172 SZW/RSDA 2/2022

Verbotene Einflussnahme des VR auf die Willensbildung in der GV mittels der patronalen Personalfürsorgestiftung

Bundesgerichtsurteil 4A_340/2021 vom 27. Oktober 2021 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Dario Galli und Markus Vischer*/**

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Rechtsfrage
 - 2. Auslegung von Art. 659a Abs. 1 OR
 - 3. Auslegungsergebnis
- III. Bemerkungen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Fragwürdige dogmatische Begründung
 - 3. Kontrollkonzept unter dem Aktienrecht 2020
 - 4. Kontrolle einer Stiftung

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Aktionäre der A AG (Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Gesellschaft) sind die patronale Personalfürsorgestiftung¹ der Gesellschaft (40 Na-

- * Dr. iur. Dario Galli, LL.M., und Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.
- ** Das referierte Urteil (insbesondere der Aspekt des Rechtsschutzes bei fehlerhaft ermittelten Abstimmungsergebnissen) wurde bereits von Oliver Dalla Palma/Bruno Mahler/Hans Caspar von der Crone in der SZW 2021 (S. 760 ff.) besprochen. Der Fokus der Urteilsbesprechung in diesem Heft liegt auf dem Ruhen des Stimmrechts unter dem künftigen Aktienrecht. Daher wurden in dieser Entscheidbesprechung die Ausführungen des Bundesgerichts zur positiven Beschlussfeststellungsklage weggelassen und auch nicht kommentiert. Es wird diesbezüglich auf die Urteilsbesprechung in der SZW 2021 verwiesen.
- Patronale Personalfürsorgestiftungen verstanden als ausschliesslich durch den Arbeitgeber finanzierte Stiftungen (Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder ...?, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], BVG-Tagung 2009, St. Gallen 2009, S. 153 ff., S. 155 f. und 159) ohne planmässigen Risikoschutz (Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006, § 2 Rz. 22) und damit nicht i.S. des BVG registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Hanspeter Konrad/Michael Lauener, in: Marc Hürzeler/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel 2021, Art. 48 BVG N 6) - werden auch als «patronale Fonds», «Fürsorgefonds» oder «Wohlfahrtsfonds» bezeichnet (Riemer/Riemer-Kafka [Fn. 1], § 2 Rz. 24 und 32). Die Bezeichnung einer Stiftung ist jedoch für ihre rechtliche Qualifikation nicht entscheidend (vgl. im Allgemeinen: BGer 4A_64/2020 vom 6.8.2020 E. 8.1.2; siehe auch Ruggli-Wüest [Fn. 1], S. 155; Riemer/Riemer-Kafka [Fn. 1], § 2 Rz. 33). Wenn in diesem Beitrag von «patronalen Personalfürsorgestiftun-

menaktien), B.B (Klägerin, Beschwerdegegnerin; 30 Namenaktien) und ihre Kinder C.B (40 Namenaktien) sowie D.B (40 Namenaktien). Dem Verwaltungsrat (VR) der Gesellschaft gehörten bis 1. November 2019 C.B (Präsidentin), die Klägerin und D.B an. Der VR der Gesellschaft bestimmt die Stiftungsratsmitglieder der patronalen Personalfürsorgestiftung der Gesellschaft. Zurzeit gehören C.B (Präsidentin mit Stichentscheid) und D.B dem Stiftungsrat an.²

An der am 1. November 2019 abgehaltenen ausserordentlichen GV der Gesellschaft stimmte C.B nicht nur mit ihren eigenen 40 Aktien ab, sondern auch mit den 40 Aktien der patronalen Personalfürsorgestiftung der Gesellschaft (zusammen 80 Stimmen). An der GV nahmen ferner die Klägerin und D.B teil (zusammen 70 Stimmen). Folgende Abstimmungsergebnisse wurden protokolliert:

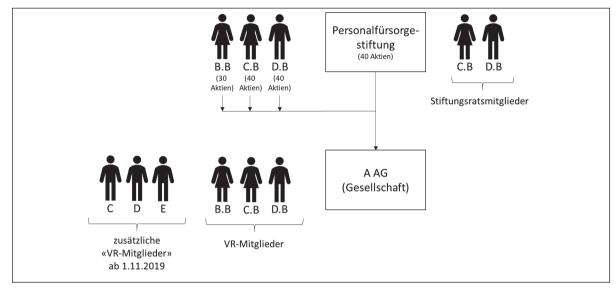
- Ablehnung der Abwahl von C.B aus dem VR mit 80 zu 70 Stimmen; und
- Neuwahl von C, D und Rechtsanwalt E in den VR mit 80 zu 70 Stimmen.³

Am 30. Dezember 2019 klagte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Gesellschaft und verlangte u.a. die Feststellung, dass die GV-Beschlüsse fehlerhaft seien. Das Handelsgericht hiess in seinem Urteil⁴ die Klage teilweise gut, soweit es darauf eintrat.⁵

Die Gesellschaft verlangte mit Beschwerde in Zivilsachen im Wesentlichen, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen sei. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.⁶

Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

- gen» gesprochen wird, sind damit ausschliesslich durch den Arbeitgeber finanzierte, nicht i.S. des BVG registrierte Stiftungen ohne planmässigen Risikoschutz gemeint.
- Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 Sachverhalt Teil A.a.
- ³ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 Sachverhalt Teil A.d.
- ⁴ HGer ZH HG200002-O vom 18.5.2021.
- 5 Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 Sachverhalt Teil B.b.
- ⁶ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 Sachverhalt Teil C und E. 8.



II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Rechtsfrage

Das Ruhen des Stimmrechts eigener Aktien nach Art. 659*a* Abs. 1 OR sei eine gesetzliche Stimmrechtsbeschränkung, deren Missachtung einen Anfechtungsgrund nach Art. 691 Abs. 3 OR bilden könne.⁷ Vorliegend sei umstritten, ob dies auch dann gelte, wenn es nicht um das Stimmrecht eigener Aktien gehe, sondern eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft halte.⁸

2. Auslegung von Art. 659a Abs. 1 OR

Art. 659*a* Abs. 1 OR halte fest, dass das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte eigener Aktien ruhen. Diese Bestimmung bezwecke vordringlich die Wahrung des Bestimmungsrechts der GV.⁹ Das Gleiche gelte aufgrund des später im Gesetz eingefügten Art. 659*b* Abs. 1 OR im Fall einer Mehrheitsbeteiligung einer Gesellschaft an ihrer Tochtergesellschaft.¹⁰

Die patronale Personalfürsorgestiftung sei eine eigenständige juristische Person. Ihre Mittelverwendung sei gebunden durch die Zwecke der Stiftung, und sie unterstehe staatlicher Aufsicht. Diese Aspekte betone die Gesellschaft zu Recht. In der Tat sei eine patronale Personalfürsorgestiftung in dieser Hinsicht nicht zu vergleichen mit einer (Tochter-)Gesellschaft, deren Aktien im Eigentum der Muttergesellschaft stehen. Für diese stelle das Gesetz denn auch die Erwerbsschranken nach Art. 659*b* Abs. 1 OR i.V.m. Art. 659 OR auf, damit die Bestimmungen zum Schutz des Gesellschaftskapitals nicht durch Zwischenschaltung von Tochtergesellschaften umgangen werden. ¹¹

