3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

(5) BGer 4A_51/2017: Der bessere oder der weniger schlechte Aktionär?

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, *B., C. GmbH* gegen *A., X. AG und U.,* Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären.

Markus Vischer*

Pascal Zysset**

Pattsituation in der Generalversammlung: Das urteilende Gericht hat ein weites Ermessen in der Bestimmung der einschlägigen Massnahme und ist nicht an die Parteianträge gebunden. Der Organisationsmangel kann durch private Versteigerung unter den Aktionären gelöst werden. Dabei ist das Verhalten der Aktionäre innerhalb der Gesellschaft nicht von Relevanz. Das Steigerungsverfahren über mehrere Runden und mit offenen Geboten berücksichtigt aktienrechtliche Grundprinzipien am besten.

I. Einleitung

Ist das Glas noch halb voll oder bereits halb leer? Die Philosophen und Psychologen beschäftigen sich seit jeher mit diesem Thema. Die Naturwissenschaftler demgegenüber erachten diese Frage als weitgehend unerheblich.[1]

Im vorliegenden Urteil hatte sich das Bundesgericht mit den Vorbringen der Beschwerdeführer zu befassen, wonach in einem Aktionärsstreit nur der eine Aktionär Gesellschafterstellung verdiene und ihm deshalb zwecks Erhaltung der Handlungsfähigkeit der AG alle Aktien zuzusprechen seien. Sinngemäss gingen die Beschwerdeführer damit von der Stellung des «besseren Aktionärs» aus. Angesichts des andauernden Streits unter den Aktionären darf jedoch kritisch hinterfragt werden, ob nicht vielmehr das Prädikat «der weniger schlechte Aktionär» angemessen gewesen wäre. Angesichts der unterschiedlichen Blickwinkel ist diese Debatte ähnlich kontrovers wie bei der Einleitungsfrage nach dem halb vollen oder halb leeren Glas.

Das Bundesgericht qualifizierte die Begründung der Beschwerdeführer in beinahe naturwissenschaftlicher Nüchternheit als unerheblich. Die Autoren fassen nachfolgend das bundesgerichtliche Urteil zusammen und unterziehen es einer kritischen Würdigung.

II. Sachverhalt und Rechtsweg

Das Aktionariat der X. AG (Beschwerdegegnerin und Gesellschaft) setzt sich aus den beiden 50%-Aktionären A. (Beschwerdegegner) und B. (Beschwerdeführer) zusammen. Aufgrund eines unlösbaren und andauernden Konflikts der beiden Aktionäre konnte die Generalversammlung (GV) keine Entscheidungen mehr fällen. Insbesondere konnte trotz Ablauf der Amtszeit kein neuer Verwaltungsrat gewählt werden.

Auf Antrag von B. setzte das erstinstanzliche Genfer Gericht U. (Intervenient) als Sachwalter ein. Kurz vor Ablauf seiner einjährigen Amtszeit beantragte U. am 17. Dezember 2015 in einem ersten Verfahren beim Gericht die Verlängerung seines Sachwalterauftrags. B. widersetzte sich diesem Antrag.

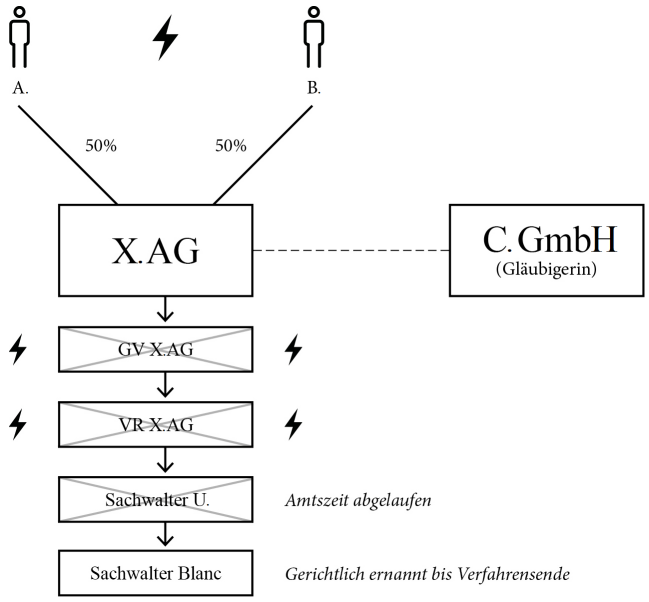
Am 20. Januar 2016 beantragten B. und eine weitere Gläubigerin, die C. GmbH (Beschwerdeführerin), beim erstinstanzlichen Gericht in einem zweiten Verfahren, A. sei zu verurteilen, dem B. seinen Aktienanteil zum Preis von CHF 452'650 (CHF 9'053 pro Aktie) abzutreten. Zudem sei U. zu verbieten, seine Sachwalteraufgaben weiterhin zu erfüllen. Es sei ein anderer Sachwalter für die dringlichen Massnahmen und die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft zu ernennen.

