

Stephan Werlen / Pascal Stocker\*

# Stichentscheid in der Generalversammlung

Besprechung des Urteils 4A\_579/2016 des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017  
(BGE 143 III 120 ff.)

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
  1. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage
  2. Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle
  3. Statutenrevision zwecks Einführung des Stichentscheids
- IV. Erläuterungen
  1. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage
  2. Zulässigkeit des Stichentscheids in der Generalversammlung
- V. Schlussbemerkung und praktische Bedeutung

## Kernaussagen des Bundesgerichts

1. Für den Fall der Stimmengleichheit in der Generalversammlung dürfen die Statuten dem Vorsitzenden grundsätzlich den Stichentscheid zusprechen. Ein Stichentscheid des Vorsitzenden ist hingegen nicht zulässig für Beschlüsse über Geschäfte, die nach Art. 693 Abs. 3 OR zwingend eine Kapitalmehrheit erfordern (E. 3.2).
2. Eine Statutenbestimmung ist widersprüchlich, sofern sie für eine Beschlussfassung das absolute Mehr und gleichzeitig, für den Fall der Stimmengleichheit, den Stichentscheid vorsieht, schliesst doch das absolute Mehr definitionsgemäss eine Pattsituation aus. Ob die Statuten lediglich bei einem relativen Mehr einen Stichentscheid vorsehen dürfen oder auch bei einem absoluten Mehr (so BGE 95 II 555 ff.), lässt das Bundesgericht explizit offen (E. 4.1).
3. Nach Art. 706 Abs. 2 OR sind namentlich jene Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar, welche die Einflussmöglichkeit von Minderheitsaktionären statutarisch einschränken und zur Erreichung der angestrebten Ziele nicht erforderlich sind; dasselbe gilt, wenn Ziele verfolgt werden, die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden könnten. Deshalb qualifizierte das Bundesgericht vorliegend den Ersatz des Losentscheids durch einen

Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle als Verstoß gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und damit als unzulässige Statutenänderung (E. 4.4).

## I. Einleitung

Im Urteil 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017 (BGE 143 III 120 ff.)<sup>1</sup> ging das Bundesgericht im Rahmen einer Anfechtung von zwei Generalversammlungsbeschlüssen drei verschiedenen Themenkomplexen nach: Es befasste sich zunächst mit dem Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage, alsdann mit der Zulässigkeit eines statutarisch vorgesehenen Stichentscheids sowie seiner Anwendung auf die Wahl der Revisionsstelle und letztlich mit der Zulässigkeit einer Statutenänderung, mit welcher der Losentscheid durch den Stichentscheid ersetzt werden sollte. Mit dem vorliegend besprochenen Entscheid schränkt das Bundesgericht seine liberale Praxis zur Zulässigkeit des Stichentscheids durch den Vorsitzenden der Generalversammlung ein.

## II. Sachverhalt

Die Hotel A. AG (nachfolgend «Gesellschaft») verfügt über ein voll liberiertes Aktienkapital von CHF 500'000, eingeteilt in 380 Stammaktien mit einem Nennwert von je CHF 1'000 und 1'200 Stimmrechtsaktien mit einem Nennwert von je CHF 100.

An der ordentlichen Generalversammlung der Gesellschaft vom 30. Juni 2015 standen sich zwei Aktionärs-

\* Dr. Stephan Werlen, Rechtsanwalt, LL.M., Partner, und Pascal Stocker, Rechtsanwalt, beide CMS von Erlach Poncet AG.

