

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080101 vom 20. Juli 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA080101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080101)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080101 du 20 juillet 2009

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080101 del 20 luglio 2009

## Erwägungen

### E. 28

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz ferner vor, mit den willkürlichen tatsächlichen Feststellungen "Eine Anfechtung wäre ihr deshalb durchaus zuzumuten gewesen, und sie wäre den behaupteten Manipulationen des Bilanzgewinns und der Gewinnverwendung oder allfälligen Bilanzverfälschungen nicht einfach machtlos gegenüber gestanden" und "Das Verhalten der Klägerin kann denn auch nicht anders gewertet werden, als dass sie die Rechnungslegung der Beklagten zumindest im damaligen Zeitpunkt nicht als rechtswidrig empfunden hatte" (KG act. 2 S. 61) die Vorbringen der Beschwerdeführerin übergangen zu haben, mit denen sie einlässlich dargelegt habe, dass und weshalb sie jeweils innerhalb der zweimonatigen Frist zur Anfechtung nicht in der Lage gewesen sei, die Genehmigung anzufechten, sodass die Annahmen auch mit dem Nichtigkeitsgrund der Gehörsverweigerung behaftet seien (KG act. 1 RZ 30, 44 und 45).

### E. 28.1

Die Vorinstanz unterstelle mit dem Vorwurf der Verwirkung des Anfechtungsrechts zu ihrem Nachteil sinngemäss die Rechtmässigkeit der Beschlüsse im Widerspruch zur Auffassung des Bundesgerichts in BGE 133 III 453 und sehe sich sogar daran gebunden, obschon die Beschwerdegegnerin die fehlende Anfechtungsmöglichkeit durch die Verheimlichungen zu verantworten habe (KG act. 1 RZ 30 und 45). Die Annahme, sie wäre mit einer Anfechtung den behaupteten Manipulationen des Bilanzgewinns und der Gewinnverwendung oder allfälligen Bilanzverfälschungen nicht einfach machtlos gegenüber gestanden, würde nur zutreffen, wenn der (theoretisch möglichen) Anfechtungsklage auch praktisch hätte Erfolg beschieden sein können, denn eine abgewiesene Anfechtungsklage hätte weder die Rechts- noch die Sachlage geändert (KG act. 1 RZ 44).

### E. 28.2

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin handelt es sich bei den beanstandeten Annahmen der Vorinstanz nicht um tatsächliche Feststellungen,

- 70 - die einer Überprüfung durch das Kassationsgericht zugänglich wären, sondern um Rechtsauffassungen. Ob der Beschwerdeführerin jeweils innerhalb von zwei Monaten seit der betreffenden Genehmigung der Jahresrechnung der Beschwerdegegnerin eine Anfechtungsklage zumutbar gewesen wäre und ob aus der unterlassenen Anfechtung der jeweiligen GV-Beschlüsse darauf geschlossen werden darf, dass dieses Verhalten nicht anders gewertet werden kann, als dass die Beschwerdeführerin die Rechnungslegung nicht als rechtswidrig empfunden habe und ob daher die Vorinstanz zu recht annimmt, das Anfechtungsrecht sei verwirkt und könne nicht über die Auflösungsklage "wiederhergestellt" werden, sind ausnahmslos Fragen des Bundesrechts, weshalb auf die

Rügen der Beschwerdeführerin nicht einzutreten ist (§ 285 ZPO, oben II.3).

### **E. 29**

Die Beschwerdeführerin meint weiter, sie habe entgegen der willkürlichen Annahme der Vorinstanz nichts einzugestehen, wenn sie am ursprünglichen zufällig entdeckten Beispiel der Mittelabflüsse über F verschiedene Vorwürfe bestätigen darlegen könne (KG act. 1 RZ 34). Damit zeigt sie keine Willkür auf (zu den Anforderungen oben II.2), weshalb auf diese Rüge nicht einzutreten ist. Ebenfalls als willkürlich beanstandet die Beschwerdeführerin die Annahme, "der Vorwurf der ordnungswidrigen Rechnungslegung wie auch der Bilanzverschleierung/-fälschung stehe im Zusammenhang mit der Gewährung des Darlehens an F", woraus sich ergebe, dass die Vorinstanz sämtliche Vorwürfe der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den rechtswidrigen Mittelabflüssen aus D aufgrund des von ihr rechtswidrig unterstellten Sachverhaltes beurteile (KG act. 1 RZ 34). Auch auf diese Vorbringen ist nicht einzutreten, da diese ebenfalls den Anforderungen an die Begründung der Willkürüge nicht gerecht werden (oben II.2).

