

Pascal Zysset/Dario Galli

Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017

In seinem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017 hat das Bundesgericht entschieden, dass die nachträgliche Einführung des Stichentscheids des Vorsitzenden an der Generalversammlung gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstosse. Dadurch hat es seine in BGE 95 II 555 begründete liberale Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Stichentscheids des Vorsitzenden an der Generalversammlung erheblich beschränkt.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Urteil des Bundesgerichts 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017
 - I. Sachverhalt
 - II. Vorinstanzliches Verfahren
 - III. Bundesgerichtliches Verfahren
- C. Erwägungen des Bundesgerichts
 - I. Ausgangslage
 - II. Wahl der Revisionsstelle
 - III. Statutenrevision
- D. Bemerkungen
 - I. Ausgangslage
 - II. Funktionsweise des Stichentscheids
 - III. Kernaussagen des Urteils
 - IV. Offengelassene Fragen
 - V. Alternativen bei pathologischen Pattsituationen?
- E. Fazit

A. Einleitung

Pest und Cholera werden durch aggressive Bakterien verursacht. Die Pest trat seuchenartig zwischen dem 14. und 17. Jahrhundert auf, während Choleraepidemien die Schweiz insbesondere im 19. Jahrhundert heimsuchten. Letztere sind in Asien und in Lateinamerika immer noch präsent. Beide Infektionskrankheiten führen unbehandelt in vielen Fällen zum Tod.¹

Dr. *Pascal Zysset*, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Bern; Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

MLaw *Dario Galli*, Walder Wyss AG, Bern.

Wir danken dipl. Steuerexperte *Samuel Dürr*, Dr. *André Kuhn* und Dr. *Markus Vischer*, alle Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG, für die Durchsicht des Manuskripts und die kritischen Anregungen. Der Beitrag wurde Mitte Mai 2017 abgeschlossen.

¹ *Anna Philine Schlagberger*, Die Vorstellungen und das Wissen von der Wirkweise des Choleraerregers *Vibrio cholerae* im Wandel der Zeit, Diss. 2009 München, <https://edoc.ub.uni-muenchen.de/11013/1/Schlagberger_Anna_Philine.pdf> (Stand sämtlicher Internetreferenzen in diesem Beitrag ist der 15. Mai 2017), Kapitel I.; *Roger Seiler*, Pest, in: Historisches Lexikon der Schweiz <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7980.php>>, *passim*.

Ähnlich verbreitet wie diese Krankheiten zu ihrer schlimmsten Zeit waren lange auch die Los- und Stichentscheidsklauseln in den Statuten der KMU²-Aktiengesellschaften (AGs). Heute sehen immerhin noch ca. ein Viertel bis ein Drittel aller AGs den Stichentscheid des Vorsitzenden an der Generalversammlung (GV) vor.³ Aus fast allen Standardstatuten sind diese für Pattsituationen vorgesehenen Klauseln mittlerweile verschwunden.⁴ Fraglich ist deshalb, ob der selbst für juristische Personen drohende Tod bzw. die drohende Auflösung (Art. 731b oder Art. 736 OR⁵) bei Pattsitua-

² Kleine und mittlere Unternehmen.

³ *Markus Vischer*, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017 81. Der Vorsitz («Tagespräsident») fällt in aller Regel dem gewählten Verwaltungsratspräsidenten zu, vgl. nur *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 Rz. 98.

⁴ *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 1102; *Max Knecht/Jules Koch*, Handelsregisterliche Eintragungen, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, 59; *Robert Meier*, Die Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, 57; *Marlen Eisenring*, Kapitel 45: Statuten (Aktiengesellschaft), in: *Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst* (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, 2. Aufl., Basel 2010, 45; *Annalise Rüeger*, § 13 (Statuten), in: *Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni* (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, 175; *Pascal Montavon et al.*, Abrégé de droit commercial, 6. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2017, 245 f.; *Pascal Montavon*, Droit suisse de la SA, 3. Aufl., Lausanne 2004, 20; *Michel Favre*, Le nouveau droit de la société anonyme, 2. Aufl., Echallens 1993, 228; 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/formulare_muster_rechtsform/aktiengesellschaft.html>; Musterstatuten des Handelsregisteramtes des Kantons Appenzell Innerrhoden: Art. 15 Abs. 1 der Musterstatuten AG mit Namenaktien und Art. 12 Abs. 1 der Musterstatuten AG mit Inhaberaktien, <<https://www.ai.ch/themen/wirtschaft-und-arbeit/handelsregister/merkblaetter-und-formulare>>. Demgegenüber sehen die kostenpflichtigen Musterstatuten AG der MUSA (Musterurkundensammlung des Verbands Bernischer Notare) aus dem Jahr 2009 (Nr. 747.1) in Art. 17 nach wie vor den Stich- und Losentscheid vor (der Stichentscheid wird im Verlaufe des Jahres 2017 auch aus diesen Musterstatuten verschwinden), <<http://musa.weblaw.ch/>>; so auch *Otto C. Meier-Boeschstein*, Leitfaden zur Unternehmensgründung, Band 2 – Die rechtlichen und steuerlichen Überlegungen, 3. Aufl., Zürich 1996, 87.

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

tionen ohne Los- und Stichentscheidsklauseln angewendet werden kann.

In dem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017⁶ hat sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit des *Stichentscheid*s befasst. Die Autoren reflektieren im vorliegenden Beitrag dieses Urteil und gehen auf dessen Auswirkungen ein. Schliesslich werden «Behandlungsmöglichkeiten» für pathologische Pattsituationen aufgezeigt.

B. Urteil des Bundesgerichts 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017

I. Sachverhalt

1. Aktionariat

Das voll liberierte Namenaktienkapital der Hotel A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin, i.F. *Gesellschaft*) von CHF 500 000.– ist aufgeteilt in 380 Stammaktien zu CHF 1000.– und 1200 Stimmrechtsaktien zu CHF 100.–. Das Aktionariat setzt sich aus den drei Geschwistern E. B. (Klägerin, Beschwerdegegnerin, i.F. *Aktionärin*) sowie C. B. und D. B. zusammen. Nichtaktionär G. ist Verwaltungsratspräsident.

C. B. und D. B. halten je 600 *Stimmrechtsaktien* sowie je 65 *Stammaktien* und verfügen über eine Kapitalbeteiligung von je CHF 125 000.– (total CHF 250 000.–) und eine Stimmkraft von je 665 Stimmen (total 1330 Stimmen).⁷

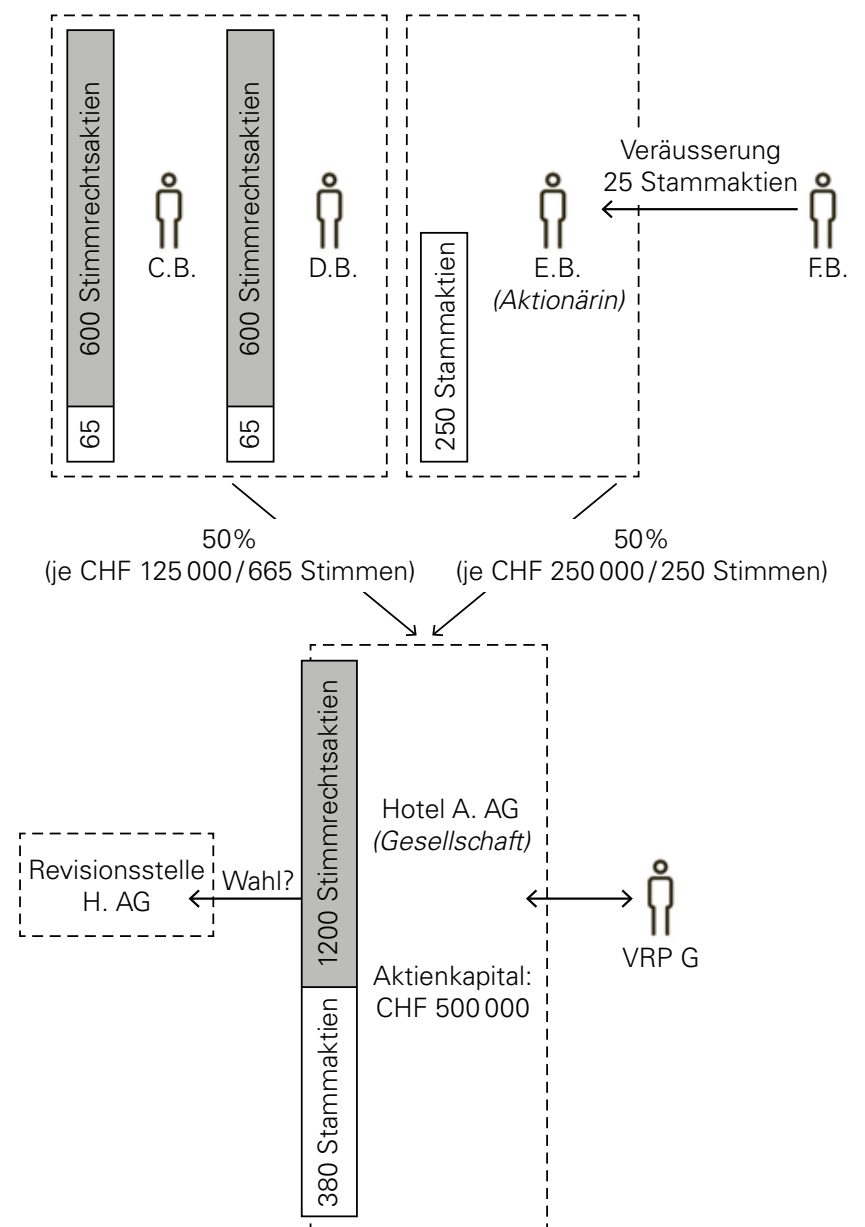
Die *Aktionärin* ist mit 225 Stammaktien im Aktienbuch der *Gesellschaft* eingetragen. Nach ihrer eigenen Darstellung hat die *Aktionärin* von ihrem Bruder F. B. weitere 25 Stammaktien erworben, mit denen sie im Aktienbuch aber (noch) nicht eingetragen ist. Insgesamt verfügt die *Aktionärin* damit über eine Kapitalbeteiligung von CHF 250 000.– und eine Stimmkraft von 250 Stimmen.⁸ An der ordentlichen GV vom 30. Juni 2015 und der ausserordentlichen GV vom 9. September 2015 hat die *Aktionärin* die zusätzlichen 25 Stammaktien ebenfalls vertreten.⁹

⁶ Fortan wird nur noch die Erwägung («E.») zitiert.