<sup>1</sup> Weitere Besprechungen von BGE 143 III 120 ff. finden sich bei MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_579/2016 vom 28.2.2017, Hotel A. AG gegen E.B., Anfechtung Generalversammlungsbeschluss (zur Publikation vorgesehen), AJP 2017, 685 ff.; PASCAL ZYSSET/DARIO GALLI, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, recht 2017, 125 ff.; MERENS CAHANNES/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, 381 ff.

gruppen gegenüber. Auf der einen Seite die Aktionäre C.B. und D.B., welche über je 600 Stimmrechtsaktien und 65 Stammaktien, d.h. zusammen 1'330 Stimmen, und einen Kapitalanteil von je CHF 125'000, d.h. zusammen CHF 250'000, verfügten. Ihnen gegenüber stand E.B., welche die andere Hälfte des Aktienkapitals und die Stimmkraft von 250 Stammaktien auf sich vereinte.<sup>2</sup> Anlässlich dieser Generalversammlung lehnte E.B. die beantragte Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle ab. Aufgrund der von E.B. vertretenen 50 % des Aktienkapitals wurde der Antrag des Verwaltungsrats abgelehnt und die Revisionsstelle nicht wiedergewählt.<sup>3</sup>

Daraufhin beschloss der Verwaltungsrat eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, um einerseits die Statuten für den Fall der Stimmengleichheit bei Wahlen zu ändern und andererseits die Wiederwahl der Revisionsstelle nochmals zu traktandieren. Die bis anhin geltenden Statuten sahen für den Fall der Stimmengleichheit bei Wahlen durch die Generalversammlung das Los zur Entscheidungsfindung vor.<sup>4</sup> Dieser Losentscheid sollte durch den Stichentscheid des Vorsitzenden ersetzt werden.<sup>5</sup>

An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 9. September 2015 stimmten C.B. und D.B. mit ihren 1'330 Stimmen der beantragten Statutenänderung zu, während E.B. mit ihren 250 Stimmen dagegen stimmte; die Änderung war damit angenommen. Beim anschliessenden Traktandum stimmten C.B. und D.B. für die Wiederwahl der Revisionsstelle und E.B. dagegen; beide Seiten vertraten dabei je die Hälfte des Aktienkapitals. Darauf übte der Verwaltungsratspräsident, Nichtaktionär Dr. G., gestützt auf die vorgängig angenommene Statutenänderung den Stichentscheid zugunsten der Wiederwahl der Revisionsstelle aus.

Die von E.B. gestützt auf Art. 706 OR gegen die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung erhobene Anfechtungsklage wurde vom Handelsgericht des Kantons Aargau gutgeheissen. Das Bundesgericht

wies die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in Zivilsachen<sup>6</sup> ab.

### III. Erwägungen des Bundesgerichts

#### 1. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage

Vor Bundesgericht war vorerst strittig, ob E.B. über ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse verfügte.

Unter Hinweis auf Art. 706 OR hielt das Bundesgericht fest, dass E.B. nicht eigens begründen müsse, dass sie als Aktionärin ein schutzwürdiges Interesse an rechtmässigen Statuten habe. Das Rechtsschutzinteresse könne jedoch in Konstellationen abgesprochen werden, in welchen die Anfechtung geradezu rechtsmissbräuchlich wäre. Hiervon könne vorliegend nicht die Rede sein, da E.B. nachvollziehbar ihre Mitwirkungsrechte als stimmenmässige Minderheitsaktionärin wahren wolle und die Losentscheidung nach der bisherigen Statutenbestimmung für sie günstiger als der Stichentscheid des Vorsitzenden sei. Damit bestehe kein Grund, das Rechtsschutzinteresse der Aktionärin abzusprechen.<sup>7</sup>

#### 2. Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle

Weiter setzte sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden der Generalversammlung für die Wahl der Revisionsstelle auseinander.

