

Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M., und MLaw Dario Galli, Rechtsanwalt (beide Zürich)

I. Begriff des Nicht-Aktionärs

Dieser Beitrag handelt von an der Generalversammlung (GV) der Aktiengesellschaft (AG) teilnehmenden *Nicht-Aktionären*.¹ Erfahrungsgemäss sind viele an der GV teilnehmende Personen jeweils Nicht-Aktionäre.² Dieser Umstand wird häufig im Vorfeld von Gesellschaftskäufen (*Share Deals*) oder sonstigen M&A-Transaktionen im Rahmen der rechtlichen *Due Diligence* entdeckt.³ Begriffliches Gegenstück zum Nicht-Aktionär bildet der *Ist-Aktionär*, also der tatsächliche Aktionär einer AG.

Wir verstehen unter Nicht-Aktionären einerseits Personen, welche nicht (oder nicht mehr⁴) Aktionäre einer AG sind, d.h. die Aktionärsstellung nicht erworben haben (bzw. nicht mehr innehaben) und somit auch keine Aktionärsrechte ausüben können (*«Nicht-Aktionäre i.e.S.»*).⁵ Der Grund hierfür liegt meist in den komplexen Übertragungsregeln von Aktien, welche von den involvierten Parteien nicht eingehalten werden. Deswegen fehlt es häufig an der lückenlosen Eigentumskette (*«chain of title»*) in Bezug auf die fraglichen Aktien.⁶

Andererseits fallen unter den Begriff «Nicht-Aktionäre» Personen, bei denen zwar das Eigentum an den Aktien erstellt ist und welche somit Aktionäre der fraglichen AG sind, die jedoch die aus der Aktionärsstellung fliessenden Rechte nicht (oder nicht zur Gänze) ausüben können (*«Nicht-Aktionäre i.w.S.»*). Im Folgenden interessieren nur jene Nicht-Aktionäre i.w.S., die in der GV generell oder gewisse Traktanden betref-

Die Autoren befassen sich in diesem Beitrag mit der Frage, ob unter Mitwirkung von Nicht-Aktionären zustande gekommene GV-Beschlüsse anfechtbar oder sogar nichtig sind. Zu diesem Zweck setzen sie sich mit dem Begriff der GV auseinander und analysieren, welche Voraussetzungen minimal erfüllt sein müssen, damit eine Personenversammlung als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann.

Dans cet article, les auteurs traitent de la question de savoir si les décisions prises par une assemblée générale avec la participation de non-actionnaires sont annulables, voire nulles. Dans cette optique, ils traitent de la notion d'assemblée générale et analysent les conditions minimales à remplir pour qu'une assemblée de personnes puisse être qualifiée d'assemblée générale au sens juridique du terme. P.P.

¹ Siehe auch BGer 5A_709/2010 vom 1.3.2011 E. 5, in welchem das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Stockwerkeigentümergeversammlung von «Nicht-Eigentümer» spricht. Siehe ferner BGer 5A_482/2014 vom 14.1.2015 E. 5 («Nichtmitglieder»).

² Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016 294.

³ Jossy Gellis, Stolpersteine bei der Übertragung von Aktien und GmbH-Anteilen, NZZ vom 27.3.2008, 29.

⁴ «Nichtmehractionäre», siehe Kuno Walter Rohrer, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern 1979, Zürich 1979, 37.

⁵ Siehe Rita Trigo Trindade, in: Commentaire romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017, Art. 691 OR N 11.

⁶ Pascal Richard, Aktien übertragen – Probleme vermeiden, NZZ vom 13.8.2018, 12.

fend über kein Stimmrecht (= materielles Stimmrecht) und damit im ersteren Fall auch über kein Teilnahmerecht an der GV (= formelles Stimmrecht) verfügen.⁷ Die Nichterfüllung oder Verletzung der den Erwerbern von Aktien gemäss Art. 697i f. OR seit 1. Juli 2015 auferlegten GAFI-Meldepflicht(en) ist einer der Hauptgründe hierfür. Kommen die Erwerber von Aktien ihrer Meldepflicht nicht innert Frist nach oder ist die jeweilige Meldung inkorrekt, ruhen die Mitgliedschaftsrechte⁸ einen Monat nach⁹ dem Erwerb der Aktien (Art. 697m Abs. 1 OR). Weiter führt die fehlende Zustimmung des Verwaltungsrats (VR) zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien (Art. 685c Abs. 1 und 2 und Art. 685f Abs. 2 OR) oder teilliberalisierten Namenaktien (Art. 685 OR) zur Qualifikation als Nicht-Aktionär i.w.S. Gleiches gilt, wenn das Stimmrecht des Aktionärs in weiteren vom Gesetz¹⁰ oder von den Statuten (Art. 692 Abs. 2 OR) bezeichneten Fällen ausgesetzt wird. Schliesslich ist generell als Nicht-Aktionär i.w.S. anzusehen, wer sich nicht gegenüber der AG legitimiert hat (Art. 689a Abs. 1 und 2 OR).¹¹

Die Frage, ob jemand Nicht-Aktionär ist, ist ausnahmslos nach objektiven Gesichtspunkten zu beantworten. Subjektive Elemente spielen keine Rolle. Folglich sind Nicht-Aktionäre i.e.S. als Nicht-Aktionäre zu qualifizieren, selbst wenn die fraglichen Personen irrtümlicherweise davon ausgehen, sie seien Aktionäre einer bestimmten AG. Gleiches gilt, wenn Nicht-Aktionäre i.w.S. irrtümlicherweise annehmen, sie könnten das Stimmrecht in der GV rechtsgültig ausüben.¹² Die einem solchen Irrtum unterliegenden Personen können als «Putativ-Aktionäre» bezeichnet werden. Ebenfalls keine Rolle spielt bei

der Beantwortung der Frage, ob jemand als Nicht-Aktionär zu qualifizieren ist, ob die AG oder ein sonstiger Dritter irrtümlich angenommen hat, einer bestimmten Person komme Aktionärsqualität zu.

II. Fragestellung

Üben Nicht-Aktionäre Aktionärsrechte aus, resultieren daraus eine Vielzahl von Problemen zivil- und strafrechtlicher Natur.¹³ In diesem Beitrag soll allerdings einzig die Frage beantwortet werden, ob GV-Beschlüsse, die unter Mitwirkung von Nicht-Aktionären¹⁴ zustande gekommen sind, als nichtig oder lediglich als anfechtbar zu qualifizieren sind.

Die h.M. vertritt seit Jahrzehnten unter Hinweis auf Art. 691 Abs. 3 OR die Auffassung, dass unter Mitwirkung von Nicht-Aktionären zustande gekommene GV-Beschlüsse lediglich anfechtbar seien, und überdies nur dann, wenn die Verletzung der einschlägigen Verfahrensvorschriften für die Beschlussfassung kausal gewesen sei.¹⁵ Dieses Dogma deckt sich mit der von der Rechtsprechung und Doktrin vertretenen Auffassung, wonach mit formellen Mängeln behaftete GV-Beschlüsse lediglich anfechtbar und nur ausnahmsweise nichtig seien.¹⁶ Allerdings lässt sich kein wirkliches Konzept hinter der von der h.M. vertretenen Auffassung erkennen. Vielmehr hat man bei der Lektüre der einschlägigen Urteile oder Literaturstellen das Gefühl, dass eine ergebnisorientierte, praxisfreundliche Haltung eingenommen wird. Treffend hält *Nicolas Saviaux* in diesem Zusammenhang fest: «*Au final, on peut constater que le Tribunal fédéral adopte une approche pragmatique de la question de la nullité ou annulabilité d'une décision.*»¹⁷

⁷ Siehe *Ines Pöschel*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 689 OR N 14, 17 und 20.

