Markus Vischer*

Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. BGE 95 II 555
- IV. Rezeption von BGE 95 II 555 in der Lehre und Rechtsprechung
- V. Würdigung von BGE 95 II 555 und eigene Meinung
 - 1. Art. 703 OR als Ausgangspunkt der Würdigung
 - 2. Rolle der Privatautonomie im Recht der AG und ihre Schranken im Allgemeinen
 - Gesetzliches Leitbild der AG als Schranke der Gestaltungsfreiheit
 - Art. 692–695 OR als Schranke der Gestaltungsfreiheit bezüglich Stichentscheid?
 - 5. Art. 692–695 OR mit qualifiziertem Schweigen oder Lücke bezüglich Stichentscheid?
 - 6. Stichentscheid als Gebot der Klugheit und Konsequenz?
 - 7. Stichentscheid als Gesetzrecht derogierendes Gewohnheitsrecht?
 - 8. Nachtrag zur Meinung von Peter Böckli zur Zulässigkeit des Stichentscheids
 - 9. Weitere Gründe gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden
 - 10. Schlussfolgerung
 - 11. Folgen der Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids
- VI. Exkurs I: Rechtslage bei der GmbH und bei Genossenschaft
- VII. Exkurs II: Zulässigkeit des Losentscheids in der GV der AG
- VIII. Exkurs III: Rechtslage in Deutschland
- IX. Exkurs IV: Laufende Aktienrechtsreform
- X. Schlussfolgerungen

Einleitung

Ι.

1997 stellte Peter Nobel fest, dass über die Frage, ob der Vorsitzende der Generalversammlung («GV») bei Stimmengleichheit den Stichentscheid ausüben darf, schon lange nicht mehr gestritten worden sei.¹ Das trifft zu. Auf den Grund dafür wird nachstehend eingegangen.²

Die Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV bleibt aber aktuell, denn bei geschätzt einem Viertel bis einem Drittel der Aktiengesellschaften («AG») sehen die Statuten nach wie vor den Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV vor. Die Zahl dürfte allerdings rückläufig sein, enthalten doch namhafte Musterstatuten im Unterschied zu früher³ den Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV nicht mehr.⁴

Es sei hier deshalb die Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV der AG wieder einmal aufgenommen und möglichen Antworten zu dieser Frage nachgegangen.

II. Ausgangslage

Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV der AG ist gesetzlich nicht geregelt, dies im Unterschied zum Stichentscheid des Vorsitzenden im Verwaltungsrat, der gesetzlich geregelt ist: Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR sieht nämlich vor, dass der Vorsitzende im Verwaltungsrat den Stichentscheid hat, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen.

^{*} RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG.

PETER NOBEL, Formelle Aspekte der Generalversammlung: Einberufung, Zulassung, Abstimmung, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, in: Hirsch/Nobel/Böckli/Forstmoser/Druey (Hrsg.), Zürich 1997, 37.

S. IV.

³ ELIAS WOLF, Zu einem Urteil über den statutarischen Stichentscheid in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 1962/63, 218.

Z.B. Musterstatuten des Handelsregisteramts des Kantons Zürich: Art. 13 Abs. 1 der Musterstatuten der AG mit Namenaktien und Art. 11 Abs. 1 der Musterstatuten der AG mit Inhaberaktien, http://www.hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/eintragen/for mulare_muster_rechtsform/aktiengesellschaft.html, besucht am 29.12.2016; s. auch Annalise Rüeger, § 13 (Statuten), in: Fischer/ Drenckhan/Gwelessiani/Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, N 13.24 und N 13.38, Art. 13 Abs. 1; MARLEN EISENRING, Kapitel 45: Statuten (Aktiengesellschaft), in: Münch/Böhringer/Kasper Lehne/Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, N 13 und 13.3; ROBERT MEIER, Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, N 2.34, Anhang 4, Art. 11, N 8.14; allerdings je noch mit Hinweis auf die nach diesen Autoren bestehende abweichende statutarische Gestaltungsmög-

Unbestritten ist, dass der Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV der AG nicht besteht, wenn ihn die Statuten nicht vorsehen.⁵ Umstritten ist aber, ob die Statuten diesen Stichentscheid vorsehen dürfen oder nicht.

Der Stichentscheid spielt eine Rolle, wenn im Rahmen von Art. 703 OR gleich viele relevante Stimmen für bzw. gegen einen Antrag vorliegen, also Stimmengleichheit besteht.

Der Vorsitzende in der GV ist i.d.R. der Verwaltungsratspräsident, es sei denn, statutarisch sei etwas Anderes angeordnet oder es liege eine aussergewöhnliche Situation vor, z.B. dann, wenn der Verwaltungsrat selbst etwas Anderes anordnet. Denn diese Funktion ergibt sich aus der Leitungsfunktion des Verwaltungsrats selbst.⁶

III. BGE 95 II 555

GesKR 1 | 2017

Das Bundesgericht beantwortet die Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids in BGE 95 II 555, einem Urteil aus dem Jahre 1969, zu einer Situation in einer Zweimann-AG mit Ja. Bis zu diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die Frage nicht zu beantworten. In BGE 71 II 277, E. 1, scheint es immerhin implizit von der Gültigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids auszugehen, ohne die Frage aber explizit zu beantworten.⁷

BGE 95 II 555 kam überraschend, weil die damalige Lehre die Frage überwiegend⁸ mit Nein beantwortete.⁹ Zu-

Z.B. BSK OR II-Schenker, Art. 627 N 16; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 143; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 359; Wolfgang Maute, Die Durchführung der Generalversammlung, Insbesondere in der Mittelstandsunternehmung, Mit Musterbeispielen und Arbeitshilfen, Zürich 1993, 51; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 1983, § 20 N 33; Alfred Schett, Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer AG bei der Durchführung der Ordentlichen GV, Diessenhofen 1977, 116; ZK-Bürgi, Art. 698 OR N 26.

MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 5), 492 f.; BÖCKLI (FN 5), § 12 N 167; PETER JÄGGI, Von der Beratung an der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, in: Jagmetti/Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walter Hug, Zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 338 ff.; PETER JÄG-GI, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht, 1961, 395.

No auch die Beurteilung von BGE 71 II 277 durch das Bundesgericht selbst in BGE 95 II 555, E. 1a.

Handelsgericht des Kantons St. Gallen, in: SAG 1962/63, 222; M.A.SCH. (wohl MARC-ANTOINE SCHAUB), Voix préponderante du président: jurisprudence genevoise, SAG 1969, 109; ROLF BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 1966 II, 431; ELIAS WOLF, Das Stimmengleichheitsproblem bei Abstimmungen: Problemlösungsdenken versus limitatives Systemdenken, SJZ 1965, 201; MARC-ANTOINE SCHAUB, La voix prépondérante du président, SAG 1960/61, 101; PAUL CARRY, La voix prépondérante du président dans les assemblées générales de la société anonyme, SJ 1960, 452.

⁹ Z.B. ZK-Bürgi, Art. 698 OR N 27, Art. 702 OR N 24, Art. 703 OR N 2, s. auch Art. 698 OR N 24; Leo Sigg, Das Stimmengleichdem verneinten auch zwei kantonale Gerichte die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids. ¹⁰ Umgekehrt befürwortete nur, aber immerhin, eine starke Minderheit in der Lehre die Zulässigkeit. ¹¹

Das Bundesgericht rekapituliert die Regelung von Art. 703 OR und stellt die Frage, ob die Statuten nach Art. 703 OR für den Fall der Stimmengleichheit den Stichentscheid des Vorsitzenden vorsehen dürfen. 12 Es führt anschliessend aus, dass der in Art. 19 Abs. 1 OR festgelegte Grundsatz der Vertragsfreiheit auch im Gesellschaftsrecht gelte und entsprechend der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV der AG zulässig sein müsse, wenn er nicht gemäss Art. 19 Abs. 2 OR gegen zwingende Normen des Aktienrechts verstösst. 13 Es verwirft anschliessend die Meinung der Vorinstanz, wonach der statutarisch vorgesehene Stichentscheid unzulässig sei, weil entsprechend dem Wesen der AG als Kapitalgesellschaft das Stimm-

heitsproblem bei Abstimmungen, SJZ 1965, 239 f.; E.J. Eigenmann, Zum Stichentscheid des Präsidenten, SAG 1961/1962, 249; LEO Sigg, Der Stichentscheid an der Generalversammlung, Zwei Diskussionsbeiträge, NZZ Nr. 2642, 1961, b16; Schaub (FN 8), 101; CARRY (FN 8), 453; ROLF SCHOCH, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Probleme bei gleichem Aktienbesitz, SAG 1959/60, 236; E. Schucany, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 703 N 2, wenn auch unter irrtümlicher Berufung auf von Steiger; F. W. Bürgi, Protokoll der 93. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 5., 6. und 7.9.1959, ZSR 1959 II, 726a; E.J. EIGENMANN, Das Reglement der Aktiengesellschaft, Zürich 1952, 43; FRITZ FUNK, Kommentar des Obligationenrechtes, Zweiter Band, Das Recht der Gesellschaften, Erster Teil, Aarau 1951, Art. 703 N 3; Rolf Frei, Zur Frage des Stichentscheides des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 1950/51, 226; SONTAG, Rechtsfragen aus dem Handelsgesellschaftsrecht, Stimmengleichheit bei Abstimmungen in der Generalversammlung, SAG 1950/51, 169; DIETER BRAUN, Beitrag zur Überwindung der Stimmengleichheit im Verwaltungsrat und der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, SAG 1946/47, 58; GOTTLIEB BACHMANN, in: Bachmann/Goetzinger/Siegmund/Zeller (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss mit leicht fasslichen Erläuterungen, Erste Auflage, zugleich vierte Auflage des einbändigen Kommentars von Schneider/Fick, Zürich 1915, ad Art. 648 OR.

Cour de Justice de Genève, 5.4.1968, in: SAG 1969, 110 ff., auch in: SJ 1970, 161 ff.; Handelsgericht des Kantons St. Gallen, 11.7.1961, in: SAG 1962/63, 128 ff., auch in: SJZ 1963, 219 ff.

Z.B. Bär (FN 8), 431; Fritz von Steiger, Nochmals zum Stimmengleichheitsproblem, SJZ 1965, 305; WOLF (FN 8), 205; WOLF (FN 3), 219; HANS-KONRAD PEYER, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Bern 1963, 91 (immerhin mit einer gewissen Skepsis); W. WICHSER, Der Stichentscheid an der Generalversammlung, Zwei Diskussionsbeiträge, NZZ Nr. 2642, 1961, b16; Elias Wolf, Der Stichentscheid des Präsidenten der Generalversammlung, NZZ Nr. 1519, 1961, a41; Fritz von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1946, 190 f.; Anonymer Autor [gemäss Handelsgericht St. Gallen 11.7.1961, in: SAG 1962/63, 129, Fritz von Stei-GER], Briefkasten, Stimmengleichheit. Hält die Bestimmung der Statuten einer A.-G., wonach der Präsident den Stichentscheid hat, vor dem Gesetz stand?, SAG 1942, 207; wohl auch A. Siegwart, Konflikte zwischen dem Vorsitzenden der Generalversammlung einer AG und der Mehrheit dieser Versammlung, SAG 1944, 226.

