

## Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung

Bundesgerichtsurteil 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Merens Cahannes und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017
  - 3. Bemerkungen
  - 4. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage
  - 5. Stichentscheid
  - 6. Gebot der schonenden Rechtsausübung
  - 7. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Hotel A. AG in U. bezweckt hauptsächlich die Verwaltung des Hotels A. in Baden. Ihr Aktienkapital von CHF 500 000 ist aufgeteilt in 380 Stammaktien zu CHF 1000 und 1200 Stimmrechtsaktien zu CHF 100. Die Stimmrechtsaktien werden je zur Hälfte von den Geschwistern C.B. und D.B. gehalten. Mit den Stimmrechtsaktien und ihren 65 Stammaktien pro Person verfügen sie über eine Kapitalbeteiligung von je CHF 125 000 und eine Stimmkraft von je 665 Stimmen. Die verbleibenden Aktien sind zwischen den weiteren Geschwistern E.B. mit 225 Stammaktien und F.B. mit 25 Stammaktien aufgeteilt, wobei F.B. seine Aktien an E.B. verkaufte. Mit den von F.B. erworbenen 25 Stammaktien ist E.B. (noch) nicht im Aktienbuch eingetragen. Sie vertrat diese aber an den Generalversammlungen im Juni und im September 2015. Somit verfügt E.B. über eine Kapitalbeteiligung von CHF 250 000 und eine Stimmkraft von 250 Stimmen. Der Verwaltungsrat der Hotel A. AG setzt sich aus C.B., D.B., E.B. sowie dem Nichtaktionär und Verwaltungsratspräsident G. zusammen.

An der ordentlichen Generalversammlung vom 30. Juni 2015 stimmten C.B. und D.B., die zusammen 50% des Aktienkapitals vertraten, für die vom Verwaltungsrat beantragte Wiederwahl der H. AG als gesetzliche Revisionsstelle. E.B. stimmte mit den durch sie vertretenen 50% des Aktienkapitals dagegen. Die H. AG wurde als Revisionsstelle nicht wiedergewählt.

In der Folge beschloss der Verwaltungsrat gegen die Stimme von E.B. die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Anlässlich dieser sollte erneut über die Wiederwahl der H. AG befunden werden, nachdem zuvor folgende Abänderung von Art. 12 Abs. 1 der Statuten beantragt wurde: «Bei Wahlen und Beschlüssen entscheidet, soweit nicht die Statuten oder das Gesetz etwas anderes bestimmen, das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen. Bei Stimmgleichheit entscheidet der Präsident mit Stichentscheid.» (bisheriger Art. 12 Abs. 1 Satz 2 der Statuten lautete: «Bei Stimmgleichheit entscheidet bei Wahlen das Los, bei Sachfragen der Stichentscheid des Präsidenten.»).

An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 9. September 2015 stimmten C.B. und D.B. mit ihren gemeinsam 1330 Stimmrechten für die beantragte Änderung. E.B. stimmte mit ihren 250 Stimmrechten dagegen. Der Antrag wurde angenommen. Beim anschliessenden Traktandum über die Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle für das Geschäftsjahr 2015 herrschte mit 250 zu 250 Stimmen abermals Stimmgleichheit. Die H. AG wurde sodann mit Stichentscheid des Präsidenten G. gewählt.

Mit Klage vom 3. November 2014 hat E.B. die Beschlüsse der ausserordentlichen Generalversammlung vom 9. September 2015 gestützt auf Art. 706 OR vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau angefochten und begehrt deren Aufhebung.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016

Zunächst befasste sich das Handelsgericht des Kantons Aargau mit den Prozessvoraussetzungen, insbesondere dem bestrittenen Rechtsschutzinteresse der Klägerin. Das Gericht leitete aus Art. 706 Abs. 1 OR, wonach jeder Aktionär gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse anfechten kann, das offenkundige Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses ab. Schützenswert sei insbesondere das Interesse der E.B., bei Stimmgleichheit einen Entscheid durch das Los herbeizuführen. Auf die Klage wurde eingetreten.<sup>1</sup>

\* MLaw Merens Cahannes, LL.M. und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich.

<sup>1</sup> Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016 (HOR.2015.33/DP/mv), E. 1.2.3.

Sodann erörterte das Gericht die Zulässigkeit statutarisch vorgesehener Stichentscheide. Es erwog, dass bei Beschlüssen, für die das absolute Mehr vorgesehen ist, Stimmengleichheit eine Abweisung des Antrags bedeutet. Die fragliche Statutenbestimmung, der zufolge für Wahlen und Beschlüsse einerseits das absolute Mehr der vertretenen Stimmen gilt und andererseits bei Stimmengleichheit der Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten vorgesehen ist, leide demnach an einem inneren Widerspruch und sei unzulässig.<sup>2</sup>

Nichtsdestotrotz setzte sich das Gericht anschliessend und unter der hypothetischen Annahme der Rechtmässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids in seiner Eventualbegründung mit der Möglichkeit auseinander, einem Nichtaktionär den Stichentscheid zu übertragen. Es verneinte diese mit Blick auf die Beweggründe des historischen Gesetzgebers und des Bundesgerichts in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Stichentscheids. Die Mitwirkung von G. an der Wahl der H. AG sei demnach auch unter diesem Aspekt unzulässig gewesen und der Beschluss zur Wahl der Revisionsgesellschaft aufzuheben.<sup>3</sup>

Schliesslich ging das Gericht auf die Frage ein, ob die Beschlüsse selbst unter der Prämisse der Zulässigkeit einer Mitwirkung von G. wegen eines Verstosses gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. wegen Rechtsmissbrauchs aufzuheben sind. Es erkannte in der Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, an der die Statuten zunächst abgeändert wurden, nur um anschliessend der von den Mehrheitsaktionären bevorzugten Wahl der H. AG als Revisionsstelle mittels Stichentscheid zum Durchbruch zu verhelfen, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Aktionäre bzw. Rechtsmissbrauch.<sup>4</sup> Sowohl der Beschluss zur Einführung des Stichentscheids als auch derjenige zur Wahl der H. AG seien demnach unzulässig. Die Anfechtungsklage wurde vollumfänglich gutgeheissen.

Die A. AG gelangte gegen dieses Urteil an das Bundesgericht.

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017

### 2.1 Rechtsschutzinteresse

Vorab setzte sich das Bundesgericht mit der strittigen Frage nach dem Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses der Klägerin auseinander. Es erwog unter Hinweis auf Art. 706 OR, dass E.B. in ihrer Stellung als Aktionärin nicht eigens begründen muss, dass sie ein Interesse an rechtmässigen Statuten hat, die überdies ihre Rechte nicht unsachlich beschränken. Ein schutzwürdiges Interesse könne ihr allenfalls dann abgesprochen werden, wenn die Anfechtung geradezu rechtsmissbräuchlich erfolgt. Hiervon könne vorliegend aber keine Rede sein. Vielmehr sei es E.B. nachvollziehbar darum gegangen, den ihre Mitwirkungsrechte als Minderheitsaktionärin einschränkenden statutarischen Stichentscheid des Verwaltungsratspräsidenten bei Wahlen zu verhindern, weil der aktuell vorgesehene Losentscheid für sie günstiger ist.<sup>5</sup>

### 2.2 Stichentscheid bei der Wahl der Revisionsstelle

Alsdann beurteilte das Bundesgericht die Zulässigkeit des Stichentscheids bei der Wahl der Revisionsstelle. Es führte unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung<sup>6</sup> zunächst aus, dass die Statuten dem Vorsitzenden der Generalversammlung den Stichentscheid im Falle von Stimmengleichheit verleihen dürfen. Die Wahl des Verwaltungsrats und damit zumindest indirekt auch dessen Präsidenten (Art. 712 OR), der in aller Regel und wie vorliegend der Vorsitzende der Generalversammlung ist, erfolge, sofern die Statuten nichts Abweichendes vorsehen, mit der Mehrheit der Aktienstimmen (Art. 693 und 704 OR). Für die Wahl der Revisionsstelle hingegen sei gemäss Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR eine Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien unzulässig.<sup>7</sup> Art. 693 Abs. 3 OR sehe hier zwingend eine Bemessung des Stimmrechts nach der Kapitalbeteiligung vor. Die Wahl der Revisionsstelle durch Stichentscheid einer mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht von Stimmrechtsaktien gewählten Per-

<sup>2</sup> Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016 (HOR.2015.33/DP/mv), E. 4.2.

<sup>3</sup> Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016 (HOR.2015.33/DP/mv), E. 5.2.3.

<sup>4</sup> Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016 (HOR.2015.33/DP/mv), E. 5.3.3.

<sup>5</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2.

<sup>6</sup> BGE 95 II 555, E. 2.