⁸ Umstritten ist, ob das gesamte vom meldepflichtigen Aktionär gehaltene Aktienpaket von den Rechtsfolgen von Art. 697m Abs. 1 OR betroffen ist oder ob die Rechtsfolgen nur in Bezug auf die die 24,99% übersteigende Beteiligung eintreten. Letzterer Lesart von Art. 697m Abs. 1 ist u.E. der Vorzug zu geben (so bereits *Markus Vischer/Dario Galli*, Praxisorientierter GAFI-Leitfaden, Zürich 2017, 28 f., <<https://www.walderwyss.com/publications/2061.pdf>>, besucht am 1.11.2018).

⁹ *Markus Vischer/Dario Galli*, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, SJZ 2016 482 m.w.H. auf den Meinungsstand in der Lehre. A.M. etwa *Carlo Egle*, Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs, Diss. Zürich 2018 = SSHW Band 343, Zürich/St. Gallen 2018, Rz. 933 f.; *Andrea Gamba/Luca Castiglioni*, Le nuove norme sulla trasparenza delle società anonime, NF 2018 278.

¹⁰ Art. 659a Abs. 1, Art. 691 Abs. 1, Art. 695 Abs. 1 OR.

¹¹ Z.B. *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 Rz. 124 ff.

¹² Z.B. BGE 96 II 18 E. 3.

¹³ *Lieberherr/Vischer* (Fn. 2) 299 f.

¹⁴ In der Terminologie von Art. 691 Abs. 3 OR: «Personen, die zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht befugt sind».

¹⁵ Statt vieler BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.2; BGE 96 II 18 E. 3; *Brigitte Tanner*, in: Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 706 OR N 136 ff., 146 und 186.

¹⁶ Vgl. nur BGE 115 II 468 E. 3b; *Dieter Dubs/Roland Truffer*, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 706b OR N 18 m.w.H.

¹⁷ *Nicolas Saviaux*, TF 5A_79/2017: PPE – décision nulle ou annulable?, AJP 2018 386 betreffend Beschlüsse der Stockwerkeigentümergeversammlung (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Beitrags hinzugefügt).

III. Ungültige GV-Beschlüsse im Allgemeinen

A. GV-Beschlüsse: Dichotomie von Gültigkeit und Ungültigkeit

GV-Beschlüsse sind entweder gültig oder ungültig. *Tertium non datur*.¹⁸ Zu den ungültigen Beschlüssen sind zum einen die nichtigen GV-Beschlüsse und zum anderen die auf Klage hin für ungültig erklärten anfechtbaren GV-Beschlüsse zu zählen.¹⁹ Die anfechtbaren GV-Beschlüsse sind also resolutiv bedingt gültig.²⁰

B. Klagesystem

1. Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR)

Das Gesetz räumt dem VR und den Aktionären das Recht ein, GV-Beschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mittels Klage gegen die Gesellschaft anzufechten (Art. 706 Abs. 1 OR). Art. 706 Abs. 2 OR zählt beispielhaft verschiedene Anfechtungsgründe auf.

Ein Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage ist die Klage auf Anfechtung eines GV-Beschlusses, wenn dieser unter Mitwirkung von Personen zustande gekommen ist, die zur Teilnahme an der GV nicht befugt sind (Art. 691 Abs. 3 OR).²¹ Der Gesellschaft steht der Nachweis offen, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte (sog. Kausalitätsprinzip).²²

Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der GV erhoben wird (Art. 706a Abs. 1 OR). Folglich erlangen anfechtbare GV-Beschlüsse spätestens nach unbenutztem Ablauf dieser Frist definitiv ihre Gültigkeit.²³

2. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (Art. 706b OR i.V.m. Art. 88 ZPO)

Im Gegensatz zur Anfechtungsklage sieht das Aktienrecht keine spezifische aktienrechtliche Klage auf Feststellung der Nichtigkeit vor. Der Gesetzgeber zählt in Art. 706b OR ledig-

lich beispielhaft Gründe für die Nichtigkeit von GV-Beschlüssen auf. Die Nichtigkeit eines GV-Beschlusses ist mittels der allgemeinen Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO geltend zu machen.²⁴

Nichtige GV-Beschlüsse sind *ex tunc* ungültig und entfalten keinerlei Rechtswirkungen (*«nullum»*).²⁵ Es handelt sich folglich nicht um aus naturwissenschaftlicher Sicht inexistente Beschlüsse (*«non existens»*).²⁶ Nicht ausgeschlossen ist nämlich, dass die Rechtsordnung an nichtige GV-Beschlüsse andere Rechtswirkungen knüpft (z.B. das Strafrecht oder gar andere aktienrechtliche Bestimmungen).²⁷ Die Nichtigkeit ist vom Richter von Amtes wegen zu beachten.²⁸ Eine Heilung der Nichtigkeit ist ausgeschlossen.²⁹ Jedermann kann sich – das Rechtssicherheitsgebot sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Bundesgericht vorbehalten³⁰ – ohne Einhaltung einer Klagefrist auf die Nichtigkeit berufen.³¹

C. Ungültigkeitsgründe

GV-Beschlüsse können aus zwei Gründen ungültig sein.³² Zum einen, wenn sie inhaltlich (= materiell) fehlerhaft sind. Zum anderen, wenn sie verfahrensmässig (= formell) fehlerhaft,

²⁴ BGE 64 II 150 E. 2; von der Crone (Fn. 23) § 8 Rz. 165.

²⁵ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 Rz. 304.

²⁶ Gl.M. betreffend Verträge Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 4. A., Berlin/Heidelberg 1992, 102 Anm. 14a; René Des Gouttes, Système des Nullités en Droit suisse, ZSR 1929 I 353 *in fine*; Franz Xaver Weder, Die Rechtsmängel in den Beschlüssen der Aktionärenversammlungen, Diss. Freiburg 1920, 77 *in fine*; a.M. Urs Gaudenz Frei, Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961, 64 *in fine*; Richard Ensslin, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungs-Beschlüsse der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1929, 31; Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 77.

²⁷ A.M. BGE 64 II 150 E. 2 («[...] ein nichtiger Generalversammlungsbeschluss vermag von vornherein [...] keine Rechtswirkungen zu erzeugen [...]»); Weder (Fn. 26) 77 *in fine* («ohne jede rechtliche Wirkung»); gl.M. Jean Nicolas Druey, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 142 *in fine*. Korrekt betreffend Nichtentscheide Marco Stacher, Nicht- und Scheinschiedssprüche sowie nichtige Schiedssprüche, ZZZ 2016 323 («aus schiedsrechtlicher Sicht ein Nichts»).

²⁸ BGE 143 III 537 E. 4.2.2.

²⁹ BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 16) Art. 706b OR N 4.

³⁰ BGE 5C.143/2005 vom 2.2.2006 E. 2.

³¹ Statt vieler Ernst A. Kramer, Berner Kommentar, Bern 1991, Art. 20 OR N 311.

³² Henry Peter/Francesca Cavadini, in: Commentaire romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017, Art. 706 OR N 6.

¹⁸ Armin Strub, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1962 = ASR Heft 350, Bern 1963, 1.

