3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

(2) BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_579/2016 vom 28.2.2017, *Hotel A. AG* gegen *E.B.,* Anfechtung Generalversammlungsbeschluss (zur Publikation vorgesehen).



Markus Vischer*

Anfechtung Generalversammlungsbeschluss, Statutenrevision, Ersatz des Losentscheids bei Pattsituation durch umstrittenen Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten: *Sind jetzt viele Statuten sofort zu revidieren?*

I. Sachverhalt

Das voll liberierte Aktienkapital der Hotel A. AG von CHF 500'000 ist aufgeteilt in 380 Namenaktien zu CHF 1'000 (Stammaktien) und 1'200 Namenaktien zu CHF 100 (Stimmrechtsaktien). An der ordentlichen Generalversammlung (GV) der Hotel A. AG standen sich zwei Lager gegenüber, nämlich einerseits C.B. und D.B mit je 600 Stimmrechtsaktien und je 65 Stammaktien (= insgesamt 50% der Kapitalbeteiligung und ca. 84% der Stimmenmehrheit) und andererseits E.B. mit 250 Stammaktien (= 50% der Kapitalmehrheit und ca. 16% der Stimmenmehrheit). E.B. lehnte an dieser GV den Antrag des Verwaltungsrats (VR) auf Wiederwahl der Revisionsstelle ab, weswegen infolge der Relevanz alleine der Kapitalmehrheit die Wiederwahl nicht zustande kam.

In der Folge beschloss der VR, eine ausserordentliche (ao) GV einzuberufen, um die Statuten zu ändern und der GV die Wiederwahl der Revisionsstelle zu beantragen. Der bisherige Art. 12 Abs. 1 der Statuten der Hotel A. AG («Bei Wahlen und Beschlüssen entscheidet, soweit nicht die Statuten oder das Gesetz etwas anderes bestimmen, das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen. Bei Stimmengleichheit entscheidet bei Wahlen das Los, bei Sachfragen der Stichentscheid des Präsidenten.») sollte wie folgt abge-

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

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

An der anschliessend durchgeführten ao GV stimmten C.B. und D.B. der Änderung von Art. 12 Abs. 1 der Statuten zu. E.B. stimmte dagegen. Zudem stimmten C.B. und D.B. für die Wiederwahl der Revisionsstelle und E.B. dagegen, worauf der Präsident des VR den Stichentscheid zugunsten der Wiederwahl der Revisionsstelle ausübte.

In der Folge focht E.B. die beiden Generalversammlungsbeschlüsse betreffend Statutenänderung und Wiederwahl der Revisionsstelle beim Handelsgericht des Kantons Aargau erfolgreich an. Das Bundesgericht wies die von der Hotel A. AG beim Bundesgericht erhobene Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts ab.

II. Begründung

In Bezug auf die Wiederwahl der Revisionsstelle verwies das Bundesgericht auf seinen Entscheid BGE 95 II 555, in dem es die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung bejaht hatte. Dieser Vorsitzende sei in der Regel wie vorliegend der Präsident des VR. Der VR und mindestens indirekt auch dessen Präsident (Art. 712 OR) würden von der GV gewählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Für diese Wahl sei, soweit die Statuten nichts Abweichendes vorsähen, die Stimmenmehrheit und damit gerade nicht die Kapitalmehrheit massgebend (Art. 693 OR, Art. 704 OR [*recte* Art. 703 OR]). Dass aber eine mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählte Person durch Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann, sei mit Art. 693 Abs. 3 OR nicht vereinbar. Denn für die Wahl der Revisionsstelle sei nach dieser Bestimmung die kapitalmässige Bemessung des Stimmrechts zwingend.

