

SONDERDRUCK AUS

DEUTSCHES, EUROPÄISCHES
UND VERGLEICHENDES
WIRTSCHAFTSRECHT

FESTSCHRIFT FÜR
WERNER F. EBKE
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von
Boris P. Paal
Dörte Poelzig
Oliver Fehrenbacher

2021

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich



PETER V. KUNZ

Pattsituationen in schweizerischen Aktiengesellschaften

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Der Jubilar, *Werner F. Ebke*, und der Unterzeichner kennen sich seit vielen Jahren, ua im Rahmen der *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, die mein lieber Kollege lange Zeit als Herausgeber umsichtig und professionell führte.¹ *Werner F. Ebke* interessiert sich ebenfalls für das *schweizerische Wirtschaftsrecht*, so dass ich ihm kollegialiter diesen Beitrag widme: alles Gute zum Gebori, lieber *Werner*!

In der Schweiz stellt die *Aktiengesellschaft* (AG) die *bedeutendste* Gesellschaftsform dar: Anfangs 2020 existierten 221.065 AG. Die Schweizer Volkswirtschaft wird von *kleinen und mittleren Unternehmen* (KMU)² beherrscht,³ die – anders als in anderen Ländern – regelmäßig als AG organisiert sind. Infolgedessen erweist sich das *schweizerische Aktienrecht* (Art. 620 ff. OR)⁴ nach wie vor als wichtigstes Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts.

2. Was ist eine Pattsituation?

Der Begriff „Patt“ oder *Pattsituation* wird in erster Linie mit dem *Schachspielen* in Verbindung gebracht. Es handelt sich um eine Schachstellung, die es einem der Spieler nicht mehr erlaubt, einen regelkonformen Zug zu machen, ohne dass er aber zugleich im Schach steht; eine solche Schachpartie wird als *unentschieden gewertet*.

Von einem „Unentschieden“ kann bei *unternehmerischen Pattsituationen* keine Rede sein, sondern typischerweise resultieren böse Worte, noch bössere Anwaltsbriefe, Drohungen und nicht selten Gerichtsverfahren – mit *Verlierern auf allen Seiten*. Eine Pattsituation bei Gesellschaften führt zwar nicht zwangsläufig, indes regelmäßig, zu Blockaden und damit potentiell zu einem „Funktionszusammenbruch der körperschaftlichen Willensbildung“⁵, weil sich *zwei gleich große „Blöcke“* gegenüberstehen.⁶

Bei einer AG können Pattsituationen in deren *Gesellschaftsorganen* eintreten: in der Generalversammlung (GV) auf Basis von Art. 698 ff. OR, im Verwaltungsrat (VR) gem. Art. 707 ff. OR. Als *potentiell pathologisch* erweist sich das *andauernde „GV Patt“* und weniger das „VR Patt“, das pragmatisch beseitigt werden kann.⁷

¹ Der Unterzeichner ist seit dem Jahr 2009 als Mitherausgeber tätig. Ich bedanke mich bei Rechtsanwalt *Alex Attinger*, wissenschaftlicher Assistent, für seine wertvolle Unterstützung bei diesem Beitrag.

² Vgl. *Kunz*, *Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen*, 2019, § 2 N 128 ff.

³ Nicht selten handelt es sich um Familienunternehmen: *Kunz*, *Familienunternehmen in der Schweiz*, 2018 S. 449 ff.

⁴ Schweizerisches Obligationenrecht v. 30. März 1911: SR 220.

⁵ *Bösiger* REPRAX 1/2003, 1 (14); re „Konflikttheorie“: *Bock*, *Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung*, 2019, S. 30 ff.

⁶ Die „Blöcke“ basieren in der GV nicht auf der Anzahl der Gesellschafter, sondern auf der Zahl der Stimmrechte, die sie vertreten.

⁷ Die GV könnte eingreifen mittels Abberufung des VR (Art. 705 OR).

Eine Pattsituation durch Stimmrechte dürfte selten sein. Für einen gültigen Beschluss braucht es nämlich eine *Mehrheit* der Stimmen,⁸ und sollte eine solche nicht zustande kommen, führt dies nicht zu einem paralysierenden „Nicht-Beschluss“, sondern zu einem *negativen Beschluss* („Der Antrag wurde abgewiesen“), der ohne weiteres gültig ist. Die Blockade erfolgt dadurch, dass *ständig Negativbeschlüsse* vorliegen.⁹

3. Abgrenzungen

Der Beitrag ist auf *schweizerische AG* fokussiert. Bei den anderen Kapitalgesellschaften – konkret: GmbH¹⁰ sowie KmAG¹¹ – stellen sich indessen dieselben Fragen, die zu denselben Antworten führen.¹² Ähnlich verhält es sich im Hinblick auf die Gen¹³, bei denen das Kopfstimmprinzip beachtet werden muss (Art. 885 OR).¹⁴

Anders erscheint es bei den *Personengesellschaften*, auf die nicht eingegangen wird.¹⁵ Bei diesen Gesellschaften dominiert – vorbehaltlich anderer Abreden – das *Einstimmigkeitsprinzip*, das zu einem Vetorecht der Gesellschafter führt.¹⁶ Ex lege werden damit blockierende „50% : 50%-Situations ausgeschlossen.

