3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

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

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

(4) BGer 4A_516/2016: Der Kampf gegen die Erstgeborene

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_516/2016 vom 28. August 2017, *SI M. und SA N.* gegen *A.X* sowie *B.X* als Verfahrensteilnehmerin, GV-Teilnahme und Beschlussfassung gemeinschaftlich gehaltener Aktien bei fehlender Ernennung eines Vertreters.



Markus Vischer*



Pascal Zysset**

Gemeinschaftlich gehaltene Aktien: Die betroffenen Aktionäre haben eine Obliegenheit zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters. Die Nichtigkeit kommt nur dann infrage, wenn die korrekte Beschlussfassung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Mangels eines gemeinsamen Vertreters sind die Aktien von der Grundversammlung überhaupt nicht vertreten. Dem einzelnen Aktionär kommt diesfalls keine Aktivlegitimation zur Klageerhebung zu.

I. Einleitung

Die Erstgeborenen-Nachfolgeordnung (sog. Majorat) sieht vor, dass nur das erstgeborene oder älteste Kind einer verstorbenen Person erbt und allfällige Geschwister unberücksichtigt bleiben. Häufig können dabei nur erstgeborene Söhne von diesem Recht profitieren (sog. Primogenitur).[1]

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

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

1 Hans Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in: Wolfgang Kunkel/Hans Peters (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 3. A., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949, 226; vgl. dazu ebenfalls Eugen Spirig, Nacherbeneinsetzung und Nachvermächtnis (Nach einem vor dem Verein der Beamten und Angestellten

Heute ist das Majorat respektive die Primogenitur in westlichen Kulturkreisen primär aus den Thronfolgeregeln der Monarchien bekannt.[2] In den Schranken des schweizerischen Pflichtteilsrechts kann ein Erblasser durch die Verfügung von Todes wegen jedoch nach wie vor den Erstgeborenen oder die Erstgeborene bevorzugen.

Der Hintergrund des vorliegenden Falles betrifft eine moderne Form der Primogenitur. A.X setzt sich dabei gegen die Vormachtstellung seiner älteren Schwester B.X zur Wehr. Vorliegend hatte das Bundesgericht über die Rechtmässigkeit der gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen zu urteilen.

II. Sachverhalt und Rechtsweg

Der Bruder A.X und seine Schwester B.X sind die einzigen Erben ihrer Eltern. Die Schwester hatte zu Lebzeiten von ihrem Vater je 25 Aktien der beiden Gesellschaften SI M. und SA N. zu Eigentum erhalten. Total haben die Gesellschaften je 50 Aktien. Die jeweils anderen 25 Aktien beider Gesellschaften wurden vom Bruder und der Schwester gemeinsam durch Erbgang mittels Universalsukzession erworben. Bis heute ist die Erbschaft in Bezug auf die erwähnten Aktien ungeteilt.

Nach dem Tod des Vaters führten die Anwesenheitslisten der Generalversammlungen 37,5 durch die Schwester und 12,5 durch den Bruder vertretene Aktien auf, jeweils mit der Bemerkung, dass der Bruder mit dieser Zusammensetzung nicht einverstanden sei. Unter diesen Voraussetzungen wurden die Generalversammlungen der beiden Gesellschaften am 27. Mai 2014 abgehalten. Die Jahresrechnungen und die Ausschüttungen von Dividenden wurden genehmigt, die Schwester wurde als Verwaltungsratspräsidentin und ein Dritter wurde als Sekretär des Verwaltungsrats wiedergewählt. Der Bruder hingegen wurde aus dem Verwaltungsrat abgewählt.[3]

Am 21. Juli 2014 stellte der Bruder ein Schlichtungsbegehren für seine Nichtigkeits- und Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse beider Gesellschaften. Die Klageschrift wurde am 22. Dezember 2014 beim erstinstanzlichen Gericht eingereicht. Das Verfahren wurde auf die Fragen der Aktivlegitimation und der Gültigkeit der am 27. Mai 2014 gefassten Generalversammlungsbeschlüsse beschränkt. Das erstinstanzliche Gericht anerkannte die Aktivlegitimation, hob die gefassten Beschlüsse auf und ordnete die Einberufung neuer Generalversammlungen an.