### **E. 30**

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Feststellung, was die Beschwerdeführerin bei ihrem Erwerb der Beteiligung an der Beklagten durch den Erwerb der P AG am 8. November 1996 gewusst habe, vorausgesehen habe oder habe voraussehen können, sei ohne weitere Abklärungen willkürlich, ohne Begründung und in Verletzung des Gehörsanspruchs getroffen worden. Die Vorinstanz unterstelle damit, die Beschwerdeführerin hätte auch Umstände, die sich

- 71 - nach dem 8. November 1996 ereigneten (welche die Beschwerdeführerin teilweise aufzählt) tatsächlich vorausgesehen und voraussehen können, wobei dies nur den vom Handelsgericht tatsächlich festgestellten, nicht aber den übergangenen Sachverhalt betreffen könne (KG act. 1 RZ 36-42). Die Beschwerdeführerin zählt die ihrer Ansicht nach als mit Nichtigkeitsgründen behafteten Annahmen der Vorinstanz auf:

#### **E. 30.1**

a) Die Beschwerdeführerin habe beim Erwerb ihrer Beteiligung die Konsolidierungsmethode der Beschwerdegegnerin gekannt (KG act. 1 RZ 37 S. 148 unten),  
b) ihr sei damals die Reservepraxis der Beschwerdegegnerin, die Holdingstruktur und die damit zusammenhängenden Kompetenzen der einzelnen Organe bekannt gewesen, es sei dem Argument der Beklagten, die Klägerin habe die Minderheitsbeteiligung freiwillig erworben, dem Grundsatz nach zuzustimmen; die Vorinstanz nehme denn auch an, die Beschwerdeführerin wolle sich aus der für sie voraussehbaren und vorausgesehenen Situation befreien, in die sie sich mit dem Erwerb der Beteiligung hineinmanövriere habe (KG act. 1 RZ 37 S. 149 mit Wiederholung in RZ 52 S. 174). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin liege in der erstgenannten Annahme die willkürliche Feststellung, die Beschwerdeführerin habe damit vorausgesehen oder voraussehen können, dass aus der Tochtergesellschaft statutenwidrig Millionenbeträge abfliessen würden und dies mittels ordnungswidriger Rechnungslegung vor ihr verheimlicht würde (KG act. 1 RZ 39). c) ihr seien "die wirtschaftlichen Risiken mit der Übernahme der Beteiligung an der Beklagten" bekannt gewesen und "Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Klägerin sei in der Vergangenheit übermässig in ihren Aktionärsrechten eingeschränkt worden und es ist ihr zuzumuten, die mit der Gewährung des sogenannten G-Darlehens zusammenhängenden möglichen Rechtsverletzungen mit den ordentlichen aktienrechtlichen Rechtsbehelfen

weiterzuverfolgen" sowie "Der Erwerb der P AG im November 1996 war demzufolge ein Investitionsentscheid der Klägerin unter Abwägung sämtlicher Faktoren, also auch unter Berücksichtigung der von der P AG gehaltenen Beteiligung an der Beklagten und des bis zu

- 72 - diesem Zeitpunkt behaupteten angeblichen Machtmissbrauchs der Mehrheitsaktionäre und des Verwaltungsrates der Beklagten" (KG act. 1 RZ 38).

### **E. 30.2**

Auf die Rügen ist nicht einzutreten, da die Anforderungen an die Begründung derselben nicht eingehalten sind (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.2). Was die Ausführungen der Klägerin anbelangt, das Handelsgericht hätte im Hinblick auf die wichtigen Gründe im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR primär eine Prognose über die Zumutbarkeit des Verbleibs der Minderheitsaktionärin in der Gesellschaft anstellen müssen, anstatt selektiv die Vergangenheit darzustellen und daraus einzelne Punkte als entweder überwunden oder nicht so schlimm abzuhaken (KG act. 1 RZ 38 mit Wiederholung in RZ 52), ferner, der Entscheidung lasse ausser Acht, dass die Frage der Überkapitalisierung aufgrund übermässiger (stiller) Reservebildung ständig neu zu stellen sei (KG act. 1 RZ 39), so moniert sie damit eine nicht richtige Anwendung von Bundesrecht, sodass auf ihre vorstehend III.30.1c enthaltenen Beanstandungen (welche keine tatsächliche Feststellungen, sondern Rechtsauffassungen oder aber Erfahrungssätze der Vorinstanz betreffen) auch gestützt auf § 285 ZPO nicht einzutreten wäre (oben II.3).