¹⁹ Emil Landolt, Beiträge zum Rechte der Generalversammlung, Diss. Zürich 1922, 178 ff.

²⁰ Statt vieler Alfred Koller, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 1988 51.

²¹ BGE 122 III 279 E. 2.

²² Antonio Carbonara, in: Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 691 OR N 7.

²³ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 Rz. 185, spricht von einer *de facto*-Heilung.

also unter Verletzung oder Nichteinhaltung der vom Aktienrecht aufgestellten Regeln (z.B. Einberufungsfrist), zustande gekommen sind. Die Rechtsfolge ungültiger GV-Beschlüsse (Anfechtbarkeit vs. Nichtigkeit) sollte einzig aufgrund der Schwere und nicht aufgrund der Natur des Mangels bestimmt werden.³³

D. Schein-Beschlüsse

Nach tradierter Auffassung sind anlässlich einer GV gefasste Beschlüsse, die mit einem schwerwiegenden formellen Fehler behaftet und damit nichtig sind, u.a.³⁴ von *Schein-Beschlüssen* (*décisions apparentes*)³⁵ abzugrenzen. Als Schein-Beschlüsse gelten jene Beschlüsse, die anlässlich einer Zusammenkunft gefasst werden, die nicht als GV im Sinne des Aktienrechts («Schein-GV») qualifiziert werden kann.³⁶

Sinn und Zweck dieser Abgrenzung wird heutzutage zu Recht von Rechtsprechung und Doktrin infrage gestellt.³⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung haben die beiden Begriffspaare dieselbe Bedeutung.³⁸ Sowohl bei formell nichtigen GV-Beschlüssen als auch bei Schein-Beschlüssen liegt *ab initio* kein GV-Beschluss im Rechtssinne vor.³⁹ Denn die «GV», anlässlich derer der Beschluss gefasst wurde, erfüllt die qua-

litativen Anforderungen an eine GV nicht^{40,41}. Die Sinnhaftigkeit dieser Abgrenzung wird umso mehr infrage gestellt, als die Rechtsfolgen formell nichtiger Beschlüsse und von Schein-Beschlüssen identisch sind.⁴² Eine begriffliche und inhaltliche Unterscheidung zwischen formell nichtigen GV-Beschlüssen und Schein-Beschlüssen ist daher entbehrlich.⁴³

In Anlehnung an die von gewissen Vertragsrechtlern im Zusammenhang mit nichtigen Verträgen verwendete Terminologie⁴⁴ wäre es sprachlich präziser, statt von formell nichtigen GV-Beschlüssen (bzw. Schein-Beschlüssen) von Nicht-Beschlüssen (*non-décisions*)⁴⁵ zu sprechen.⁴⁶ Der Begriff «Nicht-Beschluss» verwendet im Gegensatz zum Begriff «nichtiger GV-Beschluss» nämlich den Begriff «GV-Beschluss» nicht.⁴⁷ An der Sache ändert dies allerdings nichts:⁴⁸ Nichtige GV-Beschlüsse (bzw. Schein-Beschlüsse) und Nicht-Beschlüsse stellen gleichermassen ein rechtliches *Nullum* dar.⁴⁹

³³ Ebenso *Druey* (Fn. 27) 136; *Urs Schenker*, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 47.

³⁴ GV-Beschlüsse sind nach tradierter Auffassung auch von «Nicht-Beschlüssen» abzugrenzen, siehe z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 25 Rz. 117.

³⁵ *Xavier Oulevey*, *L'institution de la décharge en droit de la société anonyme*, Diss. Freiburg 2007 = AISUF Band 268, Zürich/Basel/Genf 2008, 358.

³⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 34) § 25 Rz. 117; siehe ferner *Davide Jermini/Alex Domeniconi*, in: *Kurzkommentar, Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 706b OR N 3; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120081 vom 16.1.2014 E. 3.2.1.1.

³⁷ Vgl. nur BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.1; *Bertrand G. Schott*, *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln*, Diss. Zürich 2009 = SSHW Band 285, Zürich/St. Gallen 2009, § 7 Rz. 3.

³⁸ A.M. *Schott* (Fn. 37) § 1 Rz. 8 f. sowie § 7 Rz. 1 und 3; *Knobloch* (Fn. 26) 77; wohl gl.M. BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.1.

³⁹ Ähnlich BGE 71 I 383 E. 2a; Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzel Ausserrhoden vom 22.5.2007 E. 2, in: AR GVP 2007 Nr. 3502, 62 f.; *Anton Egger*, *Zürcher Kommentar*, 2. A., Zürich 1930,

Art. 75 ZGB N 9; *Marco Del Fabro*, Ein Streifzug durch die Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB, AJP 2015 1155 f.; a.M. *Schott* (Fn. 37) § 7 Rz. 3, welcher das entscheidende Unterscheidungskriterium zwischen nichtigen Beschlüssen und Schein-Beschlüssen darin erblickt, dass Letztere nie die formellen Anforderungen eines Beschlusses erfüllen. Nach dieser Konzeption haben die nichtigen Beschlüsse stets einen GV-Beschluss als «Underlying» (ebenso *Fritz von Steiger*, *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*, 4. A., Zürich 1970, 204 Anm. 90; ihm zustimmend in anderem Zusammenhang *Stacher* [Fn. 27] 322 f. und 326 f.).

⁴⁰ Ausgeklammert hiervon sind Beschlüsse, bei denen die Formvorschriften nicht eingehalten wurden.

⁴¹ Wohl gl.M. BGer 5A_482/2014 vom 14.1.2015 E. 5; wohl a.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau ZBR.2006.47 vom 13.9.2007 E. 5b, in: RBOG 2008 84. Siehe zu dieser Problematik ferner Kapitel V.A.1.

⁴² BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGer 5A_676/2015 vom 5.1.2016 E. 2.3.

⁴³ Wohl gl.M. *Hans Michael Riemer*, *Berner Kommentar*, Bern 1990, Art. 75 ZGB N 89.

⁴⁴ Z.B. *Christoph Müller*, *Berner Kommentar*, Bern 2018, Art. 18 OR N 350.

⁴⁵ *Oulevey* (Fn. 35) 358.

⁴⁶ Zu beachten ist, dass nach tradierter Auffassung ein Nichtbeschluss vorliegt, wenn die begrifflichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Beschlusses nicht erfüllt sind (siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [Fn. 34] § 25 Rz. 117).

⁴⁷ Gl.M. *Carlo Jagmetti*, *Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1958, 42; *Christoph D. Studer*, *Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1995, 113.

⁴⁸ Gl.M. BGE 137 III 460 E. 3.3.2 («in begrifflicher Hinsicht»); wohl a.M. *von der Crone* (Fn. 23) § 8 Rz. 239.

⁴⁹ Siehe Kapitel III.B.2.; gl.M. betreffend Nichtschiedssprüche *Stacher* (Fn. 27) 323 *in fine*.

So oder so sollte vermieden werden, von Schein-GV und Schein-Beschlüssen zu sprechen. Denn das Wort «Schein» insinuiert, dass ggf. noch subjektive Elemente (genauer: das Wissen oder Wissen-Müssen der an der «GV» teilnehmenden Personen) eine Rolle bei der Qualifikation einer GV als «Schein-GV» spielen könnten. Dem ist nicht so: Die Qualifikation einer Personenversammlung als GV erfolgt ausschliesslich aufgrund objektiver Kriterien.⁵⁰ Im Folgenden wird daher konsequent von «Nicht-GV» und «Nicht-Beschlüssen» gesprochen.