Die Zivilkammer der Genfer *Cour de Justice* (Vorinstanz) wies die Berufungen beider Gesellschaften sowie der Schwester mit Entscheid vom 24. Juni 2016 ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Neben der Aktivlegitimation des Bruders bejahte sie die Auffassung, wonach die geerbten Aktien bislang ungeteilt[4] und deshalb die gefassten Beschlüsse mangels absoluter Mehrheit nichtig respektive aufzuheben seien.

In der Folge gelangten die beiden Gesellschaften mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie verlangten insbesondere die Bestätigung der Gültigkeit der gefassten Beschlüsse respektive deren Nicht-Aufhebung und damit, dass keine neuen Generalversammlungen einzuberufen seien. Der Bruder plädierte auf Abweisung. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte vorliegend die gesellschaftsrechtlichen Fragen einer weitreichenden erbrechtlichen Streitigkeit zu beurteilen. Gemäss Ansicht des Bundesgerichts bestanden ursprünglich nur die Rechtsfragen der Aktivlegitimation des Bruders und der Gültigkeit der gefassten Beschlüsse. Da sich die Vorinstanz jedoch ebenfalls zur Gültigkeit der Einladung geäussert hatte, seien nun diese drei Rechtsfragen zu klären (E. 5.2).

Die höchstrichterliche Instanz liess die Frage explizit offen, ob die Einladung zur Generalversammlung die Präzisierung hätte enthalten sollen, dass der Bruder und die Schwester gemeinschaftlich an den Aktien berechtigt sind. Der Bruder sei eingeladen worden und habe sich an die Generalversammlung begeben. Er habe seit dem Jahre 2004 die Rechtmässigkeit des Eigentums bestritten und habe schon 2013 davon gewusst, dass sein Aktienanteil auf 12,5 Aktien geschätzt wurde, da er dies bereits bestritten habe. Die Vorbringen des Bruders seien rechtsmissbräuchlich. Es sei zudem an ihm – und nicht an der Gesellschaft – gelegen, sich um einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bemühen (E. 7.1.3).

---

der Notariate, Grundbuch- und Konkursämter des Kantons Zürich am 14. Mai 1977 gehaltenen Vortrag), ZBGR 1977, 193 ff., 195.

2 Vgl. etwa die britische Thronfolgeregelung, bei der mit dem *Succession to the Crown Act 2013* vom 25. April 2013 von der Primogenitur zum Majorat gewechselt wurde.

3 Aus dem vorinstanzlichen Urteil der Zivilkammer der Genfer *Cour de Justice,* ACJC/856/2016, 24.6.2016, Kapitel A.s., geht hervor, dass anstelle des Bruders der Sohn der Schwester in den Verwaltungsrat beider Gesellschaften gewählt wurde.

4 Das vorinstanzliche Gericht stützt sich dabei insbesondere auf das Argument, dass es keine halben Aktien gebe, dazu die Genfer *Cour de Justice,* ACJC/856/2016, 24.6.2016, E. 7.2.2, wobei anzufügen ist, dass es durchaus halbe Aktien geben kann, wenn sie entsprechend geschaffen werden. Für ein Beispiel von Aktien mit ursprünglich einem in einem Bruchteil endenden Nennwert, nämlich von CHF 33 1/3, SHAB-Publikation Nr. 2745211, 29.3.2016.

Weiter liess das Bundesgericht aufgrund der Verfahrensbeschränkung offen, ob der Abwahlbeschluss unter dem Traktandum Wahlen zulässig war (E. 7.1.3).

Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, indem es festhielt, dass die Nichtigkeit der Beschlüsse nur dann zu bejahen sei, wenn es sich um gravierende formelle Mängel handle und zudem eine korrekte Beschlussfassung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Unter letzterem Punkt ging das Gericht weiter auf die konkrete Beschlussfassung ein. Es würden bei der Berechnung des absoluten Mehrs nur anwesende oder vertretene Aktien berücksichtigt. Abweichend von der vorinstanzlichen Berechnung müssten gemeinschaftliche Aktien ohne Ernennung eines Vertreters als abwesende Aktien behandelt werden. Somit sei im vorliegenden Fall korrekterweise ein einstimmiger Beschluss gefasst worden, womit auch eine – gemäss Forderung des Bruders – korrekte Einladung nichts am Resultat geändert hätte (E. 7.2).

Das Bundesgericht fragte weiter nach der Aktivlegitimation des Bruders zur Anfechtungsklage. Es stellte in den Raum, dass die Aktivlegitimation auch dem gemeinsamen Vertreter gemäss Art. 690 Abs. 1 OR zustehen könnte. Diese Frage sei jedoch nicht zu vertiefen, da im vorliegenden Fall ohnehin kein Vertreter ernannt worden sei. Es müsse daher jeweils nach dem Art. 706 Abs. 1 OR zugrundeliegenden Rechtsverhältnis abgeklärt werden, wer aktivlegitimiert sei. Bei gemeinschaftlichem Eigentum sei die Frage nach Art. 602 Abs. 2 OR (recte: Art. 602 Abs. 2 ZGB) zu klären. Gemäss Rechtsprechung dürfe dabei ein einzelner Gesamteigentümer bloss in dringlichen Fällen zum Schutz der gemeinsamen Interessen im Namen aller bzw. der Erbengemeinschaft handeln. Das Bundesgericht zählte im Anschluss diverse präjudizielle Ausnahmekonstellationen auf. Es kam zum Schluss, dass aus diesen Konstellationen nichts zugunsten einer Ausnahme bei der Anfechtungsklage abgeleitet werden konnte und daher die Vorinstanz dem Bruder die Aktivlegitimation zu Unrecht zugesprochen habe (E. 8).

Das Bundesgericht folgerte, die Beschwerde der Gesellschaften gegen das vorinstanzliche Urteil mit der Aufhebung bzw. Feststellung der Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse sei gutzuheissen, unter Verurteilung des Bruders zur Bezahlung der Gerichts- und Parteikosten (E. 9).

IV. Bemerkungen

A. Beantwortete Fragen

1. Obliegenheit zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters

Das Bundesgericht argumentierte vorliegend (E. 7.2) bei der Aufgabenzuordnung zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu Recht mit dem Zweck des Art. 690 Abs. 1 OR, der darin besteht, der Gesellschaft ein Funktionieren zu ermöglichen.[5] Die Gesellschaft soll nicht abklären müssen, welche internen Regeln zwischen Gesamteigentümeraktionären anwendbar sind.[6] Würde hier der Argumentation des Bruders folgend die Gesellschaft in die Pflicht genommen, stände letztere vor einer Aufgabe mit erheblichem Aufwand. Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters muss daher nicht auf Initiative der Gesellschaft erfolgen.[7]

Der Wortlaut von Art. 690 Abs. 1 OR benützt eine Kann-Formulierung: «Steht eine Aktie in gemeinschaftlichem Eigentum, so können die Berechtigten die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben.» Die gemeinschaftlichen Aktionäre sind daher nicht dazu verpflichtet, einen entsprechenden Vertreter zu bestellen,[8] müssen gegebenenfalls aber erhebliche Rechtsnachteile in Kauf nehmen. Diese Nachteile hätten durch die bundesgerichtliche Nichtberücksichtigung beim absoluten Mehr nicht besser aufgezeigt werden können. Insgesamt muss von einer Obliegenheit zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ausgegangen werden.[9] Sofern sich die Betroffe-

---

5 Ebenso Aurèle Bertrand, Stimmrecht an Aktien im Gesamteigentum, ius.focus 2017, Nr. 255.

6 Dazu insbesondere Patrick Schleiffer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Bern 1993, 32; vgl. auch Ulysses Gubert Andreas von Salis, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürich 1996, 168. Denkbar ist ebenfalls, dass die Rechte von Aktien in einer Erbengemeinschaft durch den Willensvollstrecker wahrgenommen werden, Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 45 N 5. Ob ein Willensvollstrecker eingesetzt wurde, ist nicht publik und müsste demnach von der Gesellschaft für jede Erbengemeinschaft abgeklärt werden.