### **E. 31**

Ebenfalls nicht einzutreten (§ 285 ZPO) ist auf die "Rügen" der Beschwerdeführerin des überspitzten Formalismus, der Rechtsverweigerung, Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) durch Anlegen eines zu strengen Massstabs an die Behauptungslast im Sinne von § 113 ZPO, indem die Vorinstanz, die selber immer wieder eine Unterscheidung zwischen Verwaltungsrat, einzelnen Mitgliedern desselben und der Beschwerdegegnerin missen lasse, von ihr verlange, dass sie darlege, "welches Verwaltungsratsmitglied was wie wo wann" gesagt oder getan habe. Dies anstatt das Zusammenfallen von Mehrheitsmacht und Verwaltungsmacht zu würdigen, habe sie doch die bestimmende Einheit zwischen Generalversammlung der D Beteiligungen AG, deren Verwaltungsrat, damit der Generalversammlung der D AG und wiederum deren Verwaltungsrat behauptet und sei auch aufgrund der Rechtslage (wonach der Verwaltungsrat der Gesellschaft deren Willen Ausdruck gebe und der Generalversammlung als oberstem Organ der AG) das Beharren der Vorinstanz auf einer detaillierteren Darstellung eine Gehörsverweigerung (KG act. 1 RZ 40 sowie RZ 52). Wie

- 73 - bereits mehrmals ausgeführt, richtet sich die Substanziierung der Behauptungen im Hinblick auf einen bundesrechtlichen Anspruch (hier die Auflösung einer Aktiengesellschaft nach Art. 736 Ziff. 4 OR) wie auch die Frage, ob die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin zu Recht eine Differenzierung nach Verwaltungsrat und Generalversammlung verlangt hat, nach Bundesrecht (oben II.3c).

### **E. 32**

Mit dem Nichtigkeitsgrund der Willkür ist gemäss der Beschwerdeführerin sodann die Feststellung der Vorinstanz (KG act. 2 S. 106) behaftet, die Beschwerdeführerin habe nicht ernsthaft damit rechnen können, die restlichen Aktionäre der Beklagten würden ihre

Meinung ändern, insbesondere wenn man die konfrontative Haltung Os der Beklagten gegenüber seit Erwerb der Beteiligung berücksichtige (KG act. 1 RZ 41).

### **E. 32.1**

In Anbetracht dessen, dass der für die Beschwerdegegnerin handelnde Verwaltungsrat den heutigen Konflikt 1997/1998 eröffnet habe und sich O vor dem Erwerb der Beteiligung jedem Ansinnen des Verwaltungsrat und der Generalversammlung unterworfen habe, sei die Feststellung, er habe die konfrontative Haltung seit Erwerb der Beteiligung, willkürlich (KG act. 1 RZ 41).

### **E. 32.2**

Da die Beschwerdeführerin nicht aufzeigt, inwiefern sich diese Feststellung zu ihrem Nachteil ausgewirkt hätte und dies auch nicht ersichtlich ist, ist auch auf diese Rüge nicht einzutreten (§ 281 ZPO).

### **E. 33**

Schliesslich ver falle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie in blosser Wortsemantik unter Rückgriff auf das Synonymwörterbuch feststelle, Information sei synonym zu Auskunft, die Beschwerdeführerin moniere somit nicht zwei unterschiedliche, separat zu gewichtende Rechtsverletzungen. Auch ihr Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs werde verletzt (KG act. 1 RZ 47).

### **E. 33.1**

Nachfolgend sei dann prompt nur noch von "Auskunft und Einsicht" die Rede. Die Beschwerdeführerin könne daher nicht ersehen, dass ihre Vorbringen wie geboten tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidung berücksichtigt worden seien (KG act. 1 RZ 47).

- 74 -

### **E. 33.2**

Auf die Willkür rüge ist nicht einzutreten, da es eine bundesrechtliche Frage ist, ob es sich bei den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Informations- und Auskunftsverweigerungen für die Beurteilung der Auflösungsklage um separat zu gewichtende Rechtsverletzungen handle (§ 285 ZPO, oben II.3). Da die Beschwerdeführerin zwar auf die Stellen ihrer Rechtsschriften verweist, wo sie die ihres Erachtens nicht gehörten Vorbringen gemacht habe (KG act. 1 RZ 47 FN 820), ohne jedoch die Behauptungen anzuführen, welche ihres Erachtens die Vorinstanz übergangen haben sollte, ist auch auf die Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs nicht einzutreten, da eine Prüfung derselben nicht möglich ist. Wie oben II.2 ausgeführt, ist es nicht Sache der Kassationsinstanz in rund 100 Seiten Rechtsschriften nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu forschen.

### **E. 34**

Die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes sowie von klarem materiellem Recht erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass die Vorinstanz annehme, Vermutungen und Spekulationen seien nicht justiziabel und als Klagefundament untauglich (KG act. 1 RZ 48).