<sup>7</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 3.2.

son durch Stichentscheid sei demnach mit Art. 693 Abs. 3 OR unvereinbar.<sup>8</sup>

Unbesehen darum, ob der Verwaltungsratspräsident Aktionär der Beschwerdeführerin ist, habe die Vorinstanz das Begehren um Aufhebung des Beschlusses über die Wiederwahl der H. AG zu Recht gutgeheissen.<sup>9</sup>

### 2.3 Statutenänderung zur Einführung des Stichentscheids

Zuletzt setzte sich das Bundesgericht mit dem Begehren um Aufhebung des Beschlusses über die Statutenänderung auseinander, mit der für Wahlen fortan nicht mehr das Los, sondern der Stichentscheid des Präsidenten massgebend sein sollte.

Das Bundesgericht ging zunächst auf die Hauptbegründung der Vorinstanz ein, wonach die vorliegende Statutenänderung widersprüchlich ist, indem sie einerseits für die Beschlussfassung das absolute Mehr voraussetzt, andererseits aber bei Stimmengleichheit den Stichentscheid vorsieht. Das Bundesgericht erwog, es sei zwar rein logisch richtig, dass das absolute Mehr definitionsgemäss das Vorliegen der Hälfte der Stimmen plus einer verlangt und demnach bei Erreichen von bloss der Hälfte der Stimmen ein (negativer) Entscheid gefällt wird.

Das mit BGE 95 II 555 geschaffene Präjudiz für die Zulässigkeit von statutarisch eingeführten Stichentscheiden habe indes ebenfalls eine Statutenbestimmung betroffen, die das absolute Mehr vorsah. Es könne deshalb vorliegend offenbleiben, ob insofern an dieser Rechtsprechung festgehalten werden kann oder ob die Statuten für die Zulässigkeit des Stichentscheids nur eine Beschlussfassung mit relativem Mehr vorsehen dürfen.<sup>10</sup>

Alsdann ging das Bundesgericht auf die Ungültigkeit des Beschlusses wegen einer Verletzung von Art. 706 OR ein. Es führte aus, dass zu den anfechtbaren Beschlüssen nach Art. 706 Abs. 2 OR hauptsächlich solche gehören, die Rechte zum Schutz der Aktionäre verletzen. Namentlich seien Beschlüsse anfechtbar, die den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachten. So seien statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Min-

derheitsaktionären unzulässig, welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftlichen Ziele nicht erforderlich sind oder die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden könnten.<sup>11</sup> Es sei nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden Sachverhalt mit dem Stichentscheid die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft besser sichergestellt werde als mit dem zuvor vorgesehenen Losentscheid. Vielmehr sei die geltende Lösung des Losentscheids vorzuziehen, weil so die Aktionäre mit Stimmenmehrheit weniger gut ohne Rücksicht auf die Meinung der Beschwerdegegnerin entscheiden könnten und eher nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen hätten. Das Bundesgericht erklärt die Statutenbestimmung somit wegen Verstosses gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung für rechtswidrig.<sup>12</sup> Und zwar auch soweit, als sie sich auf Wahlen bezieht, für welche die Bemessung des Stimmrechts nach der Kapitalbeteiligung nicht zwingend ist.<sup>13</sup>

Die Beschwerde der A. AG wurde abgewiesen.

### 3. Bemerkungen

Im vorliegenden Entscheid äusserte sich das Bundesgericht zu drei strittigen Themenkomplexen, die nachfolgend erörtert werden sollen: Erstens zum Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage, zweitens zur Zulässigkeit eines statutarisch vorgesehenen Stichentscheids und seiner Anwendung auf die Wahl der Revisionsstelle und drittens zur Zulässigkeit einer Statutenänderung, mit welcher der Losentscheid durch den Stichentscheid ersetzt werden sollte.

### 4. Rechtsschutzinteresse bei der Anfechtungsklage

Nach Art. 706 Abs. 1 OR ist jeder Aktionär zur Anhebung einer Anfechtungsklage berechtigt. Damit das Gericht auf die Klage eintritt, hat als allgemeine Prozessvoraussetzung überdies ein schutzwürdiges Interesse des Klägers vorzuliegen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage wird von einem weitgefassten Interessensbegriff ausgegangen: Rechtsmissbrauch vorbehalten, genügt für ein Rechtsschutzinteresse bereits die Absicht des Ak-

<sup>8</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 3.2.

<sup>9</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 3.3.

<sup>10</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.1.

<sup>11</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.3.

<sup>12</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.4.

<sup>13</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.5.

tionärs, die Interessen der Gesellschaft zu wahren.<sup>14</sup> Darüber hinaus verlangt das Bundesgericht, dass die Gutheissung der Klage die Rechtsstellung des anfechtenden Aktionärs «berührt»<sup>15</sup>, sie sich mithin auf seine rechtliche Situation «positiv auswirkt».<sup>16</sup> Dieses Zusatzkriterium ist in der Lehre nicht unumstritten.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Entscheid erwoh das Bundesgericht zunächst, die Klägerin müsse «als Aktionärin (...) nicht eigens begründen, dass sie ein Rechtsschutzinteresse an rechtmässigen Statuten hat, die überdies ihre Rechte nicht unsachlich beschränken»<sup>18</sup> und stellte das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses lediglich unter den Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.<sup>19</sup> Einen solchen Rechtsmissbrauch verneinte es in der Folge, weil es der Klägerin nachvollziehbar darum gegangen sei, den ihre Mitwirkungsrechte als Minderheitsaktionärin einschränkenden statutarischen Stichentscheid zu verhindern.<sup>20</sup> Sie habe deshalb auch nicht – wie es die Beschwerdeführerin vorbrachte – einen Losentscheid über die Wahl der Revisionsstelle beantragen müssen, um ihr Interesse auszuweisen.<sup>21</sup>

Mit dieser Würdigung beschränkte sich das Bundesgericht jedoch nicht auf die Überprüfung eines Rechtsmissbrauchs. Es erkannte ein konkretes Interesse von E.B., mittels Klage eine Beibehaltung der geltenden Statutenregelung zu erwirken, deren Änderung ihre Mitwirkungsrechte beeinträchtigen und sie in ihrer Rechtsstellung berühren würde. Das Bundesgericht schloss seine Erwägungen denn auch unter Hinweis auf die eben dargelegte Rechtsprechung.<sup>22</sup> Das vorliegende Urteil kann in diesem Punkt deshalb nicht als Auflockerung der bisherigen Praxis verstanden werden. Wenn schon führt es die in einem unlängst ergangenen Urteil betreffend die An-

fechtung eines Décharge-Beschlusses gefasste Formulierung, wonach eine Gutheissung der Klage die rechtliche Situation des Anfechtenden «effektiv verändern»<sup>23</sup> müsse, wieder auf die bisherige Rechtsprechung zurück. Der vom Bundesgericht in jenem Entscheid gewählte Wortlaut wurde in der Lehre teilweise als gegenüber der geltenden Rechtsprechung restriktiver aufgefasst.<sup>24</sup>

Die geltende Rechtsprechung wird der «dienenden Funktion»<sup>25</sup> des Prozessrechts bei der Verwirklichung aktienrechtlicher Bestimmungen denn auch gerecht: Einerseits soll durch einen weit gefassten Interessensbegriff sichergestellt werden, dass bestimmte Vorgänge innerhalb der Gesellschaft gesetzes- und statutenkonform ablaufen.<sup>26</sup> Andererseits aber soll die allgemeine Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses eine Entlastung des Staats von unnötigen Prozessen bezwecken.<sup>27</sup> Wie das Bundesgericht ausführt, steht das Prozessrecht eben gerade nicht zur Verfügung, um abstrakte Rechtsfragen ohne Wirkung auf konkrete Rechtsverhältnisse zu beurteilen.<sup>28</sup> Ohne die zusätzlich verlangte Berührung der Rechtsstellung des Anfechtenden würde jede Gesetzes- oder Statutenverletzung ein schutzwürdiges Interesse begründen. Dies entspricht weder der Funktion der Anfechtungsklage noch korreliert es mit Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1, 2 und 3 OR, die für die Klageberechtigung von

<sup>14</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N 179; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 44; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 107 f.; BGE 122 III 279, E. 3.a).

<sup>15</sup> BGE 122 III 279, E. 3.a).

<sup>16</sup> BGE 133 III 453, E. 7 mit Verweis auf BGE 122 III 279, E. 3.a).

<sup>17</sup> Vgl. statt vieler die Kritik von Böckli (Fn. 14), § 16 N 107.

<sup>18</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2.

<sup>19</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2.

<sup>20</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2.

<sup>21</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.2.

<sup>22</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 2.3 mit Verweis auf BGE 133 III 453, E. 7.

<sup>23</sup> «que la situation juridique de l'actionnaire demandeur soit effectivement modifiée par un jugement qui admettrait son action»: BGer 4A\_630/2012 vom 19. März 2013, E. 3.1. mit Verweis auf BGE 122 III 279, E. 3.a).

<sup>24</sup> So etwa Urs Schenker, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 17 ff., 26 f.; a.M. Nicolas Facincani/Dominic Wyss, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, Besprechung des Urteils 4A\_630/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. März 2013, GesKR 3|2013, 416 ff., 419 f.

<sup>25</sup> Vgl. zur «dienenden Funktion» des Prozessrechts bei der Verwirklichung des materiellen Rechts: BGE 116 II 215, E. 3.