¹² BGE 95 II 555, E. 1a.

³ BGE 95 II 555, E. 1b.

recht auf der Kapitalbeteiligung beruhe und nur diese die Mitgliedschaft und die aus ihr fliessenden Rechte verleihe und weil deshalb für ein Stimmrecht nach Köpfen im schweizerischen Recht kein Raum bestehe und keine vom Aktienbesitz unabhängige persönliche Stimme des Vorsitzenden geschaffen werden dürfe. 14 Denn diese Betrachtungsweise, auf welcher auch die Meinung der die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden ablehnenden Lehre basiere, gründe auf der unrichtigen Vorstellung, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Aktienrechts die sogenannte Publikums-AG als Leitbild im Auge gehabt, was aber nicht zutreffe, habe der Gesetzgeber doch gerade bei der Ordnung des Stimmrechts in der Generalversammlung auch personengesellschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung getragen. 15 Damit insinuiert das Bundesgericht, ohne es allerdings explizit zu sagen, dass der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden infolge seines personengesellschaftlichen Charakters bei der AG zulässig sei.

Das Bundesgericht stützt seine Auffassung der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden auch mit dem Argument, dass Stimmrechtsaktien die Beschlussfassung der Mehrheit «viel schwerer» «verfälscht[en]» als der Stichentscheid, weswegen, nachdem Stimmrechtsaktien zulässig seien, auch der Stichentscheid zulässig sein müsse.16 Es hält der Mehrheitsmeinung überdies entgegen, dass die von gewissen Vertretern dieser Meinung angeführte Gefahr der dauernden Majorisierung einer Gruppe durch die andere Gruppe «bei der Zweimann[-] oder Zweigruppen-Gesellschaft» auf einer «unzutreffende[n] Verallgemeinerung» basiere. Zudem stünden bei Realisation dieser Gefahr der Minderheit die üblichen Rechtsbehelfe wie insbesondere eine Anfechtungsklage nach Art. 706 OR oder eine Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR zur Verfügung.¹⁷ Die zur Lösung von Pattsituationen postulierte Alternative, eine Aktie auf einen Vertrauensmann zu übertragen, mache den Stichentscheid nicht überflüssig. 18 Zudem sei der Stichentscheid bei einer Zweimann- oder Zweigruppen-Gesellschaft ein «Gebot der Klugheit», um einem Aktionär oder einer Gruppe «den massgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des Unternehmens [zu] sichern».19

IV. Rezeption von BGE 95 II 555 in der Lehre und Rechtsprechung

BGE 95 II 555 wurde in der Lehre bis auf wenige Ausnahmen²⁰ kaum vertieft kommentiert oder gar hinterfragt. Vielmehr wurde das Urteil überwiegend als abschliessende Klärung der hier diskutierten Frage aufgefasst. Max Kummer beschrieb dies so: «Der gordische, sich um den Stichentscheid des Präsidenten windende Knoten hat nun doch unter einem Schwerthieb der lemanischen Justitia sein Leben lassen müssen. Das Streitgespräch ist tot; der Rest ist – nur noch platonische Manöverkritik. Solches vermag ein Urteil.»²¹ Diese Tatsache hält auch Peter Böckli fest, wenn er schreibt, dass die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV «eine zum Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis» sei.²²

Es wurde also nach BGE 95 II 555 ruhiger um die Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV, während sie früher z.T. sogar in der Tagespresse diskutiert wurde.²³ Beim Aufrechterhalten dieser Ruhe half, dass das Bundesgericht BGE 95 II 555 in seinem Urteil 4C.88/2000 vom 27.6.2000, E. 3b, bestätigte.²⁴

Aber bedeutet diese Ruhe wirklich, dass heute keine Zweifel mehr an der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV bestehen bzw. bestehen dürfen und jede Kritik an BGE 95 II 555 «platonisch» und damit sinnlos ist?

¹⁴ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 1.

¹⁵ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 2.

¹⁶ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 3.

¹⁷ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 3.

BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 4.
 BGE 95 II 555, E. 7.

Z.B. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 5), 143 f.; PETER JÄGGI, Von der atypischen Aktiengesellschaft, in: Häfliger/Jäggi/Kämpfer/Monteil/Reinhardt (Hrsg.), Festgabe Franz Josef Jeger, Solothurn 1973, 566 ff.; MAX KUMMER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1971, 222 ff.

²¹ Kummer (FN 20), 222.

BÖCKLI (FN 5), § 12 N 358; s. aber zum Argument der gewohnheitsrechtlichen Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids V.7.

²³ SIGG (FN 9, NZZ Nr. 2642), b16; WICHSER (FN 11), b16; WOLF (FN 11), a41.

Ob im Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2016 vom 30.6.2016, E.7, bereits ein leises Abrücken von BGE 95 II 555 bzw. vom Urteil 4C.88/2000 vom 27.6.2000 erfolgt, sei hier offengelassen. In diesem Urteil 4A_237/2016 vom 30.6.2016, E. 7, stellt das Bundesgericht fest, dass einem gemäss Art. 731b OR bestellten Sachwalter kein Stimmrecht in der Generalversammlung zukommen könne; s. auch ZK-Jung, Art. 625 OR N 178 zur Unzulässigkeit des gerichtlich aufgrund von Art. 731b OR angeordneten Stichentscheids.

V. Würdigung von BGE 95 II 555 und eigene Meinung

GesKR 1 | 2017

Art. 703 OR als Ausgangspunkt der Würdigung

Ausgangspunkt (aber nicht Endpunkt) der Erörterung der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV ist, wie das Bundesgericht in BGE 95 II 555 korrekt aufzeigte,25 Art. 703 OR. Diese Bestimmung lautet wie folgt: «Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen.» Diese Bestimmung blieb bis auf ganz wenige sprachliche Änderungen seit dem Erlass des Obligationenrechts im Jahre 1881 unverändert. 26 Das erlaubt es, auch die ältere Lehre und Rechtsprechung zu den alten Fassungen von Art. 703 OR und zu Art. 640 aOR und eben insbesondere auch BGE 95 II 555 bei der Beantwortung der hier interessierenden Frage zu berücksichtigen.

Art. 703 OR statuiert in allgemeiner Weise das Mehrheitsprinzip für Beschlüsse und Wahlen der GV.²⁷ Das Mehrheitsprinzip ist bei der Körperschaft, also auch bei der AG, im Unterschied zur Rechtsgemeinschaft ein zentrales Element ihrer Organisation.²⁸ Es soll nicht unbedingt zu besseren Entscheiden führen, sondern primär die Funktionsfähigkeit der Körperschaft sicherstellen.²⁹ Immerhin vermittelt das Mehrheitsprinzip aber auch eine gewisse Repräsentanz und damit eine gewisse Richtigkeitsgewähr.³⁰

Art. 703 OR differenziert bezüglich Rechtsfolge nicht zwischen Beschlüssen und Wahlen, obwohl die Bestimmung beide Geschäfte erwähnt.³¹

Art. 703 OR gilt, «soweit das Gesetz und die Statuten es nicht anders bestimmen». Das Gesetz schränkt Art. 703 OR v.a. durch Art. 704 OR ein, welcher für bestimmte wichtige Beschlüsse eine qualifizierte Mehrheit vorsieht.

Es ist umstritten, ob die Statuten Erschwerungen und Erleichterungen der Beschlussfassung im Vergleich zu Art. 703 OR vorsehen können,³² mithin also, ob Art. 703 OR dispositiv,³³ teilzwingend durch das Setzen eines Mindeststandards³⁴ oder für gewisse Beschlüsse sogar absolut zwingend³⁵ ist. Die Frage braucht hier nicht in allgemeiner Form beantwortet zu werden, auch wenn Art. 627 Ziff. 11 OR nur von einer statutarischen Grundlage für die Einführung von im Vergleich zu Art. 703 OR höheren Beschlussquoren und nicht auch von im Vergleich zu Art. 703 OR tieferen Beschlussquoren spricht.³⁶ Damit kann hier offenbleiben, ob die Statuten andere Mehrheiten als die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, z.B. die absolute Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen,³⁷ die relative Mehr-

²⁵ S. III.

S. Art. 648 OR gemäss Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881, AS 5, 635 ff., in Kraft seit 1.1.1883; Art. 703 OR gemäss Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936, AS 53, 185 ff., in Kraft seit 1. Juli 1937; Art. 703 OR gemäss Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 4. Oktober 1991, AS 1992, 733 ff., in Kraft seit 1. Juli 1992; Art. 703 OR gemäss Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), Änderung vom 16. Dezember 2005, AS 2007, 4791 ff, in Kraft seit 1. Januar 2008.

²⁷ ZK-Bürgi, Art. 703 OR N 1.

BGE 102 II 265, E. 3; Christoph B. Bühler, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 2013, 543 f.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 2 N 103 ff.; ZK-Tanner, Art. 703 OR N 4.

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 28), § 2 N 107; s. auch BGE 102 II 265, E. 3, und BGE 99 II 55, E. 4b, wonach ein Mehrheitsbeschluss grundsätzlich auch dann bindend ist, wenn er nicht die bestmögliche Lösung beinhaltet.

ZK-Tanner, Art. 703 OR N 17; s. auch Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 1 N 32 ff., § 5 N 179: «positive [...] Nutzenbilanz.»

S. auch BGE 95 II 555, E. 3b, wonach Wahlen «im Grunde genommen nichts anderes als Beschlüsse besonderer Art» seien; zum Begriff des Beschlüsses [i.e.S.] und der Genehmigung, welches beides Beschlüsse [i.w.S.] im Sinne von Art. 703 OR sind, z.B. BSK VegüV-Blaeser/Glanzmann, Art. 18 N 121, s. auch N 119 f. zum in Art. 18 VegüV verwendeten Begriff der Abstimmung.

³² Z.B. BERTRAND SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/St. Gallen 2009, § 13 N 82.

BGE 117 II 290, E. 7a aa; z.B. KUKO-JERMINI/DOMENICONI, Art. 703 OR N 7; CHK-TANNER, Art. 703 OR N 6; BRIGITTE TANNER, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Zürich 1987, § 5 N 39; s. auch § 1 N 58 ff.; von Steiger (FN 11), 306; wohl auch OFK Aktienrecht-FRICK/STÄHELI, Art. 703 OR N 3 ff.; bezüglich Quoren z.B. FREI (FN 9), 227 f.; s. auch gleich bezüglich Minderheits(stimmen)quoren.

Z.B. bezüglich Quoren CHK-WALDBURGER, Art. 627 OR N 5 f., bezüglich Statutenänderungen; BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 3 bezüglich Statutenänderungen, 18; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, Zürich/Basel/Genf 2011, N 560; ZK-BÜRGI, Art. 703 OR N 22; SONTAG (FN 9), 169; s. auch gleich bezüglich Minderheits(stimmen)quoren.

gleich bezüglich Minderheits(stimmen)quoren.