Das Bundesgericht hielt gestützt auf die bisherige Rechtsprechung<sup>8</sup> vorab fest, dass die Statuten dem Vorsitzenden der Generalversammlung – was in der Regel wie vorliegend der Verwaltungsratspräsident sei – grundsätzlich den Stichentscheid bei Stimmengleichheit zusprechen dürfen. Die Wahl des Verwaltungsrats und damit mindestens indirekt auch von dessen Präsidenten<sup>9</sup> sei von der Generalversammlung vorzunehmen.<sup>10</sup> Sofern die Statuten nichts anderes vorsähen, erfolge dies mit der Mehrheit der Aktienstimmen und nicht mit der Kapitalmehrheit.<sup>11</sup> Weil Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR für die Wahl der Revisionsstelle die Bemessung des Stimmrechts zwingend nach der Kapitalbeteiligung vorsehe, sei die Wahl der Revisionsstelle durch Stichentscheid einer le-

<sup>2</sup> E.B. war lediglich mit 225 Stammaktien im Aktienbuch eingetragen. Nach ihrer Darstellung hatte sie von ihrem Bruder F.B. weitere 25 Stammaktien erworben, war aber (noch) nicht im Aktienbuch eingetragen. Im Rahmen der vorliegend interessierenden Generalversammlungen vertrat sie diese 25 Stammaktien, und es finden sich im Entscheid keine Hinweise, wonach ihre diesbezügliche Legitimation in Frage gestellt worden war.

<sup>3</sup> Entsprechend der Kapitalbeteiligung von je 50 % der befürwortenden und der ablehnenden Stimmen kam die Wiederwahl der Revisionsstelle nicht zustande, vgl. Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR.

<sup>4</sup> Art. 12 Abs. 1 der bisherigen Statuten lautete: «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.»

<sup>5</sup> Art. 12 Abs. 1 der künftigen Statuten der Gesellschaft: «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.»

<sup>6</sup> Art. 72 ff. BGG.

<sup>7</sup> Zum Ganzen: Urteil 4A\_579/2017 des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017, E. 2.2 f.

<sup>8</sup> Vgl. Leitentscheid BGE 95 II 555, E. 2.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 712 OR.

<sup>10</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 693 und Art. 704 OR.

diglich mit der Stimmenmehrheit gewählten Person unvereinbar.<sup>12</sup>

### 3. Statutenrevision zwecks Einführung des Stichentscheids

Schliesslich beurteilte das Bundesgericht die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses über die Statutenänderung, mit der, für den Fall der Stimmengleichheit bei Wahlen, neu der Stichentscheid des Vorsitzenden statt des Loses eingeführt werden sollte.

Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanz, wonach die in Frage stehende Statutenbestimmung<sup>13</sup> widersprüchlich sei, sehe diese doch für dieselbe Beschlussfassung einerseits das absolute Mehr und andererseits einen Stichentscheid im Falle der Stimmengleichheit vor. Stimmengleichheit führe lediglich beim Erfordernis des relativen Mehrs zu einer Pattsituation, wohingegen unter Anwendung des absoluten Mehrs beim Nichterreichen der Hälfte der Stimmen zuzüglich einer zusätzlichen Stimme definitionsgemäss ein negativer Entscheid gefällt werde. Ob die Statuten entgegen dem Präjudiz in BGE 95 II 555 ff. nur das relative Mehr der Stimmen verlangen dürften, wenn sie einen Stichentscheid vorsähen, könne im vorliegenden Fall allerdings offen bleiben.<sup>14</sup>

Ferner beleuchtete das Bundesgericht die Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses unter dem Aspekt von Art. 706 OR. Zu den anfechtbaren Beschlüssen gemäss Art. 706 Abs. 2 OR seien insbesondere solche zu zählen, die Rechte zum Schutz der Aktionäre verletzen. Darunter fielen vornehmlich Beschlüsse, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstieszen und namentlich das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachteten. Unzulässig seien damit etwa statutarische Einschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären, welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich seien. Dasselbe gelte, wenn damit Ziele verfolgt würden, die mit weniger einschneidenden Mitteln ebenfalls erreicht werden könnten.<sup>15</sup> Vorliegend bezwecke der Losentscheid, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Falle einer Pattsituation bei Wahlen sicherzustellen. Es sei aber nicht ersichtlich, weshalb ein Stichentscheid des Vorsitzenden im Ergebnis die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft besser gewährleiste als der ursprüngliche Losentscheid. Vielmehr sei die bisherige Regelung vorzuziehen, da bei einem Los die Aktionäre mit Stimmenmehrheit schlechter ohne Berücksichtigung der Meinung