<sup>26</sup> Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 706 N 4a.

<sup>27</sup> Myriam A. Gehri, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 59 N 6.

<sup>28</sup> BGE 122 III 279, E. 3.a).

Aktionären ebenfalls eine Beeinträchtigung ihrer Interessen verlangen.<sup>29</sup>

## 5. Stichentscheid

### 5.1 Zulässigkeit

Während Art. 714 Abs. 1 OR für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat den Stichentscheid des Präsidenten vorsieht, fehlt in Art. 703 OR eine entsprechende Erwähnung für die Beschlussfassung in der Generalversammlung. Unbestritten ist, dass ohne statutarische Grundlage der Stichentscheid in der Generalversammlung unzulässig ist.<sup>30</sup> Strittig ist hingegen, ob eine entsprechende Statutenbestimmung geschaffen werden darf. Das Bundesgericht<sup>31</sup> und eine Mehrheit in der Lehre<sup>32</sup> sprechen sich grundsätzlich dafür aus.

#### 5.1.1 Beschlussquorum

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Stichentscheids ist das aktienrechtliche Mehrheitsprinzip. Diesem Grundsatz zufolge unterwirft sich der einzelne Aktionär mit Eintritt in die Gesellschaft bewusst dem Willen der Mehrheit.<sup>33</sup> Umgekehrt folgt daraus, dass Beschlüsse auch nur mit einer Mehrheit zustande kommen.<sup>34</sup> Das Mehrheits-

prinzip, auf dem das Aktienrecht aufbaut, hat unter anderem in Art. 703 OR seinen positivrechtlichen Niederschlag gefunden.<sup>35</sup> Art. 703 OR sieht für die Beschlussfassung in der Generalversammlung die Mehrheit der vertretenen Stimmen, d.h. das absolute Mehr, vor.<sup>36</sup> Das absolute Mehr verlangt für die positive Beschlussfassung die Hälfte der vertretenen Stimmen plus einer.<sup>37</sup> Erreicht ein Antrag bloss die Hälfte der Stimmen, gilt er dementsprechend als abgelehnt.<sup>38</sup> In diesem Fall liegt kein Nichtentscheid, sondern ein negativer Entscheid vor.<sup>39</sup>

Gleichwohl erachtete das Bundesgericht in BGE 95 II 555 eine Statutenbestimmung als rechtmässig, die einerseits für die Beschlussfassung in der Generalversammlung das absolute Mehr vorschrieb, andererseits aber bei Stimmgleichheit den Stichentscheid zugunsten des Verwaltungsratspräsidenten vorsah.<sup>40</sup> Mit dieser Erwägung hat sich das Bundesgericht für die Zulässigkeit des Stichentscheids in der Generalversammlung ausgesprochen. Im Urteil des Bundesgerichts 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000<sup>41</sup> wurde diese Rechtsprechung bestätigt. Auch im vorliegenden Entscheid stellte das Bundesgericht zunächst unter Hinweis auf BGE 95 II 555 die Zulässigkeit des statutarisch eingeführten Stichentscheids fest.<sup>42</sup> Alsdann erkannte es jedoch die Widersprüchlichkeit solcher Statutenbestimmungen. In der Folge liess es explizit offen, ob insofern ohne Einschrän-

<sup>29</sup> von der Crone (Fn. 14), § 8 N 179.

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler Peter Nobel/Roger Groner, Aktienrechtliche Entscheide, Praxis zum schweizerischen Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 2006, 250.

<sup>31</sup> BGE 95 II 555, E. 2.

<sup>32</sup> Zum Beispiel Böckli (Fn. 14), § 12 N 358; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 26), Art. 703 N 12; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat: ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014, 144; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 12 N 53; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 24 N 56 ff. (wohl offen gelassen); a.M. Markus Vischer, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 1|2017, 81 ff., 94; Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001, § 12 N 83; Peter Jäggi, Von der atypischen Aktiengesellschaft, in: Peter Gauch/Bernhard Schnyder (Hrsg.), Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976, 251 ff., 260.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 99 II 55, E. 4.b.

<sup>34</sup> von der Crone (Fn. 14), § 5 N 187.

<sup>35</sup> Vgl. Böckli (Fn. 14), § 12 N 430.

<sup>36</sup> Vgl. Martin Wernli/Marco A. Rizzi, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 713 N 8.

<sup>37</sup> Vgl. statt vieler: Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1987, § 2 Rz. 42.

<sup>38</sup> Vgl. Brigitte Tanner, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 703 OR N 1.

<sup>39</sup> Vgl. Robert Meier, Die Aktiengesellschaft: ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2005, N 8.14.

<sup>40</sup> Wie das Bundesgericht in BGE 95 II 555, E. 1.a) selber feststellte, wurde diese Frage in BGE 71 II 277, E. 1 nicht ausdrücklich geklärt, wenngleich vieles dafür spricht, dass stillschweigend von der Gültigkeit des statutarischen Stichentscheids ausgegangen wurde.

<sup>41</sup> BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000, E. 3.b).

<sup>42</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 3.2.

kung an BGE 95 II 555 festgehalten werden könne oder ob die Statuten in diesem Fall nur das relative Mehr der Stimmen verlangen dürften.<sup>43</sup>

Das relative Mehr gilt für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat.<sup>44</sup> Beschlüsse des Verwaltungsrats werden nach Art. 713 Abs. 1 OR mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Die herrschende Lehre erachtet es als zulässig, auch für die Beschlussfassung in der Generalversammlung statutarisch das relative Mehr vorzusehen.<sup>45</sup> Mit dem Wechsel vom absoluten zum relativen Mehr, d.h. von der Mehrheit der vertretenen zur Mehrheit der abgegebenen Stimmen, erfolgt insbesondere eine unterschiedliche Behandlung von Stimmenthaltungen. Während Leerstimmen und Enthaltungen beim relativen Mehr nicht mitgezählt werden<sup>46</sup>, gelten sie beim absoluten Mehr als Nein-Stimmen<sup>47</sup>. Auch beim relativen Mehr liegt im Fall von Stimmgleichheit aber keine Mehrheit vor. Der Antrag gilt als abgelehnt und es ergeht ein negativer Beschluss.<sup>48</sup> Sowohl das absolute wie das relative Mehr verlangen demnach für einen positiven Beschluss eine Stimmenmehrheit.<sup>49</sup> Folglich ist die in der Lehre umstrittene Frage nach der Natur von Art. 703 OR für die Beurteilung der Zulässigkeit des Stichentscheids nicht relevant.<sup>50</sup>

### 5.1.2 Mehrheitsprinzip

Massgebend ist, dass mit dem Stichentscheid ein an sich negativer Beschluss in einen positiven gekehrt wird.<sup>51</sup> Mit anderen Worten wird aus einem Mehr-

heitsquorum ein Minderheitsquorum.<sup>52</sup> Minderheitsquoten sind mit dem aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip nicht vereinbar.<sup>53</sup> In der Generalversammlung ist der Stichentscheid deshalb nicht zulässig und seine gegenüber der Gesellschafterversammlung bei der GmbH (Art. 808a OR) und dem Stichentscheid im Verwaltungsrat (Art. 714 Abs. 1 OR) fehlende Normierung als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers aufzufassen<sup>54</sup>.

Der Stichentscheid kann nur ausnahmsweise, bei der Abstimmung über Eventualanträge, zulässig sein. Hier werden im ersten Abstimmungsgang Antrag und Gegenantrag einander gegenübergestellt. Bei der Beschlussfassung über zwei Alternativen kann im Fall von Stimmgleichheit – sofern statutarisch vorgesehen – mittels Stichentscheid ein Ergebnis herbeigeführt werden. Indem über den obsiegenden Antrag in einer Schlussabstimmung, bei welcher der Stichentscheid nicht zulässig ist, erneut befunden wird, bleibt das Mehrheitsprinzip bei diesem Abstimmungsverfahren gewahrt.<sup>55</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die vom Bundesgericht im vorliegenden Entscheid angesprochene Variante, wonach für die Ausübung des Stichentscheids die Statuten weitere Abstimmungen nach relativem Mehr vorsehen müssen, wenn sie zuvor eine absolute Stimmenmehrheit verlangen<sup>56</sup>.

<sup>43</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.1.

<sup>44</sup> Jeannette Wibmer, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht, Kommentar, 1. Aufl., Zürich 2016, Art. 713 OR N 3. Vgl. BSK OR II-Wernli/Rizzi (Fn. 36), Art. 713 N 8.

<sup>45</sup> Wolfgang Maute, Die Durchführung der Generalversammlung, insbesondere in der Mittelstandsunternehmung: mit Musterbeispielen und Arbeitshilfen, Zürich 1993, 48.

<sup>46</sup> Tanner (Fn. 37), § 2 Rz. 43.

<sup>47</sup> Daniel Markus Häusermann, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Habil. Univ. St. Gallen, Zürich 2015, 344.

<sup>48</sup> Peter Forstmoser/Marcel Kuchler, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1046.