7 Die Gesellschaft kann den gemeinschaftlichen Aktionären aber entgegenkommen, indem sie statutarische Vertretungsbeschränkungen insofern relativiert, als auch Dritte, die weder Mitglied der Gemeinschaft noch sonst Aktionär sind, zulässige Vertreter sind; vgl. zu dieser Konstellation BSK OR II-Länzlinger, Art. 690 N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); Walter H. Boss, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK OR-Boss), Art. 690 N 2; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, in: Handelsrecht, SPR Bd. VIII/2, Basel 1982, 132.

8 Ebenso BGer, 4A_197/2008, 24.6.2008, E. 2.2; vgl. auch CHK-Raemy/Gabriel, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft inkl. Vergütungsverordnung, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 690 OR N 5.

9 Zur praktischen Frage, ob sich in zerstrittenen gemeinsamen Eigentumsverhältnissen ein gemeinsamer Vertreter finden lässt, kann sinngemäss auf Pascal Zysset/Dario Galli, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, recht 2017, 125 ff., 136, verwiesen werden.

nen nicht auf einen gemeinsamen Vertreter einigen können, bleibt nur der Gang zum Richter.[10]

2. Kausalitätserfordernis bei Nichtigkeitsklagen

Art. 691 Abs. 3 OR sieht für die unbefugte Teilnahme an der Generalversammlung vor, dass der Gesellschaft der Nachweis offensteht, dass die unbefugte Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Der Wortlaut von Art. 691 Abs. 3 OR beschränkt sich auf die Anfechtung von Beschlüssen und äussert sich nicht zur Nichtigkeitsklage.[11] Das Bundesgericht ist in einem unpublizierten Urteil aus dem Jahre 2008 davon ausgegangen, dass Kausalitätsüberlegungen auch für die Nichtigkeitsklage eine Bedeutung haben.[12] Allerdings stützte sich das Bundesgericht nicht auf eine analoge Anwendung des Art. 691 Abs. 3 OR, sondern suchte die Begründung im Begriff der Nichtigkeit:[13]

> Unter diesen Umständen ist der formelle Mangel keineswegs so schwerwiegend und offensichtlich, dass der Generalversammlungsbeschluss der Beschwerdegegnerin geradezu nichtig wäre, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat.

Vorliegend bestätigte das Bundesgericht den soeben genannten Entscheid aus dem Jahr 2008 (E. 6). Das Gericht unterliess jedoch nähere Ausführungen, ob das Einfallstor im Begriff der Nichtigkeit oder in einer analogen Anwendung von Art. 691 Abs. 3 OR besteht.[14] Die Argumentation mit dem Begriff der Nichtigkeit ist unseres Erachtens auch inskünftig naheliegender.[15]

3. Beschlussfassung in Abwesenheit eines gemeinsamen Vertreters

Die Vorinstanz war davon ausgegangen, dass durch die Anwesenheit der gemeinschaftlichen Eigentümer an den Generalversammlungen deren Aktien zwar ebenfalls vertreten waren, mangels eines gemeinsamen Vertreters jedoch eine Stimmenthaltung anzunehmen sei.[16] Das Bundesgericht griff im vorliegenden Entscheid bereits eine Ebene vorher ein, indem es feststellte, dass die gemeinschaftlichen Aktionäre überhaupt nicht vertreten waren (E. 7.2.2).