⁷ Der Anteil von C. B. und D. B. an der *Gesellschaft* beläuft sich auf ca. 84% aller Stimmen.

⁸ Der Anteil der *Aktionärin* an der *Gesellschaft* beträgt stimmenmässig ca. 16%.

⁹ Die Mitgliedschaftsrechte aus Namenaktien kann ausüben, wer sich durch den Eintrag im Aktienbuch ausweist (Art. 689a Abs. 1 OR). Der Eintrag in das Aktienbuch wirkt nach h. M. nicht konstitutiv (statt vieler *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 Rz. 325). Allerdings wird vielfach zur Bestimmung der Teilnahmeberechtigung in erster Linie auf das Aktienbuch abgestellt (BSK OR II-*Dieter Dubs/Roland Truffer*, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 702 N 6). Die aus den erworbenen Aktien fliessenden Rechte kann aber auch ein nicht eingetragener Erwerber durch Nachweis seiner Aktionärsstellung erbringen (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [Fn. 3] § 43 Rz. 86). Folglich ist davon auszugehen, dass die *Aktionärin* alle ihre Aktien an den beiden GVs rechtsgültig vertreten hat.



2. Statutenrevision

Anlässlich der ordentlichen GV vom 30. Juni 2015 stimmten C. B. und D. B. für und die *Aktionärin* gegen den Antrag des Verwaltungsrats, die H. AG als Revisionsstelle wiederzuwählen. Entsprechend der Beteiligung von je 50% des Aktienkapitals der befürwortenden und der ablehnenden Stimmen wurde keine Revisionsstelle gewählt.¹⁰

Daraufhin beschloss der Verwaltungsrat der *Gesellschaft* am 12. August 2015, eine ausserordentliche GV einzuberufen, um die Statuten zu ändern und der GV die Wiederwahl der Revisionsstelle zu beantragen.¹¹ Der bisherige Art. 12 Abs. 1 der Statuten der *Gesellschaft* lautete wie folgt:

«Bei Wahlen und Beschlüssen entscheidet, soweit nicht die Statuten oder das Gesetz etwas anderes bestimmen, das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen. Bei Stimmgleichheit entscheidet bei Wahlen das Los, bei Sachfragen der Stichentscheid des Präsidenten.»

¹⁰ Gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR ist nur die *Kapitalmehrheit* bei der Wahl der Revisionsstelle massgebend.

¹¹ Diese Statutenänderung wäre eigentlich gar nicht notwendig gewesen. Bereits aufgrund der ursprünglichen Statuten hätte die Pattsituation betreffend die Wahl der Revisionsstelle anlässlich der ordentlichen GV vom 30. Juni 2015 mithilfe des damals geltenden Losentscheids bei Wahlen gelöst werden können. Offensichtlich hat der Vorsitzende jedoch darauf verzichtet, die Entscheidung mittels Los herbeizuführen – wohl aufgrund des unberechenbaren Resultats.

Diese Statutenbestimmung sollte wie folgt abgeändert werden:

«Bei Wahlen und Beschlüssen entscheidet, soweit nicht die Statuten oder das Gesetz etwas anderes bestimmen, das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen. Bei Stimmgleichheit entscheidet der Präsident mit Stichentscheid.»

An der ausserordentlichen GV vom 9. September 2015 stimmten C. B. und D. B. der Änderung von Art. 12 Abs. 1 der Statuten (Traktandum 2) zu, wohingegen die *Aktionärin* dagegen votierte. Unter Traktandum 3 stimmten anschliessend C. B. und D. B. für und die *Aktionärin* gegen die Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle. Die Revisionsstelle wurde nur aufgrund des Stichentscheids des Verwaltungsratspräsidenten G. wiedergewählt.

II. Vorinstanzliches Verfahren

Mit Klage vom 3. November 2015 beantragte die *Aktionärin* dem Handelsgericht des Kantons Aargau (i. F. *Vorinstanz*), es seien die Beschlüsse betreffend Traktandum 2 und 3, welche an der ausserordentlichen GV vom 9. September 2015 gefasst worden waren, aufzuheben. Die *Vorinstanz* hiess die Klage mit Urteil HOR.2015.33 vom 8. September 2016¹² gut und hob die beiden angefochtenen Beschlüsse auf. Es erachtete den Stichentscheid aus drei Gründen als rechtswidrig:

- Der Stichentscheid sei unzulässig betreffend Wahlen, für die ein absolutes Mehr erforderlich sei.
- Der Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten G. sei schon deshalb ungültig, weil er nicht Aktionär sei.
- Der Stichentscheid verletze das Gleichbehandlungsgebot und sei rechtsmissbräuchlich.

III. Bundesgerichtliches Verfahren

Der Verwaltungsrat erhob im Namen der *Gesellschaft* Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG¹³) und beantragte, es sei das Urteil der *Vorinstanz* vom 8. September 2016 aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen und subeventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an die *Vorinstanz* zurückzuweisen. Die *Aktionärin* beantragte ihrerseits die Abweisung der Beschwerde und eventualiter die Neubeurteilung durch die *Vorinstanz*. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

¹² Fortan wie folgt zitiert: Urteil HGer AG (HOR.2015.33).

¹³ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

C. Erwägungen des Bundesgerichts

I. Ausgangslage

Die *Gesellschaft* beanstandete vor Bundesgericht im Wesentlichen, die *Aktionärin* habe kein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung des GV-Beschlusses. Weiter machte die *Gesellschaft* geltend, der Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten sei auch für Wahlen gültig eingeführt worden. Schliesslich liege kein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Rechtsmissbrauchsverbot vor.

Da die *Aktionärin* – entgegen der Ansicht der *Gesellschaft* – klarerweise zur Anfechtung der streitgegenständlichen GV-Beschlüsse legitimiert war, wird auf die entsprechenden Ausführungen des Bundesgerichts (vgl. E. 2) nicht näher eingegangen.¹⁴ Im Folgenden wird der Fokus einerseits auf den Ausschluss des Stimmrechtsprivilegs (unten Kapitel C.II.) und andererseits auf die Zulässigkeit der Einführung des Stichentscheids des Vorsitzenden an der GV (unten Kapitel C.III.) gelegt.

II. Wahl der Revisionsstelle

Das Bundesgericht stellte fest, die *Vorinstanz* habe die Wahl der Revisionsstelle namentlich deshalb als rechtswidrig erklärt, weil diese mit dem Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten zustande gekommen war (E. 3.).

Es erwog, dass die Statuten nach Art. 693 Abs. 1 OR das Stimmrecht – unabhängig vom Nennwert – nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien festsetzen könnten. Die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien sei jedoch nach Art. 693 Abs. 3 OR für bestimmte Geschäfte nicht anwendbar, namentlich für die Wahl der Revisionsstelle (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR). Hier bemesse sich die Stimmkraft nach dem *Nominalwert* der Aktien und es entscheide im Ergebnis die *Kapitalmehrheit* (E. 3.1.).

Das Bundesgericht führte weiter aus, die Statuten könnten dem Vorsitzenden der GV den Stichentscheid für den Fall der Stimmgleichheit verleihen, um deren Beschlussfähigkeit zu ermöglichen. Der Vorsitzende der GV sei in der Regel wie vorliegend der Verwaltungsratspräsident. Der Verwaltungsrat und mindestens indirekt auch dessen Präsident würden von der GV gewählt. Für diese Wahl sei jedoch – wenn die Statuten wie vorliegend nichts Abweichendes vorsehen – die Mehrheit der *Aktienstimmen* und damit gerade nicht die *Kapitalmehrheit* massgebend (Art. 693 und Art. 704

¹⁴ Vgl. auch Urteil HGer AG (HOR.2015.33) E. 1.2.

OR). Mit Art. 693 Abs. 3 OR sei aber nicht vereinbar, dass eine mit der Stimmenmehrheit – und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien – gewählte Person durch Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden könne. Für die Wahl der Revisionsstelle sei der Grundsatz der kapitalmässigen Bemessung des Stimmrechts nach Art. 693 Abs. 3 OR zwingend (E. 3.2.).

Das Bundesgericht wies die Beschwerde in diesem Punkt ab und bestätigte das vorinstanzliche Urteil (E. 3.3.).

III. Statutenrevision

Im Verfahren vor Bundesgericht war weiter strittig, ob die *Vorinstanz* die Revision der streitgegenständlichen Statutenbestimmung zu Recht als rechtswidrig erachtet und ungültig erklärt hatte (E. 4.).