---

* 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 Die Unerheblichkeit bezieht sich auf die Flüssigkeitsmenge. Möglicherweise wird der Naturwissenschaftler jedoch antworten, das Glas sei ganz voll: zur Hälfte mit der entsprechenden Flüssigkeit und zur Hälfte mit Luft.



Mit Urteil vom 2. Februar 2016 ernannte das Gericht Rechtsanwalt Julien Blanc als Sachwalter für die gerichtliche Vertretung in den beiden hängenden Verfahren. Am 30. März 2016 vereinigte das Gericht die beiden Verfahren um Verlängerung des Auftrags von U. und um Verpflichtung zur Abtretung von 50% der Aktien. Im Wesentlichen verlangte A. in seiner Klageantwort die Auflösung und Liquidation der X. AG. Das erstinstanzliche Gericht erachtete eine andere Lösung als die von den Parteien vorgebrachten als sachgerecht und verfügte gestützt auf Art. 731b Abs. 1 OR die Versteigerung der Aktien der X. AG. Dabei sollten nur die beiden Aktionäre A. und B. mitbieten dürfen. Zudem wurde U. als Sachwalter für dringliche Massnahmen der Gesellschaft eingesetzt.

Mit Berufung bei der Zivilkammer der Genfer *Cour de Justice* (Vorinstanz) wehrten sich B. und die C. GmbH gegen das erstinstanzliche Urteil. Das Gericht wies die Berufung mit Urteil vom 16. Dezember 2016 ab.

In der Folge gelangten B. und die C. GmbH mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie verlangten insbesondere die Absetzung der Sachwalter U. und Julien Blanc sowie die Verurteilung von A., dem B. seine Aktien zum Preis von CHF 452'650 abzutreten. A. plädierte auf Abweisung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellte einleitend (E. 5) fest, dass Art. 731b Abs. 1 OR durch seinen Wortlaut «insbesondere» nicht abschliessend sei und dem urteilenden Gericht ein Ermessen für andere als dort erwähnte Lösungen gebe. Dabei verlange der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, von der Auflösung – wie von A. vorgebracht – abzusehen, es sei denn, mildere Massnahmen seien nicht zielführend (gewesen). Gerade im Falle einer Gesellschaft mit zwei 50%-Aktionären sei es akzeptabel, den unlösbaren und andauernden Konflikt in der GV durch eine Versteigerung zu lösen, so wie es das erstinstanzliche Gericht getan und die Vorinstanz bestätigt hatte.

Das Bundesgericht erwog in prozessualer Hinsicht, das Summarverfahren gemäss Art. 250 lit. b Ziff. 6 ZPO sei im vorliegenden Fall anwendbar. Da zudem Drittinteressen der Gläubiger im Spiel seien, sei das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Anwendung der Offizialmaxime).

Das Bundesgericht erachtete die Argumentation der Beschwerdeführer, wonach A. durch seinen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft nicht Aktionär bleiben möchte und durch seine Passivität innerhalb der AG die Aktionärsstellung auch nicht verdiene, als irrelevant (E. 6). Das vorliegende Verfahren diene weder der Konfliktlösung unter den Aktionären noch der Aufklärung des Hintergrunds der Problematik. Ziel sei einzig eine rasche Lösung der Blockade der GV. Die Vorinstanz habe daher zu Recht diesen Vorwürfen der Beschwerdeführer kein Gewicht gegeben.

Im Weiteren ging das Bundesgericht auf die Anfechtung der Ernennung von U. als Sachwalter ein (E. 7). Nach Aussage des höchsten Gerichts ist den Vorbringen der Beschwerdeführer in diesem Punkt nicht zu folgen. Es gehe den Beschwerdeführern hier einzig darum, Forderungsstreitigkeiten gegenüber der Gesellschaft und das Auskunftsrecht gemäss Art. 697 OR in das Verfahren einzubringen. Ziel des vorliegenden Verfahrens sei jedoch, einen Organisationsmangel zu beheben. Dabei könne das Gericht gültig einen Sachwalter ernennen oder den Auftrag eines bereits tätigen Sachwalters verlängern, unabhängig davon, ob dies einem Aktionär passe. Mit gutem Grund habe sich die Vorinstanz gegen eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Forderungen ausgesprochen.