Gestützt auf den Wortlaut von Art. 690 Abs. 1 OR, der ganz allgemein von den Aktionärs*rechten* ausgeht, die durch den gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden müssen, ist der bundesgerichtliche Entscheid zu begrüssen.[17] Die Teilnahme an der Generalversammlung für sich ist bereits ein solches Aktionärsrecht (Art. 689 Abs. 1 OR). Selbst bei einem abweichenden Wortlaut, etwa wenn Art. 690 Abs. 1 OR statt von *Rechten* explizit von der *Stimmabgabe* spräche, könnte aus teleologischen Gründen der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Sie verkannte, dass sich Stimmenthaltungen nach geltendem Recht faktisch wie Nein-Stimmen auswirken (Art. 703 OR).[18] Die vorinstanzliche Auffassung würde – gewissermassen durch die Hintertür – dem nicht rechtsgültig vertretenen gemeinschaftlichen Aktionär die faktisch ablehnende Beschlussfassung ermöglichen.

4. Handlung eines gemeinschaftlichen Eigentümers für die Gemeinschaft

Das Bundesgericht stellte sich in stringenter Weise die Frage, wem in Abwesenheit eines Vertreters die Aktivlegitimation zukommt. Das Gericht prüfte auf Basis von Art. 602 Abs. 2 ZGB mögliche Ausnahmen im Zusammenhang mit einer dringlichen Situation im Interesse der Gemeinschaft (E. 8.1).[19] Es kam zum Schluss, dass vorliegend keine Ausnahmesituation vorliegt, die dem Bruder erlaubt hätte, auf eigene Faust für die Gemeinschaft die Anfechtungsklage nach Art. 706 Abs. 1 OR zu erheben.

Betreffend die Frage der Dringlichkeit leuchten die Ausführungen des Bundesgerichts ein. Zwar ist bei einer Verwirkungsfrist von zwei Monaten (Art. 706a Abs. 1 OR) nicht ausgeschlossen, dass es sich um eine unaufschiebbare

---

10 BSK OR II-Länzlinger (FN 7), Art. 690 N 8; Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 660–697 OR, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Zürich 1957 (zit. ZK-Bürgi), Art. 690 OR N 9.

11 Die Praxis geht bereits über den systematischen Anwendungsbereich der Teilnahme Unbefugter an der Generalversammlung hinaus und anerkennt das Kausalitätserfordernis aus Art. 691 Abs. 3 OR als allgemeingültige Voraussetzung der Anfechtbarkeit: BGer 4C.88/2000, 27.6.2000, E. 3b; Bertrand G. Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, § 3 N 18 f.; Brigitte Tanner, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–706b OR, Generalversammlung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 706 OR N 139.

12 BGer, 4A_197/2008, 24.6.2008, E. 2.3 f.

13 BGer, 4A_197/2008, 24.6.2008, E. 2.4.

14 Der beschwerdegegnerische Bruder hatte sinngemäss mit einer analogen (Nicht-)Anwendung von Art. 691 Abs. 3 OR argumentiert, vgl. E. 4.3.

15 Soweit ersichtlich gibt es keine Lehrmeinungen, die Art. 691 Abs. 3 OR analog für die Nichtigkeit anwenden wollen, vgl. nur Simon Bühler/Hans Caspar von der Crone, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 2014, 564 ff., 567.

16 Zivilkammer der Genfer *Cour de Justice,* ACJC/856/2016, 24.6.2016, E. 7.2.2.

17 Ebenso Bertrand (FN 5), Nr. 255.

18 Anders der Entwurf der «Grossen» Aktienrechtsrevision: Art. 703 Abs. 3 eOR bestimmt, dass Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gelten und damit nicht für die Berechnung des absoluten Mehrs berücksichtigt werden, vgl. dazu auch Zysset/Galli (FN 9), 135 (Anm. 77). Allerdings soll Art. 690 Abs. 1 OR den geltenden Wortlaut beibehalten, weshalb sich betreffend die ungültige Teilnahme auch unter künftigem Recht keine Änderungen ergäben.