IV. Ungültige GV-Beschlüsse wegen Mitwirkung von Nicht-Aktionären im Besonderen

Zweifellos sind GV-Beschlüsse, die unter (vollständiger) Mitwirkung von Nicht-Aktionären zustande gekommen sind, zu Folge eines formellen Mangels⁵¹ ungültig. Die Mehrheit der Autoren und das Bundesgericht erachten solche GV-Beschlüsse nur als anfechtbar.⁵² Dieser Ansatz, dem eine rechtsfolgenseitige Betrachtung von GV-Beschlüssen zugrunde liegt, ist dogmatisch nicht haltbar, weil implizit stets vom Vorliegen einer GV ausgegangen wird.⁵³ Mit anderen Worten diskutiert die h.M. nur die Rechtsfolgen von solchen GV-Beschlüssen, ohne sich jedoch mit der Frage zu befassen, ob eine solche Versammlung überhaupt die Anforderungen an eine GV im Rechtssinne (= Tatbestand) erfüllt.⁵⁴ Dogmatisch verfehlt ist dieser Ansatz aber auch, weil die Rechtsfigur der Nichtigkeit und die vom Gesetzgeber aufgestellten formellen Regeln mit dem Argument der Rechtssicherheit und/oder des Rechtsmissbrauchs ausgehöhlt werden. Dies führt dazu, dass im Endeffekt oftmals klar gesetzeswidrige GV-Beschlüsse lediglich als anfechtbar statt als nichtig qualifiziert werden.

Vor diesem Hintergrund ist eine Rückbesinnung auf den Begriff der GV sowie die dogmatischen Grundsätze von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit erforderlich. Sie führt im Ergebnis dazu, dass nicht vorschnell (bzw. generell) Anfechtbarkeit von unter Mitwirkung von Nicht-Aktionären zustande ge-

kommenen GV-Beschlüssen angenommen werden kann. Vielmehr drängt sich folgendes zweistufiges, formelles⁵⁵ Prüfschema auf: In einem *ersten Schritt* ist zu klären, ob die fragliche Personenversammlung in Bezug auf jedes Traktandum⁵⁶ gesondert eine GV im Rechtssinne darstellt (Prüfschritt 1). Bejahendenfalls muss in einem *zweiten Schritt* geklärt werden, ob die GV trotz Stimmabgabe durch Nicht-Aktionäre mit Bezug auf das jeweilige Traktandum⁵⁷ immer noch als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann (Prüfschritt 2).⁵⁸ Falls die in Prüfschritt 1 oder Prüfschritt 2 zu beantwortende Frage verneint wird, ist (mit Bezug auf das jeweilige Traktandum) von einer Nicht-GV auszugehen. Der anlässlich einer solchen Nicht-GV gefasste Beschluss (das fragliche Traktandum betreffend) stellt entsprechend einen Nicht-Beschluss dar, bei dem sich *a priori* nicht die Frage der

⁵⁵ Siehe aber Kapitel V.A.2.b.

⁵⁶ Siehe Kapitel V.A.1.

⁵⁷ Siehe Kapitel V.A.2.a.

⁵⁸ Gl.M. von Steiger (Fn. 39) 204 Anm. 90; implizit gl.M. unter Bezugnahme auf das Kriterium «entscheidende Mitwirkung» Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015 = SSWH Band 327, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 1232; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 34) § 25 Rz. 126; Hans Michael Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, Rz. 263; Frei (Fn. 26) 43 und 64 Lemma 1d sowie 109; Patrick 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 152 Anm. 14; Peter Haefliger, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1977 = ASR Heft 455, Bern 1978, 24 und 121. Implizit gl.M. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 30.5.1945, in: SJZ 1947 224; Pascal Montavon/Michael Montavon, Abrégé de droit commercial, 6. A., Genf/Zürich/Basel 2017, 425 («décision votée par des personnes qui ne sont plus actionnaires»); Rolf Bär, Die Aktienrechtsreform unter dem Gesichtspunkt des Systems des Gesellschaftsrechts, in: Carl Helbing (Hrsg.), Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Zürich 1984, 151 *in initio*; teilweise gl.M. Schott (Fn. 37) § 11 Rz. 36; Studer (Fn. 47) 117 ff. Zustimmend betreffend VR-Beschlüsse Otto Stebler, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 1944, 39 f.; Mirjam Simone Rhein, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss. Zürich 2000 = SSWH Band 203, Zürich 2001, 215. A.M. Robert Patry, La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, in: Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Hrsg.), Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, 234; Yigit Tahsin Okur, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, Diss. Genf 1965, 62 Anm. 16.

⁵⁰ Siehe Kapitel V.A.1.

⁵¹ A.M. Peter Jäggi, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, 401 f. (materieller Mangel).

⁵² Z.B. BGer 4C.107/2005 vom 29.6.2005 E. 2.2; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 16) Art. 706b OR N 18 m.w.H.; Andreas Länzlinger, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 691 OR N 12; Rohrer (Fn. 4) 35.

⁵³ Kritisch ebenfalls Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, § 8 Rz. 285 *in fine*.

⁵⁴ Ähnlich Studer (Fn. 47) 114 und 121 f.

Anfechtbarkeit stellt.⁵⁹ Selbst bei Bejahung der in Prüfungsschritt 1 und Prüfungsschritt 2 zu beantwortenden Frage ist noch zu prüfen, ob die GV-Beschlüsse auch bei materieller Betrachtungsweise die Anforderungen an einen GV-Beschluss erfüllen.⁶⁰

Die Ansicht des Bundesgerichts⁶¹ und von Teilen der Lehre⁶² ist abzulehnen, wonach Nichtigkeit eines GV-Beschlusses zufolge eines Formmangels nur angenommen werden könne, wenn das Kausalitätserfordernis gemäss Art. 691 Abs. 3 OR analog erfüllt sei.⁶³ Ein solches Kausalitätserfordernis ist nicht mit dem Konzept der Nichtigkeit kompatibel: Entweder erachtet die Rechtsordnung einen Rechtsakt als nichtig oder eben nicht. Keine Rolle spielt, ob sich bei korrektem Vorgehen bzw. Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen die individuell-konkrete Rechtslage der involvierten Parteien anders präsentiert. Würde man dieser Auffassung folgen, könnte man bei jedem nichtigen Rechtsgeschäft (z.B. aufgrund fehlender öffentlicher Beurkundung) vorbringen, bei richtigem Vorgehen wäre das Resultat nicht anders ausgefallen.⁶⁴ Das Bundesgericht hat das Kausalitätserfordernis selbst in einem amtlich publizierten Urteil im Jahre 2011 verworfen: «[...] [D]ie Nichteinladung teilnahmeberechtigter Personen [stellt] einen grundlegenden Verfahrensmangel dar [...], bei welchem das Kausalitätserfordernis fehl am Platz ist.»⁶⁵

V. Zweistufiges Prüfschema

A. Einzuberufende GV

1. *Kann die fragliche Personenversammlung als GV im Rechtssinne qualifiziert werden (Prüfungsschritt 1)?*

a. *Die GV: Eine Versammlung von stimmberechtigten Ist-Aktionären*

Es besteht in der Doktrin keine Einigkeit darüber, wann eine Personenversammlung im vorliegenden Kontext als GV qualifiziert werden kann. Höchstrichterlich wurde diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht abschliessend geklärt.