<sup>49</sup> Das Bundesgericht hat die Frage nach der Natur von Art. 703 OR in BGE 95 II 555 genau besehen unbeantwortet gelassen: Vgl. Vischer (Fn. 32), 85.

<sup>50</sup> Vgl. zum Begriff des «Umkehrens»: Forstmoser/Kuchler (Fn. 49), N 1048, FN 97.

<sup>51</sup> Vgl. Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_412/2011 vom 4. Mai 2012 (BGE 138 III 294) i. S. X-AG (Beschwerdeführerin) und B (Nebenintervenient 2) gegen das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegner) und AX (Nebenintervenient 1), SZW 5/2012, 461 ff., 473; Kunz (Fn. 32), § 12 N 82 ff.

<sup>52</sup> Vgl. von der Crone (Fn. 14), § 5 N 187; a.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 24 N 54.

<sup>53</sup> Vgl. Vischer (Fn. 32), 87 ff.; CHK-Tanner (Fn. 38), Art. 703 OR N 14; Art. 703 Abs. 2 E-OR, der fortan das relative Mehr auch für Beschlüsse in der GV vorsieht, bringt bezüglich des Stichentscheids somit keine Änderung mit sich.

<sup>54</sup> von der Crone (Fn. 14), § 5 N 189; Trautmann/von der Crone (Fn. 52), 474.

<sup>55</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.1.

In der schweizerischen Praxis<sup>57</sup> wird dieses Vorgehen gelegentlich bei Wahlen angewandt<sup>58</sup> und dabei durchaus als sinnvoll eingestuft<sup>59</sup>. Als Anwendungsfall des relativen Mehrs stellt allerdings auch dieses proportionale Wahlverfahren («Proporz») auf die Mehrheit der Ja-Stimmen ab.<sup>60</sup> Der Stichtentscheid im Fall von Stimmengleichheit kommt daher nach wie vor mit dem aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip in Konflikt.

Um ihn für zulässig zu erachten, wäre das aktienrechtliche Mehrheitsprinzip konzeptionell anders aufzufassen: Es müsste angenommen werden, dass Art. 703 OR nicht nur für zustimmende, sondern auch für ablehnende Beschlüsse eine Mehrheit vorschreibt.<sup>61</sup> Der Stichtentscheid würde bei Stimmengleichheit einen (wie auch immer negativen oder positiven) Beschluss erst herbeiführen, nicht aber einen vorhandenen negativen Beschluss in einen positiven kehren. Bei dieser Leseart von Art. 703 OR ergeht bei Stimmengleichheit kein Beschluss, so dass die Gesellschaft «beschlussunfähig» ist.<sup>62</sup> Im Aktienrecht liegt eine eigentliche Beschlussunfähigkeit aber nur vor, wenn ein in den Statuten vorgesehene Präsenzquorum nicht erreicht wird und eine Abstimmung folglich nicht möglich ist.<sup>63</sup> Der im Zusammenhang mit dem Stichtentscheid häufig verwendete Begriff der «Beschlussunfähigkeit»<sup>64</sup> sollte deshalb nicht in einem engeren aktienrechtlichen, sondern in einem weiteren, auf den mit dem Stichtentscheid verfolgten Zweck abstellenden Sinn verstanden werden: Der Stichtentscheid bezweckt letztlich, einen *dead lock* zu vermeiden und den Bestand der Gesellschaft zu gewährleisten.<sup>65</sup> Hierfür ist es im Ergebnis einerlei,

ob ohne Stichtentscheid bei Stimmengleichheit dauerhaft keine Beschlüsse oder keine positiven Beschlüsse zustande kommen.<sup>66</sup> Gesellschaftsorgane können jedenfalls nicht ordentlich bestellt werden. Die Einführung des Stichtentscheids in den Statuten mag deshalb einem gewissen praktischen Bedürfnis entsprechen. Mit pragmatischen Überlegungen allein kann die Rechtmässigkeit des Stichtentscheides allerdings noch nicht begründet werden.

## 5.2 Zweckmässigkeit

### 5.2.1 Vermeidung von Organisationsmängeln

Wird auf Dauer das für die Beschlussfassung notwendige Mehr nicht erreicht, können Gesellschaftsorgane unter Umständen nicht ordentlich bestellt werden.<sup>67</sup> Damit besteht die Gefahr von Organisationsmängeln. Bei Organisationsmängeln sieht das Gesetz die Einleitung eines Organisationsmängelverfahrens nach Art. 731b OR vor. Im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens können die Gerichte gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR verschiedene Massnahmen anordnen. Neben einer Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ziff. 1) und, *ultima ratio*, der Auflösung der Gesellschaft (Ziff. 3), kann das Gericht das fehlende Organ auch ersetzen oder einen Sachwalter einsetzen (Ziff. 2). Dieser Massnahmenkatalog ist nicht abschliessend.<sup>68</sup> So wird für die Lösung von dauerhaften Blockaden in der Generalversammlung beispielsweise die richterlich angeordnete Versteigerung oder Übernahme eines Aktienpakets oder die fiduziarische Übertragung je einer Aktienstimme eines jeden Aktionärs an einen unabhängigen Dritten vorgeschlagen.<sup>69</sup> Im Übrigen kann in einer verfahrenen Situation bereits die Fristansetzung unter Androhung der Auflösung der Gesellschaft (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR) konsensfördernd wirken. Bei der Anordnung einer geeigneten

<sup>57</sup> Adrian Rüesch, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, N 38.57.

<sup>58</sup> Fritz von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970, 197; Bruno Frick/Thomas Stäheli, in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht, Kommentar, 1. Aufl., Zürich 2016, Art. 706 OR N 6.

<sup>59</sup> Leo Sigg, Das Stimmengleichheitsproblem bei Abstimmungen, SJZ 15/1965, 239 ff., 239.

<sup>60</sup> CHK-Tanner (Fn. 38), Art. 703 OR N 4.

<sup>61</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 49), Fn. 92 zu N 1046.

<sup>62</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 49), Fn. 97 zu N 1049.

<sup>63</sup> Forstmoser/Küchler (Fn. 49); das Gesetz schreibt kein Präsenzquorum vor. Ein solches kann aber statutarisch eingeführt werden: CHK-Tanner (Fn. 38), Art. 713 N 4.

<sup>64</sup> BGE 95 II 555, E. 2.

<sup>65</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 49), Fn. 92 zu N 1046; BGE 95 II 555, E. 4.

<sup>66</sup> Vgl. Forstmoser/Küchler (Fn. 49), Fn. 92 zu N 1046; Böckli (Fn. 14), § 12 N 360.

<sup>67</sup> Vgl. Böckli (Fn. 14), § 12 N 360.

<sup>68</sup> BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

<sup>69</sup> Vgl. 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., 322; bei Mängeln im Exekutivorgan sollte die Einsetzung eines Sachwalters nach Ziff. 2 hingegen in aller Regel genügen, weshalb im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip auf solche Massnahmen verzichtet werden sollte.

Massnahme hat der Richter entsprechend dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz den involvierten Interessen von Aktionären und Anspruchsgruppen angemessen Rechnung zu tragen.<sup>70</sup> Die bisweilen diskutierte Möglichkeit<sup>71</sup> der richterlichen Zuweisung des Stichentscheids an einen Aktionär oder einen Dritten ist wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip als Massnahme für Mängel in der Generalversammlung jedenfalls abzulehnen.

Insofern erscheint es nachvollziehbar, wenn man es den Gesellschaftern selber überlassen möchte, mit der Einführung des statutarischen Stichentscheids vorgängig und auf konsensualer Basis ein Verfahren zur Gewährleistung der ordnungsgemässen Bestellung von Gesellschaftsorganen zu schaffen, anstatt die Gerichte erst zum Zeitpunkt von Organisationsmängeln miteinzubeziehen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Stichentscheid diesem Anspruch gerecht wird. Einerseits ist er praktisch nur bei paritätischen Zweipersonengesellschaften relevant, und selbst diese erweisen sich in der Praxis auch ohne vertraglich bereitgestellten Konfliktlösungsmechanismus durchaus als stabil.<sup>72</sup> Andererseits bestehen verschiedene Alternativen zum Stichentscheid.