Betreffend die Statutenänderung bestätigte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, wonach die in Frage stehende Statutenbestimmung widersprüchlich sei, denn bei einer absoluten Mehrheit komme der Stichentscheid bei Stimmengleichheit nicht zum Zug, werde doch bei Stimmengleichheit ein negativer Entscheid gefällt, erfordere doch das absolute Mehr die Hälfte der Stimmen plus eine. Insofern sei das Präjudiz BGE 95 II 555 in Zweifel zu ziehen, welches ebenfalls den Stichentscheid beim Erfordernis des absoluten Mehrs betraf. Ob diesbezüglich am Präjudiz BGE 95 II 555 festgehalten werden könne, oder ob verlangt werden müsse, dass die Statuten nur das relative Mehr der Stimmen verlangen dürfen, wenn sie einen Stichentscheid vorsähen, könne aber offenbleiben. Denn die Vorinstanz habe die vorliegend zur Diskussion stehende Statutenänderung auch wegen Verstosses gegen Art. 706 OR für ungültig erklärt. Zu den anfechtbaren Beschlüssen gemäss Art. 706 Abs. 2 OR gehörten hauptsächlich solche, die Rechte zum Schutz der Aktionäre verletzten. Namentlich seien Beschlüsse anfechtbar, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen und insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachten würden. So seien statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären unzulässig, welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich seien oder die mit weniger einschneidenden Mitteln ebenfalls erreicht werden könnten. Das Bundesgerichts verwies diesbezüglich auf die bekannten Entscheide BGE 121 III 219 E. 3 (SBG gegen BK Vision AG) und BGE 117 II 290 E. 4e (Canes gegen Nestlé S.A.) in Sachen Bezugsrechtsentzug bzw. -einschränkung. Vorliegend würde mit dem Losentscheid die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft für den Fall einer Pattsituation bei Wahlen sichergestellt. Der umstrittene Ersatz dieses Losentscheids durch den Stichentscheid des Präsidenten des VR beträfe keine anderen Situationen und vermöge im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht besser zu gewährleisten. Vielmehr könnten bei der geltenden Lösung die Aktionäre mit der Stimmenmehrheit weniger gut als bei einem Stichentscheid ohne Rücksicht auf die Minderheitsaktionäre entscheiden. Nachdem die Hotel A. AG keine allgemeinen Gründe für die Neuregelung vorgebracht habe, sei festzustellen, dass die Änderung von Art. 12 Abs. 2 der Statuten rechtswidrig sei, weil sie, auch soweit sie sich auf Wahlen beziehe, für welche die Bemessung des Stimmrechts nach der Kapitalbeteiligung nicht zwingend sei, gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstosse.

III. Bemerkungen

Im vom Bundesgericht erwähnten BGE 95 II 555 bejahte das Bundesgericht die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV. Der Entscheid kam überraschend, weil die damalige überwiegende Lehre sowie zwei kantonale Gerichte die Zulässigkeit verneinten.[1] BGE 95 II 555 beendete eine lange und

[1] Z.B. F. Wolfhart Bürgi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698–738, Zürich 1969, Art. 698 OR N 27, Art. 702 OR N 24, Art. 703 OR N 2, s. auch Art. 698 OR N 24; Rolf Frei, Zur Frage des Stichentscheides des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 1950/51, 226; weitere Nachweise bei Markus Vischer, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen

lebhafte, z.T. auch in der Tagespresse geführte Diskussion,[2] eine Diskussion, die dadurch möglich gemacht wurde, dass das OR seit seinem Erlass 1883 (Inkrafttreten) die Frage im Unterschied zum GmbH-Recht mit dem Stichentscheid des Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung[3] und im Unterschied zum Verwaltungsratsrecht mit dem Stichentscheid des Vorsitzenden im VR[4] nicht explizit regelt.[5] 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.»*[6] In der Folge wurde der statutarisch vorgesehene Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV praktisch nicht mehr thematisiert. Die Praxis ging nach BGE 95 II 555 davon aus, dass dieser Stichentscheid zulässig sei. Peter Böckli beschrieb dieses Phänomen so, dass die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV *«eine zum Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis»* sei.[7] Auch der hier besprochene Entscheid erwähnt diese Qualifizierung von Böckli.[8]

Mit dem hier kommentierten Entscheid gibt das Bundesgericht BGE 95 II 555 auf. Es tut dies zwar explizit nur insofern, als es die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV bei Entscheiden über Gegenstände gemäss Art. 693 Abs. 3 OR (Wahl der Revisionsstelle, Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile, Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung, Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage) verneint,[9] und es im Übrigen explizit offenlässt, ob an BGE 95 II 555 festgehalten werden könne.[10]