Oberstes Organ der AG ist die GV der Aktionäre (Art. 698 Abs. 1 OR). Die GV ist folglich die Versammlung der Aktionäre der jeweiligen AG.⁶⁶ Gemeint sind damit die tatsächlichen Eigentümer der Aktien (= Ist-Aktionäre) im Zeitpunkt der GV⁶⁷. Unnötig zu erwähnen ist, dass die Ist-Aktionäre stimmberechtigt sein müssen. Andernfalls könnten sie gar nicht die dem obersten Organ der AG vorbehaltenen Beschlüsse fällen.

Fraglich ist, wie viele stimmberechtigte Ist-Aktionäre an der GV teilnehmen müssen, damit von einer GV im Rechtssinne gesprochen werden kann. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass mindestens ein stimmberechtigter Ist-Aktionär (oder dessen Vertreter) an der GV teilnehmen müsse.⁶⁸ Ein anderer Teil lehnt diese Sichtweise mit dem Argument ab, das Kriterium der Beschlussfassung und jenes der GV würden damit vermischt.⁶⁹

Unseres Erachtens verdient die erste Auffassung den Vorrang. Es mag zwar zutreffen, dass gemäss geltendem Aktienrecht kein Präsenzquorum eingehalten werden muss.⁷⁰ Allerdings muss rein begrifflich mindestens ein stimmberechtigter Ist-Aktionär an der GV teilnehmen, damit von einer GV gesprochen werden kann.⁷¹ Ansonsten kann die GV der jeweiligen AG die ihr zugewiesenen Aufgaben gar nicht erfül-

⁵⁹ A.M. *Claire Huguenin/Bruno Mahler*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 148 *in initio*.

⁶⁰ Siehe Kapitel V.A.2.b.

⁶¹ BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2017 E. 7.2.1; BGer 4A_197/2008 vom 24.6.2008 E. 2.3 («Der Mangel beschränkt sich im Ergebnis auf das formelle Vorgehen, wobei [...] die Beschlüsse der Generalversammlung bei richtigem Vorgehen nicht anders hätten ausfallen können»); siehe auch BGer 4A_43/2007 vom 11.7.2007 E. 4.1.

⁶² Z.B. *Huguenin/Mahler* (Fn. 59) 148; *ZK-Tanner* (Fn. 15) Art. 706b OR N 122; *Christoph von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, in: Handelsrecht, SPR VIII/2, Basel 1982, 192.

⁶³ Ebenfalls kritisch *Olivia Wipf/Hans Caspar von der Crone*, Aktien im Gesamteigentum, SZW 2018 94 f.; *Schenker* (Fn. 33) 38.

⁶⁴ A.M. betreffend fehlende Bestellung eines gemeinsamen Vertreters bei Aktien im Gesamteigentum *Alex Domeniconi/Hans Caspar von der Crone*, Ausübung von Aktionärsrechten durch ein Aktionärskonsortium, SZW 2009 232; *Wipf/von der Crone* (Fn. 63) 94.

⁶⁵ BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

⁶⁶ BGE 96 II 18 E. 3; *Strub* (Fn. 18) 84; *Frei* (Fn. 26) 64 Lemma 1d *e contrario*.

⁶⁷ Ob allenfalls ein Stichtag (siehe dazu BSK OR II-Pöschel [Fn. 7] Art. 689a OR N 8) relevant ist, wird an dieser Stelle offengelassen.

⁶⁸ *Alfred Siegart*, Zürcher Kommentar, Zürich 1945, Art. 625 OR N 3; *Brigitte Tanner*, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987 = SSW Band 100, Zürich 1987, § 2 Rz. 5 und 22 sowie § 7 Rz. 7.

⁶⁹ *Schott* (Fn. 37) § 7 Rz. 26 f.

⁷⁰ *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 12 Rz. 44.

⁷¹ *Von Steiger* (Fn. 39) 193; implizit *Christoph B. Bühler*, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 2018 444 («Die Generalversammlung wird sozusagen ohne weiteres durch die Aktionärserschaft ihrer Teilnehmer begründet [...]»).

len. Folglich ist auch kaum vorstellbar wie eine GV aussehen soll, bei der kein stimmberechtigter Ist-Aktionär teilnimmt. Irrelevant ist jedoch, wie viele Aktienstimmen und -nennwerte dieser eine an der GV teilnehmende stimmberechtigte Ist-Aktionär auf sich vereinigt. Insofern existiert kein Präsenzquorum. Allerdings überschneiden sich bei einem solchen Kriterium die Begriffskriterien der Beschlussfassung und jene der GV etwas. Diese Überschneidung ist aber unvermeidbar, weil die beiden Kriterien interdependent sind.

b. Die rechtsgenügeliche Einberufung der GV als conditio sine qua non für das Vorliegen einer GV im Rechtssinne

aa. Vorbemerkungen

Selbst wenn mindestens ein stimmberechtigter Ist-Aktionär an der GV teilnimmt, liegt nur dann eine GV im Rechtssinne vor, wenn die GV rechtsgenügelich einberufen worden ist.⁷² Rechtsmissbrauch vorbehalten,⁷³ ist die Einberufung zur GV rechtsgenügelich, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen⁷⁴ erfüllt sind. Wird nämlich nicht rechtsgenügelich zur GV eingeladen, liegt lediglich eine lose Aktionärsversammlung (wie z.B. im Kontext gewisser Aktionärsbindungsverträge) vor.⁷⁵ Etwaige GV-Beschlüsse (genauer: Nicht-Beschlüsse) stellen daher höchstens Willenskundgebungen einer solchen losen Ansammlung von Personen dar.⁷⁶ Es bedarf also immer eines formellen Akts, damit aus der losen Versammlung von stimmberechtigten Ist-Aktionären eine GV im Rechtssinne wird und die Personenversammlung sich als Beschlussorgan der AG konstituieren kann.⁷⁷

Die Frage, ob eine Personenversammlung die Qualität einer GV im Rechtssinne besitzt, ist jeweils gesondert *pro Traktandum* zu beantworten. Dies bedeutet, dass an einer GV mit mehreren Traktanden der Personenversammlung in Bezug auf

einzelne Traktanden die Qualität einer GV im Rechtssinne zu kommen kann und bei anderen Traktanden nicht. Eine solche Situation kann aber nur eintreten, wenn die allgemeinen Traktanden übergreifenden Anforderungen an eine rechtsgenügeliche GV-Einladung erfüllt und lediglich die spezifischen Anforderungen pro Traktandum bei einzelnen Traktanden nicht erfüllt sind. Ist hingegen eine dieser allgemeinen Traktanden übergreifenden Anforderungen nicht erfüllt, liegt in Bezug auf sämtliche Traktanden keine GV im Rechtssinne vor.

bb. Anforderungen an die GV-Einladung

Die GV ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form einzuberufen (Art. 700 Abs. 1 OR). Umstritten ist, welches die Rechtsfolgen einer mangelhaften (d.h. verspäteten und/oder in der falschen Form und/oder ohne Mindestinhalt erfolgten) Einladung sind. Diesbezüglich ist ein formeller Ansatz zu verfolgen: Wurden die allgemeinen formellen Voraussetzungen von Frist und Form nicht erfüllt, liegt keine rechtsgenügeliche GV-Einladung und damit letztlich auch keine GV im Rechtssinne vor.⁷⁸ Gleiches gilt, wenn das Versammlungsdatum, die Versammlungsuhzeit und/oder der Versammlungsort fehlen.⁷⁹

Eine rechtsgenügeliche Einberufung und damit eine GV im Rechtssinne liegt in Bezug auf jedes an der GV behandelte Traktandum nur vor, wenn dieses in der GV-Einladung zusam-

⁷² Wohl gl.M. BSK OR II-Pöschel (Fn. 7) Art. 689 OR N 15; Schott (Fn. 37) § 7 Rz. 32 f. m.w.H.; ZK-Tanner (Fn. 15) Art. 698 OR N 88 m.w.H.; a.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9.7.1964, in: SAG 1966 250; Rudolf Peyer, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944, 12.