### 5.2.2 Zweckerreichung

Bei paritätischen Zweipersonen-Gesellschaften gibt mit der Einführung des Stichentscheids einer der beiden beteiligten Aktionäre seine absolute Sperrminorität auf. Es erfolgt ein Wechsel weg vom Einstimmigkeitsprinzip hin zum Mehrheitsprinzip<sup>73</sup> und *de facto* die Schaffung eines Mehrheits- und eines Minderheitsaktionärs. Die Interessen des Minderheitsaktionärs sind bei der Beschlussfassung nur noch im Umfang des Minderheitenschutzes gewährleistet. Zu deren Durchsetzung steht dem Minderheitsaktionär die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR offen. Unter dem Einstimmigkeitsprinzip dagegen kann ein Generalversammlungsentscheid von vornherein nur dann zustande kommen, wenn sich beide Aktionäre, und sei es auch nur im Sinn eines Entgegenkommens zur Vermeidung der Blockade, mit dem Vorgehen einverstanden erklären. Mit ihrer Zustimmung verlieren

die Aktionäre in aller Regel das Rechtsschutzinteresse bezüglich einer allfälligen gerichtlichen Prüfung im Rahmen einer Anfechtungsklage.<sup>74</sup> Der Stichentscheid verlagert so gesehen die Wahrung der Aktionärsinteressen vom Aktionär in der Generalversammlung zu den Gerichten. Diese werden also trotz des Stichentscheids in die Konfliktlösung miteinbezogen. Das gilt erst Recht für die Wahl der Revisionsstelle, ist der Stichentscheid nach dem vorliegenden Fall in dieser Konstellation doch ohnehin unzulässig<sup>75</sup>. Es kann somit selbst bei einem statutarisch vorgesehenen Stichentscheid ein Organisationsmangel entstehen und ein Verfahren nach Art. 731b OR angestrengt werden. Dies ist sogar umso wahrscheinlicher, als die Wahl der Revisionsstelle für die finanzielle Interessenswahrung eines Minderheitsaktionärs zentral ist. Im Übrigen ist der Stichentscheid bei Sachverhalten mit qualifizierten Quoren nach Art. 704 Abs. 1 OR ohnehin wirkungslos.<sup>76</sup> Bei einer dauerhaft dysfunktionalen Gesellschaft ist eine gerichtliche Bereinigung der Aktionärsstruktur letztlich unumgänglich, soll die Gesellschaft nicht aufgelöst werden.<sup>77</sup>

### 5.2.3 Alternativen

Als Gegenvorschlag zum Stichentscheid wird regelmässig die vertragliche Einigung der Parteien auf die *fiduziarische Übertragung je einer Aktienstimme* eines jeden Gesellschafters an einen unabhängigen Dritten vorgebracht.<sup>78</sup> Das Bundesgericht hatte sich bereits in BGE 95 II 555 mit dieser Möglichkeit auseinandergesetzt. Es verwarf sie letztlich mitunter aber deshalb, weil es unter Umständen schwierig sei, einen gemeinsamen Vertrauensmann überhaupt zu finden.<sup>79</sup> Ebenfalls wird zu bedenken gegeben, dass sich der ursprünglich neutrale Dritte über kurz oder lang wohl trotzdem auf die Seite eines Aktionärs schlagen wird oder zumindest diesen Anschein erweckt.<sup>80</sup>

<sup>70</sup> BGE 138 III 294, E. 3.1.3 und E. 3.1.4.

<sup>71</sup> Vgl. Jörg (Fn. 69), 321 f.

<sup>72</sup> Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 89/1993, 37 ff., 38.

<sup>73</sup> von der Crone (Fn. 72), 39.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 74 II 41, E. 4. a) und BGE 99 II 55, E. 1.

<sup>75</sup> Vgl. BGER 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 3.2.

<sup>76</sup> Vgl. Böckli (Fn. 14), § 12 N 360a.

<sup>77</sup> von der Crone (Fn. 72), 37.

<sup>78</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), 58; Trautmann/von der Crone (Fn. 52), 474; Max Kummer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV, Bd. 107, 209 ff., 223.

<sup>79</sup> BGE 95 II 555, E. 2.

<sup>80</sup> Kummer (Fn. 78), 224; Forstmoser/Küchler (Fn. 49), N 1060.

Trotzdem scheint der Einbezug eines unabhängigen Dritten unter allen möglichen bilateralen Konfliktlösungsmechanismen die zielführendste Alternative zum Stichtscheid zu sein. Er senkt die Wahrscheinlichkeit von Gesellschaftsbeschlüssen, die ausschliesslich den Partikularinteressen eines Mehrheitsaktionärs dienen oder gar ausserhalb des Gesellschaftszwecks liegen, und ist im Unterschied zum Stichtscheid mit dem Mehrheitsprinzip vereinbar. Gegenüber der Zuweisung des Stichtscheids an einen Nichtaktionär weist diese Alternative überdies den Vorteil auf, dass sie keine Verletzung des Abspaltungsverbots – also des Verbots der von der Mitgliedschaft losgelösten Übertragung des Stimmrechts auf einen Nichtaktionär<sup>81</sup> – darstellt.<sup>82</sup> Die fiduziarische Übertragung je einer Aktienstimme eines jeden Aktionärs an einen neutralen Dritten ist deshalb gegenüber dem Stichtscheid vorzuziehen.<sup>83</sup> Dies gilt umso mehr, als der Verwaltungsratspräsident, der in der Regel auch die Generalversammlung leitet, typischerweise gerade keine von den Aktionärsgruppierungen unabhängiger Drittperson ist. Auf seine Wahl oder Ernennung haben Aktionäre mit Stimmrechtsaktien direkt oder indirekt einen überproportionalen Einfluss (Art. 693 OR, Art. 712 OR)

Als Alternative zum Stichtscheid kann bei Wahlen auch der *Losentscheid* in Betracht gezogen werden. Das Bundesgericht erachtete ihn im vorliegenden Entscheid bei der Wahl zwischen zwei – objektiv die Anforderungen erfüllenden – Wahlvorschlägen als schonenderes Mittel.<sup>84</sup> Dies auch für Wahlen, bei denen sich die Stimmkraft nicht zwingend nach der Kapitalbeteiligung zu bemessen hat,<sup>85</sup> in erster Linie also für die Wahl des Verwaltungsrats. Es ist jedoch nicht ohne weiteres ersichtlich, wie sich die objektiven Anforderungen an die Kandidierenden bestimmen lassen sollen. Dies im Unterschied zu staatlich beaufsichtigten Revisionsgesellschaften. Auch bei

Sachfragen ist der *Losentscheid* kein adäquates Mittel. Sachentscheide, bei denen in der Vorbereitung dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsführung ein Geschäftermessen zukommt,<sup>86</sup> lassen sich nicht durch das *Los* entscheiden.

Schliesslich könnten die Aktionäre auch eine *Schiedsabrede* abschliessen.<sup>87</sup> Der Vorsitzende der Generalversammlung würde so bei Stimmgleichheit als Schiedsrichter über den strittigen Antrag befinden. Er fällt damit keinen Stichtscheid, sondern einen Schiedsentscheid und braucht deshalb auch nicht Aktionär zu sein.<sup>88</sup> Dies setzt allerdings die Durchführung eines Schiedsverfahrens gemäss den Bestimmungen von Art. 353 ff. ZPO bzw. bei internationalen Sachverhalten von Art. 176 ff. IPRG voraus.<sup>89</sup> Die *Schiedsabrede* ist deshalb weniger praktikabel als die unmittelbare Herbeiführung eines Beschlusses in der Generalversammlung. Wegen des mit der Durchführung eines Schiedsverfahrens verbundenen Aufwands und der beanspruchten Zeit kommt sie nur ausnahmsweise als Konfliktlösungsmechanismus in Betracht.<sup>90</sup>

<sup>81</sup> Patrick Schleiffer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht nach bisherigem und revidiertem Recht, Diss. Univ. Zürich, Bern 1993, 11.

<sup>82</sup> Vgl. Vischer (Fn. 32), 87.

<sup>83</sup> Ebenso: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), 58; Trautmann/von der Crone (Fn. 52), 474.

<sup>84</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.4.

<sup>85</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.5.

<sup>86</sup> Vgl. zur grundsätzlichen Zurückhaltung von Gerichten bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessencharakter: BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1. m.w.H.

<sup>87</sup> Von der (vertraglichen) Schiedsabsprache zu unterscheiden ist die (statutarische) Schiedsklausel, die kritisch zu hinterfragen ist: Vgl. Benjamin Büchler/Hans Caspar von der Crone, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), in: SZW 3/2010, 258 ff., 262 f.; Im Zuge der Aktienrechtsrevision soll mit Art. 697n E-OR die Möglichkeit von statutarischen Schiedsklauseln gesetzlich verankert werden.

<sup>88</sup> Aus diesem Grund wird auch vertreten, dass eine Statutenbestimmung, welche den Stichtscheid in die Hände eines Nichtaktionärs legt, als statutarische Schiedsgerichtsklausel ausgelegt werden sollte: Müller/Lipp/Plüss (Fn. 32), 144; kritisch gegenüber einer solchen Auslegung von Statutenbestimmungen: Vischer (Fn. 32), Fn. 122 auf Seite 90.

<sup>89</sup> Im vorliegenden Fall wurde gemäss Vorinstanz kein Schiedsverfahren durchgeführt, weshalb denn auch eine allfällige Berufung auf die Schiedsklausel unbehilflich gewesen wäre: Vgl. Urteil des Handelsgerichts AG vom 8. September 2016 (HOR.2015.33/DP/mv), E. 5.2.3.

<sup>90</sup> Dieses Vorgehen steht denn auch oft erst am Ende einer Reihe von Konfliktlösungsmechanismen: Forstmoser/Küchler (Fn. 49), N 1063.