Hier gehe es aber nicht um den Kapitalschutz, sondern um die Willensbildung in der GV. Das in Art. 659a Abs. 1 OR vorgeschriebene Ruhen des Stimmrechts bezwecke, die «Gefahr der Konzentration von Macht ohne Risiko» beim VR zu verhindern. Die Regel sei auf die Erwägung zurückzuführen, dass sich aus dem Erwerb eigener Aktien «eine unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung durch die Gesellschaftsorgane ergeben» könne. Denn in der GV übten die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte aus, und hier solle ausschliesslich von ihnen, nicht von den Gesellschaftsorganen, über die Geschicke der Gesellschaft entschieden werden. Folglich könne es auch in der vorliegenden Konstellation nicht auf die formale Trennung der Gesellschaft und der patronalen Personalfürsorgestiftung der Gesellschaft als deren Aktionärin ankommen.¹²

Entscheidend sei vielmehr das zwischen ihnen bestehende Abhängigkeitsverhältnis. Sei die patronale Personalfürsorgestiftung derart von der Gesell-

⁷ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 3.1.

⁸ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 3.2.

⁹ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 4.1.

¹⁰ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 4.2.

¹ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.

¹² Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.

schaft beherrscht, dass ihr dieser gegenüber kein selbständiger Wille zukomme, so sei der Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die im Eigentum der patronalen Personalfürsorgestiftung befindlichen Aktien gegeben. Der damit verbundene Einfluss des VR auf die Entscheide der GV sei eine Konsequenz, die der Gesetzgeber mit Art. 659a Abs. 1 OR gerade zu verhindern suchte.¹³

Die Stimmrechtsausübung liefe auch der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung zuwider, weil der VR qua seines Stiftungsamtes Befugnisse ausüben würde, die das Gesetz in unübertragbarer Weise der GV zuteile (Art. 698 OR i.V.m. Art. 716 Abs. 1 OR).¹⁴

Dass die patronale Personalfürsorgestiftung der Gesellschaft von der Gesellschaft und deren VR-Mitgliedern beherrscht werde, sei angesichts der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ausgewiesen. Die Gesellschaft stelle denn auch nicht in Abrede, dass sie alle Stiftungsratsmitglieder stelle (oder zumindest bestelle) und dass (teilweise) Personalunion zwischen den Mitgliedern von Verwaltungs- und Stiftungsrat bestehe. Sie betone, dass die Stiftung staatlicher Aufsicht unterstehe und der Stiftungsrat dem Stifterwillen sowie dem Stiftungszweck verpflichtet sei. Dies allein löse das Abhängigkeitsverhältnis und die Möglichkeit zur Einflussnahme jedoch nicht. Es würde den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht, in Konstellationen patronaler Stiftungsorganisation¹⁵ und personeller Verquickung der Entscheidungsträger - wie sie vorliegend gegeben seien - der Stiftung einen von der AG autonomen Willen zuzugestehen.16

Eine andere Beurteilung würde jedenfalls voraussetzen, dass durch adäquate organisatorische Massnahmen gewährleistet werde, dass der Stiftungsrat von der AG effektiv und dauernd unabhängig sei. Im vorliegenden Fall liege ein «Anlagereglement» der Stiftung im Recht. Dieses schreibe in Ziffer 1.6 unter anderem vor, dass der Stiftungsrat «im Normalfall auf die Ausübung der Aktionärsrechte» verzichte, «im Einzelfall» auf Antrag eines Mitglieds aber davon abgewichen werden könne. Diese Regel stelle die Unabhängigkeit des Stiftungsrats allerdings nicht sicher. 17

3. Auslegungsergebnis

Halte eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der Gesellschaft, von der sie beherrscht werde, ruhe das aus diesen Aktien fliessende Stimmrecht, sofern nicht mit geeigneten strukturellen Massnahmen sichergestellt sei, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd unabhängig agiere. ¹⁸ Die Vorinstanz habe folglich zu Recht erkannt, dass die betreffenden Aktien im Stimmrecht eingestellt seien. ¹⁹

III. Bemerkungen

1. Allgemeines

1.1 Beantwortete Fragen

Hält eine patronale Personalfürsorgestiftung Aktien der AG, von der sie beherrscht wird, ruht gemäss Bundesgericht das aus diesen Aktien fliessende Stimmrecht gestützt auf «eine analoge Anwendung von Art. 659a Abs. 1 OR»²⁰. Diese Regel gilt jedoch, wie das Bundesgericht festhält, nicht absolut. Wird durch «adäquate organisatorische Massnahmen»²¹ sichergestellt, dass der Stiftungsrat effektiv und dauernd von der die patronale Personalfürsorgestiftung beherrschenden AG unabhängig ist, ruht das aus diesen von der Stiftung gehaltenen Aktien fliessende Stimmrecht nicht.²²

1.2 Mit Art. 659*a* Abs. 1 OR verwandte Konstellationen

Aus dem referierten Urteil lässt sich ableiten, dass Art. 659a Abs. 1 OR analog auf jene Sachverhalte anwendbar sein soll, in denen ein Aktionär, der keine Tochtergesellschaft i.S.v. Art. 659b Abs. 1 und 2 OR ist, durch die AG kontrolliert wird.²³ Wie das Bundesgericht bereits im Jahr 1917 festhielt, soll der VR nicht die Stimmrechtsverhältnisse in der GV²⁴ und damit die Fällung von Beschlüssen beeinflussen dür-

³ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.

¹⁴ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.

Gemeint sind Stiftungen ohne planmässigen Risikoschutz (vgl. Fn. 1).

¹⁶ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.2.

¹⁷ Zu alledem: BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.3.

¹⁸ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.4.

¹⁹ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.3.

²⁰ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.

²¹ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.3.

²² BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.3 und 5.2.4.

Das Bundesgericht spricht im referierten Urteil von «Abhängigkeitsverhältnis» und «Beherrschung» (vgl. E. 5.2.1 mit Hinweis auf BGE 72 II 275 E. 3 S. 285).

Betreffend aOR 1881: BGE 43 II 293 E. 2 S. 298.

fen, die der GV zugewiesen sind. ²⁵ Andernfalls würde das Paritätsprinzip verletzt. ²⁶ Dem Bundesgericht ist beizupflichten, dass in den angesprochenen Konstellationen das aus solchen Aktien fliessende Stimmrecht in der GV ruhen soll. Ob die Rechtsgrundlage des Ruhens des Stimmrechts wie vom Bundesgericht in Art. 659*a* Abs. 1 OR analog zu erblicken ist, ist aber fraglich.