Einleitend hielt das Bundesgericht fest, die *Vorinstanz* habe erkannt, die Statutenbestimmung sei widersprüchlich. Sie habe dies wie folgt begründet: Da das absolute Mehr definitionsgemäss erfordere, dass mindestens die Hälfte der Stimmen plus eine erreicht werden müsse, sei ein (negativer) Entscheid gefällt, wenn dieses Quorum nicht zustande komme. Stimmgleichheit führe insofern nur beim Erfordernis des relativen Mehrs zu einer Pattsituation, die mit einem Stichentscheid behoben werden könne. Das Bundesgericht erachtete diese Ausführungen als richtig. Es wies aber auf BGE 95 II 555 hin, wo es den Stichentscheid beim Erfordernis des absoluten Mehrs als zulässig erachtet hatte. Es liess im vorliegenden Fall offen, ob an BGE 95 II 555 festzuhalten sei oder ob verlangt werden müsste, dass der Stichentscheid nur für das relative Mehr in den Statuten vorgesehen werden dürfe (E. 4.1.).

Ferner führte das Bundesgericht aus, die *Vorinstanz* habe die Statutenrevision auch wegen eines Verstosses gegen Art. 706 OR für ungültig erklärt. Sie habe festgestellt, dass sich die *Gesellschaft* bisher am statutarischen Losentscheid bei Stimmgleichheit anlässlich von Wahlen nicht gestört habe. Erst die Wiederwahl der umstrittenen Revisionsstelle habe den Ersatz des Loses durch den Stichentscheid des Präsidenten veranlasst. Die *Vorinstanz* habe daher als offensichtlich erachtet, dass es der *Gesellschaft* mit der Änderung des fraglichen Art. 12 Abs. 1 der Statuten darum gegangen sei, die von der *Aktionärin* praktizierte Opposition gegen die Wiederwahl der Revisionsstelle zu beenden. Die *Vorinstanz* habe keine sachlichen Gründe erkannt, weshalb der seit Jahrzehnten in den Statuten vorgesehene Losentscheid bei Stimmgleichheit für Wahlen hätte ersetzt werden müssen. Der Auflösung von Pattsituationen und der Gewährleistung der Entscheidfähigkeit diene

auch der Losentscheid. Die Handlungsfähigkeit der *Gesellschaft* sei durch die ursprüngliche Lösung ebenso gut gewährleistet gewesen wie mit der neuen und der Losentscheid hätte den von der *Gesellschaft* gerügten Organisationsmangel ebenfalls verhindert (E. 4.2.).

Das Bundesgericht erinnerte, zu den anfechtbaren Beschlüssen i. S. v. Art. 706 Abs. 2 OR gehörten hauptsächlich solche, welche die Rechte zum Schutz der Aktionäre verletzen. Namentlich seien Beschlüsse anfechtbar, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstiesse und insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachteten. So seien statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären unzulässig, die zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich seien oder die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden könnten (E. 4.3.).

Weiter hielt das Bundesgericht fest, mit dem Losentscheid werde nach den geltenden Statuten der *Gesellschaft* für den Fall einer Pattsituation bei Wahlen die Handlungsfähigkeit der *Gesellschaft* sichergestellt. Der hier umstrittene Ersatz des Losentscheids durch den Stichentscheid betreffe keine anderen Situationen und vermöge im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der *Gesellschaft* nicht besser zu gewährleisten als der Losentscheid. Weshalb zwischen zwei – objektiv die Anforderungen erfüllenden – Wahlvorschlägen allgemein der Stichentscheid eine bessere Lösung für die *Gesellschaft* bedeuten solle als der Losentscheid, ist gemäss Bundesgericht nicht nachvollziehbar. Vor allem aber sei der Argumentation der *Aktionärin* beizupflichten, dass Aktionäre mit Stimmenmehrheit bei möglichen Losentscheiden eher nach einvernehmlichen Lösungen suchen würden als bei Stichentscheiden. Im Übrigen habe die *Vorinstanz* festgestellt, dass die *Gesellschaft* keine allgemeinen Gründe für die Neuregelung angeführt, sondern die angefochtene Statutenänderung vorgenommen hat, um die von C. B. und D. B. gewünschte Wahl der Revisionsstelle vornehmen zu können (E. 4.4.).

Das Bundesgericht folgerte, die Statutenänderung sei rechtswidrig. Es liege ein Verstoß gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung vor (E. 4.5.).

D. Bemerkungen

I. Ausgangslage

Die hier zur Diskussion stehende Pattsituation (sog. *Deadlock*) stellt in der Praxis die Ausnahme dar. Statistisch tritt dieser Fall umso seltener auf, je

grösser und komplexer das Aktionariat der jeweiligen Gesellschaft aufgestellt ist.

Klassischerweise dürften AGs mit zwei gleichberechtigten Partnern angesprochen sein (sog. *paritätische Zweipersonengesellschaften*) wie z. B. Joint Ventures im Rechtskleid einer AG.¹⁵ Dass diese Situation überhaupt erst auftritt, ist als Kehrseite des liberalen Gesellschaftsrechts zu verstehen. Dieser Problemfall ist auf zwei Seiten hin zu relativieren. Zum einen überwiegen die volkswirtschaftlichen Vorteile eines liberalen Gesellschaftsrechts und insbesondere das Bedürfnis, dass Zwei- bzw. sogar Einpersonengesellschaften bestehen können, gegenüber punktuellen Nachteilen. Zum anderen soll nicht etwa die Vorstellung entstehen, Zweipersonengesellschaften würden *in praxi* nicht funktionieren. Trotz dieser Relativierungen sollte von allem Anfang an, d. h. im Zeitpunkt der Gründung, bereits festgehalten werden, wie solche Pattsituationen gelöst werden. Denn bei paritätischen Zweipersonengesellschaften gilt faktisch das Einstimmigkeitsprinzip, womit die Gefahr einer Blockierung der AG bei Uneinigkeit gross ist.¹⁶ Was theoretisch einleuchtet, ist nicht immer einfach umzusetzen. Diese Überlegungen sind vergleichbar mit Verhandlungen um einen Ehevertrag im Vorfeld einer Hochzeit. Mit anderen Worten: Das Ende muss von Anfang an geplant werden.

II. Funktionsweise des Stichentscheids

Während auf der Ebene des Verwaltungsrats der Stichentscheid den dispositiven Normalfall darstellt (Art. 713 Abs. 1 OR), ist dessen Zulässigkeit für GV-Beschlüsse von jeher umstritten.¹⁷ Aufgrund

¹⁵ Vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, *SJZ* 1993/38. Aufgrund ähnlicher gesetzgeberischer Ausgangslage dürften die gemachten Ausführungen sinngemäss auch auf Genossenschaften Anwendung finden, vgl. *Vischer* (Fn. 3) 93. Das zwingende Kopfstimmprinzip (Art. 885 OR) könnte gar auf eine restriktivere Haltung gegenüber Stichentscheiden hinweisen (in diese Richtung auch *Rolf Bär*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, *ZSR* 1966 II 432 mit dem Hinweis auf Art. 692 f. OR für die AG, wobei es diese Grundlage für Genossenschaften gerade nicht gibt).

¹⁶ *Von der Crone* (Fn. 15) 37.

¹⁷ Vgl. nur dafür Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden ZK2 11 39 und ZK2 11 40 vom 12. Januar 2012 E. 2.1.2 und 2.1.3; *Bär* (Fn. 15) 431; *Böckli* (Fn. 9) § 12 Rz. 358; *BSK OR II-Dubs/Truffer* (Fn. 9) Art. 703 N 12; *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 12 Rz. 53; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 4) 143 f.; *Fritz von Steiger*, Nochmals zum Stimmgleichheitsproblem, *SJZ* 1965/306. Dagegen *Cour de Justice de Genève* vom 5. April 1968, *SJ* 1970 167; *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, *Habil.* Bern 2001, § 12 Rz. 83; *Vischer* (Fn. 3) 92; *Sandro Germann*, Die personalistische AG und GmbH, *Diss.* Zürich 2015 = *SSHW* Band 327, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 1157; *Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone*, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, *SZW* 2012 473; *Rolf Schoch*, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, *SAG* 1959/60 236. Kritisch *Hans-Konrad Peyer*, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, *Diss.* Zürich 1963 = *ASR* 352, Bern 1963, 91.

der gesellschaftsrechtlichen Gewaltenteilung erstaunt diese Diskrepanz wenig. Während der Verwaltungsratspräsident gewissermassen der *primus inter pares* im Verwaltungsratsgremium ist, hat er im Organ der GV aus *Corporate-Governance*-Perspektive keine Entscheidungsbefugnisse.¹⁸ Seine Aufgabe besteht einzig darin, durch die GV zu führen,¹⁹ wodurch ihm ohnehin bereits eine gewisse faktische Macht zukommt.²⁰ Besonders brisant erscheint der Stichentscheid, wenn sich der Verwaltungsrat selber konstituieren darf. Diesfalls können die Aktionäre gemäss dem Prinzip der Drittorngenschaft keinen Einfluss darauf nehmen, wer in Pattsituationen das Zünglein an der Waage spielt.

Ein *reines Stichentscheidssystem* führt zur Regel «einmal Verwaltungsratspräsident, immer Verwaltungsratspräsident», was gleichbedeutend ist mit einer Durchsetzung aller einfachen GV-Beschlüsse (Art. 703 OR). Das nachfolgende Beispiel soll diese These untermauern:

*Aktionär P (50% des Kapitals) wird von der GV als Verwaltungsratspräsident gewählt. Aktionärin Q (30%) und Aktionär R (20%) können in der Folge P nicht mehr als Verwaltungsratspräsidenten ersetzen, da P die GV nun beherrscht und jeden Beschluss mit einfachem Quorum zu seinen Gunsten beeinflussen kann.*²¹

Dabei spielt es keine Rolle, wer für die Ernennung des Verwaltungsratspräsidenten kompetent ist, sofern die initiale Hürde, Verwaltungsratspräsident zu werden, überwunden werden konnte:

*Aktionär P (50%) wird vom Verwaltungsrat als Präsident bestimmt. Um seine Beherrschung der GV abzusichern, verhindert er an der nächsten ordentlichen GV die Wiederwahl der Verwaltungsratsmitglieder Q und R. In der Folge entscheidet er an der GV jeweils in seinem Interesse.*²²

Wird das Stichentscheidssystem jedoch mit dem Losentscheidssystem kombiniert (kombiniertes

¹⁸ In aller Regel ist – wie oben in Fn. 3 ausgeführt – der Verwaltungsratspräsident auch Vorsitzender an der GV.