### **E. 34.1**

Damit verwerfe die Vorinstanz zum Voraus alle Sachverhaltsvorbringen der Beschwerdeführerin als unzulässig, welche (tatsächlich oder vermeintlich) auf Vermutungen oder Spekulationen beruhten und diese blieben für die Sachverhaltsermittlung und rechtliche Subsumption zu Unrecht unbeachtet, wodurch auch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör und Beweisführung verletzt werde. Dies sei auch der Fall, wenn die Vorinstanz - statt über die strittigen und erheblichen äussern Tatsachen, die den Willen (betreffend Aushungern durch den Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin) als innere Tatsache indizierten, ein Beweisverfahren durchzuführen - die Vorbringen kurzerhand als "nicht justiziabel" abtue. Das Gericht habe in willkürlicher Weise angenommen, es sei insgesamt kein missbräuchliches Verhalten des Verwaltungsrates und/oder der Mehrheitsaktionäre zu sehen, dabei aber eben die strittige Tatsache des Aushungern-Wollens unberücksichtigt gelassen. Letztlich sei die Vorinstanz auf diese Weise ihrer Verpflichtung zu urteilen rechtsverweigernd nicht nachgekommen, womit auch ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt sei (KG act. 1 RZ 48).

- 75 -

### **E. 34.2**

Worin die Verletzung klaren materiellen Rechts läge, ist anhand der Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich (sie verweist bei der Ausführung dieses Nichtigkeitsgrundes auf FN 825, welche lediglich §§ 54, 56, 113 ZPO sowie Kommentarstellen zu §§ 113 und 281 Ziff. 1 ZPO aufführt, KG act. 1 RZ 48 FN 825). Auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist demgemäss nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Auch sonst genügen ihre Ausführungen den Anforderungen gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht. So unterlässt sie es beim Vorwurf an die Vorinstanz, § 113 ZPO sowie ihren Beweisführungs-/Gehörsanspruch verletzt zu haben durch die Äusserung, Vermutungen und Spekulationen seien nicht justiziabel, nebst den beanstandeten Urteilsstellen auch ihre dadurch angeblich übergangenen Sachverhaltsvorbringen unter Angabe der Belegstelle zu bezeichnen, sodass eine Prüfung ihrer Rügen nicht möglich ist. Sodann unterlässt es die Beschwerdeführerin, bei ihren Vorbringen darzutun, dass und inwiefern sich die von ihr gerügten Mängel zu ihrem Nachteil ausgewirkt hätten (vgl. § 281 ZPO). Auf die Rügen der Beschwerdeführerin ist demnach auch aus diesem Grunde nicht einzutreten. Schliesslich wäre die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, es sei kein missbräuchliches Verhalten des Verwaltungsrates und/oder der Mehrheitsaktionäre zu sehen, als in Anwendung von Bundesrecht ergangener Schluss der freien Überprüfung durch das Bundesgericht zugänglich (wie auch die Frage, ob dabei die Theorie der Beschwerdeführerin hinsichtlich Aushungern wollen massgeblich sei oder nicht). Ferner richtet sich auch die Frage der genügenden Substanziierung der Vorbringen der Beschwerdeführerin nach Bundesrecht (vgl. KG act. 2 S. 50 f., auf welche die Beschwerdeführerin in FN 835 verweist, und wo die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Plan der Mehrheitsaktionäre und des Verwaltungsrates, sie auszuhungern, als zu pauschal taxierte, und oben II.3c). Folglich ist auch in Anwendung von § 285 ZPO nicht auf ihre Vorbringen einzugehen.

- 76 -

### **E. 35**

Wiederum die Nichtigkeitsgründe der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (rechtliches Gehör, Anspruch auf Beweisführung) und klaren materiellen Rechts ruft die Beschwerdeführerin an im Zusammenhang mit dem Thema der Reservepolitik der Beschwerdegegnerin (KG act. 1 RZ 49).

#### **E. 35.1**

Sie ist der Ansicht, die Vorinstanz lege einen zu strengen Massstab an die Behauptungslast, wenn sie letztlich verlange, die Beschwerdeführerin, der diese Einzelheiten gar nicht zugänglich seien, habe alle Einzelheiten eines von einem gerichtlichen Sachverständigen erst zu begutachtenden Sachverhalts bereits im Hauptverfahren vorzubringen (KG act. 1 RZ 49).

#### **E. 35.2**

Erneut ist aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz klares materielles Recht (ohne Bundesrecht; § 285 ZPO) verletzt habe, sodass auf diese Rüge bereits gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 nicht einzutreten ist. Wie bereits oben II.3c ausgeführt, richtet sich im vorliegenden Anwendungsbereich von Art. 736 Ziff. 4 OR das Mass der Substanziierung nach Bundesrecht, sodass auch auf die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend überspanntem Mass an die Behauptungslast nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO).

#### **E. 36**

Die Nichtigkeitsgründe der willkürlichen Beweiswürdigung, Verletzung des Gehörsanspruchs und eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes soll die Vorinstanz gesetzt haben, indem diese bezüglich den beschwerdeführerischen Vorbringen, dass und wie sie in ihren Mitwirkungsrechten beschnitten werde, keinen Auflösungsgrund erblicke (KG act. 1 RZ 50).