Das Bundesgericht folgerte, die Beschwerde sei abzuweisen, unter Verurteilung der Beschwerdeführer zur Bezahlung der Gerichts- und Parteikosten (E. 9).

IV. Bemerkungen

A. Deadlock

Zum zweiten Mal innert kürzester Zeit befasste sich das Bundesgericht mit einem altbekannten Problem von KMU-AG, dem Deadlock. Dieser liegt *per definitionem* dann vor,

wenn in der GV eine chronische Pattsituation herrscht.[2] Mangels Mehrheit können keine Beschlüsse mehr gefasst werden (Art. 703 OR). Klassischerweise ist beim Deadlock die Konstellation der Zweipersonen-AG angesprochen. Allerdings ist auch denkbar, dass der Deadlock in (leicht) grösseren Verhältnissen auftritt.[3]

Während in BGE 143 III 120 mit dem Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV eine konkrete Deadlock-Lösung analysiert wurde,[4] stand vorliegend die Frage im Vordergrund, was passiert, wenn statutarisch keine Lösung dieses Problems vorgesehen ist. Wie bereits in der Besprechung zum früheren Urteil festgehalten, muss dabei mindestens ein Aktionär über die Klinge springen.[5] Im Gegensatz zu vertraglich vorgesehenen aleatorischen Verfahren steht das vorliegend vom Gericht angewendete ganz im Zeichen einer kapitalistischen Prägung.

B. Organisationsmangel

Gemäss Art. 731b Abs. 1 OR liegt ein Organisationsmangel vor, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder dieses Organ nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Der Wortlaut des Organs umfasst ebenso die GV.[6] Ein Fehlen dieses Organs – mit Ausnahme der Konstellation, bei der alle Aktionäre ihre Aktien derelinquiert haben[7] – bedarf zugegebenermassen einer gewissen Phantasie.[8] Da an die Aktionärsstellung keine Voraussetzungen geknüpft sind, ist auf den ersten Blick zudem die unrechtmässige Zusammensetzung der GV undenkbar.[9] Das Bundesgericht betrachtet jedoch die fehlende Handlungsfähigkeit eines Organs als mit der nicht rechtmässigen Zusammensetzung eines Organs gleichwertig (sog. materieller Organisationsmangel).[10] Die vorliegende Deadlock-Konstellation darf dabei als Paradebeispiel bezeichnet werden.[11] *In casu* wird die bisherige Rechtsprechung, wonach die Handlungsunfähigkeit eines Organs als nicht rechtmässige Zusammensetzung betrachtet werden muss, zementiert (E. 5). Dies ist begrüssenswert, gibt es doch in den meisten

---

2 Ähnlich BGE 138 III 294 E. 3.3.3 («auf Dauer funktionsunfähig») und Lukas Müller/Pascal Müller, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, 42 ff., 49 m.w.H. Von der chronischen Pattsituation sind diejenigen Konstellationen zu unterscheiden, in denen entweder nur für konkrete Fragestellungen oder für eine begrenzte Zeitspanne ein 50-50-Ergebnis erzielt wird. Diese Negativbeschlüsse müssen hingenommen werden und berechtigen grundsätzlich nicht zu einer Massnahme nach Art. 731b OR.

3 Zum Ganzen Pascal Zysset/Dario Galli, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, recht 2017, 125 ff., 128 f.; Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 468.

4 Dazu eingehend Merens Cahannes/Hans Caspar von der Crone, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, 381 ff.; Zysset/Galli (FN 3), 125 ff.; Markus Vischer, BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 685 ff.

5 Zysset/Galli (FN 3), 136: «Sollte eine Pattsituation mangels fehlenden Willens der Parteien nicht gelöst werden können, bleibt letztlich nur das Ausscheiden mindestens eines Aktionärs.»

