung getroffen wird. Das Gericht setzt damit nicht seinen Willen anstelle desjenigen der Generalversammlung. Aufgrund der übersichtlichen Beteiligungsverhältnisse und der protokollierten, unstrittig gebliebenen Stimmabgaben aller zur Teilnahme berechtigten Aktionäre lässt sich das korrekte Resultat zweifelsfrei ermitteln. Von einem Eingriff in die Willensbildung der Beklagten durch das Gericht kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein. Vielmehr wird dem sich aufgrund der protokol-

lierten Stimmausübungen erstellbaren Willen der Gesellschaft bei korrekter Zählweise zum Durchbruch verholfen.

Konkret ist vorliegend betreffend Rechtsbegehren 1 zu differenzieren. Die Gutheissung der Anfechtungsklage und die damit verbundene schlichte Aufhebung der am 1. November 2019 getroffenen Generalversammlungsbeschlüsse hat zur Folge, dass die Wahl von D._____, E._____ und Y._____ in den Verwaltungsrat automatisch hinfällig wird. Da mit einer Beschlussfeststellungsklage nicht mehr erreicht werden kann, fehlt hinsichtlich Rechtsbegehren 1.b, c und d ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse. Im Gegensatz dazu, führte aber eine reine Aufhebung des Beschlusses betreffend Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat nicht zum bei korrekter Zählweise erzielten Resultat. Die reine Aufhebung würde nur den auf Ablehnung lautenden Beschluss hinsichtlich des Antrags auf Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat aufheben. Bei korrekter Zählweise der an der Generalversammlung vom 1. November 2019 abgegebenen Stimmen ist sie allerdings seither abgewählt. Entsprechend kann nur eine Korrektur des Beschlusses im Sinne einer Feststellung des bei korrekter Ermittlung des Abstimmungsergebnisses rechtmässig gefassten Beschlusses gemäss Rechtsbegehren 1.a. zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes führen. Folglich ist ein über das blosses Aufheben des Beschlusses hinausgehendes Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Rechtsbegehren 1.a. zu bejahen und eine entsprechende Anordnung zu treffen.

4.5. Fazit

In Gutheissung von Rechtsbegehren 1.a. ist festzustellen, dass die protokollierte Zählweise des im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlusses betreffend Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat fehlerhaft ist und dass der Beschluss wie folgt zustande gekommen ist: Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen. Auf Rechtsbegehren 1.b., c., d. ist nicht einzutreten. Hingegen ist (Eventual-)Rechtsbegehren 2 in Bezug auf die Beschlüsse der Generalversammlung vom 1. November 2019 betreffend Neuwahlen von D._____, Rechtsanwalt E._____ und Rechtsanwalt Y._____ gutzuheissen und sind die genannten Be-

schlüsse ex tunc aufzuheben und ungültig zu erklären. Da in Bezug auf die Abwahl von C._____ bereits Rechtsbegehren 1.a. gutgeheissen wird und in der Feststellung die Aufhebung bereits mitenthalten ist, erübrigt sich eine diesbezüglich mit Rechtsbegehren 2 eventualiter beantragte schlichte Aufhebung.

5. Verwaltungsratsbeschlüsse (Rechtsbegehren 3)

5.1. Zusammengefasste Parteistandpunkte

5.1.1. Klägerin

Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren 3 die Feststellung der Ungültigkeit (Nichtigkeit) der Verwaltungsratsbeschlüsse vom 1. November 2019 betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ und fristlose Kündigung von F._____ sowie des Verwaltungsratsbeschlusses vom 28. November 2019 betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ im Rahmen des Verfahrens HE190445-O (siehe Ziffer 1.2). Zur Begründung macht die Klägerin zum einen geltend, dass – bei Gutheissung ihrer die Generalversammlung vom 1. November 2019 betreffenden Klage – nur sie und F._____ berechtigt gewesen wären, an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 teilzunehmen (act. 1 Rz. 134 f., 76). Unabhängig davon, ob Rechtsbegehren 1 oder 2 gutgeheissen werde, habe der Verwaltungsrat in falscher Zusammensetzung getagt (act. 1 Rz. 100, 15, 140). Zusammen mit C._____ hätten die beiden anwesenden, nur vermeintlich neu gewählten Verwaltungsräte die Beschlussfassung des Verwaltungsrates der Beklagten majorisiert (act. 1 Rz. 15), was zu den Beschlüssen geführt habe (act. 1 Rz. 77, 79). Zum anderen bringt die Klägerin vor, sie habe keine (act. 1 Rz. 15) bzw. keine gültige Einladung zur Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 erhalten; diese sei kurzfristig einberufen worden (act. 1 Rz. 136 ff.). Sämtliche im Rahmen der falsch besetzten und verspätet einberufenen Verwaltungsratssitzung gefassten Beschlüsse seien nicht rechtens und insbesondere die Änderungen der Zeichnungsberechtigungen ungültig (act. 1 Rz. 139). Zur Verwaltungsratssitzung vom