#### **E. 36.1**

Die Vorinstanz stütze sich in tatsächlicher Hinsicht nur auf "die Lektüre der Generalversammlungsprotokolle der Beklagten", ohne Abhören der Tonaufzeichnungen und ungeachtet ihrer Vorbringen, dass die Protokolle mit massgeblichen Auslassungen und Beschönigungen unsauber geführt würden (KG act. 1 RZ 50).

#### **E. 36.2**

Diese Rügen gehen am angefochtenen Entscheid vorbei. Die Vorinstanz hat einleitend in Erwägung 6.1.3 ausgeführt, dass eine Gesamtbetrachtung

- 77 - der von der Klägerin behaupteten Verletzungen in ihren Mitwirkungsrechten keinen wichtigen Grund für die Auflösung der Beklagten zu begründen vermöge (KG act. 2 S. 99 Erw. 6.1.3, Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Damit hat sie weder strittige Tatsachenbehauptungen gewürdigt noch eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, sondern sah die Behauptungen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte (selbst unter Ausserachtlassung allfälliger Bestreitungen der Gegenpartei) nicht als geeignet, um eine Auflösung der Beschwerdegegnerin zu begründen.

#### **E. 37**

Soweit in den Ausführungen der Beschwerdeführerin in RZ 52 überhaupt Rügen erkennbar sind (und nicht bloss appellatorische Kritik, auf welche von vornherein nicht

einzugehen ist, oben II.2), betreffen diese die Begründungspflicht hinsichtlich einem bundesrechtlichen Anspruch (z.B. "Vor allem spricht sich der angefochtene Entscheid nirgends darüber aus, weshalb die Beschwerdeführerin nicht nur weiterhin mit solchen Vorgängen rechnen, sondern insbesondere sich solche Vorgänge weiterhin gefallen lassen müsse", KG act. 1 S. 175 oben) oder laufen auf das Monieren der nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht richtig erfolgten Anwendung von Bundesrecht hinaus (z.B. indem sie in der Erwägung der Vorinstanz "Die Klägerin zählt nicht zum Aktionariat der D AG und musste deshalb für eine Statutenänderung nicht konsultiert werden" den Beleg dafür sieht, dass ihre Situation unzumutbar sei, KG act. 1 S. 175), sodass auf ihre hier enthaltenen Vorbringen auch gestützt auf § 285 ZPO nicht einzugehen ist. Da die Beschwerdeführerin auch nicht aufzeigt, inwiefern die von ihr als willkürlich beanstandete Feststellung, die Ansichten der Beschwerdeführerin und der restlichen Aktionäre würden einander diametral entgegenstehen was die Unternehmensführung angehe, sich zu ihrem Nachteil ausgewirkt haben könnte, ist auch auf diese Rüge nicht einzutreten (§ 281 ZPO). Da es sich nicht um eine tatsächliche Annahme, sondern um rechtliche Ausführungen der Vorinstanz handelt (KG act. 2 S. 41 Erw. 1.2), ist auch nicht einzugehen auf die seitens der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügte "Annahme", von einer Auflösung könnten weitere Stakeholders betroffen sein, nämlich Mehrheitsaktionäre, allfällige Gläubiger, Arbeitnehmer, Öffentlichkeit, denn die Be-

- 78 - schwerdegegnerin habe weder Gläubiger noch Arbeitnehmer und die Mehrheitsaktionäre seien gar keine Stakeholders (KG act. 1 S. 176 f.). Auch auf S. 57 verweist die Vorinstanz lediglich zusätzlich sowie generisch auf einer Auflösung entgegenstehende Interessen weiterer betroffener "stakeholders", ohne eine tatsächliche Feststellung im von der Beschwerdeführerin genannten Sinne zu treffen (KG act. 2 S. 57). Die Beschwerdeführerin geht sodann von einer falschen Prämisse aus, wenn sie meint, die vorinstanzliche Annahme, die Beschwerdeführerin habe mehr als die Hälfte der Beschlüsse angefochten und diese Anfechtungsklagen seien alle abgewiesen worden, sei willkürlich getroffen worden, weil sie an den Generalversammlungen seit 1998 mit je 7 Traktanden, also 70 Beschlüssen, nur deren 17 und damit weniger als einen Viertel angefochten habe und nur sieben dieser Anfechtungsklagen abschlägig beurteilt worden und zehn weitere hängig seien (KG act. 1 S. 178). Die Vorinstanz hat nämlich entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin nicht festgestellt, dass alle Anfechtungsklagen abgewiesen worden seien, sondern, dass die Beschwerdeführerin seit 1998 einen Grossteil der an den Generalversammlungen der Beklagten gefassten Beschlüsse angefochten habe, wobei bis anhin keine dieser Anfechtungsklagen gutgeheissen worden sei (KG act. 2 S. 4 Ziff. 4). In diesem Zusammenhang besteht auch kein Zweifel, dass die Vorinstanz mit "Grossteil der an den Generalversammlungen der Beklagten gefassten Beschlüsse" nicht die je Traktandum (somit 70), sondern die je Generalversammlung gefassten Beschlüsse (somit ein Grossteil von zehn Generalversammlungsbeschlüssen) meinte.