Wie das Bundesgericht bereits zur Vorgängerbestimmung von Art. 659*a* Abs. 1 OR festhielt, sollen «solche Aktien in der Generalversammlung [...] nicht grundsätzlich vom Stimmrecht ausgeschlossen» sein.²⁷ Vielmehr bedarf es laut Bundesgericht einer Einzelfallprüfung, ob diese Aktien zur Stimmabgabe zugelassen werden dürfen.²⁸ Diesen Grundsatz erklärte das Bundesgericht folgerichtig auch für mit Art. 659*a* Abs. 1 OR verwandte Konstellationen anwendbar. Dieses Prinzip liegt auch Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR zugrunde. Nach der gesetzgeberischen Wertung soll nämlich nur das Stimmrecht jener Aktien ruhen, die von einer Gesellschaft gehalten werden, an der die AG mehrheitlich beteiligt ist.

Es stellt sich die Frage, welche Konstellationen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise mit Art. 659a Abs. 1 OR so eng verwandt sind, dass sich zum Schutz der Willensbildung in der GV eine analoge Anwendbarkeit von Art. 659a Abs. 1 OR aufdrängt. Ausgenommen sind Konstellationen, die von Art. 659b Abs. 1 und 2 OR erfasst werden, d.h. Mehrheitsbeteiligungen an anderen Gesellschaften. Im Umkehrschluss können somit a priori nur nicht von Art. 659b Abs. 1 und 2 OR erfasste Konstellationen in den analogen Geltungsbereich von Art. 659a Abs. 1 OR fallen. Als Gesellschaften i.S.v. Art. 659b Abs. 1 und 2 OR gelten Rechtsgemeinschaften und Körperschaf-

- ²⁵ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.
- Vgl. betreffend aOR 1936 BGE 72 II 275 E. 3 S. 284: «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 Versammlung darf weder unmittelbar noch mittelbar durch Zwang oder Lenkung von oben eingewirkt werden [...]». Siehe zum Paritätsprinzip im Allgemeinen z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 915.
- ²⁷ Betreffend Art. 659 Abs. 1 aOR 1936: BGE 72 II 275 E. 3 S. 284.
- ²⁸ Betreffend Art. 659 Abs. 1 aOR 1936: BGE 72 II 275 E. 3 S. 284.

ten.²⁹ Die Autoren, die sich zu Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR äussern, scheinen davon auszugehen, dass mit «Gesellschaften» i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR «Kapitalgesellschaften» gemeint sind.³⁰ Dieses enge Begriffsverständnis ist abzulehnen. Unter einer «Gesellschaft» i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR ist eine Gesellschaft gemäss Schweizer Rechtsverständnis zu verstehen. Dabei spielt es keine Rolle, dass gewisse Gesellschaften aufgrund ihrer Form – unabhängig davon, ob eine Mehrheitsbeteiligung i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR als Stimmen- oder Kapitalmehrheit aufgefasst wird –³¹ kaum je (oder gar nie) die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR erfüllen.³²

Ergo drängt sich eine analoge Anwendbarkeit von Art. 659*a* Abs. 1 OR gemäss der bundesgerichtlichen Logik nur bei Rechtsformen auf, die nicht als Gesellschaften vom Geltungsbereich von Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR erfasst werden. Der analoge Geltungsbereich von Art. 659*a* Abs. 1 OR ist daher klein. Nicht als Gesellschaften gelten z.B. Anstalten, wie z.B. privatrechtliche Stiftungen (Art. 80–89*a* ZGB).³³ Solche Rechtsformen fallen nach der bundesgerichtlichen Logik unter den erweiterten Geltungsbereich von Art. 659*a* Abs. 1 OR analog.³⁴

- ²⁹ Zum Begriff «Gesellschaft» statt vieler: Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 2 Rz. 3 f.
- ³⁰ Z.B. Christian Lenz/Andreas von Planta, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 659b N 3.
- Für eine Übersicht über die Lehrmeinungen z.B. BSK OR II-*Lenz/von Planta* (Fn. 30), Art. 659*b* N 3.
- ³² Vgl. betreffend die Stimmrechtsmehrheit i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR bezüglich die einzelnen Gesellschaftsformen: *Markus Vischer/Dario Galli*, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR?, AJP 2020, S. 1022 ff., S. 1031 ff., insbesondere S. 1034, wonach den Autoren zufolge das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» bei Kapitalgesellschaften praktisch bedeutsam sei.
- Zum Begriff «Anstalt» z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (Fn. 29), § 2 Rz. 64 und 67.
- A.M. Roger Groner, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003 = BSzR Reihe A Band 68, Basel 2003, S. 120 (Anm. 512), der Stiftungen unter den Begriff «Tochtergesellschaft» subsumiert.

2. Fragwürdige dogmatische Begründung

Das Bundesgericht kam zu Recht zum Schluss, dass das Stimmrecht der patronalen Personalfürsorgestiftung der Gesellschaft in der GV ruht. Die dogmatische Begründung dieses korrekten Ergebnisses ist aber fragwürdig.³⁵ Im Einklang mit der Lehre³⁶ erblickte das Bundesgericht in Art. 659*a* Abs. 1 OR die Bestimmung, deren Geltungsbereich auf dem Wege des Analogieschlusses auf «verwandte Sachverhalte» ausgeweitet werden soll.³⁷

Genau besehen regeln aber Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR die dem vorliegenden Urteil zugrunde liegende Konstellation. ³⁸ Denn Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR wollen Sachverhalte erfassen, die Art. 659*a* Abs. 1 OR ähneln. ³⁹ In beiden Fällen (eigene Aktien i.S.v. Art. 659*a* Abs. 1 OR und Aktien i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR, die eigenen Aktien ähneln, weil die Gesellschaft indirekt darüber verfügen kann) soll aus den dargelegten Gründen (vgl. Ziff. III.1.2) das Stimmrecht ruhen.

Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise des Bundesgerichts, obwohl im Ergebnis korrekt, dogmatisch fragwürdig. Statt Art. 659*b* Abs. 1 und 2 OR teleologisch zu erweitern, also jene Gesetzesbestimmung, welche die der Grundnorm (Art. 659*a* Abs. 1 OR) ähnelnden Sachverhalte erfassen will, erweitert das Bundesgericht teleologisch – wie zuvor

- A.M. Michael Hochstrasser/Dorothee Auwärter, Entscheidbesprechungen. BGer 4A_340/2021: Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Ruhen des Stimmrechts, AJP 2022, S. 172 ff., S. 175.
- Z.B. Rita Trigo Trindade, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/ Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 659b N 34; BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 30), Art. 659a N 2e; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2009, § 12 Rz. 447; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 Rz. 88c.
- ³⁷ BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.1.
- Gl.M. Groner (Fn. 34), S. 119; teilweise gl.M. HGer ZH HG200002-O vom 18.5.2021 E. 4.2.4; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 36), § 24 Rz. 88c: «Liegen Aktien einer Gesellschaft bei einem patronalen Fonds, dessen Stiftungsrat von dieser Gesellschaft frei bestimmt wird, dann dürfte OR 659a I analog Anwendung finden: Es liegt die gleiche Interessenlage wie bei Tochtergesellschaft in gleicher Weise indirekt auf die Stimmabgabe einwirken könnte.»
- ³⁹ Vgl. BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 4.2.