¹⁹ Statt vieler *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 4) 493.

²⁰ Vgl. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 17) § 12 Rz. 55; *ZK-Brigitte Tanner*, Die Generalversammlung (Art. 698–706b OR), Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 702 N 131 ff.

²¹ Als denkbare «Gegenmittel» kommen hier einerseits die Amtszeitbeschränkung und andererseits ein höheres Quorum zur Wahl des Verwaltungsratspräsidenten infrage.

²² Bei einem allfälligen, einzigen Verwaltungsratsmitglied tragen die Handelsregisterämter aus eigener Erfahrung diesen jedoch nicht als Verwaltungsratspräsidenten ein. Dieser Umstand könnte zu Auslegungsproblemen führen, da behauptet werden kann, in diesem Fall gelte der Stichentscheid an der GV nicht. Diese durchaus kreative Auslegung kann mit einer ausgeklügelten Statutenredaktion («ist nur ein Verwaltungsrat vorhanden, so gilt dieser als Präsident») entkräftet werden. Aufgrund der Kontrolle über einfache Beschlüsse könnte in unserem Beispiel P diesen Wortlaut ohne Weiteres einführen.

Los-/Stichentscheidssystem), zeigt sich ein anderes Bild. Die Statutenbestimmung lautet diesfalls:

«Bei Stimmgleichheit entscheidet bei Abstimmungen der Vorsitzende mit einem Stichentscheid, bei Wahlen das Los.»

In diesem Fall wechselt das Machtverhältnis gemäss Zufallsprinzip, sofern die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten in die Kompetenz der GV fällt:

P muss nach Ablauf seiner Amtszeit die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten erneut traktandieren. Falls Q auch für dieses Amt kandidiert, kommt es zu einer Stichwahl, wobei das Los über den nächsten Verwaltungsratspräsidenten entscheidet.

Kann sich das Exekutivorgan demgegenüber selber konstituieren, entscheiden die Machtverhältnisse über die Ernennung des Verwaltungsratspräsidenten. Das Los beeinflusst diesfalls nur indirekt den Ausgang, indem es über die Wahl der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder entscheidet.

Allerdings kann auch bei einer Stich-/Losentscheidkombination ein pathologischer Zustand entstehen. Der unterlegene Kandidat für das Verwaltungsratspräsidium könnte nämlich – sofern er gleichzeitig Aktionär ist – bei negativem Losentscheid sogleich die nächste GV einberufen und sein Glück erneut versuchen. Allerdings bestimmt die Amtsdauer die Zeit, bis zu welcher ordentlichen GV ein Verwaltungsratsmitglied sein Amt innehat;²³ dabei sind statutarische Verlängerungsmöglichkeiten ausgeschlossen.²⁴ Selbst wenn also «Neuwahlen» traktandiert werden sollten, muss dieses Geschäft aufgeteilt werden in «Abberufung» (Art. 705 OR) und «Ersatzwahl». Da die Abberufung ein Beschluss und keine Wahl ist,²⁵ käme der Losentscheid nach hier vertretener Meinung zwar bei der Ersatzwahl, nicht aber bei der logisch vorangehenden Abberufung zur Anwendung.²⁶ Unseres Erachtens wäre eine erneute Herausforderung des Glücks also wenig zielführend. Freilich können zu dieser Problematik keine expliziten Aussagen in der Lehre und Rechtsprechung gefunden werden. Dieses Prozedere kann sich alsdann in der Frequenz der GV-Einberufungsfrist wiederholen.²⁷ Dass ein solches Vorgehen die Handlungsfähigkeit einer AG infrage stellt, bedarf keiner Erläuterung.

²³ Dazu Böckli (Fn. 9) § 13 Rz. 53c,

²⁴ BGE 140 III 349 E. 2.6 S. 354.

²⁵ Vermischend ZK-Tanner (Fn. 20) Art. 705 N 18.

²⁶ Zur Frage, ob unterschiedliche Traktanden erforderlich sind, vgl. BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 9) Art. 705 N 5a m. w. H.

²⁷ Die Schranke eines solchen Vorgehens besteht im Rechtsmissbrauchsverbot, dazu BGE 142 III 16 E. 3.1 S. 21.

III. Kernaussagen des Urteils

1. Vorbemerkungen

Das Bundesgericht bestätigte in einer ersten Grundsatzaussage die mit BGE 95 II 555 E. 2 S. 559 ff. begründete Rechtsprechung²⁸ der generellen Zulässigkeit des Stichentscheids des Vorsitzenden an der GV.²⁹ Die Zulässigkeit wird im neusten höchstgerichtlichen Urteil in zwei Fällen beschränkt: bei einem Beschluss, bei dem die kapitalmässige Bemessung des Stimmrechts nach Art. 693 Abs. 3 OR zwingend ist,³⁰ und bei einem Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung.³¹ Während im ersten Ausnahmefall die Unzulässigkeit ohne Weiteres eintritt,³² verlangt der zweite nach einer Abwägung im Einzelfall und räumt den Gerichten damit ein beachtliches Ermessen ein.³³

2. Erforderliche Kapitalmehrheit

Grundsätzlich gilt in der AG das Prinzip «one share, one vote» (Art. 692 OR).³⁴ Das Aktienrecht sieht jedoch die Möglichkeit vor, Aktien mit tieferem Nennwert und gleicher Stimme auszugeben (sog. *Stimmrechtsaktien*; Art. 693 OR).³⁵ Dadurch kann mit einer tieferen Kapitalbeteiligung die gleiche Stimmkraft erreicht werden. Allerdings statuiert das Gesetz einige Tatbestände, in denen das Kapital zwingend die Grundlage von Mehrheitsent-

²⁸ Diese Rechtsprechung wurde mit dem Urteil des Bundesgerichts 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000 E. 3b bestätigt.

²⁹ E. 3.2. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht BGE 95 II 555 noch unter der Herrschaft des alten Aktienrechts gefällt hat, wo die Aktionärsqualität der Mitglieder des Verwaltungsrats *ex lege* vorgeschrieben war. Der Stichentscheid war aus *Corporate-Governance*-Sicht daher weniger heikel als heute, da der Verwaltungsratspräsident zumindest eine Aktie zu halten hatte. Da diese Pflichtaktie per 1. Januar 2008 aufgehoben worden ist, hat sich die *Vorinstanz* u. E. zu Recht die Frage gestellt, ob diese in BGE 95 II 555 begründete Rechtsprechung auch betreffend Verwaltungsratspräsidenten ohne Aktionärsqualität gilt. Die *Vorinstanz* hat diese Frage u. a. mit Berufung auf die Botschaft (über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 920) verneint, wo die Aktionärsseigenschaft des Verwaltungsratspräsidenten bei GV-Beschlüssen vorausgesetzt worden war (Urteil HGer AG [HOR.2015.33] E. 5.2.3.). Demgegenüber hat das Bundesgericht die Zulässigkeit der Ausübung des Stichentscheids durch einen Verwaltungsratspräsidenten ohne Aktionärsstellung implizit bejaht. Müller/Lipp/Plüss (Fn. 4) 144, wollen in einer solchen Situation die statutarische Stichentscheidsklausel im Sinne einer *Schiedsklausel* auslegen (vgl. auch unten Fn. 82).

³⁰ E. 3.

³¹ E. 4.

³² Das Bundesgericht weist in E. 3.2. darauf hin, indem es betont, dieser Grundsatz sei *zwingend*.

³³ Diese Aussage muss zwischen den Zeilen gelesen werden, indem das Bundesgericht prüfte, ob sachliche Gründe für einen Stichentscheid ersichtlich sind (vgl. E. 4.4.).

³⁴ Einlässlich Daniel Daeniker, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 147 ff.

³⁵ Daniel M. Häusermann, Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW 2015 239 ff.; Hans Caspar von der Crone/Nina Reiser/Evgeny Plaksen, Stimmrechtsaktien: Eine juristische und ökonomische Analyse, SZW 2010 93 ff.; vgl. auch Vischer (Fn. 3) 87.

scheiden sein muss und daher mittels Stimmrechtsaktien nicht Einfluss genommen werden kann (Art. 693 Abs. 3 OR; insbesondere die hier relevante Wahl der Revisionsstelle gemäss Ziff. 1).

Das Bundesgericht geht im vorliegenden Urteil davon aus, dass diese Tatbestände ebenfalls die absolute Grenze der Zulässigkeit für Stichentscheide des Vorsitzenden darstellen. Implizit anerkennt es damit eine gewisse Verwandtschaft des Stichentscheids mit den Stimmrechtsaktien.

Diesen Überlegungen des Bundesgerichts kann ohne Weiteres gefolgt werden. Selbst wenn Art. 693 OR systematisch von Stimmrechtsaktien ausgeht, müssen inhaltlich alle Varianten, welche die Erforderlichkeit der Kapitalmehrheit umgehen, erfasst sein.³⁶ Unseres Erachtens müssen die Ausführungen des Bundesgerichts so verstanden werden, dass ein Stichentscheid bei allen Beschlüssen und Wahlen, welche eine Kapitalmehrheit erfordern, *per se* ausgeschlossen ist.