6 Ebenso Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 293 ff., 303; Andreas Steffen, Die interne Handlungsunfähigkeit der Aktiengesellschaft. Der Organisationsmangel, Diss., Basel 2016, N 661 und 668; Martin Bauer, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2008, 89 ff., 93; anderer Meinung Florian S. Jörg, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 257 ff., 275; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 N 16; Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR. Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss., Zürich 2013, 218 f.; wohl ebenso Stefan Bürge/Nicolas Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH. Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, 157 ff., 163 ff.

7 Es ist umstritten, ob eine Dereliktion von Aktien mit Wirkung auf die zugrunde liegende Mitgliedschaft möglich ist; bejahend: Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 67; wohl ebenso Müller/Müller (FN 2), 46; verneinend: BGE 117 II 290 E. 4f; 114 II 57 E. 5b/bb; Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss., Zürich 2008, 223 f. Vgl. zu dieser Frage auch Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss., Zürich 2015, N 1843 f.

8 Ebenso Schönbächler (FN 6), 135 f.; vgl. aber Steffen (FN 6), N 668 ff., der eine Reihe weiterer Konstellationen einer fehlenden GV nennt.

9 Nach hier vertretener Meinung ist etwa eine unzulässige Vertretung (zum Beispiel wenn trotz entgegenstehender statutarischer Bestimmung ein Nichtaktionär mit der Vertretung beauftragt ist) mangels Dauerhaftigkeit noch kein Thema von Art. 731b OR, wohl aber eines von Art. 706 OR. Etwas anders sieht es bei fehlender GAFI-Meldung des wirtschaftlich Berechtigten aus (Art. 697j OR): Eine solche Ausgangslage kann zu einer dauernden unrechtmässigen Zusammensetzung der GV führen (Art. 697m OR). Immerhin kann in dieser Konstellation auf verhältnismässig einfache Art und Weise – nämlich durch Nachholen der Meldung, allenfalls unter gerichtlicher Anordnung (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR) – die rechtmässige Zusammensetzung wiederhergestellt werden.

10 BGer, 4A_522/2011, 13.1.2012, E. 2.1; vgl. zum Ganzen auch BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser, Art. 731b N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser); Steffen (FN 6), N 701. Schönbächler (FN 6), 137, spricht in diesem Zusammenhang von «Funktionsunfähigkeit».

11 Vgl. auch BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (FN 10), Art. 731b N 6; Jean-Luc Chenaux/Lino Hänni, Carence dans l'organisation de la société : étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, JdT 2013 II, 97 ff., 102; Schönbächler (FN 6), 137 ; wohl anderer Meinung Jörg (FN 6), 288 (Abhandlung unter Art. 736 Ziff. 4 OR).

Deadlock-Fällen kaum angemessene Alternativen zur Problemlösung.[12]

Getreu dem Wortlaut von Art. 731b Abs. 1 OR («insbesondere»), sind die dort aufgeführten Massnahmen nicht abschliessend.[13] Dem Gericht steht bei der Wahl ein erhebliches Ermessen zu, wobei zum einen auf nicht in Art. 731b Abs. 1 OR aufgelistete Massnahmen erkannt werden kann und zum anderen – und dies erscheint als mindestens gleich erheblich – das Gericht nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (Offizial- statt im Zivilprozess übliche Dispositionsmaxime).[14] Im hier kommentierten Entscheid werden diese beiden Besonderheiten des Art. 731b Abs. 1 OR mit Nachdruck festgehalten. So befindet das Bundesgericht vorliegend auf eine Lösung des Deadlocks durch eine Versteigerung unter den Aktionären (sog. private Versteigerung), obwohl diese gesetzlich nicht explizit vorgesehen ist und keine der Streitparteien zuvor eine solche Versteigerung beantragt hatte.

C. Private Versteigerung

Mit Berufung auf die Lehrmeinung von Hans Caspar von der Crone[15] hatte das Bundesgericht im Jahre 2012 erstmals die Möglichkeit der Versteigerung von Aktien im Falle eines Organisationsmangels anerkannt.[16] Die Idee der Versteigerung hat ihren Ursprung in der Auflösung von Miteigentum, wo bereits gesetzlich ein Versteigerungsverfahren vorgesehen ist (Art. 651 ZGB).[17] In der Folge wurde diese Möglichkeit der privaten Versteigerung vom Bundesgericht ein weiteres Mal in Aussicht gestellt.[18] Im BGE 142 III 629 zugrunde liegenden Sachverhalt war die private Versteigerung schliesslich angewendet worden und das Bundesgericht hatte hierzu keine Einwände.[19]