Allerdings sieht das Bundesgericht nur aufgrund einer Fehlüberlegung einen (im konkreten Fall nicht relevanten) möglichen Restanwendungsbereich von BGE 95 II 555, nämlich bei Stimmengleichheit in Beschlussfassungen, für die das relative Mehr gilt. Wie das Bundesgericht richtig festhält, kommt im Anwendungsbereich des absoluten Mehrs in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung[11] an sich logisch ein Entscheid nur dann zustande, wenn er mindestens die Hälfte der Stimmen plus eine erreicht, was bei Stimmengleichheit nicht der Fall ist.[12] Das gilt aber auch im Bereich des relativen Mehrs, wo an sich logisch ein Entscheid nur zustande kommt, wenn er mindestens eine Stimme mehr als der nächste Entscheidgegenstand erhält,[13] was bei Stimmengleichheit ebenfalls nicht der Fall ist.

Allerdings ergibt sich die richtige Begründung der Unzulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV nach der hier vertretenen Auffassung nicht aus einem zwingend verstandenen Mehrheitsprinzip im Aktienrecht,[14] sondern daraus, dass mit dem Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV, wenn er Aktionär ist, eine mit Art. 693 OR nicht vereinbare und damit unzulässige Art von Stimmrechtsaktien geschaffen wird, bzw., wenn er nicht Aktionär ist, einem Dritten ein Stimmrecht eingeräumt wird, was nach dem im Aktienrecht geltenden Abspaltungsverbot, d.h. dem Verbot der Loslösung des Stimmrechts von der Aktie[15] unzulässig ist.[16] Daran ändert auch die langjährige Praxis des Vorsehens des statutarischen Stichentscheids des Vorsitzenden

---

Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung des Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 82.

2 Leo Sigg und W. Wichser, Der Stichentscheid an der Generalversammlung, Zwei Diskussionsbeiträge, NZZ vom 13.7.1961 (Morgenausgabe), b16; Elias Wolf, Der Stichentscheid des Präsidenten der Generalversammlung, NZZ vom 23.4.1961 (Sonntagsausgabe), a41.

3 Art. 808a OR.

4 Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR.

5 Vischer (FN 1), 81 f., 93.

6 Max Kummer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1971, 222.

7 Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 358.

8 E. 3.2.

9 E. 3.2.

10 E. 4.1.

11 Z.B. 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.; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 5 N 186; Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Zürich/St. Gallen 2013, 140; Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Zürich 1987, § 1 N 81 ff., § 4 N 100, § 6 N 23 ff.; Leo Sigg, Das Stimmengleichheitsproblem bei Abstimmungen, SJZ 1965, 239, allerdings unklar bezüglich Wahlen; Sigg (FN 2), b16; Dieter Braun, Beitrag zur Überwindung der Stimmengleichheit im Verwaltungsrat und der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, SAG 1946/47, 58; a.M. Fritz von Steiger, Nochmals zum Stimmengleichheitsproblem, SJZ 1965, 305.

12 E. 4.1.

13 S. z.B. Brigitte Tanner, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Die Generalversammlung, Art. 698–706b OR, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 703 OR N 74 ff.

14 Vischer (FN 1), 86; a.M. von der Crone (FN 11), § 5 N 187; Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 473 f.

15 Z.B. Patrick Schleiffer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, nach bisherigem und revidiertem Recht, Bern 1993, 11 f.

16 Vischer (FN 1), 87 ff.; gl. M. Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Zürich 2015, N 1156.

in der GV nichts, gibt es doch kein Gesetzesrecht derogierendes Gewohnheitsrecht,[17] ganz abgesehen davon, dass kein Gewohnheitsrecht vorliegt, gab es doch trotz BGE 95 II 555 immer Stimmen, welche die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids verneinten.[18] Auch eine ständige bundesgerichtliche Praxis bildet kein Gewohnheitsrecht,[19] zumal mit bloss zwei Bundesgerichtsentscheiden seit 1883[20] keine ständige bundesgerichtliche Praxis vorliegt.

Entsprechend ist damit zu rechnen, dass das Bundesgericht bei nächster sich bietender Gelegenheit BGE 95 II 555 explizit ganz aufgeben wird. Im hier kommentierten Entscheid kam das Bundesgericht um diese generelle Praxisänderung herum, weil ein klarer Fall eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Mehrheitsaktionärs vorlag, was dem Bundesgericht erlaubte, den Fall anders zu lösen.