der Minderheitsaktionärin E.B. entscheiden könnten und damit wahrscheinlicher nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen hätten. Nachdem die Gesellschaft keine Gründe für die Neuregelung darlegte, sei die Statutenänderung als rechtswidrig zu qualifizieren, weil sie gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstosse.<sup>16</sup> Dies gelte auch für Wahlen, bei denen die Bemessung des Stimmrechts nach der Kapitalbeteiligung nicht zwingend sei.<sup>17</sup>

## IV. Erläuterungen

### 1. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage

Nach Art. 706 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär berechtigt, eine Anfechtungsklage zu erheben, sofern er ein schutzwürdiges Interesse daran hat.<sup>18</sup> Dabei reicht nach herrschender Lehre aus, vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchsverbots, dass der Aktionär die Absicht verfolgt, die Interessen der Gesellschaft zu wahren.<sup>19</sup> Trotz Kritik seitens der Lehre<sup>20</sup> wird von der Rechtsprechung zusätzlich verlangt, dass die Gutheissung des entsprechenden Klagebegehrens die Rechtsstellung des Aktionärs berührt, d.h. sich positiv auf seine rechtliche Situation auswirkt.<sup>21</sup>

Vorliegend hielt das Bundesgericht vorerst fest, dass vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs das Rechtsschutzinteresse an rechtmässigen Statuten nicht eigens begründet werden müsse. Unter Verweis auf das individuelle Interesse von E.B. verneinte das Bundesgericht den Rechtsmissbrauch: Es gehe der Aktionärin E.B. darum, den einschränkenden statutarischen Stichentscheid des Vorsitzenden zu verhindern, weil der ursprüngliche Losentscheid bei Wahlen für sie günstiger gewesen sei.<sup>22</sup> Damit führte das Bundesgericht die individuell konkrete Betroffenheit der Aktionärin E.B. in seine Begründung ein. Eine Lockerung der vorerwähnten, kritisierten Rechtsprechung kann darin nicht erblickt werden, obwohl dies aus folgender Überlegung wünschenswert wäre: In Übereinstimmung mit der dienenden Funktion des Prozessrechts bestimmt das materielle Recht, ob ein Rechtsschutzanspruch besteht und ob damit in prozessrechtlicher Hinsicht ein schutzwürdiges Interesse an ei-

<sup>12</sup> Zum Ganzen: BGE 143 III 120, E. 3.2.

<sup>13</sup> Vgl. entsprechende Statutenbestimmung in FN 5.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: BGE 143 III 120, E. 4.1.

<sup>15</sup> Zum Ganzen: BGE 143 III 120, E. 4.3 mit Verweis auf die bekannten Entscheide BGE 121 III 219, E. 3 und BGE 117 II 290, E. 4e zum Bezugsrechtentzug und der Bezugsrechtseinschränkung.

<sup>16</sup> Zum Ganzen: BGE 143 III 120, E. 4.4.

<sup>17</sup> BGE 143 III 120, E. 4.5.

<sup>18</sup> Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.

<sup>19</sup> Statt vieler: BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4a.

<sup>20</sup> Statt vieler: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 107.

<sup>21</sup> BGE 133 III 453, E. 7; BGE 122 III 279, E. 3a; Urteil 4C.45/2006 des Bundesgerichts vom 26. April 2007, E. 5.