## **E. 38**

Abschliessend rügt die Beschwerdeführerin eine falsche Streitwertberechnung und damit die Höhe der seitens der Vorinstanz festgesetzten Prozessentschädigung (KG act. 1 RZ 56-59).

### **E. 38.1**

Zu Recht habe die Vorinstanz § 22 ZPO herangezogen. Der von dieser gefundene Streitwert von CHF 500 Mio. beruhe aber auf einer aktenwidrigen oder jedenfalls willkürlichen Sachverhaltsfeststellung. Entgegen der vorinstanzlichen Feststellung, sie habe das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft auf CHF 500 (recte wohl CHF 500'000'000.--) geschätzt, habe sie den Unterneh-

- 79 - menswert auf mehr als CHF 500 Mio. geschätzt, nie aber das Gesamtinteresse. Ausgehend vom Unternehmenswert habe sie dann den Wert ihres 47%-Anteils aller Aktien auf zwischen CHF 235 und 250 Mio. geschätzt und dies als Streitwert bezeichnet. Die Beschwerdegegnerin habe dem Streitgegenstand einen Wert von CHF 181 Mio. beigemessen. Damit betrage die maximale Streitwertbezeichnung seitens der Parteien gemäss § 22 Abs. 2 Satz 2 ZPO höchstens CHF 250 Mio. und die Vorinstanz verletze klares materielles Recht (§ 22 Abs. 2 Satz 2 ZPO), wenn sie einen Streitwert von CHF 500 Mio. annehme (KG act. 1 RZ 56-58). Selbst wenn der Vorinstanz eine eigene Bestimmung des Streitwertes zugestanden würde und sie eine dritte, höhere Schätzung hätte vornehmen können, fehlte dafür jegliche Begründung - so die Beschwerdeführerin weiter - und wäre es willkürlich, von ihrem individuellen Interesse mit knapp 47% der Aktien einfach auf 100% der Aktien für das Gesamtinteresse der Beschwerdegegnerin hochzurechnen, denn für die Gesellschaft, die am Liquidationserlös gar nicht beteiligt sei, gehe es im Gegensatz zur Situation bei ihr (Herauslösung von knapp 47% des Unternehmens bzw. des betreffenden Wertes) nicht um die Herauslösung des gesamten Unternehmenswertes. Dass der Wert des Rechtsbegehrens nicht identisch sein könne mit dem Unternehmenswert, erschliesse sich auch mit der Überlegung, dass die Auflösung der Gesellschaft, an der die Beschwerdeführerin mit 47% beteiligt sei, nicht den identischen Wert haben könne, wie wenn irgend ein aussen stehender Dritter die Übertragung der Gesellschaft zu Eigentum begehren würde. Ein Streitwert von CHF 500 Mio. als über den Schätzungen der Parteien liegende eigene Schätzung des Gesamtinteresses anzunehmen, sei unhaltbar, weil die Vorinstanz selber, wenn auch in anderem Zusammenhang, den "auf Vermutungen basierend(en)" geschätzten Unternehmenswert von CHF 500 Mio. "als Klagefundament ungeeignet" befunden habe. Der Schluss vom Unternehmenswert auf das Gesamtinteresse wäre unhaltbar und widersprüchlich im Sinne von § 50 Abs. 1 ZPO (KG act. 1 RZ 59).

### **E. 38.2**

Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 64 ZPO und N 47a zu § 281 ZPO; vgl. schon Guldener, a.a.O., S. 144). Bei

- 80 - der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis (auf die Verletzung klaren Rechts) zu (von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung im Zusammenhang mit der Berechnung des Streitwertes angefochten wird (ZR 102 Nr. 3 Erw. II.4; ZR 87 Nr. 137). Diese Kognitionsbeschränkung hat zur Folge, dass die Kassationsinstanz nicht in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte Ermessen eingreifen darf. Vielmehr darf ein Entscheid betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Kassationsverfahren nur aufgehoben werden, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar erscheint bzw. ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, vorliegt (ZR 102 Nr. 3 Erw. II.4 mit