⁷³ Gl.M. in Bezug auf Schiedssprüche Stacher (Fn. 27) 332.

⁷⁴ Siehe Kapitel V.A.1.b.bb., Kapitel V.A.1.b.cc. und Kapitel V.A.1.b.dd.

⁷⁵ BGE 72 II 91 E. 4c.

⁷⁶ Markus Vischer/Yves Endrass, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats, AJP 2009 408 *in initio*; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160 102 vom 19.12.2016 E. 6.1; Landolt (Fn. 19) 78 f. und 179.

⁷⁷ Landolt (Fn. 19) 41.

⁷⁸ A.M. betreffend Nichteinhaltung der Form BGer vom 22.11.1939, in: SJZ 1939/40 275 f.; Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 6.10.1997 E. 5.4.2, in: ZR 1998 118; ZK-Egger (Fn. 39), Art. 75 ZGB N 9; Riemer (Fn. 58) Rz. 270; differenzierend Knobloch (Fn. 26) 81; Ernst Steiner, Die gerichtliche Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktionäre, SAG 1937/38 136; BK-Riemer (Fn. 43) Art. 75 ZGB N 106; Emil Schucany, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960, Art. 706 OR N 2Aa; siehe aber BGE 78 III 33 E. 11, wo das Bundesgericht betreffend fehlende Traktandierung Nichtigkeit als Rechtsfolge in Erwägung zieht. A.M. betreffend Nichteinhaltung der Frist BGer vom 19.2.1980, in: SAG 1981 180; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 28.2.1972, in: SAG 1974 171; Pierre Tercier, Bemerkungen zum Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 28.2.1972, SAG 1974 173; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 34) § 23 Rz. 79; differenzierend Böckli (Fn. 11) § 16 Rz. 175; Strub (Fn. 18) 102. Gl.M. Schott (Fn. 37) § 9 Rz. 50; gl.M. betreffend Form Strub (Fn. 18) 95 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15.7.1968, in: SAG 1969 213 (jedoch mit Relativierungen); Urteil der Genfer Cour de Justice vom 17.11.1925, in: SJZ 1926/27 9 f. (unvollständige Einladung); teilweise gl.M. Studer (Fn. 47) 127 ff.

⁷⁹ Gl.M. Böckli (Fn. 11) § 12 Rz. 112.

men mit dem Antrag des VR bekannt gegeben wurde.⁸⁰ Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, liegt eine Nicht-GV vor und anlässlich dieser «GV» in Bezug auf dieses «Traktandum» gefasste Beschlüsse sind als Nicht-Beschlüsse zu qualifizieren.

cc. Einberufung durch die zuständige Stelle
Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung⁸¹ und Doktrin⁸² ist eine GV, die von einer unzuständigen Stelle einberufen worden ist, eine Nicht-GV. Diese Auffassung verdient Zustimmung.⁸³ Wird die GV von einer unzuständigen Stelle einberufen, kann mangels des formellen Einberufungsakts gar keine GV im Rechtssinne zustande kommen.

Zuständig für die Einberufung der GV ist grundsätzlich der VR (Art. 699 Abs. 1 OR).⁸⁴ Die rechtsgültige Einberufung durch den VR setzt voraus, dass der VR beim Mehrpersonen-VR als Gremium einen VR-Beschluss unter Einhaltung der Vorschriften gemäss Art. 713 OR fasst.⁸⁵ Folglich ist eine GV-Einladung, der kein vorgängiger VR-Beschluss zugrunde liegt – Einzelpersonen-VR vorbehalten –, nicht rechtsgenüchlich.⁸⁶

dd. Adressaten der GV-Einladung

Adressaten der GV-Einberufung sind zweifellos die Ist-Aktionäre.⁸⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung muss der VR bei objektiver Betrachtungsweise⁸⁸ stets pro einzelnes Traktandum – unter Rückgriff auf die jeweils anwendbaren Beschlussquoren⁸⁹ – die *Mehrheit* der im Zeitpunkt des Versands stimmberechtigten⁹⁰ Ist-Aktionäre einladen.⁹¹ Ansonsten ist die Einladung in Bezug auf das jeweilige Traktandum nicht rechtsgenüchlich. Damit ist aber nicht gesagt, dass den Ist-Aktionären ohne Stimmrecht die GV-Einladung nicht unter einem anderen Titel zur Kenntnis zu bringen ist.⁹² Eine GV ist auch dann als Nicht-GV zu qualifizieren, wenn der VR versehentlich nicht die genügende Anzahl Personen eingeladen hat. Eine verschuldete Pflichtwidrigkeit ist nicht verlangt.⁹³

Lädt der VR rechtsmissbräuchlich (z.B. vorsätzlich⁹⁴) einzelne stimmberechtigte Ist-Aktionäre nicht ein, ist die GV-Einladung in Abweichung der oben skizzierten Regel nicht rechtsgenüchlich, selbst wenn diese nicht eingeladenen Ist-Aktionäre noch so einen kleinen Teil des Aktienkapitals vertreten. Ein solches Verhalten des VR ist im Sinne einer Gegen Ausnahme jedoch unschädlich, wenn die rechtsmissbräuchlich nicht eingeladenen Personen Nicht-Aktionäre sind und der VR irrigerweise annimmt, es handle sich um stimmberechtigte Ist-Aktionäre.

⁸⁰ Gl.M. Studer (Fn. 47) 133 f.; Okur (Fn. 58) 66; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 22./23.1.1935, in: SJZ 1935/36 137 und 233; Urteil der Genfer Cour de Justice vom 25.9.1953, in: SJZ 1955 111; a.M. pro Anfechtbarkeit BGer vom 22.11.1939, in: SAG 1939/40 178; Schott (Fn. 37) § 10 Rz. 16 ff.; a.M. von Greyerz (Fn. 62) 187; gl.M. betreffend komplett fehlende Traktandierung Böckli (Fn. 11) § 12 Rz. 112; Riemer (Fn. 58) Rz. 271; Schott (Fn. 37) § 9 Rz. 52.

⁸¹ BGE 115 II 473 E. 3b; BGE 78 III 33 E. 11; BGE 71 I 383 E. 2a.

⁸² ZK-Egger (Fn. 39) Art. 75 ZGB N 9; Strub (Fn. 18) 90; Riemer (Fn. 58) Rz. 264; Schucany (Fn. 78) Art. 698 OR N 1.

⁸³ A.M. Knobloch (Fn. 26) 82.