19 BGE 93 II 11 E. 2b; 58 II 195 E. 2.

Situation handelt.[20] Jedoch war diese Tatsache seit längerer Zeit bekannt. Unter diesen Umständen erscheint es stossend, einen Fall von Dringlichkeit anzunehmen.[21]

Weitere Ausnahmetatbestände sind nicht einschlägig. Insbesondere handelt es sich vorliegend nicht um eine prozessuale Auseinandersetzung, bei der alle Erben als Aktiv- und Passivlegitimierte beteiligt sind.[22] Die Gesellschaften sind gemäss Art. 706 Abs. 1 OR passivlegitimiert,[23] nicht aber die Schwester als andere Partei des Gesamthandverhältnisses (E. 6.3 und E. 9).[24]

B. Offengelassene Fragen

1. Eigentumshinweis auf GV-Einladung

Das Bundesgericht liess die Frage, ob die gemeinschaftlichen Aktionäre explizit als solche hätten eingeladen werden müssen, aufgrund der rechtsmissbräuchlichen Argumentation des Bruders offen (E. 7.1.3). In der Lehre zu Art. 690 Abs. 1 OR sind keine Hinweise hierzu ersichtlich. Für das Einladungsschreiben verlangt die Literatur die folgenden *essentialia:*[25] Ort und Zeit der Versammlung, Traktanden, Anträge, Hinweise auf die Auflage des Geschäfts- und Revisionsberichts sowie administrative Hinweise (etwa zu Vertretungsmöglichkeiten). Da gemäss allgemeiner Ansicht im Einladungsschreiben keine Informationen zur Art und zur Höhe des Stimmrechts aufzuführen sind, muss gefolgert werden, dass keine gemeinschaftliche Einladung gemacht werden muss. Eine solche Einladung erschiene auch nicht sinnvoll, da zum einen die Verhältnisse bis zur Generalversammlung noch ändern können und zum anderen zwecks Festhaltung der Stimmenverhältnisse und -berechtigungen ein Aktienbuch geführt wird.[26] Im Ergebnis kann den Gesellschaften vorliegend keine Verletzung der Einladungsanforderungen vorgeworfen werden.

2. Abwahl unter dem Traktandum «Wahlen»

Das Bundesgericht hat es unterlassen, auf die Frage der Zulässigkeit der Abwahl nach Art. 705 Abs. 1 OR im Rahmen des Traktandums «Wahlen» näher einzugehen (E. 7.1.3). Als Leitlinie aus einer früheren Erwägung müssen die Aktionäre «über die Verhandlungsgegenstände aber klar und deutlich» unterrichtet werden.[27]

In der Lehre ist diese Rechtsfrage umstritten,[28] wobei unseres Erachtens der ablehnenden Haltung zu folgen ist. Das Traktandum «Wahlen» suggeriert, dass die Amtszeit einiger Verwaltungsratsmitglieder abgelaufen ist und die entstandenen Vakanzen zu besetzen sind. Dabei ist möglich, dass strittige Mitglieder nicht wiedergewählt werden. Betrachtet man die «Wahlen» aber als Freikarte für jegliche Personalmutationen, erscheint ein solches Vorgehen als intransparent und damit im Widerspruch zu Corporate-Governance-Überlegungen.[29]

Allerdings gilt auch hier das Prinzip *falsa demonstratio non nocet* (Art. 18 Abs. 1 OR). Somit schliessen «Wahlen» eine Abwahl dann nicht aus, wenn aus den Ausführungen (etwa den Anträgen) zu diesem Traktandum hervorgeht,

---

[20] Ebenso Stephan Wolf, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-Wolf), Art. 602 ZGB N 91 m.w.H.; François Bohnet, L'action en annulation du droit de la société anonyme en procédure civile suisse, in: François Bohnet (Hrsg.), Quelques actions en annulation, Neuenburg 2007, 147 ff., N 46; vgl. zur entsprechenden Frage bei der GAFI-Meldebefugnis Markus Vischer/Dario Galli, GAFI-Meldepflicht(en) beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs? Eine Analyse des Erwerbsbegriffs gemäss Art. 697i und Art. 697j OR, EF 2017, 506 ff., 509.