Hinweisen). Geht die Klage - wie hier - nicht auf Geldzahlung, ist gemäss § 22 Abs. 1 ZPO der Streitwert massgebend, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen. Sind die Parteien wie vorliegend nicht einig, bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen (§ 22 Abs. 2 Satz 1 ZPO). In der Regel ist der höhere Betrag massgebend (§ 22 Abs. 2 Satz 2 ZPO), wobei das Gericht hinsichtlich des Streitwertes nicht an die Angaben der Parteien gebunden ist und diese von Amtes wegen zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 22 ZPO; ZR 107 Nr. 28 Erw. 4.4d). Setzt der Richter den Streitwert nach seinem eigenen freien, d.h. pflichtgemässen Ermessen fest, sei es, dass sich die übereinstimmenden Angaben der Parteien als unrichtig erweisen, sei es, dass sich die Parteien hinsichtlich des Streitwertes nicht einig sind, ist ein Nichtigkeitsgrund nur dann gegeben, wenn ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vorliegt, d.h. wenn sich der Richter von Gesichtspunkten hat leiten lassen, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht in Betracht gezogen werden dürfen, oder wenn er umgekehrt wesentliche Gesichtspunkte grundlos unberücksichtigt gelassen hat. Solches hätte der Beschwerdeführer darzutun (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52a zu § 281 ZPO; ZR 87 Nr. 137).

- 81 - Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach für die Streitwertbemessung der Auflösungsklage das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft massgebend sei, als Verstoß gegen klares materielles Recht im soeben dargestellten Sinne rügen wollte, ist folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz hat in ihrer Erwägung VII. betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausgeführt, bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage weiche das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung vom Grundsatz ab, dass auf den für den Kläger erwachsenen Vermögensvorteil abzustellen sei. Massgebend sei nicht das individuelle Interesse des Klägers an der Gutheissung seiner Rechtsbegehren, sondern das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft, weil das die Ungültigkeit aussprechende Urteil den angefochtenen Beschluss als Ganzes, gegenüber sämtlichen Aktionären aufhebe (BGE 75 II 149, 66 II 43, 54 II 19). Das die Auflösung einer Aktiengesellschaft aussprechende Urteil entfalte seine Wirkung ebenfalls gegenüber sämtlichen Aktionären und der beklagten Gesellschaft als Ganzes. Deshalb sei für die Streitwertberechnung der aktienrechtlichen Auflösungsklage gleich wie bei der Anfechtungsklage auf das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft abzustellen (KG act. 2 S. 127 f.). Bis dato hatte das Bundesgericht (zumindest in den publizierten Entscheiden) sich nie mit der Frage des Streitwertes einer aktienrechtlichen Auflösungsklage zu befassen. Das Kassationsgericht hat eine analoge Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Streitwertbemessung einer Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen auf die Streitwertberechnung einer aktienrechtlichen Auflösungsklage (ebenfalls in einem Fall, wo die Streitwert- und damit Prozessentschädigungs-Festsetzung durch die Vorinstanz als Verstoß gegen klares Recht gerügt wurde) als nicht zu beanstanden gewertet (Kass.-Nr. 94/532 Z vom 04.12.1995 i.S. R. et al. Erw. III.6 S. 15). In Anbetracht dessen, dass keine höchstrichterliche Rechtsprechung zum Streitwert der aktienrechtlichen Auflösungsklage existiert und das Kassationsgericht ein Heranziehen des Gesamtinteresses der beklagten Gesellschaft nicht beanstandungswürdig befand, kann keine Rede davon sein, dass es sich bei der Rechtsauffassung der Vorinstanz um einen groben Verstoß oder Irrtum bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, handle,

- 82 - oder die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar erscheine. Die Rüge ist daher unbegründet. Hinsichtlich der Aktenwidrigkeitsrüge trifft es zwar zu, dass die Beschwerdeführerin entgegen der Feststellung der Vorinstanz (KG act. 2 S. 128 Erw. 2.3) nicht das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft auf mindestens CHF 500 Mio., sondern deren Unternehmenswert auf mehr als eine halbe Milliarde Franken geschätzt hat. Allerdings hat die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Auffassung, wonach für die Streitwertberechnung nicht das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft, sondern alleine ihr Interesse massgebend sei, ausgehend vom Unternehmenswert ihr Interesse an der Auflösung (welches sie mit dem Wert ihrer Beteiligung an der Beschwerdegegnerin gleichsetzte) und damit den Streitwert auf zwischen CHF 235 Mio. und 250 Mio. beziffert (HG act. 1 S. 8 f. Ziff. 5). Wenn nun die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin für die Streitwertberechnung ihres Interesses als Berechnungsbasis herangezogenen Unternehmenswert (entsprechend 100%, von dem die Beschwerdeführerin 47% als Streitwert nennt) mit dem nach Auffassung der Vorinstanz massgebenden Gesamtinteresse gleichsetzt, ist dies nicht zu beanstanden, sodass die Rüge ebenfalls fehlgeht, sofern auf diese überhaupt einzutreten ist und man der Beschwerdeführerin nicht bereits ein venire contra factum proprium vorhalten müsste, welches keinen Rechtsschutz verdient (§ 50 ZPO). Ist aber das geschilderte Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden, so konnte sie auch kein klares materielles Recht verletzen, indem sie sich bei der Festsetzung des Streitwertes nicht an den rein zahlenmässig von den Parteien genannten höheren Streitwert CHF 250 Mio. hielt, sondern die Auffassung derjenigen Partei, welche den höheren Streitwert nannte (i.c. die Beschwerdeführerin) verwarf und ausgehend von der seitens dieser Partei für die Berechnung ihres Interesses (entsprechend einem 47% Anteil an der AG, welche aufgelöst werden soll) verwendeten Berechnungsbasis (Unternehmenswert von über CHF 500 Mio.) auf das Gesamtinteresse der AG, welche aufgelöst werden soll, schloss und so einen höheren Betrag als Streitwert bestimmte. Gemäss § 22 Abs. 2 Satz 2 ZPO, der überdies lediglich "in der Regel" gilt, ist denn nicht der höhere Streitwert, sondern der höhere Betrag massgebend.