Z.B. Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Zürich/St. Gallen 2013, 143 ff. und Böckli (FN 5), § 12 N 365, 416, 420; a.M. BK-Tanner, Art. 703 OR N 107; s. auch BGE 117 II 290, E. 7a aa, zur Frage der Zulässigkeit statutarisch vorgesehener qualifizierter Beschlussquoren bezüglich Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern.

Zur Kontroverse über die Auslegung von Art. 627 Ziff. 11 OR bzw. letztlich zur Frage eines qualifizierten Schweigens oder einer Lücke in Bezug auf Erleichterungen von Art. 703 OR z.B. BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 3, 18, contra z.B. TANNER (FN 33), § 1 N 59; s. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 486 f., die zu Recht vorschlägt, Art. 627 OR ersatzlos zu streichen, weil das Verhältnis dieser Bestimmung zu den materiellen Bestimmungen nicht zuletzt wegen ihrer Lückenhaftigkeit oft unklar ist.

Zum Begriff z.B. Tanner (FN 33), § 2 N 60; für die Zulässigkeit z.B. Botschaft (FN 36), 563; von der Crone (FN 30), § 5 N 184.

heit anstelle der absoluten Mehrheit³⁸, proportionale Wahlverfahren und cumulative voting³⁹ oder sogar statt Mehrheits(stimmen)quoren Minderheits(stimmen) quoren,⁴⁰ vorsehen können.⁴¹

Denn richtigerweise ergibt sich die Antwort auf die hier diskutierte Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV nicht direkt aus Art. 703 OR bzw. der Antwort auf die Frage, ob Art. 703 OR dispositiv, teilzwingend oder absolut zwingend ist. ⁴² Das ist auch die Auffassung des Bundesgerichts in BGE 95 II 555. Es begnügt sich nämlich ebenfalls nicht mit der Ausführung, gemäss Wortlaut von Art. 703 OR könnten die Statuten von Art. 703 abweichende Regelungen und damit den Stichentscheid vorsehen. Vielmehr bemüht es andere Regelungen als Art. 703 OR, nämlich Art. 19 Abs. 1 und 2 OR. ⁴³

2. Rolle der Privatautonomie im Recht der AG und ihre Schranken im Allgemeinen

Es ist anerkannt, dass im Gesellschaftsrecht und damit auch im Aktienrecht grundsätzlich die Privatautonomie

Zum Begriff z.B. Tanner (FN 33), § 2 N 36 ff.; für die Zulässigkeit z.B. OFK Aktienrecht-Frick/Stähell, Art. 703 OR N 4; CHK-Tanner, Art. 703 OR N 6; von Steiger (FN 11), 306.

³⁹ Zu den Begriffen z.B. Tanner (FN 33), § 2 N 48 ff.; für die Zulässigkeit z.B. BSK OR II-Wernli, Art. 709 N 27; Böckli (FN 5), § 12 N 429, § 13 N 80 ff., aber unter Ausdruck von Skepsis bezüglich Sinnhaftigkeit.

- Zum Begriff z.B. TANNER (FN 33), § 2 N 31 f.; für die Zulässigkeit z.B. BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 703 N 15; CHK-Tan-NER, Art. 703 OR N 6; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001, § 12 N 92 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 54; Tanner (FN 33), § 1 N 58 ff.; Ulrich Geilinger, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Zürich 1948, 25 f.; gegen die Zulässigkeit z.B. KUKO-JERMINI/DOMENICONI, Art. 703 OR N 7; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 473 f.; BÖCKLI (FN 5), § 12 N 430 unter Hinweis u.a. auf Art. 706b OR; s. auch Geilinger (FN 40), 31: «Während beim einfachen Mehrheitsbeschluss eine Minderheit das tun muss, was die Mehrheit beschliesst, ist beim ablehnenden erschwerten Beschluss die Mehrheit verpflichtet, zu unterlassen, was die Minderheit unterlassen will. Mehrheit und Minderheit sind an sich zwei relative Begriffe ...».
- S. auch die Diskussion zur Zulässigkeit und Sinn und Unsinn der «Mehrheit der Minderheit»-Regel z.B. Peter Böckli, Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz, SZW 2016, 449 ff.; Daniel M. Häusermann, Minderheitenschutz in der «Aktionärsdemokratie», Vorschlag für eine dispositive «Mehrheit-der-Minderheit»-Regel in börsenkotierten Aktiengesellschaften, GesKR 2014, 210 ff.
- EIGENMANN (FN 9), SAG 1961/62, 245 f.; CARRY (FN 8), 453 f.; FREI (FN 9), 229 f., 233; a.M. TANNER (FN 33), § 4 N 100, nach der sich die Unzulässigkeit des Stichentscheids (u.a.) direkt aus Art. 703 OR ergibt, s. dann aber auch § 4 N 101 f.; a.M. wohl auch BÖCKLI (FN 5), § 12 N 358, wenn er die Stichentscheidregel als eine Abweichung von Art. 703 OR qualifiziert; a.M. wohl auch WOLF (FN 3), 219 f.; offengelassen von Bär (FN 8), 431.

43 S. III.

gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 OR gilt.⁴⁴ Von Vertragsfreiheit zu sprechen wäre angesichts der Doppelnatur der AG als vertragliches, aber auch gesetzliches Gebilde,⁴⁵ nicht ganz korrekt. Verschiedene Autoren sprechen deshalb im Bereich des Gesellschaftsrechts nicht von Vertragsfreiheit, sondern von Gestaltungsfreiheit.⁴⁶

Trotz grundsätzlicher Geltung dieser Gestaltungsfreiheit, gibt es im Gesellschaftsrecht aufgrund des Formenzwangs und der Formenfixierung sehr viele zwingende Bestimmungen.⁴⁷ Das ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber nicht das System der freien Gesellschaftsbildung gewählt hat, sondern angesichts der Bedeutung des Verkehrsschutzes das System der Normativbestimmungen.⁴⁸ Peter Böckli bemerkt deshalb: «Alle wissen es: Aktienrecht enthält als klassisches Körperschaftsrecht vor allem zwingende Gesetzesbestimmungen.»

Gesetzliches Leitbild der AG als Schranke der Gestaltungsfreiheit

Zu Recht lehnt es das Bundesgericht in BGE 95 II 555 ab, ein (irgendwie geartetes) gesetzliches Leitbild der AG als Schranke für die Privatautonomie, in concreto das Leitbild der AG als Publikums-AG, als Argument gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden, zu akzeptieren. Entsprechend folgert Walter Ott zu Recht, dass «[d]ie Theorie vom Typus als Schranke der Vertragsfreiheit [...] abzulehnen» sei, weil sie in einem konkreten Fall keine klaren Antworten im Sinne von Ja/Nein, zulässig oder nicht zulässig, entweder/oder geben kann⁵¹, zumal es nicht einen

- ⁴⁴ Z.B. Peter V. Kunz, Statuten Grundbaustein der Aktiengesellschaft, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsreform, eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 57; Bühler (FN 28), 542, 550; Kunz (FN 40), § 6 N 172; Tanner (FN 33), § 1 N 75; Arnold Koller, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg 1967, 106 ff.; Wichser (FN 11), b16.
- 45 Z.B. MARKUS VISCHER, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 258.
- 46 Z.B. Daniel M. Häusermann, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Zürich/St. Gallen 2015, 10 ff.; Koller (FN 44), 113.
- 47 S. grundsätzlich zum Formenzwang und zur Formenfixierung im Gesellschaftsrecht z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 28), § 11 N 2 ff., und Rolf H. Weber, Juristische Personen, in: Tercier (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, vierter Teilband, Einleitung und Personen, Basel 1998, 78 ff.; s. auch BGE 140 III 206, E. 3.7; BGE 132 III 470, E. 3.3. a.E.
- 48 Z.B. Vischer (FN 45), 258.
- PETER BÖCKLI, Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011, 8; s. auch KOLLER (FN 44), 115.
- ⁵⁰ S. III.
- WALTER OTT, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972, 142; gl.M. schon ARTHUR MEIER-HAYOZ/WALTER R. SCHLUEP/WALTER OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 1971 I, 318 ff., 334 ff.; s. ganz generell zur unzureichenden Tragfähigkeit der Theorie vom Typus z.B. MEIER-

gesetzlichen Typus der AG gibt⁵² bzw. das Aktienrecht nicht auf einen Typus der AG ausgelegt ist.⁵³ Auf den Punkt bringen es auch ARTHUR MEIER-HAYOZ, WALTER R. SCHLUEP und WALTER OTT in einem Kommentar zu BGE 95 II 555: «Ein so spezifisches Problem wie dasjenige des statutarischen Stichentscheides lässt sich nicht mit typologischen Allgemeinheiten erledigen.»⁵⁴

GesKR 1 | 2017

Entsprechend trifft auch die Meinung nicht zu, die Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids ergebe sich aus dem bei der AG zwingenden Mehrheitsprinzip⁵⁵. Das Mehrheitsprinzip ist zwar wie gesagt ein zentrales Element bei der AG, aber wie gerade bezüglich Typus im Allgemeinen gesagt nicht derart tragfähig, dass ihm etwas für oder gegen den Stichentscheid entnommen werden könnte.

Daran ändert auch Art. 706b Ziff. 3 OR nichts, schützt doch diese Bestimmung nicht einen bestimmten Typus der AG, sondern Verstösse gegen zwingendes Gesetzesrecht.⁵⁶

Nur am Rande sei hier noch erwähnt, dass das Bundesgericht der Mehrheitsmeinung zur Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden⁵⁷ in BGE 95 II 555 zu Unrecht unterstellt, sie basiere im Wesentlichen auf dem nach dem Bundesgericht nicht korrekten Leitbild der AG als Publikums-AG.⁵⁸ Von den Vertretern dieser Meinung erwähnt aber nur PAUL CARRY dieses Leitbild, und zwar nur sehr beiläufig, also keineswegs als Hauptargument.⁵⁹ Zu dieser Unterstellung passt, dass das Bundesgericht neben PAUL CARRY auch einen Vertreter der Minderheitsmeinung, nämlich ELIAS WOLF,⁶⁰ welcher das vom Bundesgericht kritisierte Leitbild für die Begründung der Minderheitsmeinung (und nicht der Mehrheitsmeinung!) verwendet,⁶¹ zitiert. Zudem verweist es auf Peter Jäggi,⁶² F. Wolfhart

BÜRGI⁶³ und ARTHUR MEIER-HAYOZ,⁶⁴ welche entgegen dem Bundesgericht durchaus betonen, dass der Gesetzgeber «auch die Gründung kleinerer Gesellschaften mit personenrechtlichem Charakter ermöglichen wollte».⁶⁵ Zudem äussern sich diese Autoren in den vom Bundesgericht zitierten Stellen nicht zur Frage des Stichentscheids des Vorsitzenden.