3. Gebot der schonenden Rechtsausübung

Im Leitentscheid BGE 95 II 555 hat es das Bundesgericht unterlassen, das Stichentscheid-System mit demjenigen des Losentscheids zu vergleichen. An dieser Stelle setzt das neue Urteil an, indem es mit dem Gebot der schonenden Rechtsausübung einen gewichtigen Vorbehalt zur generellen Zulässigkeit des Stichentscheids anbringt.³⁷

Das Gebot der schonenden Rechtsausübung besagt, dass «*statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären unzulässig [sind], welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden können*».³⁸

Minderheitsaktionär ist jeder Aktionär, der über weniger als 50% der Stimmrechte verfügt. *E contrario* ist Mehrheitsaktionär, wer über mehr als 50% der Stimmrechte verfügt.³⁹ Somit ist ein Aktionär, der genau über 50% der Stimmrechte verfügt – wie *Peter V. Kunz* zutreffend bemerkt – weder Minderheit noch Mehrheit, kann aber die Beschlussfassung blockieren.⁴⁰ Anzumerken bleibt, dass

auch zwei Personen gemeinsam – welche einzeln weniger als 50% der Stimmrechte besitzen – Mehrheitsaktionäre sein können.

Nach höchstrichterlicher Auffassung kann aufgrund des Gebots der schonenden Rechtsausübung ein bis anhin geltendes kombiniertes Los-/Stichentscheidsystem nicht durch ein reines Stichentscheidsystem ersetzt werden. Das Bundesgericht orientiert sich bei der Beurteilung der sachlichen Gründe an der Handlungsfähigkeit der AG:⁴¹

«*Mit dem Losentscheid wird nach den geltenden Statuten der Beschwerdeführerin [Gesellschaft] für den Fall einer Pattsituation bei Wahlen die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sichergestellt; der hier umstrittene Ersatz des Losentscheids durch den Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten betrifft keine anderen Situationen und vermag im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht besser zu gewährleisten als der Losentscheid.*»

Das Bundesgericht relativierte den Gehalt dieser Aussage etwas, indem es festhielt, dass die *Gesellschaft* «keine allgemeinen Gründe für die Neuregelung anführt, sondern die angefochtene Statutenänderung vorgenommen hat, um die von den Aktionären mit den Stimmrechtsaktien gewünschte Wahl vornehmen zu können».⁴² Aus dieser Passage geht nicht klar hervor, ob es eine allgemeine Abwägungspflicht statuieren oder nur mit einem zusätzlichen Argument festhalten will, was ohnehin absolut gilt. Klar erscheint hingegen, dass bei einer derartigen Ausgangslage mit Schädigungspotenzial nunmehr ein sachlicher Grund für eine Änderung des Beschlussystems verlangt wird.

Aus *Corporate-Governance*-Sicht erscheint das Bundesgerichtsurteil begrüssenswert. Die Durchbrechung des «Gewaltenteilungsprinzips» in einer Gesellschaft⁴³ sowie die Machtkonzentration beim Vorsitzenden resp. beim Verwaltungsratspräsidenten rechtfertigen eine strengere Handhabung des Gebots der schonenden Rechtsausübung.⁴⁴ Der Umstand, dass die *Corporate Governance* in Kleinst-AGs nicht gleichermassen ausgeprägt ist wie in Publikumsgesellschaften,⁴⁵ vermag die grundsätzliche Zulässigkeit des Stichentscheids noch nicht zu begründen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass eine auf dem Prinzip der *Drittorganschaft* gründende Rechtsform auch in Kleinststruk-

³⁶ Erfasst sind somit ebenfalls Art. 704 Abs. 1 OR und allfällige, ähnlich lautende Statutenbestimmungen.

³⁷ In BGE 95 II 555 E. 7. S. 567 hatte sich das Bundesgericht bereits mit dem Rechtsmissbrauchsverbot befasst.

³⁸ E. 4.3. Dazu auch *Fulvio Pelli*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1978, 49 und *Arthur Meier-Hayoz/Martin Zweifel*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: *Wolfgang Hefermehl/Rudolf Gmür/Hans Brox* (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 393.

³⁹ *Jürg E. Hartmann/Ilona Singer*, Gross- und Ankeraktionäre von kotierten und nichtkotierten Publikums-Aktiengesellschaften, *GesKR* 2012 540; *Kunz* (Fn. 17) § 1 Rz. 115.

⁴⁰ *Kunz* (Fn. 17) § 1 Rz. 115 Anm. 242.

⁴¹ E. 4.4. Die Handlungsfähigkeit gilt als Ziel des Mehrheitsprinzips überhaupt, *Kunz* (Fn. 17) § 1 Rz. 95 ff. und insbesondere Rz. 99.

⁴² E. 4.4.

⁴³ Vgl. dazu nur *Daniel M. Häusermann*, Wider das Paritätsprinzip!, *SZW* 2014 269 f.

⁴⁴ Da in BGE 95 II 555 das Gebot der schonenden Rechtsausübung überhaupt nicht geprüft wurde, darf indes offenbleiben, ob die «strengere Handhabung» die richtige Begrifflichkeit darstellt.

⁴⁵ Dazu *Böckli* (Fn. 9) § 14 Rz. 350 f.

turen gewisse Grundsätze aufrechterhalten muss. Es bleibt selbst in diesen Strukturen ein fader Beigeschmack, wenn im vorsitzenden Exekutivorgan eine derartige Machtkonzentration stattfindet. Als Mindestvoraussetzung ist deshalb inskünftig ein sachlicher Grund zu definieren.⁴⁶ Am naheliegendsten erscheinen statutarisch vorgesehene, beschränkende Massnahmen zum Stichentscheid.⁴⁷

4. Zwischenfazit

Das Bundesgericht hat seine bisherige Rechtsprechung umgestossen.⁴⁸ Die E. 3.2. geht zwar weiterhin von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Stichentscheids des Vorsitzenden an der GV aus. Die E. 4. statuiert eine Begründungsobliegenheit der Gesellschaft: Nunmehr müssen – soll der Stichentscheid des Vorsitzenden nach der Gründung eingeführt werden – sachliche Gründe zur Einhaltung des Gebots der schonenden Rechtsausübung angeführt werden (*comply or explain*). Zu denken ist etwa an Gegenmassnahmen wie z. B. die Kombination des Stichentscheids mit Losentscheiden bei Wahlen. Ganz ausgeschlossen ist er bei gesetzlich oder statutarisch festgehaltenen, erforderlichen Kapitalmehrheiten.

IV. Offengelassene Fragen

1. Abstrakte oder vorfrageweise Statutenkontrolle?

Vorliegend klagte die *Aktionärin* zum einen gegen die Einführung der neuen Statutenbestimmung, die dem Präsidenten den Stichentscheid zuweist (Traktandum 2), und zum anderen gegen die Wahl der H. AG als Revisionsstelle (Traktandum 3).⁴⁹ Die *Aktionärin* führte demnach mit Traktandum 2 eine abstrakte und mit Traktandum 3 eine vorfrageweise (konkrete/akzessorische) *Statutenkontrolle* durch. Da an der fraglichen GV sowohl die umstrittene Statutenbestimmung eingeführt als auch gestützt darauf bereits eine erste Wahl vollzogen wurde, erschien die Abgrenzung der abstrakten von der vorfrageweisen Statutenkontrolle nicht problematisch.

Allerdings ist denkbar, dass etwa an der GV im Jahre 2017 die entsprechende Statutenbestimmung eingeführt wird und erst an der nächsten or-

dentlichen GV im Jahre 2018 die ersten Wahlen (z. B. jene der Revisionsstelle) gestützt hierauf erfolgen. Dürfte sich ein Aktionär gegen die gefassten Wahlen vorfrageweise wehren, obwohl er die Einführung der Statutenbestimmung nicht abstrakt angefochten hat und die Anfechtungsfrist mittlerweile längst abgelaufen ist?

Nach hier vertretener Auffassung könnte ein Aktionär nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr gegen die Einführung dieser Statutenbestimmung klagen. Eine vorfrageweise Statutenkontrolle wäre aber noch möglich. Nur ausnahmsweise bei Verletzung des in Art. 2 Abs. 2 ZGB⁵⁰ statuierten Rechtsmissbrauchsverbots (*venire contra factum proprium*) wäre diese akzessorische Überprüfung ausgeschlossen.⁵¹ Aufgrund des Vorsichtsgebots wäre dem Aktionär anzuraten, seine ablehnende (oder zumindest enthaltende) Meinung bereits an der Generalversammlung 2017 zu Protokoll zu geben.⁵² Im Ergebnis könnte der Aktionär im Jahre 2018 dann die Wiederwahl der Revisionsstelle verhindern, nicht aber die Gesellschaft gerichtlich verpflichten, die Statuten anzupassen.⁵³ Aus rein faktischen Gründen käme die AG aber nur schwerlich um eine Statutenrevision herum, da die fragliche Bestimmung mit erheblichem Anfechtungspotenzial behaftet wäre. Im Lichte dieser Ausführungen sei zudem angemerkt, dass u. E. keine Nichtigkeit des GV-Beschlusses i. S. v. Art. 706b OR zur Diskussion steht.⁵⁴ Zu Recht hat die *Aktionärin* die GV-Beschlüsse mittels Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) bekämpft.

2. Zwingendes Gebot der schonenden Rechtsausübung?

Vorliegend wurden die Statuten zwecks Durchsetzung eines konkreten Beschlusses – die Wahl der Revisionsstelle – revidiert. Dadurch sollte die erforderliche Mehrheit erreicht werden. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Einführung des Stichentscheids unzulässig sei. Es begründete dies neben Ausführungen zu Verhältnismässigkeitsaspekten – namentlich dem Gebot der scho-

⁵⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁵¹ Vgl. zur Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots im Aktienrecht BGE 102 II 265 E. 2. S. 268; *Thomas Jutzi*, Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?, in: *Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter* (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI*, Bern 2016, 55 ff. Allgemein zum *venire contra factum proprium* ZK-Max Baumann, Einleitung (Art. 1–7 ZGB), Zürich 1998, Art. 2 N 99 ff.