<sup>22</sup> Zum Ganzen: Urteil 4A\_579/2016 des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017, E. 2.2 f.

ner gerichtlichen Durchsetzung vorliegt.<sup>23</sup> Erforderlich ist im Regelfall ein persönliches Interesse des Klägers an der Klage.<sup>24</sup> Bei der Anfechtungsklage besteht allerdings eine Besonderheit, indem ein Aktionär nicht zwingend seine eigenen Interessen, sondern auch diejenigen der Gesellschaft und allenfalls anderer Aktionäre wahren kann, um sicherzustellen, dass Vorgänge innerhalb der Gesellschaft den gesetzlichen und statutarischen Regeln entsprechen.<sup>25</sup> Aus dieser materiell rechtlichen Bestimmung ergibt sich für das Prozessrecht zwingend, dass auch in jenem Fall einem Aktionär die Anfechtungsklage zur Verfügung stehen muss, in welchem er selber am anzufechtenden Beschluss nicht persönlich interessiert ist, die Gutheissung der Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses aber eine Änderung der Rechtslage für die Gesellschaft bewirkt.<sup>26</sup> Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts<sup>27</sup> werden damit nicht abstrakte Rechtsfragen geprüft. Vielmehr bewirken solche Entscheide eine Korrektur der konkreten Rechtsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft.

## 2. Zulässigkeit des Stichentscheids in der Generalversammlung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>28</sup> sowie eine Mehrheit der Lehre<sup>29</sup> hält es für zulässig, in den Statuten einen Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung vorzusehen. Das vorliegende Bundesgerichtsurteil schränkt die bisherige, von BGE 95 II 555 ff. begründete Praxis dahingehend ein, als der Stichentscheid des Vorsitzenden bei Beschlüssen über Gegenstände, die das Stimmrecht gemäss Art. 693 Abs. 3 OR zwingend

nach der Kapitalbeteiligung bemessen, unzulässig ist. Dies mit der Begründung, dass der Verwaltungsrat bzw. dessen Präsident, welcher in der Regel auch Vorsitzender der Generalversammlung sei, lediglich mit der Mehrheit der Stimmen gewählt werde, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen.<sup>30</sup> Ob anders zu entscheiden wäre, wenn die Statuten einer Gesellschaft mit Stimmrechtsaktien für die Wahl des Verwaltungsrats zusätzlich die Kapitalmehrheit verlangen, wurde vom Bundesgericht nicht thematisiert.<sup>31</sup> Offen gelassen hat das Bundesgericht sodann die Frage, ob die Statuten einen Stichentscheid für den Fall der Beschlussfassung mit absolutem Mehr vorsehen dürfen.

Das Bundesgericht hat damit einen ersten Schritt zur Abschaffung des Stichentscheids in der Generalversammlung gemacht, ist allerdings bereits nach ein paar wenigen Schritten stehengeblieben und hat verschiedene Fragen offengelassen.

Vorbehaltlich der Möglichkeit zur Schaffung von (unechten) Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR) geht das Aktienrecht davon aus, dass die Aktionäre ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien ausüben.<sup>32</sup> Andere Möglichkeiten zur Schaffung von Stimmrechtsprivilegien sind im Gesetz nicht vorgesehen.

Wird dem Vorsitzenden der Generalversammlung aber der Stichentscheid eingeräumt, wird dadurch eine Art «Superstimmrecht» geschaffen, welches vom Gesetzgeber so nicht vorgesehen wurde:

- Ist der Vorsitzende zugleich auch Aktionär, werden mit der statutarischen Einführung des Stichentscheids faktisch Aktien mit gleichem Nennwert, aber unterschiedlicher Stimmkraft geschaffen.<sup>33</sup> Dies widerspricht jedoch dem Grundsatz, wonach Aktien mit demselben Nennwert keine unterschiedliche Stimmkraft aufweisen dürfen. Solche (echten) Stimmrechtsaktien sind mit Art. 693 OR nicht vereinbar.<sup>34</sup>

<sup>23</sup> Urteil 4C.45/2006 des Bundesgerichts vom 26. April 2007, E. 5; ZK-ZÜRCHER, Art. 59 ZPO N 12.