II. Schweizer Aktienrecht

1. Rechtslage de lege lata

a) Verwaltungsrat

Der VR, das „mächtigste“ Organ der AG,¹⁷ kann gem. Art. 707 Abs. 1 OR aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen, auch aus einer *geraden Zahl* (2, 4, 6 etc). Angesichts des Kopfstimmprinzips,¹⁸ kombiniert mit dem Mehrheitsprinzip, kann es zu einem „*Dead Lock*“ und damit zu einer Blockade im Exekutivorgan kommen.

Vor diesem Hintergrund sieht das Aktienrecht einen *gesetzlichen Stichentscheid* vor:¹⁹ „Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Der Vorsitzende hat den Stichentscheid, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen“ (Art. 713 Abs. 1 OR). Damit wird das Kopfstimmprinzip modifiziert.²⁰

⁸ Dies ergibt sich aus dem Gesetz (zB Art. 703f. OR) oder aus den Statuten.

⁹ Dadurch würden (Wieder-)Wahlen verunmöglicht.

¹⁰ Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Art. 772ff. OR.

¹¹ Kommanditaktiengesellschaft: Art. 764ff. OR.

¹² GmbH: Art. 808a OR und Art. 809 Abs. 4 OR; KmAG: keine expliziten Regelungen, aber Verweisung (Art. 764 OR); ebenso bei der spezialgesetzlichen SICAV: Art. 50f. KAG (SR 951.31).

¹³ Genossenschaft: Art. 828ff. OR.

¹⁴ Die Zulässigkeit von Stichentscheiden bei Gen ist umstritten, Art. 888 OR äußert sich nicht explizit.

¹⁵ Einfache Gesellschaft: Art. 530ff. OR; Kollektivgesellschaft: Art. 552ff. OR; Kommanditgesellschaft: Art. 594ff. OR.

¹⁶ Vertraglich kann das Mehrheitsprinzip eingeführt werden: *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2018, § 7 N 50.

¹⁷ Dem VR steht eine Subsidiärkompetenz zu für Aufgaben, die keinem anderen Organ zustehen: Art. 716 Abs. 1 OR.

¹⁸ *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl. 2015, § 13 N 64; *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2018, § 8 N 318; *von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 1371.

¹⁹ Vor der Regulierung habe es sich um ein „Gewohnheitsrecht“ gehandelt: *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 117.

²⁰ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizer Aktienrecht, 1996, § 31 N 29; faktisch sei es ein „Vorrecht des Verwaltungsratspräsidenten“: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizer Aktienrecht, 1996, § 31 N 30.

b) Generalversammlung

Die GV ist „[o]berstes Organ“ der AG (Art. 698 Abs. 1 OR). Bei größeren Unternehmen, erst recht bei Publikumsgesellschaften, oder bei atomistischen Aktionariaten drohen faktisch keine Pattsituationen. Anders kann es sich bei KMU verhalten.

Für *Beschlussfassungen* in der GV²¹ gilt das *Mehrheitsprinzip* im Rahmen von Art. 703f. OR: „Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen“ (Art. 703 OR). Für einige Beschlüsse bedarf es qualifizierter Mehrheiten,²² und die Statuten können ebenfalls „grössere Mehrheiten“ vorschreiben (Art. 704 Abs. 2 OR).

Es wird keine explizite Regelung zum GV-Stichentscheid vorgesehen. Frage: Ist ein *statutarischer Stichentscheid* zulässig? Antwort: Das ist de lege lata umstritten,²³ in der Praxis sowie in der Lehre, wird de lege ferenda nun aber geregelt.

2. Praxis sowie Lehre

a) Rechtsprechung

Das *Bundesgericht* ließ die Frage nach der aktienrechtlichen Zulässigkeit statutarischer Stichentscheide bei GV-Beschlussfassungen lange offen.²⁴ Mit *BGE 95 II 555* (1969) und mit *BGE 143 III 120* (2017) fällt das höchste Schweizer Gericht die maßgeblichen Leiterteile:²⁵

In *BGE 95 II 555*²⁶ sprach sich das Gericht *für die Zulässigkeit* des Stichentscheids ua aus Gründen der Gestaltungsfreiheit aus.²⁷ Es gelangte zur pragmatischen Konklusion: „Der Stichentscheid ist [...] das einfachere und zweckmässige Mittel, um die Beschlussfähigkeit der Generalversammlung und damit die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zu gewährleisten.“²⁸ Somit stand die *Funktionsfähigkeit der AG* im Vordergrund.