⁸⁴ Das Einberufungsrecht steht auch den in Art. 699 Abs. 1 OR erwähnten Personen zu. Über ein indirektes Einberufungsrecht verfügen sodann die Aktionäre (Art. 699 Abs. 3 OR und ggf. Art. 731b Abs. 1 OR) und die GV selbst. Schliesslich verfügen auch Partizipanten über ein Einberufungsrecht, sofern ihnen dieses statutarisch eingeräumt worden ist (Art. 656c Abs. 1 OR e contrario i.V.m. Art. 656c Abs. 2 OR). Aus Platzgründen werden diese Konstellationen in diesem Beitrag jedoch nicht behandelt.

⁸⁵ Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9.7.1964, in: SAG 1966 249; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 16) Art. 699 OR N 2; ZK-Tanner (Fn. 15) Art. 699 OR N 30; CR CO II-Trigo Trindade (Fn. 5) Art. 699 OR N 5.

⁸⁶ Karim Maizar, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2011 = SSHW Band 308, Zürich/St. Gallen 2012, 216 in fine; BK-Riemer (Fn. 43) Art. 75 ZGB N 100; Schott (Fn. 37) § 9 Rz. 29; Patry (Fn. 58) 231 f.

⁸⁷ Dazu z.B. Maizar (Fn. 86) 225; BGE 137 III 460 E. 3.3.2 («teilnahmeberechtigter Personen»); Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 34) § 23 Rz. 86 («stimmberechtigte Aktionäre»).

⁸⁸ A.M. Schott (Fn. 37) § 9 Rz. 5 ff., welcher zwischen Wissen und Nicht-Wissen der AG unterscheidet.

⁸⁹ Dazu sogleich Kapitel V.A.2.a.

⁹⁰ In Analogie zu Art. 85 und Art. 144 lit. a FinfraG (vgl. Mark Montanari, in: Schulthess Kommentar, FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 85 FinfraG N 33).

⁹¹ Strenger BGE 137 III 460 E. 3.3.2; BGE 5A_676/2015 vom 5.1.2016 E. 2.3; Schott (Fn. 37) § 9 Rz. 8; Frei (Fn. 26) 64 Lemma 1a; Rohrer (Fn. 4) 38; BK-Riemer (Fn. 43) Art. 64 ZGB N 30 und Art. 75 ZGB N 102 («teilnahmeberechtigte Mitglieder»); Strub (Fn. 18) 88 («sämtliche Aktionäre»). Ähnlich Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016 288 Anm. 115; ZK-Tanner (Fn. 15) Art. 698 OR N 88 und Art. 706b OR N 118 («massgebenden Zahl von Aktionären»); Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 34) § 23 Rz. 79 («entscheidenden Anzahl von Aktionären»); Knobloch (Fn. 26) 80 Anm. 333 («massgebende oder erhebliche Teil der Aktionäre»).

⁹² Siehe Böckli (Fn. 11) § 6 Rz. 140.

⁹³ A.M. Riemer (Fn. 58) Rz. 269 («schuldhaft»); Del Fabro (Fn. 39) 1155 («schuldhaft»).

⁹⁴ Ebenso BGE 78 III 33 E. 11.

2. Kann die fragliche «GV» trotz Mitwirkung von Nicht-Aktionären als GV im Rechtssinne qualifiziert werden (Prüfschritt 2)?

a. Quantitatives Kriterium des Umkippens

Es liegt nur dann eine GV im Rechtssinne vor, wenn diese rechtsgenügend einberufen wurde und in der Folge mindestens ein stimmberechtigter Ist-Aktionär an der GV teilnimmt.⁹⁵

Fraglich ist, ob auch dann noch von einer GV im Rechtssinne gesprochen werden kann, wenn Nicht-Aktionäre an der GV *abstimmen*.⁹⁶ Art. 691 Abs. 3 OR besagt, dass GV-Beschlüsse, die unter Mitwirkung von Personen zustande kommen, die zur Teilnahme an der GV nicht befugt sind, lediglich anfechtbar sind. Wie bereits ausgeführt,⁹⁷ kann dieser Grundsatz nicht absolute Geltung erlangen.⁹⁸ Art. 691 Abs. 3 OR zielt u.E. auf Konstellationen ab, bei denen wenige Nicht-Aktionäre an der GV abstimmen.⁹⁹ Zu klären ist demnach, ab welcher Anzahl abstimmender Nicht-Aktionäre die Personenversammlung nicht mehr als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist das aus der deutschen Doktrin stammende Konzept des «Umschlagens», welches im Zusammenhang mit der Mängelhaftung beim Gesellschaftskauf (*Share Deal*) entwickelt wurde, analog herbeizuziehen.¹⁰⁰ Nach dieser Theorie des Umschlagens (für welche im vorliegenden Zusammenhang der Terminus «Umkippen» passender erscheint) kippt die GV ab einer bestimmten Anzahl an der GV abstimmender Nicht-Aktionäre in eine Nicht-GV um.¹⁰¹ Dieses Konzept des Umkippens hat auch schon das Bundesgericht implizit bestätigt, als es festgehalten hat, dass

Beschlüsse einer «GV» nichtig seien, wenn «Nichtaktionäre an der Beschlussfassung entscheidend mitgewirkt haben».¹⁰²

Die Trennlinie zwischen einer GV im Rechtssinne, deren Beschlüsse lediglich anfechtbar sind, und einer Nicht-GV, anlässlich derer nur Nicht-Beschlüsse gefasst werden können, ist folglich mithilfe des quantitativen Kriteriums des Umkippens zu ziehen. Konkret muss an einer einzuberufenden GV u.E. jeweils pro Traktandum eine Mehrheit der abstimmenden Personen aus stimmberechtigten Ist-Aktionären bestehen. Eine Mehrheit von abstimmenden stimmberechtigten Ist-Aktionären liegt vor, wenn pro Traktandum jeweils gemäss anwendbarem Beschlussquorum die Mehrheit der abstimmenden Personen aus stimmberechtigten Ist-Aktionären besteht. Gilt für einen Beschluss Einstimmigkeit, müssen alle abstimmenden Personen stimmberechtigte Ist-Aktionäre sein, damit von einer GV im Rechtssinne gesprochen werden kann. Stimmen bspw. an einer GV beim Traktandum «Wahl des VR» sowohl Aktionäre als auch Nicht-Aktionäre ab und entfallen von sämtlichen abgegebenen Stimmen 60% auf stimmberechtigte Ist-Aktionäre und 40% auf Nicht-Aktionäre, liegt in Übereinstimmung mit Art. 703 OR analog mit Bezug auf diesen Beschluss eine rechtsgültige GV vor, da die Mehrzahl der abstimmenden Personen stimmberechtigte Ist-Aktionäre sind.¹⁰³

Präzisierung ist was folgt festzuhalten: *Erstens* steht das postulierte quantitative Kriterium in keinem Widerspruch zur Tatsache, dass nach geltendem Recht keine Mindestpräsenz für die Beschlussfassung an der GV notwendig ist. Denn das quantitative Kriterium ist ein *Vergleichskriterium* und setzt – mit Ausnahme der rein begrifflich notwendigen Teilnahme mindestens eines stimmberechtigten Ist-Aktionärs¹⁰⁴ – keine Mindestanzahl von teilnehmenden stimmberechtigten Ist-Aktionären voraus. *Zweitens* ist das quantitative Kriterium streng von der Beschlussfassung abzugrenzen. Liegt trotz Stimmgabe durch Nicht-Aktionäre eine GV im Rechtssinne vor, müssen zur rechtsgültigen Fassung eines positiven Beschlusses die jeweiligen Mehrheiten gemäss anwendbarem Beschlussquorum erreicht werden. Die Stimmen der Nicht-Aktionäre sind dabei weder bei der Quorumberechnung noch bei der Stimmenzählung zu berücksichtigen.