<sup>24</sup> BGE 122 III 279, E. 3a; BK-ZINGG, ZPO 59 N 42.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 706 Abs. 1 OR, wonach jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten kann.

<sup>26</sup> So auch: BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 4a; BÖCKLI (FN 20), § 16 N 107; URS SCHENKER, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 17 ff., 27; DOMINIK VOCK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich 2000, 96 ff.; a.M. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 179; STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 125.

<sup>27</sup> BGE 122 III 279, E. 3a; Urteil 4C.45/2006 des Bundesgerichts vom 26. April 2007, E. 5.

<sup>28</sup> BGE 95 II 555, E. 5 bestätigt im Urteil 4C\_88/2000 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2000, E. 3b sowie im hier kommentierten BGE 143 III 120, E. 3.2.

<sup>29</sup> Vgl. etwa BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 703 N 12; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 12 N 53; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat: ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014, 144; a.M. MARKUS VISCHER, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 81 ff., 94.

<sup>30</sup> Wobei in den Fällen, wo keine Stimmrechtsaktien bestehen, die Mehrheit der Stimmrechte zugleich auch die Mehrheit des Kapitals darstellt.

<sup>31</sup> Nach der hier vertretenen Meinung müsste auch in diesen Fällen ein Stichentscheid unzulässig sein, da dadurch ebenfalls ein «Superstimmrecht» geschaffen würde. Sodann würden sich unterschiedliche Rechtsfolgen zeigen, je nachdem ob der Vorsitzende der Generalversammlung zugleich Mitglied des Verwaltungsrats ist oder nicht (was ja nicht zwingend erforderlich ist), denn nur den Mitgliedern des Verwaltungsrats käme die Legitimation der «qualifizierten» Wahl zugute (andernfalls müsste dasselbe Quorum für die Wahl des Vorsitzenden der Generalversammlung vorgesehen werden).

<sup>32</sup> Art. 692 Abs. 1 OR, welcher das Prinzip «one share, one vote» als dispositive Grundregel vorsieht.

<sup>33</sup> So auch VISCHER (FN 29), 87.

<sup>34</sup> BSK OR II-LÄNZLINGER, Art. 693 N 11; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 273; VISCHER (FN 29), 87.



- Ist der Vorsitzende demgegenüber nicht zugleich Aktionär, verletzt der Stichentscheid das Verbot der Loslösung des Stimmrechts von der Aktie bei gleichzeitiger Übertragung des Stimmrechts auf einen Nichtaktionär.<sup>35</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht kein Platz für den Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung.<sup>36</sup>

Dies muss ungeachtet der Tatsache gelten, ob für die Beschlussfassung in der Generalversammlung das absolute oder das relative Mehr vorgesehen ist. Im vorliegend besprochenen Urteil hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob ein Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung bei Beschlussfassung mit absolutem Mehr zulässig ist und insofern an BGE 95 II 555 festgehalten werden könne (dies, obwohl das Bundesgericht selbst zum Schluss gelangt, dass beim absoluten Mehr gar keine Pattsituation entstehen kann, sondern die Stimmengleichheit zu einem negativen Entscheid führt).<sup>37</sup> Dies erstaunt, denn die Beschlüsse werden in der Generalversammlung – soweit Gesetz<sup>38</sup> oder Statuten<sup>39</sup> kein abweichendes Quorum explizit vorschreiben – immer mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gefasst.<sup>40</sup> Dabei verlangt das absolute Mehr für die positive Beschlussfassung die Zustimmung der Hälfte aller vertretenen Stimmen zuzüglich einer zusätzlichen Stimme. Befürworten genau 50 % der Stimmen das Geschäft und lehnen es genau 50 % der Stimmen ab, so liegt entgegen BGE 95 III 555 nicht etwa eine Pattsituation vor, die durch Stichentscheid gelöst werden könnte. Vielmehr ist der Antrag nicht angenommen worden.<sup>41</sup>