Mit dem vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht zum zweiten Mal mit der konkreten Anwendung der privaten Versteigerung zu befassen. Erstmalig war dabei zu prüfen, ob sachliche Gründe gegen eine private Versteigerung vorgebracht werden können.[20] Konkret argumentierten die Beschwerdeführer, dass A. gar kein Interesse an einer Übernahme der Aktien habe, da er die Auflösung derselben Gesellschaft als Lösung des Deadlocks fordere und er auch sonst eine passive Rolle einnehme. Vergibt sich A. also mit seiner Liquidationsforderung die Möglichkeit mitzubieten? Ist A. durch die behauptete Passivität als «schlechterer Aktionär» zu betiteln, der die Aktionärsstellung nicht verdient?

Zu Recht gibt das Bundesgericht im vorliegenden Urteil einer solchen Begründung kein Gewicht. Eine andere Lösung würde klarerweise gegen Art. 680 Abs. 1 OR und die fehlende Treue- und Sorgfaltspflicht des Aktionärs verstossen. Zudem entspricht diese Haltung des Bundesgerichts der kapitalistischen Idee der AG.[21] Durch die Gebote wird sichergestellt, dass auch der unterliegende Mitbieter eine angemessene Entschädigung für die Abtretung seiner Aktienanteile erhält.[22] Der Entscheid ist zu begrüssen.[23]

D. Steigerungsverfahren

Es gibt etliche Varianten von Steigerungsverfahren. Drei davon stechen besonders heraus.[24] Beim *Kauf-Verkauf-Gebot* hat diejenige Partei, welche den Deadlock lösen will, ein Angebot für die anderen 50% der Aktien abzugeben. Die Gegenpartei kann im Anschluss entscheiden, ob sie für das abgegebene Angebot ihre Aktien verkaufen will oder ob sie zum selben Preis die Aktien des Anbieters erwerben will. Beim *versiegelten Gebot* geben beide Aktionäre einmalig ein verdecktes Angebot ab. Die Partei mit dem hö-

---

12 Vgl. Cahannes/von der Crone (FN 4), 388 f.; Markus Vischer, Entscheidbesprechungen, Ziff. 3.2.4., (2) BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 685 ff., 688; Zysset/Galli (FN 3), 136.

13 BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.1.4; 136 III 369 E. 11.4.1.

14 BGE 142 III 629 E. 2.3.1; 138 III 294 E. 3.1.3; BGer, 4A_147/2015, 15.7.2015, E. 2.1.3; 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 5.2; vgl. dazu auch Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 2012, 1 ff., 17; Bürge/Gut (FN 6), 161; Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1384.

15 Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 37 ff., 42 ff.

16 BGE 138 III 294 E. 3.3.3, S. 303 f. In diesem Entscheid wurde die Versteigerung jedoch nur als mögliche mildere Lösung im Vergleich zur Auflösung der Gesellschaft angesprochen, ohne dass die Versteigerung bereits angeordnet worden wäre.

17 Von der Crone (FN 15), 43.

18 BGer, 4A_147/2015, 15.7.2015, E. 2.1.3.

19 BGE 142 III 629 E. 2.3.2.

20 BGer, 4A_51/2017, 30.5.2017, E. 6.

21 Zu dieser ebenfalls BGE 136 III 278 E. 2.2.2 und bereits BGE 67 II 162 E. b. Selbst im nicht-kapitalistisch geprägten Familienrecht wurde bereits im Jahre 2000 die Schuldfrage bei der Scheidung abgeschafft, vgl. dazu Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I, 1 ff., 27 ff. Unter Berücksichtigung dieses Quervergleichs erscheint die Haltung des Bundesgerichts umso richtiger.

22 Vgl. auch von der Crone (FN 15), 43. Dabei dürfte der unterliegende Mitbieter besser wegkommen als im Falle der Auflösung der Gesellschaft, da die Fortführungswerte in aller Regel höher als die Liquidationswerte sind.

23 Vgl. auch Steffen (FN 6), N 751, der jedoch die geringe Normdichte von Art. 731b Abs. 1 OR zu Protokoll gibt.

24 Dazu eingehend von der Crone (FN 15), 42 ff.

heren Angebot erwirbt die Aktien. Schliesslich ist denkbar, dass es *mehrere Runden mit offenen Geboten* gibt.