bereits die Lehre⁴⁰ – den Geltungsbereich der Grundnorm. Man mag nun einwenden, dass dem Bundesgericht aufgrund der Formulierung in Art. 659b Abs. 1 und 2 OR keine andere Wahl blieb, als Art. 659a Abs. 1 OR analog anzuwenden. Denn Stiftungen sind zweifelsohne keine «(Tochter-)Gesellschaften», an denen man eine «Mehrheitsbeteiligung» im herkömmlichen Sinn halten kann.41 Allerdings ist Sinn und Zweck von Art. 659b Abs. 1 und 2 OR klar: An Aktien, die zwar nicht formell, jedoch materiell eigene Aktien sind, soll das damit verbundene Stimmrecht nicht ausgeübt werden können. Daher wäre es naheliegender, aber auch methodologisch wünschenswert gewesen, solche Konstellationen wie die vorliegende unter Art. 659b Abs. 1 und 2 OR zu subsumieren.42

Kontrollkonzept unter dem Aktienrecht 2020

3.1 Allgemeines

Der Gesetzgeber fasst die Abs. 1 und 2 von Art. 659*b* OR im Zuge der Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19. Juni 2020⁴³ in einem Absatz, nämlich Abs. 1 von Art. 659*b* revOR, zusammen.⁴⁴

- Siehe die Nachweise in Fn. 36.
- ⁴¹ Gl.M. Groner (Fn. 34), S. 120 (Anm. 512).
- Vgl. Lukas Handschin, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 659–Art. 659b OR N 111: «Mit dem Erwerb eigener Aktien hängt die Willensbildung der Pensionskassen nur insoweit zusammen, als die Gefahr besteht, dass die Gesellschaft über die Kontrolle der Pensionskasse auf die Willensbildung ihrer eigenen Generalversammlung Einfluss nimmt. Diese Fragstellung liegt auch im Zusammenhang mit eigenen Aktien vor, die durch Tochtergesellschaften gehalten werden [...].» Im Ergebnis scheint sich Handschin jedoch der h.L. anzuschliessen und Art. 659a Abs. 1 OR auf solche Konstellationen anwenden zu wollen (Art. 659–Art. 659b OR N 111 in fine).
- AS 2020 4005. Diese Aktienrechtsrevision wird nachfolgend als «Aktienrechtsrevision 2020» und das neue Aktienrecht als «Aktienrecht 2020» bezeichnet. Die Bestimmungen des Aktienrechts 2020 werden zitiert mit «Art. [...] revOR». Die meisten Bestimmungen des Aktienrechts 2020 werden am 1. Januar 2023 in Kraft treten. Einzelne Bestimmungen des Aktienrechts 2020 (Einführung von Geschlechterrichtwerten und strengeren Transparenzregeln für Unternehmen, die in der Rohstoffförderung tätig sind) hat der Bundesrat aber bereits früher in Kraft gesetzt.
- Art. 659b Abs. 2 OR ist nämlich überflüssig, da er mit Art. 659b Abs. 1 OR inhaltlich übereinstimmt (Peter Forst-

Zusätzlich revidiert der Gesetzgeber diese Bestimmung materiell: Einerseits weitet er den Geltungsbereich von Art. 659*b* Abs. 1 revOR auf alle Unternehmen aus, womit auch Stiftungen erfasst sind. Andererseits inkorporiert der Gesetzgeber das Kontrollkonzept von Art. 963 Abs. 2 OR bzw. verweist in Art. 659*b* Abs. 1 revOR auf Art. 963 OR. Das Art. 963 Abs. 2 OR zugrunde liegende Kontrollkonzept eignet sich gut hierfür, 45 weil es sich um einen formellen Kaskadenkontrolltest handelt, 46 mithilfe dessen ermittelt werden kann, wer die Exekutive eines Unternehmens kontrolliert. 47

3.2 Umfang der Verweisung auf Art. 963 OR

Art. 659*b* Abs. 1 revOR verweist auf Art. 963 OR (Einzelverweisung), d.h., Art. 963 OR ist sinngemäss bzw. analog anwendbar. Die analoge Anwendbarkeit von Art. 963 OR ergibt sich auch ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers in Art. 659*b* Abs. 1 revOR aus Grundsätzen der Verweisungsdogmatik.⁴⁸

Es stellt sich die Frage, ob Art. 963 OR im Anwendungsbereich von Art. 659*b* Abs. 1 revOR tel quel oder modifiziert anwendbar ist.⁴⁹ Sinn und Zweck von Art. 659*b* Abs. 1 revOR sprechen dafür, dass – wie bei Art. 697*j* Abs. 2 Satz 1 OR – Art. 963 OR modifiziert anwendbar ist und damit nur Abs. 2 von Art. 693 OR analog anwendbar ist.⁵⁰ Denn Sinn und Zweck der Neufassung von Art. 659*b* OR ist, das bisherige Krite-

moser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 659b OR Rz. 11; Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2017 399, 521: «Die bisherige Norm wird vereinfacht, und die Absätze 1 und 2 des geltenden Rechts, die faktisch die gleiche Aussage enthielten, werden in einem Absatz zusammengefasst.»).

- 45 Gl.M. im Ergebnis Forstmoser/Küchler (Fn. 44), Art. 659b OR Rz. 8.
- 46 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1030.
- 47 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1029 f.
- Im Allgemeinen z.B. Susan Emmenegger, in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 99 OR N 183 m.w.N.; vgl. auch Viktor Lieber, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 7 ZGB N 32 ff.
- ⁴⁹ Man spricht vom «Vorbehalt der teilrechtseigenen Systemkompatibilität» (BK-Emmenegger [Fn. 48], Art. 99 OR N 184 m.w.N.).
- Teilweise gl.M. Botschaft Aktienrecht 2020 (Fn. 44), 521: «Absatz 1 wird an die neuen Bestimmungen zur Konzernrechnung angepasst (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR).»; a.M. betreffend Art. 963 Abs. 3 OR: Forstmoser/Küchler (Fn. 44), Art. 659b OR Rz. 9.

rium «Mehrheitsbeteiligung» durch das Kontrollkonzept von Art. 963 OR zu ersetzen.⁵¹ Hierfür müssen Art. 963 Abs. 1, 3 und 4 OR nicht analog angewandt werden.

Die analoge Anwendung von Art. 963 Abs. 1 OR ist überflüssig, weil es für die Zwecke von Art. 659b Abs. 1 revOR keine Rolle spielen kann, welche Unternehmen zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind. Relevant sind nur die Kriterien von Art. 963 Abs. 2 OR, die festhalten, wann ein Unternehmen als kontrolliert gilt und in der Konzernrechnung auftauchen muss. Gegen eine analoge Anwendung von Art. 963 Abs. 1 OR spricht auch, dass nur i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR kontrollierte «rechnungslegungspflichtige Unternehmen» von Art. 963 Abs. 1 OR erfasst werden sollen. Es gibt mit anderen Worten keinen Grund, den Geltungsbereich von Art. 659b Abs. 1 revOR künstlich zu verkleinern. Eine analoge Anwendung von Art. 963 Abs. 3 OR würde eine einheitliche Rechtsanwendung verhindern, da ein anerkannter Rechnungslegungsstandard die Kontrollkriterien (bzw. den Konsolidierungskreis) abweichend vom OR definieren kann. Die analoge Anwendung von Art. 963 Abs. 3 OR läuft damit einer gleichmässigen Rechtsanwendung zuwider und ist abzulehnen. Schliesslich ist die analoge Anwendung von Art. 963 Abs. 4 OR überflüssig, da der Inhalt dieser Bestimmung im Anwendungsbereich von Art. 659b Abs. 1 revOR belanglos ist.