Das vorliegend besprochene Bundesgerichtsurteil scheint sich sodann für einen möglichen Anwendungsbereich des Stichentscheids im Falle des relativen Mehrs auszusprechen.<sup>42</sup> Auch dies ist u.E. nicht korrekt. Solche Beschlüsse werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.<sup>43</sup> Der Unterschied zwischen dem absoluten und relativen Mehr besteht nun nicht darin, dass bei Stimmengleichheit im einen Fall eine Pattsituation vorliegt und im anderen nicht, sondern dass Enthaltungen und Leerstimmen bei der Beschlussfassung

mit relativem Mehr nicht mitberücksichtigt werden.<sup>44</sup> Damit gilt sachlogisch auch beim relativen Mehr ein Antrag als abgelehnt, wenn ihn 50 % der gültig abgegebenen Stimmen in der Generalversammlung befürworten und 50 % der gültig abgegebenen Stimmen ablehnen.<sup>45</sup> An dieser Betrachtungsweise kann sich nichts ändern, nur weil der Gesetzgeber in Art. 713 Abs. 1 OR den Stichentscheid im Verwaltungsrat, welcher seine Beschlüsse mit dem relativen Mehr fasst,<sup>46</sup> ausdrücklich vorsieht. Einerseits besteht für Verwaltungsratsbeschlüsse, im Gegensatz zu Generalversammlungsbeschlüssen, eine explizite Gesetzesnorm. Andererseits darf diese Norm nicht ohne Weiteres analog auf die Beschlussfassung in der Generalversammlung angewandt werden, ist doch das Erfordernis an die «demokratische» Legitimierung bei Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüssen unterschiedlich. Diese Rechtsauffassung wird mit Art. 703 Abs. 2 E-OR noch verstärkt, indem die neu vorgesehene Bestimmung in Kenntnis der heutigen Bundesgerichtspraxis künftig für Generalversammlungsbeschlüsse das relative Mehr einführt und dennoch keinen Stichentscheid für den Fall der Stimmengleichheit vorsieht.<sup>47</sup>

Wird nun bei Stimmengleichheit, sowohl beim absoluten wie auch beim relativen Mehr, mit Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ein Antrag angenommen, führt dies dazu, dass ein tatsächlich ablehnender Beschluss in einen positiven Beschluss gekehrt wird.<sup>48</sup> Dies widerspricht dem der Aktiengesellschaft zugrunde liegenden Mehrheitsprinzip, wonach jeder Aktionär mit seiner Aktienbeteiligung an der Aktiengesellschaft anerkennt, dass die Meinung der Mehrheit grundsätzlich vorgeht.<sup>49</sup> Auch aus diesem Grund ist die Zulässigkeit eines Stichentscheids des Vorsitzenden der Generalversammlung fraglich und vor dem Hintergrund der hier vertretenen Meinung abzulehnen.

<sup>35</sup> VISCHER (FN 29), 87; vgl. zum sogenannten Abspaltungsverbot PATRICK SCHLEIFFER, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, nach bisherigem und revidiertem Recht, Bern 1993, 11 ff. und BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 4.

<sup>36</sup> G.L.M. VISCHER (FN 1), 687 f.

<sup>37</sup> BGE 143 III 120, E. 4.1.

<sup>38</sup> Art. 704 Abs. 1, Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 727a Abs. 2, Art. 731 Abs. 2 OR.

<sup>39</sup> Art. 627 Ziff. 11 i.V.m. Art. 704 Abs. 2 OR.

<sup>40</sup> Art. 703 OR.

<sup>41</sup> Zum Ganzen: BGE 143 III 120, E. 4.1; so auch BÖCKLI (FN 20), § 12 N 354; VON DER CRONE (FN 26), § 5 N 186.