[21] Vgl. zu ähnlichen Überlegungen in Anwendung von Art. 265 ZPO (superprovisorische Massnahmen): Verfügung des HGer ZH, HE130003, 10.1.2013, E. 5, in: ZR 2013 Nr. 69, 249 f.; BSK ZPO-Sprecher, Art. 265 N 12 f., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; Andreas Güngerich, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bd. II, Bern 2012, Art. 265 ZPO N 9.

[22] Zu dieser Ausnahme BGE 109 II 400 E. 2; vgl. dazu auch BK-Wolf (FN 20), Art. 602 ZGB N 100; Thomas Weibel, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 602 ZGB N 44.

[23] BGE 122 III 279 E. 3c/aa; vgl. auch Walter René Schluep, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 1955, 291.

[24] Den Einbezug als beklagte Partei in den Vordergrund stellend: BGE 109 II 400 E. 2; vgl. auch BK-Wolf (FN 20), Art. 602 ZGB N 100.

[25] Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 12 N 89a ff.; Schott (FN 11), § 9 N 47; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 6), § 23 N 53 ff.; Christoph D. Studer, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1995, 74 ff. und 146 f.

[26] Im Aktienbuch sind gemäss hier vertretener Auffassung die Erben und nicht die Erbengemeinschaft einzutragen, dazu Vischer/Galli (FN 20), 508.

[27] BGE 103 II 141 E. a.

[28] Lehrmeinungen, die eine Abwahl unter dem Traktandum «Wahlen» zulassen wollen: Lukas Handschin, Zulässige Abwahl eines Verwaltungsrats, NZZ vom 28.8.2001, 19; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 6), § 23 N 110; ablehnend: Zysset/Galli (FN 9), 130; CR CO II-Peter/Cavadini, Art. 705 N 9, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017; CHK-Tanner (FN 8), Art. 705 OR N 3; BSK OR II-Dubs/Truffer (FN 7), Art. 705 N 5 f.; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 50; Davide Jermini/Alex Domeniconi, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Zürich 2014, Art. 705 N 3; Böckli (FN 25), § 13 N 62 ff.

[29] Vgl. zur Transparenz als Leitlinie der Corporate Governance Böckli (FN 25), § 14 N 9 und 48; Christoph B. Bühler, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, N 462.

dass es um eine «Gesamterneuerung» oder «Gesamtwahl» des Verwaltungsrats trotz laufender Amtszeiten geht.

3. Kompetenzattraktion des gemeinsamen Vertreters

Das Gericht warf bei der Anfechtungsklage die Frage auf, ob die Klageeinreichung gemäss Art. 706 Abs. 1 OR im Falle von gemeinsamen Aktionären in die Kompetenz des gemeinsamen Vertreters fällt (E. 8.1).[30] In der Folge wurde nicht weiter auf diesen Aspekt eingegangen, da *in casu* gerade kein solcher Vertreter ernannt worden war.

Aufgrund des weit gefassten Wortlauts des Art. 690 Abs. 1 OR («Rechte») müsste die Aktivlegitimation dem gemeinsamen Vertreter zukommen. In systematischer Hinsicht bezieht sich die Marginalie der Art. 689 ff. OR aber auf die persönlichen Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auf die Teilnahme an der Generalversammlung. Aus diesem Grund kann argumentiert werden, dass Art. 690 Abs. 1 OR ausserhalb der Generalversammlungsteilnahme keine zwingende Kompetenz des gemeinsamen Vertreters bestimmt.[31] Ein anderer Teil der Lehre spricht sich jedoch zu Recht dafür aus, dass im Falle eines ernannten gemeinsamen Vertreters eine Klageeinreichung zwingend über diesen laufen muss.[32]