28. November 2019 äussert sich die Klägerin insoweit, als dass sie vorbringt, Rechtsanwalt Y._____ sei im Rahmen dieser Verwaltungsratssitzung mit Stimmen der am 1. November 2019 nicht gültig gewählten Verwaltungsräte ermächtigt worden, die Beklagte im Verfahren HE190445-O zu vertreten (act. 1 Rz. 6, 90 f.).

5.1.2. Beklagte

Zur Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 erklärt die Beklagte, dass die drei neuen Verwaltungsräte gültig gewählt und die Beschlüsse gültig seien (act. 24 Rz. 101). Es werde zudem bestritten, dass die Klägerin nicht zur Verwaltungsratssitzung eingeladen worden sei. Sie habe diese Einladung schriftlich erhalten; es sei kurzfristig per E-Mail dazu eingeladen worden. Aufgrund der Dringlichkeit im Zusammenhang mit der Aussprache der fristlosen Kündigung sei eine längere Ankündigungsfrist nicht möglich gewesen (act. 24 Rz. 63, 102; vgl. act. 25/26).

Zur Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 hält die Beklagte fest, dass auch ohne die Stimmen der neuen Verwaltungsräte die Vertretungsbefugnis korrekt erteilt worden sei. Die Klägerin sei richtigerweise in den Ausstand getreten. Aufgrund des Stichentscheids von C._____ sei, egal nach welcher Zählweise, die Bevollmächtigung korrekt erteilt worden (act. 24 Rz. 94; vgl. act. 11 Rz. 2).

5.2. Rechtliches

Gemäss Art. 714 OR gelten für die Beschlüsse des Verwaltungsrates sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung. Nichtigkeit ist bei Vorliegen schwerwiegender Verstösse gegen zwingende und grundlegende Normen des Aktienrechts anzunehmen (BGE 138 III 204 E. 4.2, 133 III 77 E. 5, 115 II 468 E. 3.b; vgl. WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 10). Verwaltungsratsbeschlüsse können aus formellen wie auch materiellen Gründen nichtig sein. Nichtigkeit aus formellen Gründen liegt namentlich dann vor, wenn ein Beschluss unter Mitwirkung von Personen gefasst wurde, welche dem Verwaltungsrat nicht angehören (z.B. von der Generalversammlung abberufene Verwaltungsratsmitglieder, aussenstehende Dritte, ungültig «(wieder)gewählte» Verwal-

tungsratsmitglieder) und deren Einfluss auf die Beschlussfassung massgeblich (objektiv kausal) war (WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 12; BÜHLER, in: HANDSCHIN [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. A., 2018, Art. 714 N. 17; WIBMER, OFK-Aktienrecht Kommentar, 2016, Art. 714 N. 2; KUNZ, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, in: Jusletter 29. Juni 2015, N. 37, 43). Mit anderen Worten wenn die Stimmabgabe der unbefugten Personen die Entscheidung (die erforderliche Mehrheit) bewirkte (HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, 2. A., 1997, N. 372). Weiter ist ein Beschluss auch nichtig, wenn die Beschlussfassung an einer Sitzung erfolgte, an der aufgrund mangelhafter oder unterlassener Einberufung nicht alle Verwaltungsratsmitglieder anwesend waren, sofern der Formmangel für die Absenz kausal war (WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 12; BÖCKLI, a.a.O., § 13 N. 275).

Die Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses hat dessen absolute Unwirksamkeit erga omnes zur Folge. Nichtigkeit kann von jedermann, der ein rechtliches Interesse nachweist, gegenüber jedermann jederzeit geltend gemacht werden (WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 6). Dies kann mit Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses erfolgen. Aktivlegitimiert dazu ist jedenfalls jeder Aktionär und jedes Verwaltungsratsmitglied, der/das in seinen persönlichen Interessen oder in seinem allgemeinen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Geschäftsganges verletzt wird. Die Aktiengesellschaft ist passivlegitimiert (WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 7; BGE 138 III 204 E. 4.2). Ein Feststellungsurteil bei Gutheissung der Klage wirkt erga omnes; wird die Klage abgewiesen, tritt die Wirkung nur inter partes ein (WERNER/RIZZLI, a.a.O., Art. 714 N. 7).