## 6. Gebot der schonenden Rechtsausübung

### 6.1 Entwicklung und Tatbestandsmerkmale

Das Gebot der schonenden Rechtsausübung geht auf den römischrechtlichen Grundsatz des «*civiliter uti*» (Digesten 8, 1, 9) zurück, wonach eine Dienstbarkeit stets unter Schonung des belasteten Grundstücks ausgeübt werden muss.<sup>91</sup> Seinem Ursprung folgend erfuhr es im schweizerischen Zivilrecht im Bereich der Grunddienstbarkeiten mit Art. 737 Abs. 2 ZGB eine positivrechtliche Verankerung.<sup>92</sup> *Merz* wies als Erster konkret auf die Möglichkeit hin, diesen sachenrechtlichen Grundsatz auf das Gesellschaftsrecht zu übertragen. Damit soll der Machtmissbrauch einer Mehrheit erfasst werden, der darin besteht, dass mit dem Anstreben eines Vorteils für die Gesellschaft ein zwar zulässiges Ziel verfolgt wird, dieses aber die Minderheit übermässig schädigt.<sup>93</sup> In eine ähnliche Richtung ging zuvor bereits *Schluep*. Er befand Beschlüsse bezogen auf den Gesellschaftszweck nur dann als nicht rechtsmissbräuchlich, «(...) wenn die grundsätzlich notwendige Schädigung in dem Masse und in der Weise erfolgt, wie sie der Gesellschaftszweck verlangt».<sup>94</sup> Weiter zeigte *Oesch* auf, wie das Gebot der schonenden Rechtsausübung für die Lösung von aktienrechtlichen Fragen des Minderheitenschutzes fruchtbar gemacht werden kann. Er postulierte das Gebot der schonenden Rechtsausübung als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und forderte, wo «(...) der Zweck auf mehrere Arten erreicht werden [kann], (...) die Gesellschaft denjenigen Weg wählen [muss], der die Rechte ihrer Mitglieder, insbesondere der Minderheitsaktionäre, am wenigsten tangiert».<sup>95</sup> *Meier-Hay-*

*oz/Zweifel* schliesslich formulierten konkret vier Voraussetzungen einer Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung: Erstens braucht es eine Beeinträchtigung von Minderheitsrechten, zweitens hat der durch den Beschluss angestrebte Zweck im Gesellschaftsinteresse zu liegen, drittens muss der angestrebte Zweck mit einem schonenderen Mittel erreicht werden können und viertens muss das schonendere Mittel der Mehrheit zumutbar sein.<sup>96</sup> Das Bundesgericht schloss sich in BGE 117 II 290 dieser Auffassung an, indem es erstmals festhielt, dass eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung dann vorliegt, «(...) wenn die Beschlüsse der Mehrheit die Rechte der Minderheit beeinträchtigen und das im Interesse der AG verfolgte Ziel auf eine für diese Minderheit mehr oder weniger unschädliche Weise und ohne Nachteile für die Mehrheit hätte erreicht werden können.»<sup>97</sup> Im vorliegenden Entscheid wurden diese Voraussetzungen in der verkürzten Form wiedergegeben, dass «statutarische Beschränkungen der Einflussmöglichkeiten von Minderheitsaktionären unzulässig [sind], welche zur Erreichung der angestrebten gesellschaftsrechtlichen Ziele nicht erforderlich sind oder die mit weniger einschneidenden Mitteln gleichfalls erreicht werden können».<sup>98</sup>

### 6.2 Rechtsprechungsübersicht

Erste Ansätze einer Anerkennung des Gebots der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht

<sup>91</sup> *Arthur Meier-Hayoz/Martin Zweifel*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, Kritik des Weltwoche-Entscheids des schweizerischen Bundesgerichts, in: Wolfgang Hefermehl/Rudolf Gmür/Hans Brox (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 383 ff., 389.

<sup>92</sup> *Hans Merz*, Berner Kommentar, Einleitungsband Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 2 N 394; vgl. auch BGE 113 II 151, E. 4.

<sup>93</sup> BK ZGB-Merz (Fn. 92), Art. 2 N 326.

<sup>94</sup> *Walter René Schluep*, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. Univ. St. Gallen, Zürich 1955, 320.

<sup>95</sup> *Franz Peter Oesch*, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Univ. Bern, Winterthur 1971, 186.

<sup>96</sup> *Meier-Hayoz/Zweifel* (Fn. 91), 393; Ähnlich die von *Pelli* aufgestellten Voraussetzungen, die an diese Überlegungen anknüpfen: *Fulvio Pelli*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1978, 78 ff.

<sup>97</sup> Pra 81 (1992) Nr. 137, Entscheid vom 25. Juni 1991 *Canes c. Nestlé AG*; Originalzitat BGE 117 II 290, E. 4.e.bb: « Quant au principe selon lequel un droit doit être exercé avec ménagement, il est violé lorsque les décisions de la majorité compromettent les droits de la minorité alors même que le but poursuivi dans l'intérêt de la société aurait pu être atteint de manière peu ou pas dommageable pour cette minorité et sans inconvénient pour la majorité. »

<sup>98</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.3.

finden sich in BGE 91 II 298<sup>99</sup> und BGE 98 II 96<sup>100</sup>. Damals allerdings noch umrisshaft und ohne explizite Nennung. Im viel diskutierten «Weltwoche-Entscheid» (BGE 99 II 55) verneinte das Bundesgericht erstmals ausdrücklich eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung. Dies, nachdem es zuvor feststellte, dass weder eine Ungleichbehandlung noch ein Eingriff in Aktionärsrechte vorlag, da kein Anspruch auf die Ausgabe von neuen Aktien zum inneren Wert besteht.<sup>101</sup> Aus denselben Gründen verneinte es auch im Folgeentscheid BGE 102 II 265 eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung.<sup>102</sup>

In BGE 117 II 290, der eine bedingte Kapitalerhöhung der Nestlé AG betraf, hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zunächst fest, dass das Bezugsrecht zwar kein vom Aktionär wohlverworfenes Recht darstellt, sein Ausschluss aber gleichwohl einen sachlichen Grund voraussetzt und sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung als auch das Prinzip der schonenden Rechtsausübung beachten muss.<sup>103</sup> Weil der Beschluss – anders als in BGE 91 II 298 – nicht einen bestimmten Aktionär vom Bezugsrecht ausschloss, sondern sämtliche Aktionäre gleichermassen betraf, konnte das Bundesgericht keine Ungleichbehandlung feststellen. Es verzichtete folgerichtig auf eine Überprüfung des angefochtenen Beschlusses unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung.<sup>104</sup> Die Feststellung, wonach ein Bezugsrechtsausschluss stets einer sachlichen Rechtfertigung bedarf und den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Prinzip der schonenden Rechtsausübung beachten muss, wiederholte das Bundesgericht in BGE 121 III 219 auch unter neuem

Recht.<sup>105</sup> In der Folge erklärte es die geplante bedingte Kapitalerhöhung der SBG (heute UBS) für unzulässig. Dies allerdings nicht wegen einer Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung, sondern weil im Delegationsbeschluss kein hinreichend wichtiger Grund nach Art. 653c Abs. 2 OR für den Entzug des Vorwegzeichnungsrechts umschrieben worden war.<sup>106</sup>

In den Entscheiden BGE 118 II 157 (Missbräuchlichkeit einer Kündigung)<sup>107</sup>, BGE 131 III 459 (Beschluss einer Stockwerkeigentümergeellschaft)<sup>108</sup> sowie BGE 137 III 145 (Ausübung eines Wegrechts)<sup>109</sup> wurde das Gebot der schonenden Rechtsausübung ebenfalls adressiert, allerdings nicht in einem gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang. Der vorliegende Entscheid stellt demnach, soweit ersichtlich, das erste Urteil dar, wonach ein Generalversammlungsbeschluss wegen eines Verstosses gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung für unzulässig befunden wurde.

Aus der dargelegten Rechtsprechungsübersicht geht hervor, dass das Gebot der schonenden Rechtsausübung dann erörtert wurde, wenn ein Eingriff in Aktionärsrechte oder eine Ungleichbehandlung im Raum stand. Den Entscheiden lagen stets Sachverhaltskonstellationen von divergierenden Aktionärsinteressen zugrunde, dies insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen.

## 6.3 Dogmatische Einordnung

### 6.3.1 Richtigkeitsvermutung bei Interessengleichlauf

Art. 706 Abs. 1 OR sieht generalklauselartig Gesetzes- und Statutenverletzungen als Anfechtungsgründe vor und listet in Abs. 2 Ziff. 1–4 nicht abschliessend vier Einzeltatbestände von Rechtsverletzungen auf.<sup>110</sup> Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 (gesetzes- oder statutenwidrige Beschlüsse bzw. Eingriffe in Aktionärsrechte) erfassen neben Verletzungen von spezifischen Normen zum Schutz des Aktionärs und den übrigen Bestimmungen des Aktienrechts auch Bestimmungen aus anderen Bereichen der Rechtsordnung (strittig) so-

<sup>99</sup> Insb. indem das Bundesgericht feststellte, dass der strittige Beschluss für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks im Gesamtinteresse der Aktionäre nicht «unumgänglich notwendig» gewesen wäre: Vgl. BGE 91 II 298, E. 8.