Kann ein gesetzliches Leitbild nicht gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids angerufen werden, kann es umgekehrt, entgegen dem, was das Bundesgericht in BGE 95 II 555 insinuiert,66 auch nicht für die Zulässigkeit des Stichentscheids angerufen werden. Denn wie gesagt liefert die «Theorie des Typus» keine klaren Antworten im Sinne von Ja/Nein, zulässig oder nicht zulässig, entweder/oder. Es gilt auch hier die bereits erwähnte Aussage von Arthur Meier-Hayoz, Walter R. Schluep und Walter Ott, dass sich ein spezifisches Problem wie dasjenige des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV nicht mit typologischen Allgemeinheiten erledigen lässt,67 weder positiv noch negativ.

Nur am Rande sei deshalb hier noch erwähnt, dass Peter JÄGGI die Insinuation des Bundesgerichts, der statutarisch vorgesehene Stichentscheid sei ein personengesellschaftliches Element und als solches zulässig, mindestens für die Zweimann-AG für nicht richtig hält, denn «die Stichentscheid-Regel [bilde] keineswegs ein personengesellschaftsrechtliches Stilelement, das [gemäss Bundesgericht] (erlaubterweise) in das Aktienrecht eingeführt werden könn[...]e [...] Vielmehr hand[le] es sich um eine ausgesprochen körperschaftsrechtliche Regel[, welche,] [a]ngewendet auf Lebensverhältnisse, die einer Personengesellschaft gleichen, [...] unweigerlich denaturiert [werde und] eine ganz andere, sowohl dem Körperschafts- wie auch dem Personengesellschaftsrecht eindeutig fremde Bedeutung» gewänne. Entsprechend sei die Stichentscheid-Regel mindestens für die Zweimann-AG unzulässig.68

Entsprechend kann auch aus der Tatsache, dass allenfalls kein gesetzliches Leitbild nachweisbar ist, nichts zu-

HAYOZ/FORSTMOSER (FN 28), § 2 N 133: «Für die Entscheidung konkreter Fragen geben daher die dargelegten Strukturelemente keine zuverlässigen Vorgaben ab», s. auch § 2 N 145 ff.; PIERRE JOLIDON, Problèmes de structure dans le droit des sociétés, portée et limites de la théorie des types, ZSR 1968 II, 527: « ... la théorie des types ne pourra a priori prétendre jouer un rôle de quelque importance dans la formation et l'application du droit»; s. auch 563 ff. mit der Ablehnung der sogenannten typgerechten Auslegung; a.M. z.B. PETER JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, SAG 1958/59, 70, mit dem Postulat der typgerechten Auslegung.

⁵² OTT (FN 51), 142.

⁵³ Z.B. W.R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen (III), SAG 1960/61, 197; s. auch ZK-Jung, Vor Art. 620–625 OR N 118.

MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT (FN 51), 321; gl.M. WOLF (FN 8), 201 ff., wenn er den Gegnern der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids «limitatives Systemdenken» vorwirft.

Von der Crone (FN 30), § 5 N 187; Trautmann/von der Crone (FN 40), 473 f.

⁵⁶ BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706b N 15.

⁵⁷ S. III.

⁵⁸ S. III.

⁵⁹ Carry (FN 8), 455.

⁶⁰ Wolf (FN 3), 222; Wolf (FN 8), 205.

WOLF (FN 3), 222 f.; ebenso wie der vom Bundesgericht zur Stützung seiner Meinung ebenfalls zitierte Bär (FN 8), 431.

⁶² Jäggi (FN 51), 65.

W. F. BÜRGI, Regard sur le droit suisse, Aujourd'hui et demain, Das Schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Recueil publié par la Société Suisse des Juristes à l'occasion de l'Exposition nationale suisse Lausanne 1964, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, Basel 1964, 205.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, in: Jagmetti/Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walter Hug, Zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 384.

BÜRGI (FN 63), 205; s. auch JÄGGI (FN 51), 65 ff. und MEIER-HAYOZ (FN 64), 377 ff. bzw. nur schon den Titel der Publikation von Meier-Hayoz «Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft».

⁶ S. III.

⁶⁷ Meier-Hayoz/Schluep/Ott (FN 51), 321.

⁵⁸ Jäggi (FN 20), 570 f.

gunsten der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids abgeleitet werden.⁶⁹

Art. 692-695 OR als Schranke der Gestaltungsfreiheit bezüglich Stichentscheid?

Ergeben sich die Schranken der Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht in Bezug auf die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids nicht aus einem (irgendwie gearteten) gesetzlichen Leitbild, ist zu prüfen, ob es anderweitige Schranken gibt. Wie ausgeführt ergeben sich diese Schranken nicht direkt aus Art. 703 OR bzw. der Antwort auf die Frage, ob Art. 703 OR dispositiv, teilzwingend oder absolut zwingend ist. Vielmehr ergeben sie sich gegebenenfalls aus den Regeln über das Stimmrecht.⁷⁰ Denn das Stimmrecht bildet die Prämisse für die Beschlussfassungsregel in Art. 703 OR.⁷¹ Dies entspricht auch der Gesetzessystematik,72 weil das Gesetz das Stimmrecht in der GV im Kapitel III in Art. 692-695 OR, also vor dem Kapitel V (Art. 703-704a OR) regelt.

Art. 692-695 OR mit qualifiziertem Schweigen oder Lücke bezüglich Stichentscheid?

Gemäss der Grundregel in Art. 692 Abs. 1 OR üben die Aktionäre «ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien aus». Als Ausnahme hiervon⁷³ können die Statuten gemäss Art. 693 Abs. 1 OR «das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien festsetzen, so dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt», und so ein indirektes Plural-(Mehr)stimmrecht74 mittels sogenannter indirekter Stimmrechtsaktien⁷⁵ schaffen. Nur diese Art des Pluralstimmrechts in Form indirekter Stimmrechtsaktien, also Aktien mit unterschiedlichem Nennwert, aber gleicher Stimmkraft, ist gemäss OR zulässig, nicht jedoch die statutarische Schaffung von Aktien mit gleichem Nennwert mit unterschiedlicher Stimmkraft,76 was den Anwendungsbereich von Art. 627 Ziff. 10 OR entsprechend einschränkt.⁷⁷ Bezüglich echten Stimmrechtsaktien liegt damit ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers⁷⁸ vor.⁷⁹

Letzteres, also die statutarische Schaffung von Aktien mit gleichem Nennwert mit unterschiedlicher Stimmkraft, wird aber mit dem Stichentscheid zu schaffen versucht, wenn der Vorsitzende Aktionär ist. Daran ändert nichts, dass die unterschiedliche Stimmkraft nur in einem Fall gilt, nämlich bei einer Pattsituation. Daran ändert auch nichts, dass die unterschiedliche Stimmkraft bei einem Wechsel der Vorsitzenden, wenn sie Aktionäre sind, im Resultat unterschiedlichen Aktien zukommt. Denn Fakt bleibt, dass mit dem Stichentscheid ein Aktionär in einer bestimmte Situation, nämlich einer Pattsituation, über die normale Stimmkraft seiner Aktien hinaus ein zusätzliches Stimmrecht hat, was, e contrario aus Art. 693 Abs. 1 OR geschlossen,80 unzulässig ist.81

Das gilt umso mehr,82 wenn der Vorsitzende Nichtaktionär ist, er also nur den Stichentscheid hat. Auch das widerspricht Art. 693 Abs. 1 OR (und Art. 692 Abs. 1 OR), wie auch ganz generell ein statutarisch vorgesehenes Stimmrecht für einen Nichtaktionär unzulässig ist. Es gilt das sogenannte Abspaltungsverbot, d.h. das Verbot der Loslösung des Stimmrechts von der Aktie.⁸³

BSK OR II-Länzlinger, Art. 693 OR N 1; Meier-Hayoz/Forst-

Moser (FN 28), § 16 N 273; Böckli (FN 5), § 4 N 131, 138; ZK-

BÜRGI, Art. 693 OR N 11 f.; H. ZIMMERMANN, Stimmrechtsakti-

en und ähnliche Rechtsgeschäfte, Zürich 1951, 32 ff.; FREI (FN 9), 232; zum Sonderfall der Sanierungsaktien als mindestens faktisch spezieller Form von Stimmrechtsaktien s. Art. 692 Abs. 3 OR und z.B. BSK OR II-Länzlinger, Art. 692 N 14; Böckli (FN 5), § 12 N 382a; MAX GERSTER, Stimmrechtsaktien, Zürich 1997, 79 ff.; s. auch Botschaft (FN 36), 538 f., wonach Art. 692 Abs. 3 OR als sachlich fragwürdiges und in der Aktiengesellschaft systemwidriges Ausnahmeprivileg ersatzlos gestrichen werden soll. Zur Interpretation von Art. 627 Ziff. 10 OR im Lichte von

Art. 692 f. OR z.B. BSK OR II-Schenker, Art. 627 N 16.

Zum Begriff gleich anschliessend.

Von der Crone (FN 30), \S 3 N 132; Gerster (FN 76), 64 f.

Zum argumentum e contrario bzw. Umkehrschluss als Pendant zum gleich anschliessend behandelten Analogieschluss im Allgemeinen Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016, 220 ff.

FREI (FN 9), 232 f., insbesondere 232: «Endlich würde [...] die einer Aktie durch den Stichentscheid verliehene erhöhte Stimmkraft gegen die zwingende gesetzliche Ordnung des Stimmrechtes verstossen. Diese lässt nämlich als einzige Ausnahme vom Nennwertprinzip des Art. 692, Abs. 1, OR das verdeckte Pluralstimmrecht in Form der Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 OR zu. Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung stützt sich nun nicht auf eine solche Stimmrechtsaktie.»

Zum Schluss a fortiori als Anwendungsfall des gleich anschliessend behandelten Analogieschlusses im Allgemeinen z.B. Kramer (FN 80), 219 f.

PATRICK SCHLEIFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, nach bisherigem und revidiertem Recht, Bern 1993, 11 f.; auch BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 4; s. auch BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 22, der für den Verein ausführt, die statutarische Einräumung des Stimmrechts an Nichtmitglieder widerspreche dem Begriffselement der Körperschaft als einer Personenverbindung; s. auch BGE 96 II 18, E. 3, worin das

A.M. wohl Peter Nobel/Roger Groner, Aktienrechtliche Entscheide, Praxis zum schweizerischen Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 2006, 250.

Sigg (FN 9), NZZ Nr. 2642, b16; Carry (FN 8), 454; Frei (FN 9), 229 f., 233.

Frei (FN 9), 229; s. auch Wichser (FN 11), b16, der von einer Vorfrage spricht.

Frei (FN 9), 230.

BGE 117 II 290, E. 4g: «Les actions à droit de vote privilégié créent une brèche dans le système du droit de vote proportionnel à l'importance de la participation financière (art. 692 CO).»

Auch verdecktes Plural-(Mehr)stimmrecht genannt, z.B. BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 3; Frei (FN 9), 232.