3.3 Widerlegung der Kontrollvermutung

Eine Kontrollvermutung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1–3 OR kann unter dem Aktienrecht 2020 z.B. von der beklagten AG oder von einem klagenden Aktionär nur in engen Grenzen umgestossen und damit der Eintritt der Rechtsfolgen nach Art. 659*b* Abs. 1 revOR verhindert werden.

So kann die Kontrollvermutung teilweise widerlegt werden, wobei «adäquate organisatorische Massnahmen»⁵² irrelevant sind.⁵³ Allerdings sind die Anforderungen hoch, da die Kontrollvermutung nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR nur durch eine Kontrolle

- Wohl a.M. Botschaft Aktienrecht 2020 (Fn. 44), 521, wonach sich durch die Neufassung von Art. 659b Abs. 1 revOR materiell nichts gegenüber Art. 659b Abs. 1 und 2 OR ändere
- ⁵² BGer 4A_340/2021 vom 27.10.2021 E. 5.2.3.
- 53 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1028.

nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 oder Ziff. 3 OR und jene nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR nur durch eine Kontrolle nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR widerlegt werden kann. ⁵⁴ Gar keine Kontrollvermutung stellt demgegenüber Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR auf, weshalb das Vorhandensein dieser Kontrolle nicht widerlegt werden kann. ⁵⁵

Keine Rolle für die Anwendung von Art. 659*b* Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR analog spielt, ob ein Unternehmen effektiv von der Konzernrechnung erfasst ist oder nicht, was z.B. dann nicht der Fall ist, wenn das Unternehmen erst nach dem Bilanzstichtag erworben wurde.

4. Kontrolle einer Stiftung

Es stellt sich die Frage, wann eine AG eine Stiftung⁵⁶ i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR analog kontrolliert bzw. wann eine Stiftung zum Konzern i.S.v. Art. 659*b* Abs. 1 revOR gehört.⁵⁷ Dabei interessieren aus Sicht von Art. 659*b* Abs. 1 revOR nur Stiftungen, die an der fraglichen (d.h. der sie direkt oder indirekt kontrollierenden) AG direkt beteiligt, d.h. Aktionäre derselben sind und somit als «kontrolliertes Unternehmen» gelten (vgl. Art. 659*b* Abs. 1 revOR).

4.1 Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ (Prüfschritt 1)

Es ist umstritten, ob Stiftungen – wie Gesellschaften⁵⁸ – über ein Willensbildungsorgan (= Legislative) i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR verfügen.⁵⁹ Mit anderen Worten ist unklar, ob das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» bei einer

- 54 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1028.
- 55 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1028.
- Thema sind nachfolgend Schweizer Stiftungen. Allerdings dürften sich die angestellten Überlegungen mindestens teilweise auch auf ausländische Stiftungen übertragen lassen.
- Einlässlich zum Kaskadenkontrolltest i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1028 ff.
- 58 Zum Begriff «Gesellschaft» siehe Meier-Hayoz/Forstmoser/ Sethe (Fn. 29), § 2 Rz. 46.
- Bejahend: Stephan Glanz/Florian Zihler, in: Dieter Pfaff/ Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 963 OR N 31; BSK-OR II-Neuhaus/Baur (Fn. 30), Art. 963 N 15; offengelassen von Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1032.

Stiftung überhaupt erfüllt sein kann. 60 Die Streitfrage ist allerdings im Anwendungsbereich von Art. 659b Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR analog und Art. 963 OR im Allgemeinen – nicht jedoch bei der Anwendung gemäss Art. 697j Abs. 2 Satz 1 OR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR analog – nicht bedeutsam. 61 Denn selbst wenn der Stiftungsrat als oberstes Organ i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR gilt, könnte nach der geltenden Praxis eine rechnungslegungspflichtige juristische Person⁶² (bzw. im Anwendungsbereich von Art. 659b Abs. 1 revOR eine AG) eine Stiftung nicht infolge Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ (d.h. im Stiftungsrat) gemäss Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR kontrollieren. Denn Stiftungsratsmitglieder können gemäss geltender Praxis⁶³ nur natürliche Personen sein.64

Der von Art. 963 Abs. 2 OR statuierte Kaskaden-kontrolltest unterscheidet zwar *prima vista* zwischen der Kontrolle der Legislative (Ziff. 1) und der Kontrolle der Exekutive (Ziff. 2 und Ziff. 3⁶⁵). Mithilfe des Kaskadenkontrolltests soll jedoch stets diejenige Person ermittelt werden, welche (direkt oder indirekt) die Exekutive und damit letztlich das Unternehmen selbst kontrolliert. ⁶⁶ Zu diesem Zweck listet Art. 963 Abs. 2 OR drei Rechtspositionen auf, die einer Person entweder die direkte Kontrolle über die Exekutive (d.h. das «oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan») eines Unternehmens (Ziff. 2⁶⁷ und Ziff. 3⁶⁸) oder die

- Siehe Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1031 ff. zum Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ».
- Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1034.
- Vgl. Art. 963 Abs. 2 OR «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn [...]» (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Beitrags hinzugefügt), vgl. auch Art. 963 Abs. 1 OR.
- Harold Grüninger, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 83 N 5 mit Hinweis auf die Handelsregisterpraxis. Diese Praxis der Handelsregisterbehörden ablehnend: Hans Michael Riemer, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 83 ZGB N 20.
- Selbst wenn eine juristische Person Stiftungsratsmitglied sein könnte, besitzt sie die Stimmrechtsmehrheit dann nicht, wenn das Kopfstimmprinzip gilt und der Stiftungsrat aus mehr als zwei Personen besteht (*Vischer/Galli* [Fn. 32], S. 1034 [Anm. 175], siehe auch S. 1033 m.w.N. zur Beschlussfassung im Stiftungsrat).
- Auch Ziff. 3 fragt danach, wer die Exekutive kontrolliert (Vischer/Galli [Fn. 32], S. 1038 f.).
- 66 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1029.
- 67 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1037.
- 68 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1030 und 1038 f.

indirekte Kontrolle über die Exekutive «mit Umweg via das «oberste Organ» (Ziff. 1)⁶⁹ vermitteln. Das «oberste Organ» in der Terminologie von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR ist die Legislative.⁷⁰ Das so verstandene oberste Organ i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR ist das *Willensbildungsorgan* i.S. einer General- oder Gesellschafterversammlung.⁷¹