5.3. Würdigung

5.3.1. Verwaltungsratsbeschlüsse vom 1. November 2019

Mit der Klägerin als Aktionärin mit Interesse am geordneten Geschäftsgang und an der Rechtssicherheit sowie der Beklagten als Gesellschaft sind Aktiv- und Passivlegitimation gegeben und unbestritten geblieben. Das Feststellungsinteresse wurde bereits in Ziffer 1.3 bejaht. Zu prüfen bleibt das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen.

Wie in Ziffer 4 dargelegt, wurde an der Generalversammlung vom 1. November 2019 C._____ als Verwaltungsrätin der Beklagten abgewählt und wurden die Rechtsanwälte Y._____ und E._____ sowie D._____ nicht als Verwaltungsräte der Beklagten gewählt. Damit setzte sich danach der Verwaltungsrat nur noch aus der Klägerin und F._____ zusammen. Unstrittig nahmen aber C._____ und die Rechtsanwälte Y._____ und E._____ an der nachfolgenden Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 teil und wirkten an den Beschlüssen mit (siehe Ziffer 3.3). Damit wurden die Beschlüsse an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 unter Mitwirkung von Personen gefasst, welche dem Verwaltungsrat nicht angehörten. Ihre Mitwirkung hatte Einfluss auf die Beschlussfassung, da sie zu dritt – gegen die Stimmen der allein zur Teilnahme an der Verwaltungsratssitzung berechtigten Verwaltungsräte, d.h. von der Klägerin und F._____, – jeweils die vermeintlichen Annahme der Beschlüsse hinsichtlich der Zeichnungsberechtigungen bewirkten (siehe Ziffer 3.3; vgl. act. 3/26). Damit ist diesbezüglich ein Nichtigkeitsgrund gegeben. Folglich ist die Nichtigkeit der an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____ und Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ festzustellen. Ebenso fassten C._____ und die Rechtsanwälte Y._____ und E._____ zu dritt – gegen die Stimme der Klägerin – den Beschluss betreffend fristlose Kündigung von F._____. Die Teilnahme der Unbefugten war demnach auch diesbezüglich für die Beschlussfassung kausal, weshalb ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Entsprechend ist auch die Nichtigkeit dieses Beschlusses festzustellen.

Damit könnte an sich offen bleiben, ob ein Nichtigkeitsgrund wegen verspäteter Einberufung der / Fehlen einer gültigen Einladung zur Verwaltungsratssitzung vorliegt. Der Vollständigkeit halber kann jedoch festhalten werden, dass ein solcher zu verneinen ist. Die Klägerin nahm unstrittig an der Verwaltungsratssitzung teil.

5.3.2. Verwaltungsratsbeschluss vom 28. November 2019

Die am 1. November 2019 nicht gültig gewählten bzw. abgewählten Verwaltungsräte (siehe Ziffer 4.5) nahmen auch an der Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 teil (act. 1 Rz. 91; act. 24 Rz. 94; siehe Ziffer 3.3). Damit wurde auch der Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ für das Verfahren HE190445-O unter Mitwirkung von Personen gefasst, welche dem Verwaltungsrat nicht angehörten. Ihre Mitwirkung hatte Einfluss auf die Beschlussfassung, da sie für die Mandatierung stimmten. F._____ stimmte dagegen und die Klägerin war im Ausstand (act. 1 Rz. 91; act. 24 Rz. 94; siehe Ziffer 3.3), womit ohne die nicht teilnahmeberechtigten Personen ein die Mandatierung gutheissender Beschluss nicht zustande gekommen wäre. Entsprechend ist das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes zu bejahen und die Nichtigkeit dieses Beschlusses festzustellen.