Auch verdeckte Stimmrechtsaktien genannt, z.B. MEIER-HAYOZ/ Forstmoser (FN 28), § 16 N 273.

GesKR 1 | 2017

Daran ändert nichts, dass der Stichentscheid des Vorsitzenden die Beschlussfassung der Mehrheit unter Umständen weniger verfälscht als Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 OR, wie das Bundesgericht in BGE 95 II 555 ausführt.84 Denn (die neulich im Zusammenhang mit dem Sika-Fall wieder heftig kritisierten Stimmrechtsaktien)⁸⁵ schaffen in Bezug auf das Stimmrecht eine Ausnahme vom in Art. 692 Abs. 1 OR festgehaltenen Grundsatz, wonach die Aktionäre ihr Stimmrecht nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts ausüben. Stimmrechtsaktien sind deshalb an sich systemfremd.86 Das Verhältnis von Art. 692 Abs. 1 OR und Art. 693 OR von Grundsatz und Ausnahme zeigen auch die Marginalien von Art. 692 OR und Art. 693 OR. Art. 693 OR ist deshalb als systemfremde Ausnahmebestimmung nicht extensiv, sondern, nach dem Grundsatz singularia non sunt extenda, restriktiv auszulegen.87 Das verbietet die Schaffung weiterer, zu Art. 693 OR analoger Ausnahmebestimmungen von Art. 692 OR.88 Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Analogieschluss zu einer analogen Ausnahmebestimmung, hier der Stichentscheidregel, führt, welche als weniger gravierend, als die ursprüngliche Ausnahmebestimmung empfunden wird.89 Eine restriktive Auslegung von Art. 693 OR und damit ein Verbot der Schaffung

Bundesgericht es als zulässig erachtete, dass eine AG einem Nichtaktionär vertraglich (also nicht statutarisch) die Stellung eines Aktionärs einräumte; zu einer Kritik dieses BGE z.B. MAX KUMMER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1970, Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1972, 132 ff.; s. auch V.9.

weiterer Ausnahmebestimmungen von Art. 692 OR per Analogieschluss aus Art. 693 OR gebietet auch die Maxime der Gleichbehandlung der Aktionäre, weil dem Vorsitzenden (er kann Aktionär sein oder nicht) verglichen mit den anderen Aktionären ansonsten mit dem Recht zum Stichentscheid mehr Stimmrechte zustünden. Denn das Gebot der Gleichbehandlung ist auch ein Auslegungsmittel. Es richtet sich entsprechend nicht nur an die GV, den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der AG, 91 sondern auch an den Rechtsanwender. 92

Auch Art. 627 Ziff. 10 OR erlaubt nicht die Schaffung weiterer Ausnahmebestimmungen von Art. 692 OR per Analogieschluss aus Art. 693 OR. Art. 627 Ziff. 10 OR gestattet zwar an sich die statutarische Beschränkung des Stimmrechts, aber eben nicht die Schaffung einer Regel, die Art. 693 Abs. 1 OR zuwiderläuft. Denn der Richter hat «sich im Gesellschaftsrecht an die vom Gesetzgeber vorfabrizierte Konfektion [hier bestimmt geartete Stimmrechtsaktien in der Form unechter Stimmrechtsaktien gemäss Art. 693 Abs. 1 OR] zu halten. Es ist ihm untersagt, die im konkreten Fall für Einzelne zwar erwünschte Massarbeit zu leisten [..., indem er] immer dann, wenn ihm eine für den typischen Fall statuierte Norm als unpassend erschiene, eine Gesetzeslücke annähme und diese in freier richterlicher Rechtsfindung ausfüllte».93

Zu dieser Grundhaltung zu Art. 692 Abs. 1 OR und Art. 693 OR passt die bereits erwähnte geplante Streichung von Art. 692 Abs. 3 OR, d.h. die geplante Abschaffung der Sanierungsaktien durch den Gesetzgeber.

Es liegt entsprechend in Bezug auf den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV aufgrund des beschriebenen Umkehrschlusses ein qua-

⁸⁴ BGE 95 II 555, E. 2, Abs. 4; s. auch Bär (FN 8), 432; von Steiger (FN 11), 306.

Für einen Überblick über den Meinungsstand in Sachen Stimmrechtsaktien z.B. Daniel M. Häusermann, Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW 2015, 239 ff.; Daniel Däniker, Wer zahlt, befiehlt? Vielleicht auch nicht, GesKR 2015, 423, 427 ff.; Daniel Däniker, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Tschäni (Hrsg.), Merger & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 145 ff.; Hans von der Crone/Nina Reiser/Evgeny Plaksen, Stimmrechtsaktien: Eine juristische und ökonomische Analyse, SZW 2010, 93 ff.; BÖCKLI (FN 5), § 4 N 128 ff.; s. auch Botschaft (FN 36), 62 ff., mit den Gründen zur Beibehaltung der (unechten) Stimmrechtsaktien im vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen Aktienrecht).

KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich/ St. Gallen 2012, 324 f.

Zur restriktiven Auslegung von systemfremden Ausnahmebestimmungen Kramer (FN 80), 227; zur restriktiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen im Allgemeinen z.B. BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 ZGB N 15; s. z.B. auch BGE 132 III 61, E. 6.1; BGE 123 III 120, E. 2b; BGE 116 II 431, E. 1b a.E.: «... eine Ausnahmevorschrift darstellt und nach der Rechtsprechung deshalb eng auszulegen ist».

Zum Zusammenhang von extensiver Auslegung und Analogieschluss im Allgemeinen z.B. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 ZGB N 13, bzw. zur Frage, ob der Analogieschluss nicht überhaupt zur (extensiven) Auslegung gehört oder nicht im Allgemeinen z.B. Kramer (FN 80), 211 f. und BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 376 ff.; zum Analogieschluss im Allgemeinen z.B. Kramer (FN 80), 211 ff.

⁸⁹ Zum Argument, die Stichtagsregel verfälsche die Willensbildung weniger als Stimmrechtsaktien und sei deshalb zulässig s. vorstehende Ausführungen; zum Schluss a maiore ad minus als Anwendungsfall des Analogieschlusses im Allgemeinen z.B. Kramer (FN 80), 219 f.

Weitergehend, d.h. im Stichentscheid eine eigentliche Verletzung des (gemäss Art. 706 Abs. 1 Ziff. 3 OR an die GV adressierten) Gebots der Gleichbehandlung sehend, Kunz (FN 40), § 12 N 84; ZK-Bürgi, Art. 703 OR N 2; Eigenmann (FN 9), 247; Schoch (FN 9), 235; Bürgi (FN 9), 726a; Frei (FN 9), 232; a.M. Böckli (FN 5), § 12 N 358; s. zur Bedeutung des (gemäss Art. 706 Abs. 1 Ziff. 3 OR an die GV adressierten) Gebots der Gleichbehandlung bei Einschränkungen des Stimmrechts durch die Statuten (bzw. die Generalversammlung) im Allgemeinen auch Claire Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 139 ff. und ZK-Bürgi, Art. 692 OR N 9 ff.

⁹¹ S. Art. 706 Abs. 1 Ziff. 3 OR und Art. 717 Abs. 2 OR.

 $^{^{92}}$ Von der Crone (FN 30), § 8 N 27.

MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT (FN 51), 333; für eben dieses Argument bezüglich Art. 627 Ziff. 10 OR und Art. 689 Abs. 2 OR in Bezug auf das wie die Beschränkung des Stimmrechts in Art. 627 Ziff. 10 OR geregelte Recht des Aktionärs, sich vertreten zu lassen, STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich/Basel/Genf 2011, 270; s. auch bereits V.2. zum Formenzwang und zur Formenfixierung und ganz generell zum Handlungsspielraum des Richters BGE 140 III 233, E. 5.1: «Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die Instrumente zu schaffen, die er zur Erreichung seiner Ziele als geeignet erachtet; erweist sich, dass die gesetzlich vorgesehenen Instrumente nicht optimal geeignet sind, um die angestrebten Ziele zu erreichen, so können nicht unter blosser Berufung auf die gesetzlichen Ziele auf dem Wege der Rechtsanwendung andere Instrumente eingeführt werden.»

lifiziertes Schweigen des Gesetzgebers und keine Lücke vor, die per Analogieschluss zu schliessen wäre.⁹⁴

Ein solches qualifiziertes Schweigen in Bezug auf den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid legt auch die schon erwähnte Tatsache nahe, dass der Gesetzgeber den Stichentscheid des Vorsitzenden im Verwaltungsrat in Art. 713 Abs. 1 OR geregelt hat, ihm also nicht unterstellt werden kann, er hätte die Möglichkeit der Stimmengleichheit in Gremien verkannt. 95 Daran ändert auch der in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 zu findende Satz «Bei Stimmengleichheit hat er [gemeint der Präsident in der Generalversammlung] ohne besondere statutarische Grundlage [...] kein Recht auf den Stichentscheid». 96 nichts, ist er letztlich nur als gesetzgeberisches obiter dictum zu würdigen,97 zumal er zu einem Zeitpunkt geschrieben wurde, in der die Regelung von Art. 703 OR seit 100 Jahren in Kraft war.98

Ein solches qualifiziertes Schweigen in Bezug auf den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid legt weiter die Tatsache nahe, dass der Gesetzgeber mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)⁹⁹ den Stichentscheid im GmbH-Recht in Art. 808a OR positivrechtlich¹⁰⁰ regelte, dies aber im Aktienrecht unterliess, obwohl er mit diesem Gesetz auch diverse Bestimmungen im Aktienrecht änderte, u.a. die Marginalie von Art. 703 OR.