Eine Stiftung verfügt zwar über ein oberstes Organ – den Stiftungsrat.⁷² Der Stiftungsrat ist jedoch, obwohl er das oberste Organ einer Stiftung ist, nicht dessen Legislative, sondern dessen Exekutive.73 Der Stiftungsrat ist somit nicht das Willensbildungsorgan. Denn es kann - vorbehältlich Art. 86a ZGB74 bei Stiftungen rein begrifflich gar kein solches Willensbildungsorgan existieren bzw. geschaffen werden.⁷⁵ Daran ändern auch allfällige besondere Stiftungsorgane nichts, wie z.B. die «Destinatärversammlung», «Stifterversammlung» oder «Destinatärdelegiertenoder Stifterdelegiertenversammlung».76 Die Stiftungsorgane müssen nämlich «den perpetuierten Stifterwillen vollziehen und können ihren Willen nicht – wie Mitglieder in der Mitgliederversammlung eines Vereins – autonom und aktuell bilden».77

Über ein Willensbildungsorgan verfügen Stiftungen selbst dann nicht, wenn ein besonderes Organ bzw. Gremium die Stiftungsratsmitglieder wählt und abberuft. Die Lehre zählt solche «Einwirkungsrechte Dritter», wie z.B. gesetzliche (Art. 89*a* Abs. 3 ZGB und Art. 51 Abs. 1 BVG) oder rechtsgeschäftlich (z.B. in der Stiftungsurkunde oder im Stiftungsratsregle-

- 69 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1030, siehe auch S. 1036 f. betreffend Kontrollentscheide; siehe ferner veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (Fn. 59), Art. 963 OR N 31.
- ⁷⁰ Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1029 f.
- Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1032; siehe auch veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (Fn. 59), Art. 963 OR N 31.
- ⁷² BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 7.
- 73 BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 17 und 19.
- ⁷⁴ BK-*Riemer* (Fn. 63), ST N 28 und Art. 83 ZGB N 27.
- 75 BK-Riemer (Fn. 63), ST N 29 f. und Art. 83 ZGB N 10 sowie 24
- 76 BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 25.
- Dominique Jakob, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, Art. 83 N 3; siehe auch BGE 144 III 264 E. 2.1 S. 267; BK-Riemer (Fn. 63), ST N 28: «Eine Körperschaft wird «demokratisch» von ihrem eigenen Willen beherrscht, eine Stiftung dagegen «diktatorisch» vom Willen einer andern Person, nämlich vom seinerzeitigen des Stifters [...]».
- ⁷⁸ BK-*Riemer* (Fn. 63), ST N 31 und Art. 83 ZGB N 10, 25 und

ment) vereinbarte Wahl- und Abberufungsrechte, zum Exekutivbereich bzw. die Rechtsinhaber zur Exekutive. 79 Solche Einwirkungsrechte ermöglichen dem Rechtsinhaber die direkte Bestellung und Abberufung von Stiftungsratsmitgliedern, weshalb solche Einwirkungsrechte unter Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR (Prüfschritt 2) fallen. 80

Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Stiftungen über kein Willensbildungsorgan verfügen, muss im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR jedoch für jene Stiftungen gelten, die von Gesetzes wegen – anders als «gewöhnliche» Stiftungen – analog der AG³¹ ein dem Stiftungsrat übergeordnetes Organ vorsehen, das auch die Stiftungsratsmitglieder wählt und abberuft. Zu diesen Stiftungen zählen z.B. die *Anlagestiftungen* mit der gesetzlich vorgesehenen Anlegerversammlung (Art. 53h Abs. 1 und 3 BVG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. c ASV).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR auf «gewöhnliche» Stiftungen nicht anwendbar ist. Bei Stiftungen, die von Gesetzes wegen über ein dem Stiftungsrat übergeordnetes Organ verfügen, wie z.B. Anlagestiftungen, kontrolliert i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR jene Person die Stiftung, welche die notwendige Stimmrechtsmehrheit bezüglich des Hauptkontrollentscheides «Wahl und Abberufung der Stiftungsratsmitglieder» besitzt. Bassa der Stiftungsratsmitglieder besitzt

4.2 Bestellungs- und Abberufungsrecht (Prüfschritt 2)

Die Wahl- und Abberufungskompetenz betreffend den Stiftungsrat ergibt sich – vorbehältlich gesetzlicher Vorgaben – aus der Stiftungsurkunde und/oder dem Stiftungsratsreglement.⁸⁴ Aus diesem Grund gibt es nicht «das» Wahl- und Abberufungsprozedere,

- ⁷⁹ BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 9 und 13.
- ⁸⁰ Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1037 f.
- BSK BVG-Aline Kratz-Ulmer (Fn. 1), Art. 53h BVG N 10; André Kuhn, Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen, Diss. Bern 2016, Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 257.
- ⁸² Gl.M. aber mit anderer Begründung: veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (Fn. 59), Art. 963 OR N 31; BSK OR II-Neuhaus/Baur (Fn. 30), Art. 963 N 15.
- Einlässlich zur Stimmrechtsmehrheit im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1034 ff.; siehe zur Beschlussfassung der Anlegerversammlung im Allgemeinen: Kuhn (Fn. 81), Rz. 264 f.
- 84 BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 9; vgl. Art. 83 ZGB.

sondern es sind verschiedene Modelle verbreitet. Stallerdings kann man die verschiedenen Modelle vereinfachend zwei Hauptmodellen zuordnen: das Kooptationsmodell und das Einwirkungsmodell. Ist die Wahl und die Abberufung der Stiftungsratsmitglieder nicht geregelt, trifft die Aufsichtsbehörde die notwendigen Verfügungen. En Dieser Fall wird nachfolgend jedoch ausgeklammert.

4.2.1 Kooptationsmodell

Wahl- und Abberufungsorgan ist in diesem Fall der Stiftungsrat bzw. die Stiftungsratsmitglieder. Der Stiftungsrat ergänzt sich gemäss der Stiftungsurkunde und/oder dem Stiftungsratsreglement durch Zuwahl selbst und ruft die Stiftungsratsmitglieder ab (oder wählt diese nicht wieder).⁸⁷

Beim Kooptationsmodell – verstanden als «reines» Kooptationsmodell, d.h. ohne Komponenten des Einwirkungsmodells⁸⁸ – kann das Kontrollkriterium «Bestellungs- und Abberufungsrecht» im Anwendungsbereich von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR (bzw. Art. 659*b* Abs. 1 revOR) aufgrund der geltenden Handelsregisterpraxis nicht erfüllt werden (vgl. Ziff. III.4.1). Etwas anderes gilt gegebenenfalls bei der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697*j* Abs. 2 Satz 1 OR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 OR analog).