Im vorliegenden Sachverhalt entschied sich das erstinstanzliche Gericht für die Variante mit mehreren Runden und offenen Geboten (vgl. E. 6). Das Bundesgericht hatte die Frage nach der korrekten Anwendung des Steigerungsverfahrens nicht zu beurteilen, da dessen Unzulässigkeit von keiner Partei gerügt wurde. Somit bleibt diese Frage höchstrichterlich ungeklärt.[25] Allerdings zeigt die wohl herrschende Lehre Präferenzen für diese Variante.[26] Dieser Meinung kann unseres Erachtens gefolgt werden: Entscheidet sich ein Gericht für die private Versteigerung mit mehreren Runden und offenen Geboten, werden aktienrechtliche Grundprinzipien am besten umgesetzt. Dies liegt primär daran, dass die anderen zwei Varianten nicht durchwegs fair ausgestaltet sind. Das Kauf-Verkauf-Gebotsverfahren ist auf Zweiparteienverhältnisse zugeschnitten. Derjenige, der aktiv den Deadlock lösen will, befindet sich in einem erheblichen Nachteil, weil er das Erstgebot abgeben muss und der andere Aktionär danach die für ihn bessere Option wählen darf. Zudem müsste in den Fällen, in welchen ein Gläubiger oder das Handelsregisteramt aktiv werden, die heikle Frage geklärt werden, wer das erste Gebot abzugeben hat. Die Antwort könnte diesfalls wohl nur im Losentscheid gefunden werden.[27] Ähnlich aleatorisch erscheint die Variante mit dem versiegelten Gebot. Die Spieler unter den Aktionären werden dabei ihren Gefallen finden, ohne dass letzten Endes mit Sicherheit gesagt werden kann, dass ein subjektiv wesentlicher Kaufpreis für den Aktienanteil bezahlt wird.

Fraglich ist, wie das Verfahren in mehreren Runden und offenen Geboten konkret abläuft. Die Bestimmungen zur Versteigerung im Besonderen Teil des OR (Art. 229 ff. OR) helfen nur bedingt weiter, da sie auf die Zwangsversteigerung (Art. 229 Abs. 1 OR) zum einen und die freiwillige öffentliche Versteigerung (Art. 229 Abs. 2 OR) zum anderen ausgerichtet sind.[28] Allenfalls ist denkbar, dass gewisse OR-Versteigerungsvorschriften analog zur Anwendung gelangen.[29] *In casu* wendete das erstinstanzliche Gericht die kantonalen Genfer Bestimmungen über den Verkauf von Immobilien (Art. 213 ff. des *Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012*) an. Dieses Verfahren sieht vor, dass das Steigerungsverfahren zwar vom Gericht angeordnet, dabei aber ein Notar mit der Umsetzung betraut wird. Dieser stellt dann auch die Ausführungsbestimmungen auf. Die Umsetzungsbetrauung eines Notars ist unseres Erachtens zu begrüssen.[30] Es ist der Grundgedanke von Art. 731b OR, dass sich die Gerichte nicht mit einer andauernden Begleitung oder Umsetzung der Massnahmen befassen müssen.

Ein weiterer wesentlicher Punkt des Verfahrens kann etwa die Aushändigung der Aktienzertifikate – mit Unterlassungsstrafe nach Art. 292 StGB – vorgängig zur Versteigerung sein.[31] Das Gericht oder – falls dessen Kompetenzen so weit gehen – der umsetzende Notar sollten zudem die Festlegung eines Mindestgebots auf den Nominalwert der Aktien in Betracht ziehen.[32] Danach wird der zuständige Notar bestimmen, welche Partei das erste Gebot abzugeben hat.[33] Sobald die übrigen Parteien nicht mehr weiterbieten,[34] sind die Aktien der Partei mit dem Höchstgebot zuzuschlagen. Wichtig erscheint unseres Erachtens, dass der zugeschlagenen Partei im Anschluss eine kurze Frist zur Zahlung des Erwerbspreises gesetzt wird. Die Finanzierung dürfte nicht selten zum praktischen Problem der privaten Versteigerungs-Lösung aus Art. 731b Abs. 1 OR werden. Sollte der Erwerbspreis nicht bis zu diesem Zeitpunkt eingehen, können die Steigerungsbedingungen vorsehen, dass entweder erneut ein Bieterverfahren angeordnet wird oder dass die nicht zugeschlagene Partei mit ihrem letzten Gebot die Aktien erwerben kann, erneut unter kurzer Fristansetzung zur Bezahlung. Der Notar wird die Aktienzertifikate erst dann herausgeben, wenn der Kaufpreis überwiesen wurde.