6. Stichentscheid als Gebot der Klugheit und Konsequenz?

Unwesentlich ist, dass der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV unter Umständen ein «Gebot der Klugheit» ist, wie das Bundesgericht in BGE 95 II 555 meint.¹⁰¹ Allerdings ist mit Peter Jäggi¹⁰² zu hinterfragen, worin diese Klugheit

liegt.103 Denn es ist nicht erstellt, dass ohne Stichentscheid die «Gefahr der Beschluss- und Funktionsunfähigkeit der Aktiengesellschaft» droht, und auch nicht, dass der Stichentscheid «den massgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des Unternehmens sicher[t]», wie das Bundesgericht anzunehmen scheint. 104 Dies gilt umso mehr, als nach herrschender Lehre¹⁰⁵ bei Stimmengleichheit nicht kein Beschluss, sondern ein negativer Beschluss zustande kommt. 106 Aber selbst bei Bejahen der erwähnten Klugheit ist den bundesgerichtlichen Ausführungen nicht zu folgen. Anders zu entscheiden hiesse, reinen Nützlichkeitsüberlegungen nachzugeben und Ergebnisjurisprudenz zu betreiben, um subjektiv als unbefriedigend wahrgenommenes Recht korrigieren zu wollen. Das ist nicht zulässig. 107 Es liegt objektiv zudem gar kein unbefriedigendes Recht vor. Die Aktionäre haben nämlich andere, legale Möglichkeiten, der vom Bundesgericht angesprochenen Gefahr zu begegnen bzw. den vom Bundesgericht angesprochenen Einfluss zu sichern, z.B. durch die Schaffung von Stimmrechtsaktien¹⁰⁸ oder durch die vom Bundesgericht in BGE 95 II 555 selbst erwähnte Möglichkeit der Übertragung einer Aktie auf einen Vertrauensmann¹⁰⁹ oder mehrerer Aktien auf mehrere Vertrauensmänner. 110 Entsprechend ist die Aussage von Fritz von Steiger nicht richtig, dass

¹⁰³ Gl.M. von der Crone (FN 30), § 5 N 188: «Der Stichentscheid des Vorsitzenden würde im Übrigen auch keinen echten Beitrag zur Verbesserung der Entscheidfindung in der Generalversammlung leisten»; s. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 40), § 24 N 58, § 62 N 109 bei der Zweimann-AG; s. auch Häusermann (FN 46), 344, bezüglich allgemeiner Überschätzung der Stichentscheidregel zur Lösung von Pattsituationen; s. auch Sigg (FN 9, SJZ 1965), 240, der beim Stichentscheid nicht von einem «Gebot der Klugheit», sondern von einem äusserst zählebigen Beelzebub spricht, der einen imaginären Teufel austreiben soll; s. auch Carry (FN 8), 455: «L'un des arguments des partisans de la voix préponderante consiste à invoquer les «raisons pratiques» L'argument n'est pas convaincant»; s. auch Schoch (FN 9), 236.

BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 4 und E. 7; s. aber auch Böckli (FN 5), § 12 N 358, der den praktischen Nutzen des Stichentscheids betont und ihn v.a. deshalb für zulässig hält; gl.M. wie Böckli z.B. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 625 N 28; BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 16; Nobel/Groner (FN 69), 250; Schett (FN 5), 118; KUMMER (FN 20), 224; s. auch Wolf (FN 8), 201 ff., der die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids bejaht, weil ein Problemlösungsdenken und nicht ein limitatives Systemdenken angezeigt sei.

¹⁰⁵ S. VI.

S. Auch SIGG (FN 9, SJZ 1965), 239: «... so liegt bei Stimmengleichheit ... eine negative Willenskundgebung der Körperschaft, eine Ablehnung des Antrages vor. Da aber die Ablehnung eines Antrages keineswegs zu den Seltenheiten im korporativen Leben gehört, ist nicht einzusehen, warum bei Stimmengleichheit, welche doch eher einen Ausnahmefall bei der Beschlussfassung darstellt, plötzlich ein unwiderstehliches Bedürfnis nach einem positiven Beschluss auftreten sollte».

OT CARRY (FN 8), 455; zur Unzulässigkeit einer ganz allgemeinen Berichtigung unbefriedigenden Rechts durch den Richter z.B. BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 302 ff.; s. auch NOBEL/GRONER (FN 69), 250, welche die bundesgerichtliche Ausführungen zur Klugheit als «sachlich und unternehmenswirtschaftlich berechtigt», wenn auch als «dogmatisch schwer verdaulich[...]» bezeichnen.

¹⁰⁸ Jäggi (FN 20), 571.

¹⁰⁹ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 6.

¹¹⁰ CARRY (FN 8), 455 f.

⁹⁴ Zur Unterscheidung von Lücke und qualifiziertem Schweigen bzw. zu diesen Begriffen im Allgemeinen z.B. BK-Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 255 ff.; s. auch BK-Emmenegeer/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 348, welche statt vom qualifizierten Schweigen auch vom beredtem Schweigen bzw. von einer Regelung durch Nichtregelung sprechen; zum häufigen Resultat eines qualifizierten Schweigens aufgrund eines Umkehrschlusses im Allgemeinen z.B. Kramer (FN 80), 220 f.; BK-Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 255.

⁹⁵ S. zu diesem Argument auch CHK-Tanner, Art. 703 OR N 14; ZK-Tanner, Art. 703 OR N 161.

⁹⁶ BBL 1983 II 733, 920.

⁹⁷ Gl.M. Kunz (FN 40), § 12 Fn 308.

⁹⁸ S. V.1.

AS 2007, 4791 ff., in Kraft seit 1.1.2008.

Vorsitzender mit Stichentscheid in der Gesellschafterversammlung im Sinne einer gesetzlichen Grundregel mit der Möglichkeit der statutarischen Wegbedingung.

¹⁰¹ BGE 95 II 555, E. 7.

¹⁰² Jäggi (FN 20), 568.

man «in solchen Dingen [d.h. in der Frage der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV] nicht zu dogmatisch werden» sollte.¹¹¹ Gleiches gilt für die Aussage von Elias Wolf, dass «jeder theoretische Einwand gegen die Zulässigkeit des Stichentscheides wegfallen [muss]», «[s]obald man ... vom Begriff der Zweckmässigkeit ausgeht».¹¹² Auch sie ist nicht richtig.

GesKR 1 | 2017

Dazu kommt, dass den Beteiligten in Pattsituationen gesetzliche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, wie neben der immer gegebenen Möglichkeit der Berufung auf Art. 2 ZGB insbesondere die Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR¹¹³ und neu die Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR. Auf die Auflösungsklage verweist auch das Bundesgericht,114 allerdings nicht zur Stütze der eigenen Meinung, sondern zur Widerlegung eines Arguments der abweichenden (Mehrheits-)Meinung, dem Argument nämlich, der Stichentscheid sei unzulässig, weil die Gefahr der dauernden Majorisierung einer Gruppe durch die andere Gruppe bestehe. 115 Auch diese Missbrauchsüberlegungen der (Mehrheits-)Meinung stellen Ergebnisjurisprudenz dar und sind deshalb, wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, als Argument nicht überzeugend.

7. Stichentscheid als Gesetzrecht derogierendes Gewohnheitsrecht?

Der bis jetzt hergeleitete Befund der Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV ist auch nicht dadurch zu korrigieren, dass dieses (gesetzliche) Ergebnis derogierendes Gewohnheitsrecht angenommen wird. Denn Gesetzesrecht derogierendes Gewohnheitsrecht gibt es nicht bzw. ist es unbeachtlich.116 Das gilt nicht nur bei einer positiven gesetzlichen Regelung, sondern auch bei einer negativen gesetzlichen Regelung, also bei einem qualifiziertem Schweigen des Gesetzgebers,117 wie es hier in Bezug auf den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV vorliegt. Selbst wenn man aber im Grundsatz Gesetzesrecht derogierendes Gewohnheitsrecht zulassen würde, gilt bezüglich der hier interessierenden Frage Folgendes: Auch heute ist es zwar wie erwähnt so, dass statutarische Bestimmungen, die den Stichentscheid des Vorsitzenden vorsehen, recht häufig sind. Nur beweist dies noch kein Gewohnheitsrecht.¹¹⁸ Vielmehr wäre dafür neben einer langen, gefestigten Übung in der Anwendung der in Frage stehenden Rechtsnorm (longa consuetudo) auch die Überzeugung der beteiligten Kreise von deren Geltung und Verbindlichkeit (opinio iuris) notwendig. 119 Weder damals noch heute sind aber eine solche longa consuetudo und eine solche opinio iuris dargetan. 120 Im Zeitpunkt von BGE 95 II 555 war in Bezug auf die opinio iuris wie gezeigt das Gegenteil der Fall. 121 Auch heute gibt es noch namhafte Stimmen, welche die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV ablehnen.¹²² Allerdings ist zuzugestehen, dass heute die Mehrheitsmeinung den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV für zulässig hält, meist aber wie gesagt ohne ausführliche Auseinandersetzung mit dem Thema.123

¹¹⁸ Handelsgericht des Kantons St. Gallen, in: SAG 1962/63, 221.

Handelsgericht des Kantons St. Gallen, in: SAG 1962/63, 221; im Allgemeinen z.B. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGN N 418; BK-Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 233.

Handelsgericht Kanton St. Gallen, SAG 1962/1963, 221 f., Bär (FN 8), 431; Wolf (FN 3), 223 f.; Eigenmann (FN 9), SAG 1961/62, 247, Wichser (FN 11), b16; bezüglich damals; a.M. Wolf (FN 11), a41, bezüglich damals.

S. V.1.; s. auch Handelsgericht Kanton St. Gallen, SAG 1962/1963, 222

¹²² Von der Crone (FN 30), § 5 N 187 f., aber immerhin auch N 189 a.E.; Trautmann/von der Crone (FN 40), 473 f.; Kunz (FN 40), § 12 N 82 ff.; s. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 5), 144, welche den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid unter Berufung auf BGE 95 II 555 nur für zulässig halten, wenn der Vorsitzende Aktionär ist (explizit a.M. als Müller/Lipp/Plüss Helke Drenckhan, § 61 (Durchführung der Generalversammlung), in: Handbuch Schweizer Aktienrecht (FN 4), N 61.26), den «Stichentscheid» des Vorsitzenden, wenn er nicht Aktionär ist, allerdings als Schiedsspruch retten wollen. Letzteres berücksichtigt weder die zeitliche Dimension noch ist es überhaupt haltbar, weil eine Schiedsklausel weder dem tatsächlich gewollten noch dem normativ Erklärten entspricht, zumal Schiedsklauseln in Statuten infolge des Erfordernisses eines expliziten Beitritts des sich verpflichtenden Aktionärs so oder so wenig tragfähig sind (z.B. Benjamin Büchler/Hans Caspar von DER CRONE, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln - Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), SZW 2010, 262 f.; BÖCKLI (FN 5), § 16 N 149 f.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_492/2015 vom 25.2.2016, E. 3.4; s. auch Müller/Lipp/Plüss (FN 5), Fn. 695, welche die generelle Einräumung eines Vetorechts zu Gunsten des Vorsitzenden der Generalversammlung für unzulässig halten; s. auch Daniel DÄNIKER, Loyalitätsaktien - Postulat oder Rechtswirklichkeit?, in: Tschäni (Hrsg.), Merger & Acquisitions XVII, Zürich/Basel/Genf 2016, 160 ff., welcher sogenannte Loyalitätsaktien (= Aktien mit Pluralstimmrecht in bestimmt definierten «Loyalitätsfällen») für unzulässig hält.

³ Z.B. ZK-Cramer, Art. 627 OR N 18, 20, 24, mit blossem Hinweis auf BGE 95 II 555 und drei gutheissende Lehrmeinungen; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 625 N 28, mit blossen Hinweis auf BGE 95 II 555 und drei gutheissende Lehrmeinungen; BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 16 mit blossen Hinweis auf BGE 95 II 555; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 11a f., mit blossem Hinweis auf eine abweichende Lehrmeinung; Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, § 8 N 275, ohne Hinweise; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, Begründet von Theo Guhl, Zürich/Basel/Genf 2015, § 12 N 53, mit blossem Hinweis auf BGE 95 II 555; von Büren/Stoffel/Weber (FN 34),

von Steiger (FN 11), 305; gl.M. Wolf (FN 3), 220, und Wolf (FN 11), a41, welcher den Gegnern der Zulässigkeit des statutarischen vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden vorwirft, in Begriffsjurisprudenz zu verfallen.