⁵² Anders als beim Entlastungsbeschluss (Décharge) ist zudem *ex lege* keine Art. 758 Abs. 2 OR entsprechende Bestimmung ersichtlich, weshalb auch nach sechs Monaten die vorfrageweise Statutenkontrolle ohne Weiteres noch durchgeführt werden kann.

⁵³ Selbst im Falle der abstrakten Statutenkontrolle blieben die bisherigen Statuten weiter anwendbar.

⁵⁴ Ebenso *Meier-Hayoz/Zweifel* (Fn. 38) 393; *Felix Matthias Rüttimann*, *Rechtsmissbrauch im Aktienrecht*, Diss. Zürich 1994, § 6 Rz. 29; *Vischer* (Fn. 3) 92.

⁴⁶ *Peyer* (Fn. 17) vertritt die Auffassung, vor Einführung eines Stichentscheids müsse «zuerst nach anderen, mindestens so wirksamen und zugleich weniger stossenden Klauseln Ausschau gehalten werden».

⁴⁷ Denkbar wäre z. B. ein alternierendes Amt des Verwaltungsratspräsidenten.

⁴⁸ Weitergehend *Markus Vischer*, *Entscheidbesprechungen*, Ziff. 3.2.4., (2) BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, *AJP 2017* (Vorabdruck) 687.

⁴⁹ Siehe oben Kapitel B.II.

nenden Rechtsausübung⁵⁵ – mit dem Rechtsmissbrauchsverbot.

Das Bundesgericht liess jedoch offen, ob die Aktionäre auf diesen Schutz, d. h. das Gebot der schonenden Rechtsausübung, verzichten können. Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn die entsprechende Bestimmung bereits bei Gründung der *Gesellschaft* in den Statuten aufgenommen worden wäre? Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn die *Aktionärin* ihre Aktien erst nach Einführung der streitgegenständlichen Bestimmung – und damit im Wissen um diese – derivativ erworben hätte? Diese Fragen waren vorliegend nicht zu klären, werden in der Praxis jedoch von grosser Bedeutung sein.

Bei einer strengen Handhabung dieser Rechtsprechung könnte aufgrund des Gebots der schonenden Rechtsausübung bei Gründung einer AG ein sachlicher Grund zur Einführung des Stichentscheids des Vorsitzenden verlangt werden. Hierbei könnte argumentiert werden, dass ein Stichentscheid des Vorsitzenden immer auf Patt-situationen ausgerichtet ist und damit *per se* von einer gewissen Streitsituation ausgeht. Dabei könnte ein Bedürfnis ausgemacht werden, von Beginn weg (d. h. ab Inkorporation) dieses Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten.

Diese Argumentation stünde allerdings in Spannung mit der Idee der Privatautonomie, wonach jedes Individuum zwar gewisse Schutzrechte hat, auf diese jedoch freiwillig verzichten kann.⁵⁶ Schliesslich ist gerade keine Freiwilligkeit vorhanden, wenn gestützt auf das aktienrechtliche Mehrheitsprinzip ein Entscheid herbeigeführt wird.⁵⁷ In allen anderen Fällen, wenn also der fragliche Aktionär Gründungsgesellschafter ist und sich für eine Stichentscheidsklausel ausspricht oder aber zu einem späteren Zeitpunkt unter *Inkaufnahme* der fraglichen Statutenbestimmungen Aktien derivativ erwirbt, verzichtet er zumindest implizit freiwillig auf diesen Schutz.⁵⁸

⁵⁵ Vgl. dazu BSK ZGB I-Heinrich Honsell, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 2 N 22.

⁵⁶ Es ist davon auszugehen, dass das vorliegende Schutzrecht zur Kategorie der relativ wohl erworbenen Rechte zu zählen ist, vgl. zu den Kategorien (insbesondere nach Art. 646 aOR) Kunz (Fn. 17) § 1 Rz. 206 ff. und Gottfried Weiss, Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 1943 515 f. Nach heutigem Verständnis des Gesetzgebers (dazu BGE 121 III 420 E. 4a S. 427 f. und Botschaft 1983 [Fn. 29] 821 ff.) ist *in casu* nicht von einem zwingend gewährten Aktionärsrecht i. S. v. Art. 706b Ziff. 1 OR, sondern von einem möglichen unsachlichen Entzug von Aktionärsrechten (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR) die Rede. Dies zeigt bereits der Umstand, dass vorliegend die Beschlüsse nur anfechtbar und nicht nichtig gewesen sind (vgl. E. 2.1. und E. 4.3.).

⁵⁷ Vgl. dazu Kunz (Fn. 17) § 1 Rz. 202.

⁵⁸ Anders als etwa beim Generalverzicht auf das in Art. 692 OR statuierte Stimmrecht, ist bei der Beschlussfassung nach Art. 703 OR gar denkbar, dass aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft *gegen den Willen* des Aktionärs dessen Schutzrecht eingeschränkt werden kann, vgl. nur Kunz (Fn. 17) § 1 Rz. 212. Das Bundesgericht schliesst sich dieser Meinung an, indem es sachliche Gründe für die Einführung des Stichentscheids zulässt (E. 4.4.).

Um in diesem Punkt Rechtssicherheit zu erhalten, werden weitere Bundesgerichtsurteile nötig sein. Auch zwischen den Zeilen der vorliegenden Urteilsbegründung ist keine klare Tendenz ersichtlich. Im vorliegenden Fall war es naheliegend, aufgrund des Motivs der *Gesellschaft* Überlegungen zum Rechtsmissbrauch anzustellen. Die Statutenbestimmung diene gerade dazu, in einer bereits verfahrenen Situation die Handlungsfähigkeit zu erhalten. Wie aber ist bei weniger «klaren» Sachverhalten zu entscheiden? Einführend zu E. 4.4. scheint das Bundesgericht eher eine strenge Haltung zu vertreten, indem der Stichentscheid nicht *a priori* als «bessere Lösung» bezeichnet wird. Der Schlusssatz ebendieser Erwägung geht jedoch davon aus, dass die *Gesellschaft* «keine allgemeinen Gründe für die Neuregelung anführt». Daraus wird ersichtlich, dass zum einen sachliche Gründe möglich sind⁵⁹ und zum anderen – und dies scheint entscheidend – diese Ausführungen des Bundesgerichts nur für eine *später* erfolgende Statutenrevision gelten. Man darf gespannt sein, wie sich die Rechtsprechung hier weiterentwickelt. Nach hier vertretener Ansicht ist unter privatautonomem Gesichtspunkten eine restriktive Entwicklung wünschenswert, womit insbesondere im Gründungszeitpunkt auch zukünftig die Einführung von Stichentscheiden zwar möglich sein sollte, aber mit einer Rechtsunsicherheit behaftet ist.⁶⁰

3. Losentscheid bei Sachentscheiden?

Umstritten war die Einführung des Stichentscheids bei Wahlen. Für Wahlen vermag laut Bundesgericht der Ersatz des Losentscheids durch den Stichentscheid «die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht besser zu gewährleisten».⁶¹ Die Loskombination für Wahlen rechtfertigt den Stichentscheid bei Sachentscheiden. Wie aber verhält es sich mit dem Los bei Sachentscheiden? Wäre auch diesfalls mit dem Losentscheid die Handlungsfähigkeit «gerade so gut» gewährleistet?

Das Bundesgericht hatte diese Situation nicht zu beurteilen. Mit der grundsätzlichen Zulässigerklärung⁶² und der Möglichkeit der Aufführung sachlicher Gründe⁶³ scheint aber tendenziell der Sachentscheid von diesen Erwägungen ausgeschlossen.

⁵⁹ Vgl. auch oben in diesem Kapitel D.IV.2.; allgemein geht Elias Wolf, Zu einem Urteil über den statutarischen Stichentscheid in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 1962/63 223, davon aus, dass eine «dauernde Majorisierung einer Gruppe durch eine andere [...] nicht notwendigerweise zu Rechtsmissbrauch» führt.

⁶⁰ Dies setzt jedoch voraus, dass statutarisch das relative bzw. einfache Mehr oder zumindest ein Mehr *sui generis* eingeführt werden kann, siehe dazu unten Kapitel D.IV.4.

⁶¹ E. 4.4.; a. M. Bär (Fn. 15) 432 f.

⁶² E. 3.2.

⁶³ E. 4.4.

Nach hier vertretener Auffassung ist eine gewisse Konstanz bei der Entscheidung erforderlich, um die Handlungsfähigkeit der AG zu wahren. So dürfte u. E. das Bundesgericht keinesfalls auch für Sachentscheide zum selben Ergebnis kommen. Dem Titel dieses Beitrags entsprechend ist der Losentscheid auch nicht der Weisheit letzter Schluss. Während der Losentscheid bei Wahlen jedenfalls bis zum Ende der Amtszeit⁶⁴ konstante Ergebnisse ermöglicht,⁶⁵ kann er bei Sachentscheiden zu widersprüchlichen Resultaten führen.⁶⁶ Bei einer Statutenrevision könnte beispielsweise nur einer von zwei sachlich zusammenhängenden neuen Artikeln beschlossen werden, wobei Umsetzungsprobleme vorprogrammiert wären.