⁹⁵ Siehe Kapitel V.A.1.

⁹⁶ Nehmen die Nicht-Aktionäre nur an der GV teil, stimmen aber nicht ab, ist der materielle Test durchzuführen (siehe Kapitel V.A.2.b.).

⁹⁷ Siehe Kapitel IV.

⁹⁸ A.M. BGE 96 II 18 E. 3; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13.5.1986 E. III.1, in: ZR 1987 84; BK-*Riemer* (Fn. 43) Art. 75 ZGB N 111 betreffend Aktienrecht. Keine Stellungnahme in der Botschaft vom 21.2.1928 zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, BBl 1928/247.

⁹⁹ Gl.M. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 30.5.1945, in: SJZ 1947 224; *Haefliger* (Fn. 58) 24 und 121; *Wolfhart Friedrich Bürgi*, Zürcher Kommentar, Zürich 1969, Art. 706 OR N 11; *Fritz Funk*, Kommentar des Obligationenrechtes, Zweiter Band. Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, Art. 706 OR N 1.

¹⁰⁰ *Bernd Hauck*, Mängel des Unternehmens beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Diss. Basel 2007 = BSzR Reihe A Band 89, Basel 2008, 507 ff.

¹⁰¹ A.M. *Schott* (Fn. 37) § 11 Rz. 36, welcher quantitative Kriterien ablehnt.

¹⁰² BGE 115 II 468 E. 3b; bestätigt im BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 E. 2.1.

¹⁰³ Keine GV hat auch im BGer 4A_516/2016 vom 28.8.2018 vorgelegen, da 50% (entsprechend 25 Aktien) der an der GV abgegebenen Stimmen auf Nicht-Aktionäre (die im Gesamteigentum stehenden Aktien wurden nämlich nicht durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt) entfielen.

¹⁰⁴ Siehe Kapitel V.A.1.a.

b. Qualitatives Kriterium: Materieller Test

Ist eine GV trotz Stimmabgabe durch Nicht-Aktionäre als GV im Rechtssinne zu qualifizieren¹⁰⁵ oder haben Nicht-Aktionäre nur teilgenommen, nicht aber abgestimmt, kann ein GV-Beschluss nichtsdestotrotz als Nicht-Beschluss qualifiziert werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Einflussnahme der Nicht-Aktionäre auf die Beschlussfassung (z.B. durch Voten¹⁰⁶ oder taktische Vereinbarungen im Vorfeld) derart gewichtig ist, dass aufgrund einer materiellen Betrachtungsweise kein GV-Beschluss mehr vorliegt.¹⁰⁷

B. Universalversammlung

Dieses zweistufige Prüfschema kann prinzipiell auch bei der Universalversammlung angewandt werden.

Prüfschritt 1. Die Eigentümer oder Vertreter aller Aktien können – falls kein Widerspruch erhoben wird – eine GV ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abhalten und über alle in den Geschäftskreis der GV fallenden Gegenstände gültig Beschluss fassen, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend sind (Art. 701 Abs. 1 OR). Aus der gesetzlichen Definition ergibt sich, dass die Universalversammlung eine GV ist, an der alle Ist-Aktionäre (oder deren Vertreter) teilnehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Definition dahingehend zu präzisieren, dass mit Ist-Aktionäre, nur die stimmberechtigten Ist-Aktionäre gemeint sind.¹⁰⁸ Nehmen nicht alle stimmberechtigten Ist-Aktionäre teil, liegt folglich keine Universalversammlung und damit auch keine GV im Rechtssinne vor; die gefassten Beschlüsse sind somit *ab initio* Nicht-Beschlüsse.¹⁰⁹ Im Gegenzug ist eine GV selbst dann noch als Universalversammlung anzusehen, wenn einzelne nicht stimmberechtigte Ist-Aktionäre nicht teilnehmen.

Prüfschritt 2. Das quantitative Kriterium des Umkippens spielt betreffend die Universalversammlung keine Rolle, da rein begriffslogisch sämtliche stimmberechtigten Ist-Aktionäre teilnehmen müssen. Sollten an einer rechtsgültigen Uni-

versalversammlung auch Nicht-Aktionäre teilgenommen oder gar abgestimmt haben, ist einzig mithilfe des materiellen Tests¹¹⁰ zu prüfen, ob die Nicht-Aktionäre einen erheblichen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt haben. Bejahendenfalls sind die anlässlich der Universalversammlung gefassten Beschlüsse als Nicht-Beschlüsse zu qualifizieren.

VI. Zusammenfassung

Nicht-Aktionäre sind Personen, die nicht Eigentümer der Aktien einer AG sind (Nicht-Aktionäre i.e.S.), und Aktionäre, die zwar Eigentümer der Aktien einer AG sind, deren Stimmrecht aus welchen Gründen auch immer – sei es generell oder mit Bezug auf einzelne Traktanden – ausgesetzt ist (Nicht-Aktionäre i.w.S.).

Unter Teilnahme solcher Nicht-Aktionäre zustande gekommene GV-Beschlüsse sind zufolge eines formellen Mangels ungültig. Ob solche Beschlüsse anfechtbar oder nichtig sind, beurteilt sich in einem zweistufigen Prüfungsverfahren primär unter Zuhilfenahme formeller Kriterien. In einem *ersten Schritt* ist zu prüfen, ob die fragliche Personenversammlung in Bezug auf jedes einzelne Traktandum überhaupt als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann (= Prüfschritt 1). Bejahendenfalls muss in einem *zweiten Schritt* mithilfe des quantitativen Kriteriums des Umkippens jeweils pro Traktandum gesondert geklärt werden, ob die GV trotz Stimmabgabe durch Nicht-Aktionäre immer noch als GV im Rechtssinne qualifiziert werden kann (= Prüfschritt 2). Falls die in Prüfschritt 1 oder Prüfschritt 2 zu beantwortende Frage verneint wird, ist die GV (mit Bezug auf das jeweilige Traktandum) als Nicht-GV zu qualifizieren. Folglich stellt der anlässlich dieser «GV» gefasste Beschluss (mit Bezug auf das jeweilige Traktandum) einen Nicht-Beschluss dar, dessen Nichtigkeit mit der Feststellungsklage geltend gemacht werden kann.

Kann eine GV trotz Stimmabgabe durch Nicht-Aktionäre nach Massgabe des quantitativen Kriteriums des Umkippens als GV im Rechtssinne qualifiziert werden, kann ein GV-Beschluss bei gewichtiger Einflussnahme der Nicht-Aktionäre auf die Beschlussfassung nichtsdestotrotz als Nicht-Beschluss qualifiziert werden (= materieller Test). Selbiges gilt, wenn Nicht-Aktionäre nur teilgenommen, nicht aber abgestimmt haben.

¹¹⁰ Siehe Kapitel V.A.2.b.

¹⁰⁵ Siehe Kapitel V.A.2.a.

¹⁰⁶ Gl.M. BGE 137 III 460 E. 3.3.2.

¹⁰⁷ Siehe auch ZK-Tanner (Fn. 15) Art. 706 OR N 140; a.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 34) § 23 Rz. 90.

¹⁰⁸ Siehe Kapitel V.A.1.a.

¹⁰⁹ BGE 137 III 460 E. 3.3.2 *in initio*; so schon Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3.2.1981, in: SAG 1982 27 f.