---

25 In den übrigen genannten Bundesgerichtsurteilen (s. oben FN 16, FN 18 und FN 19) war diese Frage ebenfalls nicht zu entscheiden.

26 Trautmann/von der Crone (FN 3), 473; Gion Clopath, Wie können Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften behoben werden?, SJZ 1993, 157; von der Crone (FN 15), 44.

27 Ganz generell sollte mit der Entscheidungsfindung via Los jedoch zurückhaltend umgegangen werden, vgl. Zysset/Galli (FN 3), 134, und bereits BGE 72 II 160 E. 3 für die Teilung des Miteigentums.

28 Hans Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kauf und Tausch: Besondere Arten des Kaufes/Der Tauschvertrag, Bern 1999 (zit. BK-Giger), Vorbem. zu Art. 229–236 OR N 38 f.; Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel 1977, 162.

29 Vgl. dazu BK-Giger, Vorbem. zu Art. 229–236 OR N 39 («Vertragslückenausfüllung»).

30 Wohl anderer Meinung Schönbächler (FN 6), 311 («unter der Aufsicht des Gerichts»).

31 So etwa BGE 142 III 629 E. 2.3.2.

32 Vgl. auch von der Crone (FN 15), 44.

33 Es dürfte gerade nicht Sinn und Zweck der offenen Gebote sein, dass die Parteien gleichzeitig zur Gebotsabgabe aufgefordert werden. Immerhin wäre denkbar, dass in der ersten Runde von diesem Grundsatz abgewichen wird und erst in den anschliessenden Runden abwechslungsweise Gebote eingeholt werden. Demnach müsste diejenige Partei, die in der ersten Runde das tiefere Gebot abgegeben hatte, zuerst weiterbieten. Die Abgabefrist für höhere Gebote ist unseres Erachtens kurz anzusetzen (ebenso Clopath, [FN 26], 157: «eine Schachuhr kann Wunder wirken!»).

34 Dieser Teil des Verfahrens wird von Clopath (FN 26), 157, symptomatisch mit dem «Bieterjass» verglichen.

In der Praxis könnte es durchaus den Fall geben, dass mangels Liquidität kein Gebot eingeht. Diesfalls sind Alternativen, wie zum Beispiel die öffentliche Versteigerung, zu prüfen.[35] Im Vordergrund steht der Erlös.[36] Da die Aktionäre nicht schlechter gestellt werden sollen als bei der Liquidation,[37] sollte erneut ein Mindestpreis für Gebote festgelegt werden.[38] Gegenstand des öffentlichen Bieterverfahrens sind – anders als bei der privaten Versteigerung – alle von der Gesellschaft ausgegebenen Aktien.[39]

V. Fazit

Das Bundesgericht unterliess im vorliegenden Fall philosophische Diskussionen und konzentrierte sich auf die aktienrechtliche Tatsache, wonach Aktionären – mit wenigen Ausnahmen (z.B. Liberierung und GAFI-Meldung) – keine Pflichten auferlegt werden und vielmehr eine rein kapitalistische Grundidee vorhanden ist. Mit anderen Worten ist das Glas des Aktionärs immer dann halb voll, wenn er seine wirtschaftliche Situation optimiert hat. Die private Versteigerung ist dabei ein interessanter und dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechender Lösungsvorschlag, um die Auflösung der Gesellschaft abzuwenden. Mit dem vorliegenden Urteil wird die Bedeutung der privaten Versteigerung gestärkt.

---

35 Ebenso von der Crone (FN 15), 44. Die öffentliche Versteigerung ist im Verfahren um Teilung des Miteigentums ebenfalls vorgesehen: Art. 651 Abs. 2 ZGB; vgl. zum vergleichbaren Vorgehen BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, Art. 651 N 14, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann).

36 BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann (FN 35), Art. 651 N 14.

37 Alles andere würde bedeuten, dass die Liquidation nicht *ultima ratio* ist; vgl. auch Lukas Berger, Bundesgerichtsentscheid zur Behebung von Organisationsmängeln durch das Gericht – Auflösung der Gesellschaft als ultima ratio, REPRAX 2012, 40 ff., 46, mit Bezug auf BGE 138 III 294.

38 Der Mindestpreis könnte beispielsweise in der Höhe des Nominalwerts der Gesellschaft festgelegt werden.

39 Von der Crone (FN 15), 44.