¹¹² Wolf (FN 11), a41.

BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 703 OR N 11a f.; Böckli (FN 5),
 \$ 12 N 360a; Carry (FN 8), 456; Schoch (FN 9), 229 ff.

¹¹⁴ BGE 95 II 555, E. 2 Abs. 4.

 $^{^{115}~}$ So z.B. Kunz (FN 40), § 12 N 84.

¹¹⁶ BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 425 ff.

¹¹⁷ BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 425.

Nur am Rande sei noch Folgendes erwähnt: In seinem Urteil 4C.88/2000 vom 27.6.2000, E. 3b, mit dem BGE 95 II 555 bestätigt wird,¹²⁴ beruft sich das Bundesgericht zur Stütze seiner Meinung auch auf das Werk von Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz und Peter Nobel. Allerding beantworten diese Autoren in der vom Bundesgericht zitierten Stelle¹²⁵ die Frage nicht im vom Bundesgericht behaupteten Sinne, sondern lassen sie offen.¹²⁶ Sie schreiben zudem in der Note, die auf die vom Bundesgericht zitierte Note folgt,¹²⁷ dass der Stichentscheid bei der paritätischen Zweipersonengesellschaft «[e]in problematisches Instrument» sei.¹²⁸ Es gibt zudem weitere Autoren, welche die Frage wie Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz und Peter Nobel offenlassen.¹²⁹

Von der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids als Gewohnheitsrecht kann deshalb mangels opinio iuris, aber auch mangels longo consuetudo nicht die Rede sein. ¹³⁰

Ergänzend sei bemerkt, dass auch eine ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht Gewohnheitsrecht darstellt, weshalb das Bundesgericht sich bis jetzt nie unter Hinweis auf die gewohnheitsrechtliche Natur seiner Rechtsprechung von einer Praxisänderung abhalten liess, ¹³¹ ganz abgesehen davon, dass mit bloss zwei Bundesgerichtsentscheiden seit 1883 zum hier diskutierten Thema kaum eine ständige bundesgerichtliche Praxis und entsprechend eben nicht eine zu Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis vorliegt. ¹³²

N 574, mit Hinweis auf BGE 95 II 555, aber doch der Bemerkung, dass die Zulässigkeit des Stichentscheids «zu der im Aktienrecht einmaligen Situation [führt], dass jemand ein zusätzliche Stimme abgeben darf, ohne dass er dafür eine Aktie besitzt»; MARC BAU-EN/ROBERT BERNET, Schweizer Aktiengesellschaft, Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 421, mit blossem Hinweis auf BGE 95 II 555; MEIER (FN 4), N 2.34, ohne Hinweise; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, Achter Band, Handelsrecht, zweiter Teilband, von Steiger (Hrsg.), Basel 1982, SPR VIII/2, 191, mit blossem Hinweis auf BGE 95 II 555; s. auch Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK 2 11 39 und ZK 2 11 40 vom 12.1.2012, E. 2.1.2, 2.1.3.

Nachtrag zur Meinung von Peter Böckli zur Zulässigkeit des Stichentscheids

Wie gezeigt begründet PETER BÖCKLI seine Meinung zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids v.a. dadurch, dass er - nach der hier vertretenen Auffassung zu Unrecht - eine zu Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis annimmt.¹³³ Diese Argumentation erstaunt, weil PETER BÖCKLI ansonsten die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids aufgrund seiner Auffassung zu statutarisch vorgesehenen Vetorechten, Minderheitsquoren und Kopfstimmrechten ablehnen müsste, führen diese doch zu mit Stichentscheiden vergleichbaren Rechtsproblemen. Zum Vetorecht äussert sich Peter Böckli wie folgt: «Ein Vetorecht ist auch dogmatisch unvereinbar mit Art. 691/93, die die Mitwirkung an der Beschlussfassung in der Generalversammlung nur proportional entweder zum gesamten Nennwert oder zur Stückzahl der im Eigentum eines Aktionärs befindlichen Aktien zulassen. Das Vetorecht steht als Verhinderungsbefugnis ad personam völlig ausserhalb dieses gesetzlichen Stimmrechtssystems.»¹³⁴ Zu den Minderheitsquoren bemerkt PETER BÖCKLI Folgendes: «Wenn es einen Verstoss gegen die Grundstruktur der Aktiengesellschaft im Sinne des Art. 706b gibt, dann ist es die Einführung des Minderheitsbeschlusses.» 135 Zum Kopfstimmrecht führt Peter Böckli Folgendes aus: «Das Kopfstimmrecht ... ist mit der Grundstruktur einer kapitalbezogenen Kapitalgesellschaft, wie sie in der Aktiengesellschaft verwirklicht ist, unvereinbar. Das Stimmrecht bemisst sich nach Art. 692 Abs. 1 und Art. 693 Abs. 1 OR 1991 nach dem Nennwert oder Aktienzahl; das Kopfstimmrecht steht dazu methodisch im direkten Gegensatz: es ist ein Stimmrecht, das umgekehrt proportional zum Kapitaleinsatz steht. Die Stimmkraft der Aktien bestimmt sich proportional zur Kapitalbeteiligung, wenn auch bei den Stimmrechtsaktien in zwei verschiedenen Klassen und bei vinkulierten Namenaktien nur unterhalb eines statutarisch festgelegten (Plafonds). Nie kann überdies eine Aktie im Vergleich zu anderen Aktien mehr Stimmkraft verleihen als das Zehnfache. ... Das Kopfstimmrecht ist als Statutenbestimmung auch in den Urstatuten nichtig.»¹³⁶ Damit befindet sich Peter Böckli an sich auf der Linie vieler Autoren, welche den Stichentscheid mit der Begründung ablehnen, die Regelung von Art. 692 Abs. 1 (und 3) OR und Art. 693 OR mit der Bemessung des Stimmrechts nach dem Nennwert der Aktien und ausnahmsweise nach der Zahl der Aktien sei bis auf die Regeln über die

¹²⁴ S. IV.

¹²⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 40), § 24 N 57.

¹²⁶ Gl.M. Kunz (FN 40), § 12 Fn 307; s. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 40), § 62 N 108 f., wo die Frage ebenfalls offengelassen wird.

¹²⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 40), § 24 N 58.

Bestätigt in FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 40), § 62 N 109; s. auch NOBEL (FN 1), 37, mit einem Votum für die allgemeine Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids, aber Bedenken gegen diese bei Verwendung des Stichentscheids «zur permanenten Herrschaftsausübung bei einer Patt-Situation».

¹²⁹ Ž.B. CHK-Tanner, Art. 703 OR N 14; wohl auch ZK-Tanner, Art. 703 OR N 160 ff.

 $^{^{130}}$ A.M. wie gesagt Böckli (FN 5), § 12 N 358.

BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 423; s. auch KRAMER (FN 80), 232 f., 254 ff., wonach Richterrecht auch im Bereich des sogenannten law making (Art. 1 Abs. 2 ZGB) per se kein Gewohnheitsrecht ist.

¹³² A.M. wie gesagt BÖCKLI (FN 5), § 12 N 358.

¹³³ Böckli (FN 5), § 12 N 358.

¹³⁴ BÖCKLI (FN 5), § 12 N 364, s. auch N 427a.

BÖCKLI (FN 5), § 12 N 430; s. auch Trautmann/von der Crone (FN 40), 473 f., wonach der Stichentscheid letztlich zum Obsiegen eines Minderheitsquorums führt.

BÖCKLI (FN 5), § 12 N 482a; s. auch TANNER (FN 33), § 4 N 98 ff., wonach der Stichentscheid letztlich ein Kopfstimmrecht ist.

Stimmkraftbeschränkung gemäss Art. 692 Abs. 2 OR abschliessend und zwingend, weshalb der statutarisch vorgesehene Stichentscheid unzulässig sei. 137 Nur zieht PETER BÖCKLI diese Schlussfolgerung in Bezug auf den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid nicht, mit der Begründung, dieser basiere auf Gewohnheitsrecht, was aber, wie gezeigt, abzulehnen ist.

GesKR 1 | 2017

Weitere Gründe gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden

Gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden spricht auch Art. 698 OR, mindestens im Bereich, in dem es um die in dieser Bestimmung angesprochenen unübertragbaren Befugnisse der GV geht. Denn letztlich würden die Statuten, würde man von der Zulässigkeit des Stichentscheids ausgehen, einem Dritten Befugnisse der GV übertragen und damit der GV wegnehmen, was diese Bestimmung verbietet. 138 Das Bundesgericht hat aus diesem Grund eine andere statutarische Regelung zur Auflösung einer möglichen Pattsituation in der GV139 für nichtig erklärt, nämlich die Regelung, wonach der Verwaltungsrat im Amt bleibt, also als implizit einstweilen wiedergewählt gilt, auch wenn er die Wahl in der GV (infolge einer Pattsituation) nicht schafft.140

10. Schlussfolgerung

Aus diesen Gründen ist der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV der AG nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig. Zu Recht enthalten deshalb namhafte Musterstatuten den Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV nicht mehr. 141 Allerdings ist mit Max Kummer zuzugestehen, dass die Bilanz der Argumente für und der Argumente gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV am Schluss wohl ziemlich ausgeglichen ist. 142 Dies steht im Einklang mit dem generellen Befund von Ernst A. Kramer, dass es oft eine sehr schwierige Frage ist, ob in einer konkreten Fragestellung ein qualifiziertes Schweigen oder eine Lücke vorliegt, also ein Umkehr- oder Analogieschluss angezeigt ist, und dass deswegen die Rechtsprechung und Lehre oft schwankend ist. 143 Es haben beide Schlüsse denn auch grundsätzlich die gleiche Legitimität. 144

Folgen der Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids

Ist der Stichentscheid wie gemäss hier vertretener Auffassung unzulässig, gilt er als nicht rechtsgültig abgegeben. Es bleibt bei der Stimmengleichheit. Es ist umstritten, was die Folge der Stimmengleichheit in der GV der AG ist. Nach der einen Auffassung ist infolge Nichterreichens des Quorums ein negativer Entscheid, d.h. ein den gestellten Antrag ablehnender Entscheid, zustande gekommen,145 der alsdann infolge Unzulässigkeit nicht über den Stichentscheid «gerettet»,146 «umgekehrt»147 bzw. «gedreht» 148 wird. Nach der anderen Auffassung ist kein Entscheid zustande gekommen, liegt also ein Nicht-Beschluss vor,¹⁴⁹ bei dem es infolge der Unzulässigkeit des Stichentscheids bleibt. 150 Die erstere Meinung entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.