4.2.2 Einwirkungsmodell

Im Stiftungsrecht sind Bestellungs- und Abberufungsrechte – die als «Einwirkungsrechte» bezeichnet werden – zulässig, sofern gewisse gesetzliche Vorgaben eingehalten werden. ⁸⁹ Der Stifter kann sich selbst oder einem Dritten diese Rechte einräumen. ⁹⁰ Dies

ändert aber nichts daran, dass es sich aus dogmatischer Sicht in jedem Fall um «Drittrechte» und nicht um «Stifterrechte» handelt.⁹¹ Unerheblich aus Sicht von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist, ob der Rechtsinhaber das Bestellungs- und Abberufungsrecht direkt (z.B. durch Erklärung) oder durch ein förmliches Wahlprozedere etwa anlässlich einer (Delegierten-) Versammlung ausübt.⁹²

Nachfolgend interessieren nur Konstellationen, in denen das Einwirkungsmodell existiert und auch gelebt wird. Unter dem Einwirkungsmodell werden in diesem Beitrag Konstellationen verstanden, in denen dieses Modell – generell oder während einer bestimmten Zeitdauer – das Kooptationsmodell verdrängt. Zum Einwirkungsmodell ist auch der Fall zu zählen, wonach stets eine oder mehrere bestimmbare Personen automatisch Mitglieder des Stiftungsrats sind (vgl. Ziff. III.4.2.4). 94

Bestellungs- und Abberufungsrechte sind im Geltungsbereich von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR nur relevant, wenn es sich um ein kombiniertes Bestellungsund Abberufungsrecht handelt. Weiter muss sich das Bestellungs- und Abberufungsrecht auf die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans beziehen, wenn das Kopfstimmprinzip im obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan gilt, sodass die Stimmrechtsmehrheit bezüglich eines oder mehrerer Kontrollentscheide im Stiftungsrat gesichert ist.

Bei Stiftungen gilt im Stiftungsrat – vorbehältlich einer anderslautenden Regelung (z.B. im Stiftungsratsreglement) – das Kopfstimmprinzip. ⁹⁷ Das kombinierte Bestellungs- und Abberufungsrecht muss sich somit auf die Mehrheit der Stiftungsratsmitglieder beziehen. Dabei muss aber im Einzelfall gestützt auf

- ⁸⁵ Vgl. BGer 5A.29/2005 vom 16.12.2005 E. 4.1.
- ⁸⁶ BGer 5A.29/2005 vom 16.12.2005 E. 4.1.
- BGer 5A.29/2005 vom 16.12.2005 E. 4.1; BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 63 und 68; BSK ZGB I-Grüninger (Fn. 63), Art. 83 N 6 und 8, siehe auch BGer 5A.23/1999 vom 27.3.2000 E. 2a zur Abwahlkompetenz des sich durch Kooptation ergänzenden Stiftungsrates.
- 88 Siehe zu einem Kaskadenvorgehen z.B. BGE 144 III 264 E. 2.2 S. 268.
- BGer 5A_185/2008 vom 3.11.2008 E. 3.3; BK-Riemer (Fn. 63), ST N 57 und Art. 83 ZGB N 25 sowie 27, siehe auch ST N 59 und Art. 83 ZGB N 28, wonach solche Rechte vorbehältlich anderslautender Regelungen unübertragbar und unvererblich sind.
- 90 BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 13.

- Dominique Jakob, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, S. 185 ff., S. 288 f.
- 92 Siehe dazu im Allgemeinen: BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 25.
- ⁹³ Vgl. aber BGE 144 III 264 E. 2.2 S. 268.
- Beispiel: Die VR-Mitglieder einer bestimmten AG sind automatisch auch die Mitglieder des Stiftungsrats, vgl. BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 63, siehe auch N 9.
- 95 Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1038.
- Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1038, auch mit Ausführungen, was unter «Mehrheit» zu verstehen ist und bei welchen Beschlüssen diese «Mehrheit» vorhanden sein muss.
- BSK ZGB I-Grüninger (Fn. 63), Art. 83 N 15 in fine; siehe auch BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 72, auch zur Frage der Zulässigkeit des Pluralstimmrechts.

die Stiftungsurkunde und/oder das Stiftungsratsreglement ermittelt werden, welche Quoren erfüllt werden müssen. 98 Eine Stiftung gilt von einer Person mit einem kombinierten Bestellungs- und Abberufungsrecht demnach in folgenden Konstellationen als i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR kontrolliert, sofern bezüglich der Kontrollentscheide bei Geltung des Kopfstimmprinzips eine einfache Mehrheit notwendig ist:

- Der Stiftungsrat setzt sich aus einer Person zusammen, und der Rechtsinhaber kann mithilfe des kombinierten Bestellungs- und Abberufungsrechts diese Person bestimmen.
- Der Stiftungsrat setzt sich aus zwei Personen zusammen. In diesem Fall muss sich das kombinierte Bestellungs- und Abberufungsrecht auf jenes Stiftungsratsmitglied mit dem Stichentscheid beziehen.
- Der Stiftungsrat setzt sich aus drei oder mehr Personen zusammen. In diesem Fall muss sich das kombinierte Bestellungs- und Abberufungsrecht auf die Mehrheit der Stiftungsratsmitglieder beziehen.

4.2.3 Drei ausgewählte Stiftungsarten

Die vorstehenden Ausführungen (vgl. Ziff. III.4.2.1 und III.4.2.2) sollen anhand dreier Stiftungsarten verdeutlicht werden:

Personalfürsorgestiftung (registrierte BVG-Vorsorgeeinrichtung).⁹⁹ Der Stiftungsrat von nach BVG registrierten Vorsorgeeinrichtungen muss paritätisch zusammengesetzt sein.¹⁰⁰ Eine (dauerhafte) Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR durch eine Person ist ausgeschlossen.¹⁰¹ Paritätische BVG-Vorsorgeeinrichtungen sind – vorbehältlich Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR – in Einklang mit der Mehrheit der Lehre zu Art. 659a Abs. 1

- OR auch unter dem Aktienrecht 2020 in der GV stimmberechtigt. 102
- Personalfürsorgestiftung (nicht i.S. des BVG registrierte, aber dem FZG unterstehende Vorsorgeeinrichtung). 103 Der Stiftungsrat von nicht i.S. des BVG registrierten, aber dem FZG unterstehenden Vorsorgeeinrichtungen muss nicht gestützt auf Art. 51 Abs. 1 BVG paritätisch zusammengesetzt sein, da diese BVG-Bestimmung auf solche Stiftungen nicht qua Verweisung in Art. 89a Abs. 6 ZGB anwendbar ist. 104 Allerdings räumt Art. 89a Abs. 3 Hs. 1 ZGB den beitragleistenden Arbeitnehmern den Anspruch ein, dass sie sich an der «Verwaltung wenigstens nach Massgabe dieser Beträge [...] beteiligen» können. 105 In der Praxis bestimmt der Arbeitgeber i.d.R. mehr Stiftungsratsmitglieder als die Arbeitnehmer. 106 In einem solchen Fall kontrolliert der Arbeitgeber die Stiftung, da er die Mehrheit der Stiftungsratsmitglieder bestimmen und abberufen kann.
- Patronale Personalfürsorgestiftungen. Nicht i.S. des BVG registrierte und nicht dem FZG unterstehende Vorsorgeeinrichtungen, die im überobligatorischen Bereich tätig sind, keinen planmässigen Risikoschutz aufweisen und ausschliesslich durch den Arbeitgeber finanziert werden (Art. 89a Abs. 7 ZGB),107 kennen keine Gesetzesvorschriften betreffend die paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrates, die für Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR bedeutsam wären. Vorbehältlich einer anderslautenden Anordnung in der Stiftungsurkunde oder im Stiftungsratsreglement dürfte die stiftende AG das kombinierte Bestellungs- und Abberufungsrecht bezüglich aller oder mindestens der Mehrheit der Stiftungsratsmitglieder innehaben und damit die patronale Personalfürsorgestiftung kontrollieren.