<sup>42</sup> BGE 143 III 120, E. 4.1.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 713 Abs. 1 OR zur Beschlussfassung im Verwaltungsrat, in welchem Beschlüsse mit dem relativen Mehr gefasst werden.

<sup>44</sup> DANIEL MARKUS HÄUSERMANN, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Habil. Universität St. Gallen, Zürich 2015, 340; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 29), 502; ZK-TANNER, Art. 703 OR N 87 f.

<sup>45</sup> HÄUSERMANN (FN 44), 344; vgl. auch VISCHER (FN 29), 84 f., wonach für die Beurteilung der Zulässigkeit des Stichentscheids in der Generalversammlung die umstrittene Frage, ob Art. 703 OR zwingender oder dispositiver Natur ist, sprich, ob die Möglichkeit besteht Generalversammlungsbeschlüsse dem relativen Mehr zu unterstellen, oder ob sie zwingend mit dem absoluten Mehr zu fassen sind, keine Relevanz zukommt.

<sup>46</sup> Art. 713 Abs. 1 OR.

<sup>47</sup> Vgl. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/683.pdf>

<sup>48</sup> VON DER CRONE (FN 26), § 5 N 187.

<sup>49</sup> MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 473, die das Mehrheitsprinzip als Teil der Grundstruktur der Aktiengesellschaft betrachten, womit ein Beschluss über die Einführung des Stichentscheids in den Statuten nicht nur anfechtbar, sondern nach Art. 706b Ziff. 3 OR sogar nichtig sei.

## V. Schlussbemerkung und praktische Bedeutung

Das Bundesgericht schränkt seine bisherige Rechtsprechung zum Stichentscheid bei Stimmengleichheit ein. Obwohl es nach wie vor von einer grundsätzlichen Zulässigkeit des Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung ausgeht (zumindest dort, wo ein relatives Mehr ausreicht), ist ein solcher bei sämtlichen Beschlüssen, die einer Kapitalmehrheit bedürfen, unzulässig. Weiter bedarf es für eine nachträgliche Einführung des Stichentscheids sachlicher Gründe, um das Gebot der schonenden Rechtsausübung nicht zu verletzen.

Gestützt auf die Ausführungen im Bundesgerichtsentscheid<sup>50</sup> sowie die Kritik, welche diesem Entscheid erfahren ist,<sup>51</sup> wäre aus unserer Sicht wünschenswert, wenn sich das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit generell mit der Frage der Zulässigkeit des Stichentscheids des Vorsitzenden der Generalversammlung auseinandersetzen würde.

Die praktische Bedeutung der vorliegenden Problematik sollte jedoch nicht überschätzt werden. Pattsituationen stellen in der Praxis die Ausnahme dar; zudem werden in den Fällen, in welchen sich von Beginn an zwei gleich starke Partner gegenüberstehen (wie dies beispielsweise bei Joint Ventures der Fall sein kann), typischerweise im Aktionärsbindungsvertrag Mechanismen vorgesehen, wie mit Pattsituationen umgegangen werden soll.

Nichtsdestotrotz sollte man sich bei Neugründungen bzw. der Revision von Statuten gut überlegen, ob in der Generalversammlung (weiterhin) ein Stichentscheid des Vorsitzenden vorgesehen werden soll. In verschiedenen Musterstatuten ist der Stichentscheid nicht mehr vorgesehen.<sup>52</sup> Dasselbe gilt für den Losentscheid, welcher vom Bundesgericht als das geringere Übel erachtet wurde, der jedoch auch nicht in jedem Fall als probates Mittel erscheint.

<sup>50</sup> BGE 143 III 120, E. 4.1.

<sup>51</sup> VISCHER (FN 1), 685 ff.; CAHANNES/VON DER CRONE (FN 1), 381 ff.; sowie teilweise ZYSSET/GALLI (FN 1), 125 ff.

<sup>52</sup> Siehe die Hinweise bei VISCHER (FN 1), FN 22.