Wird der Stichentscheid zu Unrecht berücksichtigt, ist der entsprechende Entscheid der GV gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR nichtig. Allerdings wird in der Lehre und Rechtsprechung im Allgemeinen versucht, die Nichtigkeit von Entscheiden der GV zugunsten der blossen Anfechtbarkeit zurückzudrängen.¹⁵¹ Im hier interessierenden Fall kann sich diese Lehre und Rechtsprechung auch auf Art. 691 Abs. 3 OR berufen, weil es letztlich bei einem unzulässigen Stichentscheid um eine unbefugte Teilnahme geht.¹⁵²

¹⁴³ Kramer (FN 80), 221 f. 144 Kramer (FN 80), 221 ff.

¹⁴⁵ BGE 95 II 555, E. 1a; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1045 f.; von der Crone (FN 30), § 5 N 186; Schönbächler (FN 35), 140; Tanner (FN 33), § 1 N 81 ff., § 4 N 100, § 6 N 23 ff.; Sigg (FN 9, SJZ 1965), 239, allerding unklar bezüglich Wahlen; SIGG (FN 9, NZZ Nr. 2642), b16; Braun (FN 9), 58.

Zum Begriff der «Rettung» durch den Stichentscheid z.B. CHK-KRATZ, Art. 808a OR N 1, und BSK OR II-TRUFFER/DUBS, Art. 808a N 1.

Zum Begriff des «Umkehrens» FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 145), N 1048, Fn 97, N 1053.

Zum Begriff des «Drehens» z.B. Forstmoser/Küchler (FN 145), N 1050.

Z.B. von Steiger (FN 11), 305 f.; Wichser (FN 11), b16; unklar BÖCKLI (FN 5), § 12 N 360.

FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 145), N 1048, Fn 97.

Z.B. Tanner (FN 33), § 6 N 1 ff.

Zu einem weiten Begriff der unbefugten Teilnahme, insbesondere bei jeder Art «der Beeinflussung und Verfälschung der korporativen Willensbildung durch Verletzung von statutarischen und gesetzlichen Bestimmungen über die Teilnahme-, die Mitwirkungsberechtigung, wie etwa die Zustimmung zu einem Antrag eines «Gastes» [...] oder die Nichtbeachtung von statutarischen Höchststimmausübungsklauseln» BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 4.

¹³⁷ EIGENMANN (FN 9), 246; CARRY (FN 8), 454; FREI (FN 9), 231 ff.

Z.B. von Greyerz (FN 123), 185, im Allgemeinen; Schaub (FN 8), 102; zu dieser Argumentation, allerdings nicht gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden, sondern gegen die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Losentscheids, s. VIII; s. auch V.5. zum sogenannten Abspaltungs-

HANS CASPAR VON DER CRONE/MELANIE GOTTINI, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW 2016, 523.

BGE 140 III 349, E. 2.6.

¹⁴¹

¹⁴² Kummer (FN 20), 223.

VI. Exkurs I: Rechtslage bei der GmbH und bei Genossenschaft

Im GmbH-Recht ist der Stichentscheid des Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung wie gezeigt in Art. 808a OR explizit positivrechtlich geregelt.

Im Genossenschaftsrecht ist die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden der Generalversammlung dagegen wie im Aktienrecht nicht explizit geregelt und demzufolge aufgrund ähnlicher Argumente wie im Aktienrecht umstritten.¹⁵³

VII. Exkurs II: Zulässigkeit des Losentscheids in der GV der AG

Wie ausgeführt sehen bei geschätzt einem Viertel bis einem Drittel der AGs die Statuten bei Stimmengleichheit den Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV vor. Sehr viel seltener sehen die Statuten bei Stimmengleichheit den Losentscheid vor.

Zum Losentscheid bei Beschlüssen und Wahlen in der GV der AG gibt es nicht viele Meinungsäusserungen. 154 Verschiedene Autoren halten ihn für zulässig,155 verschiedene Autoren für unzulässig. 156 Ein höchstrichterliches Präjudiz fehlt.

Tendenziell neigen die Autoren, die den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid für zulässig halten, dazu, auch den statutarisch vorgesehenen Losentscheid für zulässig zu halten und umgekehrt. Entsprechend werden denn auch in etwa dieselben Argumente für bzw. gegen den Losentscheid wie für bzw. gegen den Stichentscheid angeführt. Zusätzlich wird gegen den Losentscheid noch angeführt, Beschlüsse und Wahlen in der GV setzten eine menschliche Willensbildung voraus, was den Losentscheid unzulässig mache, weil dem menschlichen Willen nur noch eine indirekte Rolle zukomme, indem er über die Anwendung dieses Mittels entscheide. 157

VIII. Exkurs III: Rechtslage in Deutschland

Im Unterschied zu Art. 703 OR158 differenziert § 133 dAktG¹⁵⁹ bezüglich Rechtsfolge zwischen Beschlüssen und Wahlen. 160 Zudem klärt diese deutsche Bestimmung anders als Art. 703 OR161 selber, inwieweit sie dispositiv bzw. teilzwingend ist, nämlich dispositiv in Bezug auf Wahlen und teilzwingend in Bezug auf (sonstige) Beschlüsse. 162 Trotzdem ist auch bei Wahlen, wo die Regelung dispositiv ist, umstritten, ob der in der Satzung vorgesehene Stichentscheid durch den Versammlungsleiter zulässig ist oder nicht. 163 Das stützt die vorstehend aufgestellte These, wonach sich die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids nicht daraus ergibt, ob Art. 703 OR dispositiv, zwingend oder teilzwingend ist. 164 Diejenigen Autoren, die den in der Satzung vorgesehenen Stichentscheid für unzulässig halten, argumentieren primär damit, dass der Stichentscheid ein unzulässiges Mehrstimmrecht schafft bzw. gegen das Abspaltungsverbot verstösst, 165 was die hier zum Schweizer Recht vertretene Meinung stützt. 166

In Anbetracht dieser Ausführungen erstaunt nicht, dass auch die Zulässigkeit des Losentscheids bei Wahlen umstritten ist.167

IX. Exkurs IV: Laufende Aktienrechtsreform

Am 23. November 2016 verabschiedete der Bundesrat wie ausgeführt die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts) vom 23.11.2016.168 Der vorgeschlagene neue Art. 703 OR bzw. überhaupt das vorgesehene neue Recht regelt den Stichentscheid nach

¹⁵³ Z.B. für Zulässigkeit BSK OR II-Moll, Art. 885 N 18, Art. 888 N 10; z.B. gegen Zulässigkeit CHK-MÜLLER/FORNITO, Art. 885 OR N 4 und Art. 888 OR N 3.

Z.B. dagegen zum Losentscheid bei politischen Abstimmungen und Wahlen z.B. Max Baumann, Justitia Ludens, SJZ 2003, 622 f.

¹⁵⁵ Maute (FN 5), 51; Schett (FN 5), 118; Wolf (FN 8), 205; wohl auch BÄR (FN 8), 431, 433; s. auch für die Zulässigkeit bei der GmbH z.B. BSK OR II-Truffer/Dubs, Art. 808a N 3.

SCHAUB (FN 8), 102, unter Hinweis auf Art. 698 Abs. 2 OR; SCHU-CANY (FN 9), Art. 703 OR N 2, wenn auch unter irrtümlicher Berufung auf von Steiger; Braun (FN 9), 58; BACHMANN (FN 9), ad Art. 648 OR; s. auch Adrian Rüesch, § 39 (Durchführung von Verwaltungsratssitzungen), in: Handbuch Schweizer Aktienrecht (FN 4), N 39.50, der den Losentscheid selbst auf Verwaltungsratsstufe für unzulässig hält.

Wolf (FN 8), 203, zu diesem Argument, welches er allerdings ab-

^{§ 133} dAktG lautet wie folgt: (1) Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht Gesetz oder Satzung eine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse bestimmen. (2) Für Wahlen kann die Satzung andere Bestimmungen treffen.

Für die rechtspolitischen Gründe der Differenzierung z.B. Ste-FAN GRUNDMANN, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz, Grosskommentar, 4. Aufl., Fünfter Band, Mitbestimmungsgesetz; §§ 118–149, Berlin 2008, § 133 dAktG N 98.

¹⁶² Für die rechtspolitischen Gründe der Differenzierung z.B. GRUND-MANN (FN 160), § 133 dAktG N 98.

Nachweise z.B. bei Grundmann (FN 160), § 133 dAktG N 126, insb. Fn 246.

Z.B. OLIVER RIECKERS, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149, 3. Aufl. 2015, München 2015, § 133 dAktG N 55.

S. V.5.

Nachweise z.B. bei Grundmann (FN 160), § 133 dAktG N 126, insb. Fn 247.

Botschaft (FN 36), 399 ff.

wie vor nicht. 169 Im Unterschied zum geltenden Art. 703 OR stellt der neue Art. 703 Abs. 2 OR auf die abgegebenen Stimmen (und nicht mehr auf die vertretenen Stimmen) ab, wobei die Statuten nach der Botschaft nicht von dieser Regel abweichen können,170 was sich allerdings aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht ergibt. Im Unterschied zum geltenden Art. 703 OR lässt der neue Art. 703 Abs. 2 OR nur noch höhere statutarische Quoren zu, was diejenigen Autoren stärkt, die bereits de lege lata diese Meinung vertreten.¹⁷¹ Das im neuen Art. 703 Abs. 2 OR gesetzlich zwingend verankerte Mehrheitsprinzip stärkt zudem jene Autoren, welche de lege lata die Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV aus dem nach ihrer Meinung unverrückbaren Mehrheitsprinzip ableiten.172

X. Schlussfolgerungen

GesKR 1 | 2017

Der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV ist umstritten. Nach der hier vertretenen Meinung ist er unzulässig. Er sollte deshalb in den Statuten nicht mehr vorgesehen werden, was die Notare auch ihren Kunden empfehlen sollten.¹⁷³ Der Stichentscheid sollte aber auch deshalb nicht mehr in den Statuten vorgesehen werden, weil er nicht wirklich klug ist und bloss eine trügerische Sicherheit für mögliche Pattsituationen schafft,¹⁷⁴ gerade auch, was die Zweipersonen/ Zweigruppen-AG anbetrifft.

Angesichts der geschilderten rechtlichen Unsicherheit und der doch grossen Verbreitung sollte sich der Gesetzgeber Gedanken machen, ob er den statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV nicht doch gesetzlich in die eine oder andere Richtung regeln will.¹⁷⁵ Dazu böte die erwähnte laufende Aktienrechtsreform eine ausgezeichnete Möglichkeit.

¹⁶⁹ Obligationenrecht (Aktienrecht) Änderungen vom 23.11.2016, BBI 2017, 683 ff. [vorgeschlagener Gesetzestext].

¹⁷⁰ Botschaft (FN 36), 563.

¹⁷¹ S. V.1.

¹⁷² S. V.3.

¹⁷³ So schon Carry (FN 8), 456.

¹⁷⁴ So schon Carry (FN 8), 456.

¹⁷⁵ Zu diesem Postulat schon Wolf (FN 3), 219, 225.