4. Stichentscheid nur bei relativem Mehr?

Die *Vorinstanz* hat die Streitgegenständliche Statutenbestimmung u. a. auch wegen eines inneren Widerspruchs als unzulässig erklärt. Sie begründete dies damit, dass gemäss den Statuten der *Gesellschaft* die Beschlüsse mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen gefällt würden. Trotzdem sähen die Statuten einen Stichentscheid vor. Die *Vorinstanz* führte weiter aus, Stimmengleichheit führe *nur beim Erfordernis des relativen Mehrs* zu einer Pattsituation, die mit einem Stichentscheid behoben werden könne (vgl. E. 4.1. und Urteil HGer AG [HOR.2015.33] E. 4.). Das Bundesgericht hat der Ansicht der *Vorinstanz* grundsätzlich zugestimmt, die Frage aber schliesslich offengelassen. Allerdings hat es in BGE 95 II 555 die Zulässigkeit des Stichentscheids betreffend eine Statutenbestimmung, welche für die Beschlussfassung das *absolute Mehr* der Stimmen vorsah, als zulässig erachtet. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist der Ansicht der *Vorinstanz* zuzustimmen.

Die GV fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 703 OR). Die Frage ist stark umstritten, ob Art. 703 OR dispositiv ist – mithin ob überhaupt das relative bzw. einfache Mehr⁶⁷ statutarisch eingeführt werden

kann.⁶⁸ Sie soll hier nicht weiter vertieft werden. Es gilt somit festzuhalten, dass das Gesetz das Erfordernis des *absoluten Mehrs* der vertretenen (und stimmberechtigten) Aktienstimmen statuiert. Das absolute Mehr ist bei *geraden Zahlen* erreicht, wenn sich die Hälfte aller plus eine Stimme für den Beschluss ausgesprochen haben. So liegt z. B. bei 100 vertretenen Stimmen das absolute Mehr bei 51 Stimmen. Bei *ungeraden Zahlen* liegt die absolute Mehrheit bei der Hälfte aller plus einer halben Stimme. So liegt z. B. bei 99 vertretenen Stimmen das absolute Mehr bei 50 Stimmen.⁶⁹ Daraus folgt, dass – im Gegensatz zum relativen bzw. einfachen Mehr – die Nichtabgabe einer Stimme, die Abgabe einer Leerstimme oder die Abgabe einer ungültigen Stimme als Neinstimmen zu werten sind.⁷⁰ Beim *relativen bzw. einfachen Mehr* wird demgegenüber nur auf die gültig abgegebenen Ja- und Neinstimmen abgestellt.⁷¹ Demnach gilt ein Antrag als angenommen, wenn sich mehr Stimmen dafür als dagegen aussprechen; Stimmenthaltungen bleiben bei der Berechnung des Quorums ausser Betracht.⁷²

Folglich liegt beim absoluten Mehr bei Stimmengleichheit (wenn sich z. B. bei 100 vertretenen Stimmen 50 dafür und 50 dagegen aussprechen) ein *negativer Beschluss* vor, da das erforderliche Quorum (von 51 Stimmen) nicht erreicht wurde.⁷³ Der Beschluss hat m. a. W. nicht die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt. Daran vermag auch ein allfälliger Stichentscheid des Vorsitzenden nichts zu ändern, da nach wie vor das Quorum von 51 Stimmen – eine bestimmte⁷⁴ bzw. bestimmbare⁷⁵ feste Bemessungsgrösse – nicht erreicht wird.⁷⁶

Anders gestaltet sich die Situation beim relativen bzw. einfachen Mehr. Es trifft zwar zu, dass bei Stimmengleichheit (vorerst) ebenfalls ein negativer Beschluss vorliegt. Hingegen verlangt das relative bzw. einfache Mehr gerade nicht, dass eine zum Voraus bestimmte (bzw. bestimmbare) An-

⁶⁴ Weitere Möglichkeit: Bis zu den Neuwahlen, wobei bei dauernder Wiedereinberufung der GV und dem Traktandum Wahlen die Handlungsfähigkeit ebenfalls nicht mehr vorhanden sein dürfte.

⁶⁵ Gl. M. Urteil HGer AG (HOR.2015.33) E. 5.3.3.

⁶⁶ Offenbar weniger kritisch *Bär* (Fn. 15) 432.

⁶⁷ Soweit ersichtlich, differenziert die h. M. im Aktienrecht nicht zwischen dem einfachen und dem relativen Mehr, vgl. bspw. *Brigitte Tanner*, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987 = SSHW Band 100, Zürich 1987, § 2 Rz. 36; *Christoph von Greyerz*, Handelsrecht, SPR VIII/2, Basel/Frankfurt am Main 1982, 190 Anm. 24; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 3) § 24 Rz. 8. Ob dies sachgerecht ist, ist u. E. zweifelhaft, zumal bspw. im Vereinsrecht (BSK ZGB I-Anton Heini/Urs Scherrer, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 67 N 14; CHK-Christina Niggli,

Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 67 N 6; BK-Hans Michael Riemer, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, 3. Aufl., Bern 1990, Art. 67 N 53, a. M. *Jean-François Perrin/Christine Chappuis*, Droit de l'association, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, 76) und auch im Stockwerkeigentumsrecht (*Amédéo Wermelinger*, Das Stockwerkeigentum, SVIT-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 712m N 183) eine Unterscheidung vorgenommen wird.

⁶⁸ *Vischer* (Fn. 3) 84 f. m. w. H.

⁶⁹ *Böckli* (Fn. 9) § 12 Rz. 354.

⁷⁰ ZK-Tanner (Fn. 20) Art. 703 N 87 f.

⁷¹ *Tanner* (Fn. 67) § 2 Rz. 37 f.

⁷² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 3) § 24 Rz. 8.

⁷³ *Leo Sigg*, Das Stimmengleichheitsproblem bei Abstimmungen, SJZ 1965 239; ZK-Tanner (Fn. 20) Art. 703 N 53, 84 und 160.

⁷⁴ ZK-Tanner (Fn. 20) Art. 703 N 85 und 87 f.

⁷⁵ ZK-Tanner (Fn. 20) Art. 703 N 85 und 90.

⁷⁶ Ebenso Urteil HGer AG (HOR.2015.33) E. 4.2.; BSK OR II-Truffer/Dubs (Fn. 9) Art. 808a N 1; KUKO OR-Alexander Vogel, Basel 2014, Art. 808a N 4; *Sigg* (Fn. 73) 239; wohl auch *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, Rz. 186 und 189.

zahl Stimmen erreicht werden muss.⁷⁷ Vielmehr kommt ein positiver Beschluss zustande, wenn im Endergebnis eine Mehrheit vorliegt.⁷⁸ Diese Mehrheit kann – sofern der Stichtscheid als zulässig erachtet wird – durch den Stichtscheid des Vorsitzenden erreicht werden. Nach Auszählung der Stimmen und Feststellung der Stimmengleichheit kann der Vorsitzende durch seine Stimme dem Beschluss zum Durchbruch verhelfen oder ihn definitiv ablehnen. Diese Möglichkeit, eine Pattsituation bei relativem bzw. einfachem Mehr mittels Stichtscheid zu lösen, ergibt sich ohne Weiteres aus dem Aktienrecht. Gemäss Art. 713 Abs. 1 OR fasst der Verwaltungsrat nämlich seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Gemeint ist nach h. M. das relative bzw. einfache Mehr.⁷⁹ In diesem Zusammenhang erachtet der Gesetzgeber den Stichtscheid als zulässig (vgl. Art. 713 Satz 2 OR). Gleiches muss demnach aus logischen Gesichtspunkten auch betreffend die GV-Beschlüsse gelten, sofern Art. 703 OR als dispositiv angesehen wird.⁸⁰ Selbst wenn man die Auffassung vertritt, der Stichtscheid sei auch beim relativen bzw. einfachen Mehr unzulässig,⁸¹ könnte u. E. mittels einer teleologischen Auslegung das einfache Mehr in ein Mehr *sui generis* umgedeutet werden, bei welchem der Stichtscheid zulässig ist.⁸² Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Stichtscheid des Vorsitzenden nur zur Beseitigung einer Pattsituation hilfreich ist, wenn

ein relatives bzw. einfaches Mehr erreicht werden muss, jedoch niemals bei absoluten Mehrheiten.

Sehen die Statuten einerseits für die Beschlussfassung ausdrücklich das absolute Mehr und andererseits den Stichtscheid vor, stehen diese zwei Bestimmungen im Widerspruch zueinander. Nach hier vertretener Auffassung müsste diesfalls die Bestimmung betreffend das absolute Mehr dahingehend ausgelegt werden, dass in der speziellen Konstellation der Pattsituation lediglich das relative bzw. einfache Mehr (bzw. ein Mehr *sui generis*) erforderlich ist.⁸³ Andernfalls könnte eine Pattsituation mithilfe des Stichtscheids gar nicht behoben werden.

V. Alternativen bei pathologischen Pattsituationen?

Es existiert eine Fülle vertraglicher Alternativen zum Stich- bzw. Losentscheid, die zumindest *theoretisch* geeignet⁸⁴ wäre, eine Pattsituation (dauerhaft) zu lösen. Man spricht in diesem Zusammenhang von Konfliktregelungsmechanismen (sog. *Deadlock Devices*). Als mögliche *Deadlock Devices* können die fiduziarische Übertragung der Aktien auf einen Treuhänder, das Einbringen der Aktien in ein Aktionärskonsortium, die Übertragung der Aktien auf eine Holdinggesellschaft oder die Begründung einer gemeinsamen Nutzniessung an den Aktien genannt werden.⁸⁵ Solche *Deadlock Devices* sind in der Praxis jedoch nur wenig verbreitet. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass deren rechtliche Umsetzung aufwendig und komplex ist. Andererseits weisen alle Konfliktregelungsmechanismen – zum Teil erhebliche – Nachteile auf. Dies soll anhand der in der Lehre und Rechtsprechung oft erwähnten Konfliktlösung der treuhänderischen Übertragung von Aktien aufgezeigt werden.⁸⁶

⁷⁷ Im Rahmen der Aktienrechtsrevision soll Art. 703 OR angepasst werden. Neu soll die GV – wie bereits heute der Verwaltungsrat – ihre Beschlüsse und Wahlen mit der Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen fassen bzw. vollziehen (Art. 703 Abs. 2 eOR; vgl. Entwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts, BBl 2017715). Art. 703 Abs. 3 eOR hält diesbezüglich ausdrücklich fest, dass Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen zählen (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBl 2017563). Gemäss Botschaft ist Art. 703 Abs. 3 eOR zwingender Natur. Damit würde ein Primatwechsel von der jetzigen Bemessungsgrundlage «vertretenen Stimmen» zur Bemessungsgrösse «abgegebenen Stimmen» vollzogen. Enthaltungen würden sich m. a. W. neu nicht mehr als Neinstimmen auswirken (kritisch hierzu Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017 39; vgl. auch Vischer [Fn. 3] 93 f.).