<sup>100</sup> Insb. als das Bundesgericht die Überlegung anstrebte, dass auch eine Sanierungsmassnahme hätte ins Auge gefasst werden können, die zwar den Wert der Aktien ebenfalls erhöht, das Stimmrecht aber nicht verändert hätte: Vgl. BGE 98 II 96, E. 4.c.

<sup>101</sup> BGE 99 II 55, E. 2, E. 3 und E. 4.b; die «Weltwoche»-Rechtsprechung würde mit Art. 652b Abs. 4 E-OR eine Änderung erfahren.

<sup>102</sup> BGE 102 II 265, E. 3.

<sup>103</sup> BGE 117 II 290, E. 4.e.

<sup>104</sup> Stattdessen legte es den Fokus auf die Untersuchung der Rechtmässigkeit der entsprechenden Kompetenzdelegation an den Verwaltungsrat: BGE 117 II 290, E. 4.e.bb.

<sup>105</sup> BGE 121 III 219, E. 1.

<sup>106</sup> BGE 121 III 219, E. 5.b.

<sup>107</sup> BGE 118 II 157, E. 4.b.cc.

<sup>108</sup> BGE 131 III 459, E. 5.3.

<sup>109</sup> BGE 137 III 145, E. 5.5.

<sup>110</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 26), Art. 706 N 9.

wie allgemeine Rechtsgrundsätze.<sup>111</sup> Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 3 beinhalten sodann die Tatbestände des unsachlichen Eingriffs in Aktionärsrechte sowie der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Aktionären. Der Sondertatbestand von Abs. 2 Ziff. 4 (Aufhebung der Gewinnstrebigkeit) ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter zu erörtern.

Ausgangspunkt für die dogmatische Einordnung des Gebots der schonenden Rechtsausübung in dieses Gefüge von Art. 706 OR ist – wie schon bei der Beurteilung des Stichentscheids – das aktienrechtliche Mehrheitsprinzip. Dem Mehrheitsprinzip zufolge unterwirft sich der einzelne Aktionär mit Eintritt in die Gesellschaft grundsätzlich bewusst dem Willen der Mehrheit und hat Entscheide auch dann zu akzeptieren, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung darstellen.<sup>112</sup> Dieses Credo beruht auf der Annahme, dass der Aktionär primär in einem kapitalorientierten Verhältnis zur Gesellschaft steht.<sup>113</sup> Der finanzielle Nutzen des einzelnen Aktionärs ergibt sich aus dem Streben aller Aktionäre nach Kapitalerhaltung und Ertrag. Mehrheitsentscheide beruhen somit in aller Regel auf homogenen Interessen der Aktionäre.<sup>114</sup> Bei diesem primär auf das kapitalmässige Interesse abstellenden und damit normativen Verständnis des Interessengleichlaufs<sup>115</sup> gereichen Mehrheitsent-

scheide im Regelfall auch Minderheitsaktionären zum Vorteil. Sie haben deshalb lediglich auf das Vorliegen von Rechtsverletzungen hin überprüft zu werden, d.h. auf Verstösse gegen verfahrensrechtliche Vorschriften sowie gegen das Rechtsmissbrauchsverbot, nicht aber auf ihre Angemessenheit bzw. Sachlichkeit.<sup>116</sup> Vor diesem Hintergrund erhellt, weshalb Art. 706 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 OR ausschliesslich Gesetzes- und Statutenverstösse als Anfechtungsgründe vorsehen.

### 6.3.2 Sachlichkeitsüberprüfung bei Interessengegensatz

Anders verhält es sich mit Mehrheitsbeschlüssen, die in die Rechte von Aktionären eingreifen oder Aktionäre ungleich behandeln. Insbesondere wenn bei einem Mehrheitsbeschluss gewisse Aktionäre gegenüber anderen bevorzugt werden, ist zu vermuten, dass der Entscheid auf einem Interessensgegensatz zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären beruht.<sup>117</sup> Mehrheitsbeschlüsse, die in die Aktionärsrechte eingreifen (Ziff. 2) oder Aktionäre ungleich behandeln (Ziff. 3), legitimieren sich demnach nicht schon durch das Verfahren für ihr Zustandekommen. Vielmehr rechtfertigt sich eine materielle Überprüfung mit Blick auf das Sachlichkeitskriterium.<sup>118</sup>

Mit dem Sachlichkeitskriterium nach Ziff. 2 eng verbunden ist das selbständige Prinzip der Proportionalität. Denn ein Eingriff in Aktionärsrechte kann nur sachlich sein, wenn er proportional zum damit resultierenden Nutzen für die Gesellschaft als Ganze ist.<sup>119</sup> Verstösse gegen das Proportionalitätsprinzip werden deshalb von der herrschenden Lehre unter Ziff. 2 subsumiert.<sup>120</sup> Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist neben dem Verbot des Übermasses im Sinne des schlechthin Unnötigen auch das Gebot der schonenden Rechtsausübung zu beachten.<sup>121</sup> Nach herrschender Lehre fällt das Gebot der schonenden Rechtsausübung demnach ebenfalls unter Ziff. 2.<sup>122</sup>

<sup>111</sup> Umstritten ist, ob Abs. 1 neben aktienrechtlichen Bestimmungen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Rechtsmissbrauchsverbot und dem Verhältnismässigkeitsprinzip auch Rechtssätze aus der gesamten Rechtsordnung erfassen und demnach weit auszulegen ist: *Behajend von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 189; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 17; *Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber*, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1164; verneinend *Böckli* (Fn. 14), § 16 N 123 und *BSK OR II-Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 706 N 10.

<sup>112</sup> BGE 95 II 157, E. 9.b.

<sup>113</sup> Vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, Erweiterte Fassung eines Referates vor dem Bernischen Juristenverein, Sonderdruck der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 133, Heft 2 (1997), 73 ff., 98.

<sup>114</sup> Vgl. *Franziska Bächler/Hans Caspar von der Crone*, Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.205/2008 vom 19. August 2008 i.S. A. sowie *Association des Amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne* (Beschwerdeführer) gegen *Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne*, in *Liquidation* (Beschwerdegegnerin), SZW 4/2009, 310 ff., 316.

<sup>115</sup> *von der Crone* (Fn. 113), 98.

<sup>116</sup> Vgl. *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 95 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *Bächler/von der Crone* (Fn. 114), 314.

<sup>118</sup> *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 98 f.

<sup>119</sup> *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 48.

<sup>120</sup> Vgl. *Böckli* (Fn. 14), § 16 N 113; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 25; *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 48.

<sup>121</sup> *Oesch* (Fn. 95), 186.

<sup>122</sup> *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 48 und 196; *Böckli* (Fn. 14), § 16 N 113; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 25; a.M. *BSK OR II-Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 706 N 13.

Das Bundesgericht nahm im vorliegenden Entscheid keine konkrete Zuordnung des Gebots der schonenden Rechtsausübung unter die Ziffern von Art. 706 Abs. 2 OR vor. Einerseits insinuiert es die Nähe zum Verhältnismässigkeitsprinzip nach Ziff. 2, indem es namentlich solche Beschlüsse für anfechtbar erklärt, «(...) die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen und insbesondere das Gebot der schonenden Rechtsausübung missachten.»<sup>123</sup> Andererseits verweisen die hierfür vom Gericht angeführten Ausführungen von *Böckli* und *Dubs/Truffer* aber sowohl auf Ziff. 1<sup>124</sup> (wobei der Autor das Gebot der schonenden Rechtsausübung überdies unter Ziff. 2 subsumiert)<sup>125</sup> als auch auf Ziff. 3<sup>126</sup>.

Die Zuordnung zu einem der Einzelatbestände von Art. 706 Abs. 2 OR ist für die Überprüfung von Beschlüssen unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung letztlich zweitrangig. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass das Gebot der schonenden Rechtsausübung bei Mehrheitsbeschlüssen zum Tragen kommt, die auf divergierenden Aktionärsinteressen beruhen. Dies geht sowohl aus den zuvor dargelegten wohlfahrtsökonomischen Überlegungen zu Mehrheitsbeschlüssen als auch aus der Rechtsprechungsübersicht hervor. Die Anwendung des Gebots der schonenden Rechtsausübung setzt folglich den Eingriff in ein Aktionärsrecht oder in konkrete aktienrechtliche Garantien wie dem Gleichbehandlungsgebot voraus.<sup>127</sup> Das Gebot der schonenden Rechtsausübung selber stellt kein eigenständiges Aktionärsrecht dar.<sup>128</sup>

#### 6.4 Zulässigkeit des Stichentscheids

Die nachfolgenden Erörterungen über die Anfechtbarkeit des Stichentscheids wegen einer Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung erfolgen unter der vom Bundesgericht gesetzten Prämisse seiner Zulässigkeit. Denn nach der hier vertretenen Ansicht kollidiert der Stichentscheid mit dem aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip. Das Mehrheitsprinzip stellt ein Teil der Grundstruktur der Aktiengesell-

schaft dar.<sup>129</sup> Folglich wäre ein Beschluss über die Einführung des Stichentscheids in die Statuten oder die Ersetzung eines vorgesehenen Losverfahrens durch den Stichentscheid nicht nur anfechtbar, sondern nach Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig.<sup>130</sup>