Dies führt nicht dazu, dass Rechtsanwalt Y._____ aus prozessualer Sicht im Verfahren HE190445-O nicht zur Vertretung berechtigt war und seine Eingaben unbeachtlich sind. Es handelt sich bei der für die Vertretung relevanten Frage der gültigen Zusammensetzung des Verwaltungsrates um eine Art "doppelrelevante" Tatsache, d.h. um eine Tatsache, die einerseits für die Vertretung, andererseits für den materiellen Entscheid relevant ist. Aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit ist aus prozessualer Sicht für die Ermächtigung der Vertretung auf den im Zeitpunkt der Prozesshandlung formal bestehenden Handelsregistereintrag abzustellen, wäre in solchen Konstellationen sonst doch oftmals die Bestellung einer Vertretung gar nicht möglich (vgl. BGer Urteile 4A_454/2018 vom 5. Juni 2019 E. 1.4.2; 4A_93/2015 vom 22. September 2015 E. 1.2). Vorliegend war basierend auf dem Handelsregistereintrag aufgrund des Stichentscheids von C._____ ein Verwaltungsratsbeschluss (Zusammensetzung Klägerin, F._____ und C._____, wobei Erstere in den Ausstand trat) hinsichtlich Mandatierung von

Rechtsanwalt Y._____ für das Verfahren HE190445-O möglich. Entsprechend war in jenem Verfahren prozessual von einer gültigen Vertretung auszugehen. Gleiches gilt auch für vorliegendes Verfahren (siehe act. 14).

5.4. Fazit

Die an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ und fristlose Kündigung von F._____ sind nichtig. Ebenfalls nichtig ist der an der Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 gefasste Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ für das Verfahren HE190445-O.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

In formeller Hinsicht ist festzuhalten, dass auf Rechtsbegehren 1.b., c., d. und teilweise auf Rechtsbegehren 3 nicht einzutreten ist.

Die materielle Prüfung ergibt, dass die Stimmrechtsausübung für die Stiftung durch C._____ an der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 unzulässig war, da diese Stimmrechte ruhen (Art. 659a Abs. 1 OR und Art. 659b Abs. 1 OR analog). Damit nahm die Stiftung unbefugterweise an der Beschlussfassung der an dieser Generalversammlung gefällten Beschlüsse teil, und es liegt – nebst den weiteren Voraussetzungen der Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR – ein Anfechtungsgrund vor. Diese ist daher gutzuheissen. Konkret ist in Gutheissung des Rechtsbegehrens 1.a. festzustellen, dass die protokollierte Zählweise des im Rahmen der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlusses betreffend Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat fehlerhaft ist und dass der Beschluss wie folgt zustande gekommen ist: Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen. In Gutheissung des (Eventual-)Rechtsbegehren 2 sind sodann die Beschlüsse der Generalversammlung vom 1. November 2019 betreffend Neuwahl von D._____, Rechtsanwalt E._____ und

Rechtsanwalt Y._____ in den Verwaltungsrat ex tunc aufzuheben und ungültig zu erklären. Zudem ist festzustellen, dass die an der Verwaltungsratssitzung vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ und fristlose Kündigung von F._____ nichtig sind. Ebenfalls festzustellen ist die Nichtigkeit des an der Verwaltungsratssitzung vom 28. November 2019 gefassten Beschlusses betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ für das Verfahren HE190445-O.

Wegen der Handelsregistersperre ist nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, vorbehaltlich einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a oder Abs. 3 BGG), dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich das Erkenntnis im Sinne eines Dispositivauszugs samt Rechtsbegehren mitzuteilen (vgl. Art. 19 HRegV; ZR 117/2018 Nr. 9 S. 20 ff., 23).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend ist auf das Interesse der Gesellschaft abzustellen (BGE 75 II 149 E. 1 m.H.; 92 II 243 E. 1.b; DIGGELMANN, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO-Kommentar, 2. A., 2016, Art. 91 N. 55) und mit den Parteien aufgrund des Aktienkapitals der Beklagten von einem Streitwert von CHF 150'000.– auszugehen (act. 1 Rz. 4; vgl. act. 24 Rz. 58). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 10'800.–. Angesichts dessen, dass vorliegend kein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden hat, aber mit Verfügung vom 5. Mai 2020 ein Zwischenentscheid zu treffen war, rechtfertigt es sich, die Grundgebühr weder zu erhöhen noch zu ermässigen und die Gerichtsgebühr folglich auf CHF 10'800.– festzusetzen.