Diese Konstellation gab dem Bundesgericht die Möglichkeit, nach den bekannten, vom Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid auch erwähnten Urteilen i.S. BGE 121 III 219 E. 3 (SBG gegen BK Vision AG) und BGE 117 II 290 E. 4e (Canes gegen Nestlé S.A.) ein weiteres Mal in Erinnerung zu rufen, dass Art. 2 ZGB und das aus ihm abgeleitete Prinzip der schonenden Rechtsausübung[21] im Bereich des Minderheitsschutzes eine ganz besonders grosse Bedeutung zukommt.

In der Praxis gilt es nach dem hier kommentierten Entscheid zu beachten, dass der Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV in den Statuten nicht mehr vorgesehen werden sollte. Dies steht im Einklang mit vielen neueren Musterstatuten.[22] An diesem Fazit ändert wohl auch die kommende Aktienrechtsreform nicht, enthält doch der diesbezügliche Vorschlag des Bundesrates[23] ebenfalls keine explizite Regelung des Stichentscheids des Vorsitzenden in der GV.[24]

Gleiches gilt für den Losentscheid.[25] Auch er sollte in der Praxis in den Statuten nicht mehr vorgesehen werden. Daran ändert nichts, dass das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid infolge der ihm vorliegenden sehr beschränkten Fragestellung im hier kommentierten Entscheid den Losentscheid für die Minderheitsaktionäre als günstiger bezeichnete.

Eventuell muss man sogar einen Schritt weitergehen und Statuten, welche den Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV oder den Losentscheid noch vorsehen, revidieren.

Auch wenn das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid in einem *obiger dictum,* aber immerhin im Einklang mit der Mehrheitsmeinung,[26] von der Zulässigkeit des Vorsehens des relativen Mehrs ausgeht, ist in der Praxis bei statutarischen Abweichungen vom Quorum gemäss Art. 703 OR nach wie vor Vorsicht geboten, insbesondere was das Einführen von sogenannten Minderheitsquoren betrifft. Gerade diese sind sehr umstritten.[27]

---

17 Z.B. Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art. 1–9 ZGB (zit. BK-Emmenegger/Tschentscher), Art. 1 ZGB N 425 ff.

18 Z.B. Vischer (FN 1), 81 ff.; Germann (FN 16), N 1149 ff.; von der Crone (FN 11), § 5 N 187 f.; Peter V. Kunz, Der Minderheitsschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001, § 12 N 82 ff.

19 Z.B. BK-Emmenegger/Tschentscher (FN 17), Art. 1 ZGB N 423.

20 Nämlich BGE 95 II 555 und BGer, 4C.88/2000, 27.6.2000, E. 3b, mit einer beiläufigen Bestätigung von BGE 95 II 555.

21 Z.B. von der Crone (FN 11), § 8 N 47 ff., welcher das Prinzip «Proportionalitätsprinzip» nennt.

22 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, Internet: http://www.hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/eintragen/formulare_muster_rechtsform/aktiengesellschaft.html (Abruf 27.4.2017); s. auch Annalise Rüeger, § 13 (Statuten), in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana 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: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. A., Basel 2010, N 13 und 13.3; Robert Meier, Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, 3. A., 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 Gestaltungsmöglichkeit.

23 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, 399 ff.

24 Vischer (FN 1), 93 f.

25 Vischer (FN 1), 93.

26 Z.B. Bruno Frick/Thomas Stäheli, in: Jeanette Wibmer (Hrsg.), Kommentar Aktienrecht, 1. A., Zürich 2016, Art. 703 OR N 4; Brigitte Tanner, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Tanner), Art. 703 OR N 6; von Steiger (FN 11), 306.

27 *Pro* z.B. Dieter Dubs/Roland Truffer, Art. 703 N 15, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530–694 OR inkl. Schlussbestimmungen, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016; CHK-Tanner (FN 26), Art. 703 OR N 6; Kunz (FN 18), § 12 N 92 ff.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24 N 54; Tanner (FN 11), § 1 N 58 ff.; Ulrich Geilinger, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Zürich 1948, 25 f.; *contra* z.B. Davide Jermini/Alex Domeniconi, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 703 OR N 7; Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 473 f.; Böckli (FN 7), § 12 N 430 unter Hinweis u.a. auf Art. 706b OR.