Allerdings muss unseres Erachtens beachtet werden, dass die Vertretenen den Umfang der Vertretungsmacht des gemeinsamen Vertreters selber bestimmen können.[33] Umfasst die Vertretungsmacht die Klageerhebung nicht oder ist im Zeitpunkt der Klageeinreichung kein gemeinsamer Vertreter mehr mandatiert,[34] muss es möglich bleiben, dass die gemeinschaftlichen Aktionäre einstimmig und ohne Vertreter eine notwendige Streitgenossenschaft bilden. Die teleologische Auslegung ergibt, dass Art. 690 Abs. 1 OR die Gesellschaft schützt.[35] Ausserhalb der Generalversammlung, bei einer Klageeinreichung, bedarf die Gesellschaft dieses Schutzes nicht mehr. Das Gericht überprüft die Legitimation der gemeinschaftlichen Aktionäre. Gemeinschaftliche Aktionäre müssen daher für ihre Teilnahmeberechtigung an der Generalversammlung zwingend einen Vertreter ernennen, können die Klagerechte jedoch mit übereinstimmendem Willen auch selber geltend machen, sofern für diese Rechte zum Zeitpunkt der Klageeinreichung kein Vertreter besteht.[36]

V. Fazit

Von Gesetzes wegen erbt heute das erstgeborene Kind bzw. der erstgeborene Sohn gleich viel wie die übrigen Nachkommen (Art. 457 Abs. 2 ZGB). Dies ist unseres Erachtens die einzige mit einem modernen Rechtsstaat konforme Lösung. Da aber auch Aspekte einer liberalen Gesellschaft in ein zeitgenössisches Erbrecht hineinspielen, erstaunt es nicht, dass im Rahmen der verfügbaren Quote bzw. von Geschenken unter Lebenden ohne Anrechnung auf die Erbschaft weiterhin ein Handlungsspielraum besteht. Dieser Toleranzbereich öffnet wiederum die Tür zu einer Bevorzugung der Erstgeborenen.

In casu war eine solche Bevorzugung einschlägig. Der zweitgeborene Bruder versuchte sich auf gesellschaftsrechtlicher Ebene gegen seine ältere Schwester zur Wehr zu setzen, blieb aber erfolglos. Das Bundesgericht kippte den Nichtigkeits- respektive Anfechtungsentscheid der Vorinstanz. Aufgrund der vernachlässigten Obliegenheit zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters hatte der Zweitgeborene nicht nur das Nachsehen betreffend Stimmrecht, sondern war überhaupt nicht vertreten an den Generalversammlungen und musste seine Abwahlen als Mitglied des Verwaltungsrats machtlos über sich ergehen lassen.

---

30 Die Aktivlegitimation bei der Nichtigkeitsklage ist hingegen nicht auf die Aktionäre beschränkt (E. 6).

31 So ZK-Bürgi (FN 10), Art. 690 OR N 10; Richard Ensslin, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungs-Beschlüsse der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Lachen 1930, 69; wohl ebenso Hans Michael Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergemeinschaft), Bern 1998, N 160.

32 OFK OR-Boss (FN 7), Art. 690 N 2; Bohnet (FN 20), N 46; Schluep (FN 23), 290; Peter Jäggi, Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 1950/51, 153 ff., 197.

33 Etwas anderes gilt, wenn die gemeinsame Vertretung durch den Willensvollstrecker wahrgenommen wird, vgl. dazu ZK-Bürgi (FN 10), Art. 690 OR N 8 m.w.H.; Jäggi (FN 33), 197 f.; a.M. Eugenie Hagmann, Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1951, 20 f. (keine Stellvertretung, sondern ein Verzicht der übrigen gemeinschaftlichen Eigentümer auf die Ausübung des ihnen zukommenden Stimmrechts).

34 Zum Beispiel, weil der gemeinsame Vertreter das Mandat niedergelegt hat.

35 Schleiffer (FN 6), 32.

36 Wohl ebenso BSK OR II-Länzlinger (FN 7), Art. 690 N 9, der seine Ausführungen für die Konstellation einer bestehenden Bestellung eines gemeinsamen Vertreters macht; wohl a.M. OFK OR-Boss (FN 7), Art. 690 N 2.