Zwar wird vorliegend auf die Klage aus formellen Gründen teilweise nicht eingetreten, doch fallen diese Aspekte im Rahmen der Beurteilung weder sachlich noch in Bezug auf den Bearbeitungsaufwand ins Gewicht. In Bezug auf den materiellen Anspruch obsiegt die Klägerin vollständig. Gleiches gilt für den im Rahmen der Verfügung vom 5. Mai 2020 abgewiesenen Sistierungsantrag der Beklagten. Entsprechend wäre es unbillig, der Klägerin Kosten aufzuerlegen und rechtfertigt es sich, stattdessen der materiell gänzlich unterliegenden Beklagten die gesamten Gerichtskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Sie sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtsgebühr des Massnahmeverfahrens wurde mit Urteil und Verfügung vom 15. Januar 2020 auf CHF 5'000.– festgesetzt und einstweilen aus dem Kostenvorschuss der Klägerin bezogen (HE190445-O Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Ausgangsgemäss sind diese Kosten nun definitiv der Beklagten aufzuerlegen.

Der Klägerin ist im Umfang der Kosten für dieses Verfahren und das Massnahmeverfahren ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.2. Parteientschädigungen

Antrags- und ausgangsgemäss ist der Klägerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (siehe Ziffer 7.1; act. 1 S. 2; Art. 105 Abs. 2 ZPO; JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 105 N. 6). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die so ermittelte Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 150'000.– beträgt die Grundgebühr rund CHF 13'900.–. Für die Vergleichs-

verhandlung sowie in Anbetracht des offenkundigen, aber nicht allzu grossen zusätzlichen Aufwands für das Massnahmeverfahren (für welches die Regelung dem ordentlichen Verfahren vorbehalten wurde, HE190445-O Dispositiv-Ziffer 4), ist ein Zuschlag von insgesamt rund 30% der Grundgebühr zu berechnen. Zudem ist bei einer natürlichen, nicht vorsteuerabzugsberechtigten Person ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% zu gewähren. Folglich ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 19'460.– (inkl. Mehrwertsteuer von 7.7 %) zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf Rechtsbegehren 1.b., c. und d. wird nicht eingetreten.
2. Auf Rechtsbegehren 3 wird nicht eingetreten, insoweit es andere an den Verwaltungsratssitzungen der Beklagten vom 1. und 28. November 2019 gefasste Beschlüsse als (i) die an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E.____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F.____ und fristlose Kündigung von F.____ sowie (ii) den an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 28. November 2019 gefassten Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y.____ im Rahmen des Verfahrens HE190445-O betrifft.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen, schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. In Gutheissung von Rechtsbegehren 1.a. wird festgestellt, dass die protokollierte Zählweise des an der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlusses betreffend Abwahl

von C._____ aus dem Verwaltungsrat fehlerhaft ist und dass der Beschluss wie folgt zustande gekommen ist: Abwahl von C._____ aus dem Verwaltungsrat mit 70 zu 40 Stimmen.

2. (Eventual-)Rechtsbegehren 2 wird in Bezug auf die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung der Beklagten vom 1. November 2019 betreffend Neuwahl von D._____, Rechtsanwalt E._____ und Rechtsanwalt Y._____ in den Verwaltungsrat gutgeheissen und die vorgenannten Beschlüsse werden ex tunc aufgehoben und ungültig erklärt.
3. Es wird festgestellt, dass die an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 1. November 2019 gefassten Beschlüsse betreffend Erteilung einer Einzelzeichnungsberechtigung an C._____; Erteilung der kollektiven Zeichnungsberechtigung an Rechtsanwalt Y._____, Rechtsanwalt E._____ und D._____; Entzug der kollektiven Zeichnungsberechtigung von F._____ und fristlose Kündigung von F._____ nichtig sind.

Weiter wird festgestellt, dass der an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 28. November 2019 gefasste Beschluss betreffend Mandatierung von Rechtsanwalt Y._____ für das Verfahren HE190445-O nichtig ist.

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'800.-.
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird im Umfang der Kosten ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die im Verfahren Geschäfts-Nr. HE190445-O festgesetzten und von der Klägerin bereits bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 5'000.- werden der Beklagten definitiv auferlegt. Der Klägerin wird im Umfang der Kosten ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 19'460.- (inkl. Mehrwertsteuer von 7.7 %) zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – **nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, vorbehältlich einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an das Bundesgericht** (Art. 103 Abs. 2 lit. a oder Abs. 3 BGG), – das Erkenntnis im Sinne eines Dispositivauszugs samt Rechtsbegehren an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich.

9. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 150'000.–.

Zürich, 18. Mai 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Sabrina Schalcher