⁷⁸ Tanner (Fn. 67) § 2 Rz. 37.

⁷⁹ Vgl. nur Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 713 N 722; BSK OR II-Martin Wernli/Marco A. Rizzi, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 713 N 8; Felix R. Ehrat, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 1992791; ZK-Eric Homberger, Der Verwaltungsrat (Art. 707–726 OR), Zürich 1997, Art. 713 N 277; Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 17) § 13 Rz. 64; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 3) § 31 Rz. 23; Böckli (Fn. 9) § 13 Rz. 120 f.; Roland Ruedin, Droit des sociétés, 2. Aufl., Bern 2007, Rz. 1235.

⁸⁰ Ebenfalls in diese Richtung, jedoch kritisch Sigg (Fn. 73) 240.

⁸¹ Vischer (Fn. 48) 687.

⁸² Siehe Müller/Lipp/Plüss (Fn. 4) 144, welche von einem «Schiedsspruch» sprechen (vgl. auch oben Fn. 29); wohl noch weitergehender Urteil HGer AG (HOR.2015.33) E. 5.2.3. (Schiedsverfahren nach Art. 353 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO; SR 272] oder Art. 176 ff. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 [IPRG; SR 291]).

⁸³ Ähnlich Sigg (Fn. 73) 240; Andreas C. Albrecht, Wahlgeschäfte in Versammlungen privatrechtlicher Körperschaften, namentlich in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SZW 2002 294; a. M. Urteil HGer AG (HOR.2015.33) E. 4.2. und 4.3.; Böckli (Fn. 9) § 13 Rz. 117.

⁸⁴ Keine zielführende und geeignete Lösung ist etwa die Bestellung eines bevollmächtigten Vertreters aufgrund des jederzeitigen Widerrufsrechts gemäss Art. 34 Abs. 1 OR. Aufgrund von BGE 140 III 349 E. 2.6 S. 354 sind statutarische Bestimmungen, welche in Pattsituationen die Amtsdauer bisheriger Verwaltungsratsmitglieder verlängern, ebenfalls ausgeschlossen.

⁸⁵ Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Aktionärbindungsverträge, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1533 ff.; Theodor Lang, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Basel 2003 = SSW Band 221, Zürich/Basel/Genf 2003, 125 ff.; Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001 = ASR 659, Bern 2001, 225 ff.; Damian Fischer, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Diss. Zürich 2009 = SSW Band 281, Zürich/St. Gallen 2009, 217 ff.

⁸⁶ Vgl. auch BGE 95 II 555 E. 2 S. 562 f.; Paul Carry, La voix prépondérante du président dans les assemblées générales de la société anonyme, SJ 1960 455 f.; Wolf (Fn. 59) 223.

Übertragen die Aktionäre je die gleiche Anzahl von Aktien (pro Person mindestens eine) fiduziärisch auf einen oder mehrere unabhängige Dritte, kann die Pattsituation gelöst werden. Der Treuhänder besitzt eine grosse Handlungsfreiheit (sog. *überschiessende Rechtsmacht*) und kann daher relativ unabhängig das Stimmrecht ausüben und bei Wahlen und Abstimmungen das Zünglein an der Waage spielen. Diese grosse Handlungsfreiheit hat jedoch aus Sicht der Aktionäre auch Nachteile. Der Treuhänder kann im Aussenverhältnis entgegen den internen Weisungen der Treugeber abstimmen und handeln. Zudem bestehen das Insolvenzrisiko⁸⁷ sowie die Gefahr, dass der Treuhänder die Aktien weisungswidrig an einen gutgläubigen Dritten veräussert und die Treugeber damit ihr Eigentum an den Aktien verlieren. Neben dieser latenten Gefahr des endgültigen Verlusts des Eigentums müssen die Aktionäre ihr Eigentum an den Aktien während der Dauer des Treuhandverhältnisses aufgeben, was oftmals eine psychologische Hürde darstellt. Schliesslich stellt sich die Frage, ob sich in einer bereits zerstrittenen Aktionärstruktur eine vertrauenswürdige Person finden lässt, welche gewillt ist, als Treuhänder zu amten. Durch die Stimmabgabe könnte sich der Treuhänder als faktisches Organ einem erheblichen Haftungsrisiko aussetzen. In der Praxis wird eine Umsetzung in aller Regel bereits an mangelnden Kandidaten scheitern.

Sollte eine Pattsituation mangels fehlenden Willens der Parteien nicht gelöst werden können, bleibt letztlich nur das Ausscheiden mindestens eines Aktionärs. Dies kann einerseits durch die Anrufung des Gerichts (vgl. Art. 731b und Art. 736 Ziff. 4 OR)⁸⁸ oder andererseits durch die gegenseitige Einräumung von Kaufs- und Verkaufsrechten⁸⁹ oder der Einführung von aleatorischen Vertragsklauseln wie z. B. *Russian-Roulette*-, *Texas-Shoot-out*- oder *Blind-Bids-Klauseln* erreicht werden.⁹⁰ Es ist u. E. wahrscheinlich, dass sich die zerstritte-

nen Aktionäre unter dem Druck der drohenden Auflösung der AG noch auf einen Kompromiss einigen, womit indirekt die Pattsituation gelöst würde.

E. Fazit

«Nichts währt ewig» – dieses Sprichwort trifft ebenfalls auf Kapitalgesellschaften zu. Pattsituationen können dabei zu einem besonders kritischen «Gesundheitszustand» führen, da sie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft bedrohen. Zweipersonen-AGs stellen eine Risikogruppe dar, da Pattsituationen hier gehäuft auftreten.⁹¹ Lange Zeit lösten die Standardstatuten dieses Problem mit dem Stichentscheid des Vorsitzenden, allenfalls kombiniert mit einem Losentscheid bei Wahlen.

Das Bundesgericht ergänzte seinen bisherigen *Leading Case* BGE 95 II 555 um erhebliche Hürden.⁹² Während bei Beschlüssen, die auf die Kapital- und nicht auf die Stimmenmehrheit abstellen, ein Stichentscheid ganz ausgeschlossen ist, verstösst ein statutarischer Wechsel von einem kombinierten Stich-/Losentscheidsystem zu einem reinen Stichentscheidsystem gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung.

Dieses Urteil wirft eine Reihe von Fragen auf.⁹³ In Zukunft werden vorsichtige Notare bereits bei der Inkorporation der AG ein besonderes Gewicht auf die Formulierung dieser statutarischen Klauseln legen müssen.⁹⁴ Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil der Losentscheid nur als die *weniger schlechte Lösung* erscheint und bei Sachentscheiden nach hier vertretener Meinung überhaupt nicht infrage kommt. Gesellschaften in pathologischen Pattsituationen müssen sich gewissermassen zwischen Pest und Cholera entscheiden. Dabei gibt es nicht das «Wunderheilmittel». Die im Beitrag skizzierte «Komplementärmedizin»⁹⁵ ist derart aufwendig, dass sie sich nur mit Mühe durchsetzen wird.

⁸⁷ Bernhard Berger, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, ZZZ 2008/2009 152.

⁸⁸ BGE 138 III 294 E. 3.3.3 S. 303 f.; von der Crone (Fn. 15) 42 ff.; Trautmann/von der Crone (Fn. 17) 470 ff.; Vischer (Fn. 3) 90; CR CO II-Henry Peter/Francesca Cavadini, Basel 2008, Art. 703 N 11.

⁸⁹ Stefan Knobloch, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR 2013 564.

⁹⁰ Vgl. dazu Philipp Ritz, Joint Venture Vertrag, Zürich/Basel/Genf 2010, 74 ff.; Knobloch (Fn. 89) 565; Roland Müller/Kathrin Biedermann, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, AJP 2015 894; Dieter Gericke/Luca Dalla Torre, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 61 ff.; Thomas Trettnak/Stefanie Heimel, Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Prävention Gesellschafterstreitigkeiten, Aufsichtsrat aktuell 2013 21 ff., <http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Trettnak/AufsichtsratAktuell_TT_2_2013.pdf>.

⁹¹ Gl. M. Müller/Biedermann (Fn. 90) 894.

⁹² Restriktiver Vischer (Fn. 48) 688.

⁹³ Das war bereits bei früheren Urteilen zu dieser Thematik der Fall, symptomatisch Wolf (Fn. 59) 218: «Wie sollen sich nunmehr Notare oder sonstige Verfasser von Statuten verhalten? Sollen bei bestehenden Gesellschaften Statuten, die den Stichentscheid des Präsidenten vorsehen, abgeändert werden?».

⁹⁴ Da ein allfälliges Ende von Anfang an geplant werden muss, empfiehlt es sich – v.a. im Lichte des ergangenen Urteils – mit Lösungen nicht bis zu einer Eskalation unter den Aktionären zuzuwarten.

⁹⁵ Siehe oben Kapitel D. V.