- 83 - Da die Vorinstanz keine "dritte" Schätzung des Streitwertes vorgenommen hat, erübrigt es sich, auf die entsprechenden Rügen und Vorbringen der Beschwerdeführerin (KG act. 1 RZ 59), die demnach an der Sache vorbeigehen, weiter einzugehen (was die Rechtsauffassung betreffend Massgeblichkeit des Gesamtinteresses anbelangt, so wurde diese bereits vorstehend behandelt). Die Rügen hinsichtlich der Festsetzung der Prozessentschädigung sind somit unbegründet, sofern auf diese eingetreten werden kann.

### **E. 39**

Zusammengefasst erweist sich der vorinstanzliche Entscheid als mit Nichtigkeitsgründen behaftet (oben III.4.2a, b und e, III.17.2a/dd, III.22 sowie III.27.2a und b). Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erübrigt sich die Prüfung der an zahlreichen Stellen erhobenen Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht in Zusammenhang mit den handelsgerichtlichen Vorwürfen mangelnder Substanziierung (vgl. III.7.2a, III.15.2, III.17.2a/bb, III.20.2c und e, III.23.2). Es steht der Vorinstanz frei, bei ihrem neuen Entscheid auch diese Rügen der Beschwerdeführerin zu beachten, welche bei einer summarischen Betrachtung nicht von vornherein aussichtslos erscheinen, zumal die Vorinstanz bislang keine Substanziierungshinweise erteilt hat (Prot. HG). IV. 1. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren

Vorschrift von § 64 Abs. 2 ZPO der mit ihren Anträgen unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Nach dem vorstehend III.38.2 Ausgeführten besteht kein Grund, für das vorliegende Verfahren von der Streitwertbeziehung der Vorinstanz von CHF 500

- 84 - Mio. abzuweichen. Immerhin ist in Anwendung des Äquivalenzprinzips (vgl. Kass.-Nr. AA070010 vom 01.10.2007 Erw. III.3.3) die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren auf Fr. 250'000.-- zu beschränken (vgl. auch schon Präsidialverfügung vom 13. Juni 2008, KG act. 5). Was die Höhe der Prozessentschädigung anbelangt, ist einmal der Umstand zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin (nebst einer 4-seitigen Replik auf die 63-seitige Beschwerdeantwort, KG act. 18 resp. 12) von ihren beiden Rechtsvertretern eine umfangreiche Beschwerde (185 Seiten) mit zahlreichen Rügen einreichen liess (KG act. 1) und lediglich mit wenigen davon durchzudringen vermog und daher ihr berechtigter Aufwand für das Beschwerdeverfahren entsprechend gering ausfiel resp. ein Grossteil des betriebenen Aufwandes nicht "notwendig" (im Sinne von § 2 Abs. 3 AnwGebV) war. Bereits aus diesem Grunde ist der gemäss § 3 Abs. 1 Anwaltsgebührenverordnung berechnete Betrag (Fr. 2'556'400.--) einmal in Anwendung von § 3 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 AnwGebV um einen Drittel herabzusetzen (entsprechend Fr. 1'704'266.--) und rechtfertigt sich auch bei der Anwendung von § 12 Abs. 1 AnwGebV die Bemessung im unteren Rahmen, somit auf einen Drittel der Grundgebühr, folglich Fr. 568'088.--. Das verbleibende offensichtliche Missverhältnis zwischen Streitwert und dem für das Kassationsverfahren notwendigen Aufwand der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ist gemäss § 2 Abs. 3 der AnwGebV durch Herabsetzung auf Fr. 300'000.-- auszugleichen. 2. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

- 85 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.