⁹⁸ Zu den Quoren im Allgemeinen: BK-Riemer (Fn. 63), Art. 83 ZGB N 74.

⁹⁹ Zum Begriff z.B. BK-Riemer (Fn. 63), ST N 369 f.

Art. 51 Abs. 1 BVG (BVG-Minimalkasse) bzw. Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 BVG (umhüllende Kasse); BSK BVG-Ruth Bloch-Riemer (Fn. 1), Art. 51 BVG N.8

Vgl. Art. 51 Abs. 2 lit. d BVG und Art. 51 Abs. 4 BVG; BSK BVG-Bloch-Riemer (Fn. 1), Art. 51 BVG N 45 f.

Zum Meinungsstand in der Lehre de lege lata: BSK OR II-Lenz/von Planta (Fn. 30), Art. 659a N 2 f.

¹⁰³ Zum Begriff siehe z.B. BSK ZGB I-Grüninger (Fn. 63), Art. 89a N 4.

¹⁰⁴ Riemer/Riemer-Kafka (Fn. 1), § 2 Rz. 55.

¹⁰⁵ Siehe dazu z.B. Riemer/Riemer-Kafka (Fn. 1), § 2 Rz. 52.

BK-Riemer (Fn. 63), Art. 89a ZGB N 7; siehe zur Berechnung der Beteiligungsquote: BSK ZGB I-Grüninger (Fn. 63), Art. 89a N 10.

Z.B. Riemer/Riemer-Kafka (Fn. 1), § 2 Rz. 24; siehe auch die Nachweise in Fn. 1.

4.2.4 Exkurs: Personalunion von VR-Mitgliedern und Stiftungsratsmitgliedern

Der Umstand, dass die Stiftungsratsmitglieder und die VR-Mitglieder der fraglichen AG (oder die VR-Mitglieder einer von ihr kontrollierten Tochtergesellschaft) teilweise oder vollständig identisch sind (vgl. E. 5.1 des referierten Urteils), reicht für sich allein im Anwendungsbereich von Art. 659b Abs. 1 revOR i.V.m. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR analog nicht aus, um eine Kontrolle zu begründen. Hierbei handelt es sich, wenn überhaupt, um eine unbeachtliche faktische Kontrolle. 108

Etwas anderes gilt nur, wenn die Stiftungsurkunde oder das Stiftungsratsreglement vorsieht, dass z.B. die VR-Mitglieder einer von der stiftenden AG kontrollierten Tochtergesellschaft automatisch auch Stiftungsratsmitglieder sind. In diesem Fall handelt es sich um ein verkapptes kombiniertes Bestellungsund Abberufungsrecht, da die stiftende AG jederzeit auf die personelle Zusammensetzung des Stiftungsrats indirekt Einfluss nehmen kann, indem sie die personelle Zusammensetzung der von ihr kontrollierten Tochtergesellschaft ändert.

4.3 Beherrschender Einfluss (Prüfschritt 3)

Unabhängig davon, ob eine Person die Stiftung kontrolliert i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 OR, ist zu prüfen, ob jemand die Stiftung aufgrund eines beherrschenden Einflusses (v.a. eines Weisungsrechts) gemäss Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR kontrolliert. 109

Das Recht, einen beherrschenden Einfluss auf die kontrollierenden Stiftungsratsmitglieder auszuüben, kann sich aus der Stiftungsurkunde ergeben (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR).¹¹⁰ Dieses Recht muss sich nicht auf jeden Entscheid beziehen, den der Stiftungsrat fällt.¹¹¹ Es ist ausreichend, wenn sich dieses Recht auf einen oder mehrere Kontrollentscheide bezieht.¹¹² Zustimmungs- und/oder Vetorechte erlauben jedoch nicht, einen beherrschenden Einfluss i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR auszuüben.¹¹³

Falls eine AG einen beherrschenden Einfluss auf eine Stiftung ausüben kann, werden ihre VR-Mitglieder zu faktischen Organen der Stiftung. 114 Solche faktische Organe können gegebenenfalls aus Organstellung haftbar werden. 115

4.4 Zusammenfassung

Unter dem Aktienrecht 2020 ist mithilfe der Kontrollkriterien nach Art. 963 Abs. 2 OR analog zu ermitteln, ob eine AG eine Stiftung kontrolliert. Bei den «gewöhnlichen» Stiftungen wird das Kontrollkriterium «Stimmrechtsmehrheit im obersten Organ» (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR) nicht bedeutsam sein, da «gewöhnliche» Stiftungen über kein Willensbildungsorgan i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR verfügen. Etwas anderes gilt jedoch bei Stiftungen (z.B. Anlagestiftungen), die von Gesetzes wegen über ein der GV nachgebildetes Willensbildungsorgan verfügen. Bei solchen Stiftungen kontrolliert i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR jene Person die Stiftung, welche die Stimmrechtsmehrheit im der GV nachgebildeten Willensbildungsorgan betreffend den Hauptkontrollentscheid besitzt.

Bei den «gewöhnlichen» Stiftungen wird deshalb v.a. mithilfe des Kontrollkriteriums «Bestellungs- und Abberufungsrecht» (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR) zu ermitteln sein, ob eine AG kraft ihres kombinierten Bestellungs- und Abberufungsrechts bezüglich der Stiftungsratsmitglieder eine Stiftung kontrolliert. Unabhängig von der Antwort auf diese Frage ist schliesslich bei allen Stiftungsarten zu prüfen, ob eine Person die Stiftung aufgrund eines beherrschenden Einflusses (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR) kontrolliert. In diesem Fall kontrolliert nur diese Person die Stiftung und nicht etwa die AG, welche die Stiftung «kontrolliert» i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff.1 oder 2 OR.

Vorliegend besass die Gesellschaft das kombinierte Bestellungs- und Abberufungsrecht i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR bezüglich aller Stiftungsratsmitglieder der patronalen Personalfürsorgestif-

Vgl. im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1030 f.

¹⁰⁹ Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1038 f.

¹¹⁰ Zu den Einwirkungsrechten, z.B. zum Weisungsrecht, siehe BK-Riemer (Fn. 63), ST N 46, 57 und 106 sowie Art. 83 ZGB N 13 und 27.

¹¹¹ Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1039.

¹¹² Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1039.

veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler (Fn. 59), Art. 963 OR N 42.

Im Allgemeinen: Vischer/Galli (Fn. 32), S. 1039.

Siehe zu dieser Problematik bei der Delegation der Geschäftsführung einer AG an eine Managementgesellschaft: BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 30), Art. 716b N 12.

tung der Gesellschaft. Ergo wäre das Bundesgericht auch unter dem Aktienrecht 2020 (vorbehältlich einer Person, welche die Rechtsposition i.S.v. Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR innehat) zum gleichen Ergebnis ge-

langt wie unter dem aktuellen Aktienrecht und hätte das Ruhen der Stimmrechte in der GV der Gesellschaft angeordnet.