##### 6.4.1 Bei bestehendem Losverfahren

Für die Analyse des vorliegenden Entscheids zentral ist die Unterscheidung zwischen einer erstmaligen Einführung eines statutarischen Stichentscheids einerseits und der Änderung eines bestehenden statutarischen Verfahrens bei Stimmengleichheit andererseits. Denn nur wenn bereits das Losverfahren in den Statuten vorgesehen ist, besteht ein statutarisch vorgesehenes Aktionärsrecht. Im vorliegenden Fall wurde E.B. mit dem Recht auf Losung im Fall von Stimmengleichheit nach Art. 12 Abs. 1 der Statuten der Hotel A. AG ein solches statutarisches Aktionärsrecht eingeräumt.<sup>131</sup> Dieses sollte mit der Änderung der Statuten gegen ihren Willen entzogen und durch den Stichentscheid ersetzt werden. Damit lag ein Eingriff in ein Aktionärsrecht nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR vor, den es auf seine Sachlichkeit hin zu überprüfen galt. Der Stichentscheid vermag zwar, wie es das Bundesgericht feststellt, die «Handlungsfähigkeit» der Gesellschaft zu gewährleisten und liegt somit durchaus im Gesellschaftsinteresse. Allerdings gewährleistet dies das Losverfahren nach Art. 12 Abs. 1 der Statuten ebenso gut. Weil der Losentscheid gegenüber dem Stichentscheid das schonendere Mittel darstellt und weil dieses Vorgehen der Mehrheit als Lösungsmechanismus bei Stimmengleichheit zumutbar ist, waren sämtliche Voraussetzungen für eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung erfüllt.

Eine solche Sachlage, bei der einerseits mit dem Losverfahren im Fall von Stimmengleichheit bei Wahlen ein Aktionärsrecht besteht, andererseits aber mit dem Stichentscheid bei Sachfragen die Möglichkeit vorhanden ist, dieses Recht gegen den Willen eines anderen Aktionärs zu beschränken, ist aussergewöhnlich. Das Gebot der schonenden Rechts-

<sup>123</sup> BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, E. 4.3.

<sup>124</sup> *Böckli* (Fn. 14), §16 N 112.

<sup>125</sup> *Böckli* (Fn. 14), §16 N 113.

<sup>126</sup> BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 706 N 13 und 15.

<sup>127</sup> Vgl. *Bächler/von der Crone* (Fn. 114), 316, FN 44.

<sup>128</sup> *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 48–50.

<sup>129</sup> *von der Crone* (Fn. 14), § 5 N 87; *Böckli* (Fn. 14), § 12 N 430; a.M. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 24 N 54; BSK OR II-*Dubs/Truffer* (Fn. 26), Art. 703 N 15; *Kunz* (Fn. 32), § 12 N 92 ff.

<sup>130</sup> Vgl. *Trautmann/von der Crone* (Fn. 52), 473.

<sup>131</sup> Vgl. BGer 4A\_579/2016 vom 28. Februar 2017, Sachverhaltselement A.e.

ausübung gelangt im Zusammenhang mit Stichtenscheiden demnach nur in Ausnahmefällen zur Anwendung.

#### 6.4.2 Ohne bestehendes Losverfahren

Im Unterschied zur Ersetzung einer bestehenden statutarischen Regelung durch den Stichtenscheid ist seine erstmalige Einführung bei paritätischen Zweipersonen-Gesellschaften ausschliesslich in einstimmiger Beschlussfassung möglich. Denn für den Fall von Stimmgleichheit besteht in dieser Sachverhaltskonstellation noch kein Lösungsmechanismus, weshalb ein entsprechender Antrag bei Stimmgleichheit als abgelehnt gilt. Denkbar ist die erstmalige Einführung des Stichtenscheids gegen den Willen eines anderen Aktionärsblocks nur bei Gesellschaften mit einem Mehrheitsaktionär. Möchte dieser beispielsweise seine Beteiligung auf 50% der Stimmrechte reduzieren ohne auf den bestehenden Einfluss zu verzichten, könnte er sich vor dem Verkauf der überschüssigen Aktien den Stichtenscheid im Fall von Stimmgleichheit sichern.

Weil bei der erstmaligen Einführung des Stichtenscheids gegen den Willen eines anderen Aktionärs noch kein statutarisch eingeräumtes Recht des Minderheitsaktionärs besteht, müsste ein Eingriff in ein gesetzlich vorgesehenes Aktionärsrecht oder eine Ungleichbehandlung erstellt werden, um in einem zweiten Schritt im Rahmen von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 oder 3 OR das Gebot der schonenden Rechtsausübung anzurufen und beispielsweise geltend zu machen, dass mit der fiduziarischen Übertragung von Aktienstimmen an einen Dritten oder mit dem Losverfahren bei Wahlen ein schonenderes Mittel zur Verfügung stünde. Da kein gesetzlich vorgesehenes Aktionärsrecht ersichtlich ist, in das eingegriffen würde, wird insbesondere eine mit dem Stichtenscheid verbundene Ungleichbehandlung diskutiert.<sup>132</sup> Das Gebot der schonenden Rechtsausübung kann demnach theoretisch zwar auch bei der erstmaligen Einführung des Stichtenscheids zur Anwendung gelangen, würde aber eine damit verbundene Ungleichbehandlung von Aktionären voraussetzen.

#### 6.4.3 Rechtsmissbrauch

Der Anfechtende kann nach Art. 706 Abs. 1 OR unabhängig von einem Eingriff in ein Aktionärsrecht oder einer Ungleichbehandlung Rechtsmissbrauch geltend machen. Das Bundesgericht gab mit BGE 102 II 265 seine ältere Rechtsprechung auf, wonach es sich beim Gleichbehandlungsgebot um eine *lex specialis* zu Art. 2 ZGB handle und Beschlüsse bei Verneinung einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht weiter auf Rechtsmissbrauch hin überprüft werden können.<sup>133</sup> Beschlüsse sind rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lassen, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigen und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugen.<sup>134</sup> Im Aktienrecht kommen diesbezüglich insbesondere Fallkonstellationen von widersprüchlichen Verhaltensweisen (*venire contra factum proprium*) in Betracht.<sup>135</sup> Angesichts der grundlegenden Geltung des Mehrheitsprinzips ist bei der Annahme von Rechtsmissbrauch Zurückhaltung geboten. Das Rechtsmissbrauchsverbot dient nicht dazu, Sonderinteressen einer Minderheit durchzusetzen.<sup>136</sup> Verstösse gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung sollten deshalb nicht als Tatbestände des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>137</sup>, sondern als Ausfluss aus Art. 2 Abs. 1 ZGB aufgefasst werden.<sup>138</sup>

## 7. Schlussbemerkungen

Der Stichtenscheid mag ein Kind der Praxis sein. Aus rechtlicher Sicht muss er hingegen kritisch hinterfragt werden. Er steht in einem Spannungsverhältnis zum aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip und zieht entsprechende Folgeprobleme nach sich, allen voran im Minderheitenschutz. So erstaunt es nicht, dass im vorliegenden Entscheid das Gebot der schonenden Rechtsausübung als Korrektiv herangezogen wurde. Das Gebot der schonenden Rechtsausübung findet im Kontext von gegenläufigen Aktionärsinteressen seinen Anwendungsbereich. Es setzt im Rahmen von Art. 706 Abs. 2 OR einen Eingriff in ein Aktionärs-

<sup>133</sup> BGE 102 II 265, E. 2.

<sup>134</sup> BGE 95 II 157, E. 9.c.

<sup>135</sup> von der Crone (Fn. 14), § 8 N 56.

<sup>136</sup> von der Crone (Fn. 14), § 8 N 57.

<sup>137</sup> So aber das Bundesgericht in BGE 131 III 459, E. 5.3.

<sup>138</sup> Vgl. Meier-Hayoz/Zweifel (Fn. 91), 389; Bächler/von der Crone (Fn. 114), 315 f.

<sup>132</sup> Befürwortend: Trautmann/von der Crone (Fn. 52), 473; Kunz (Fn. 32), § 12 N 84; ablehnend: Böckli (Fn. 14), § 12 N 358.

recht oder eine Ungleichbehandlung voraus. Im vorliegenden Sachverhalt bestand im statutarischen Recht auf Losung ein Aktionärsrecht, das mit der Einführung des Stichtscheids verletzt wurde. Hiervon abzugrenzen ist ein Beschluss über die Einführung des Stichtscheids bei einer Gesellschaft, die zuvor noch keinen Lösungsmechanismus für den Fall von

Stimmgleichheit vorgesehen hatte. Eine Anwendung des Gebots der schonenden Rechtsausübung ist zwar auch in dieser Konstellation denkbar, würde aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die ihn grundsätzlich für zulässig erachtet, aber eine Ungleichbehandlung von Aktionären voraussetzen.