Eine *Einschränkung* nahm das Bundesgericht in *BGE 143 III 120*²⁹ vor, bei AG mit Stimmrechtsaktien. Das „Stimmenmehrgewicht“³⁰ von *Stimmrechtsaktien* („one share, one vote“)³¹ gilt aktienrechtlich nicht bei gewissen Wahlen: „Die Bemessung nach der Zahl der Aktien ist nicht anwendbar für [...] die Wahl der Revisionsstelle“ (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR).

²¹ Art. 703 OR differenziert zwischen „Beschlüssen“ und „Wahlen“ (in einem konkreten Fall betraf der statutarische Stichentscheid beide Beschlussfassungen: *BGE 95 II 564* Erwgr. b.

²² Art. 704 OR: Änderung des Gesellschaftszwecks, Einführung von Stimmrechtsaktien, Verlegung des Sitzes der AG, Auflösung der Unternehmung etc.

²³ Im Detail *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 12 N 79ff.

²⁴ Beispiel: *BGE 71 II 277*; Hinweise: *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 12 N 80; *Schneuwly/Vetter* GesKR 2017, 266 (267ff.).

²⁵ Re kantonale Rechtsprechung: *Schneuwly/Vetter* GesKR 2017, 266 (271 mwN).

²⁶ Bestätigt in *BGE 4C.88/2000* v. 27. Juni 2000: Erwgr. 3. b.; allg. *Tanner* FS Handschin, 2020, 653 (669ff.).

²⁷ Die Vertragsfreiheit gelte – prinzipiell – auch bei Statutengestaltungen: *BGE 95 II 559* Erwgr. 1. b.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 12 N 358 erachtet dies als „eine zum Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis“.

²⁸ *BGE 95 II 563* Erwgr. 2 aE.

²⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 16 N 526. *Tanner* FS Handschin, 2020, 653 (654ff.).

³⁰ Das Bundesgericht spricht von einem „Übergewicht“: *BGE 143 III 124* Erwgr. 3.2.

³¹ Art. 693 Abs. 1 OR: „Die Statuten können das Stimmrecht unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien festsetzen, so dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt.“

Die grundsätzliche Zulässigkeit des GV-Stichentscheids wurde bestätigt.³² I.c. ging es indes um den Präsidenten des VR, mittels Stimmrechtsaktien in der GV gewählt, der seinerseits den Stichentscheid bei der Revisionsstellenwahl fällen sollte.³³ Das Bundesgericht hielt fest: „Dass aber eine mit der Stimmenmehrheit und dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählte Person durch Stichentscheid über die Wahl der Revisionsstelle entscheiden kann, ist mit Art. 693 Abs. 3 OR nicht vereinbar.“³⁴

b) Doktrin

Der statutarische Stichentscheid in GV gehört zu den „Kernthemen“ des Diskurses zum Aktienrecht. Während ein Teil der aktienrechtlichen Publikationen die bundesgerichtliche Praxis schlicht rapportiert,³⁵ äußern sich viele Autoren entweder als Kritiker oder als Befürworter zur Zulässigkeit eines Stichentscheids.

Die Kritiker bringen verschiedene Argumente vor, bspw. das Bestehen eines qualifizierten Schweigens,³⁶ den Widerspruch zum Mehrheitsprinzip im Aktienrecht im Besonderen³⁷ oder den aktienrechtlichen Minderheitenschutz im Allgemeinen.³⁸ Die Befürworter begründen ihre Positionen unterschiedlich, mehrheitlich jedoch pragmatisch, weil es sich um ein „in der Praxis erprobtes Mittel“ handle³⁹ und im Ergebnis „sinnvoll“ sei⁴⁰.

Meines Erachtens ist de lege lata ein statutarischer GV-Stichentscheid aktienrechtlich unzulässig, ua aus Gründen des Aktionärsschutzes;⁴¹ es könnte sogar die „faktische Unterdrückung eines 50%-Aktionärs“ resultieren.⁴² Zudem kann für einen Beschluss, der eine absolute Mehrheit braucht,⁴³ keine Pattsituation bestehen,⁴⁴ denn ein „Antrag, den gleich viele Stimmen befürworten wie ablehnen, [hat] als abgelehnt zu gelten“.⁴⁵

³² BGE 143 III 123f. Erwgr. 3.2. aA; immerhin wurden Zweifel geäußert: BGE 143 III 124 Erwgr. 4.1.

³³ Insofern würde Art. 693 Abs. 3 Ziff. 1 OR ad absurdum geführt bzw. könnte „ausgehebelt“ werden.

³⁴ BGE 143 III 124 Erwgr. 3.2. (Hervorhebung im Original); das Urteil überzeugt: Kunz, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, 2019, § 2 N 243; zur Lehre: Tanner FS Handschin, 2020, 653 (663ff.).

³⁵ Beispiele: Druet/Druet Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl. 2015, § 12 N 53; Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2018, § 8 N 275; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 16 N 526.

³⁶ Schneuwly/Vetter GesKR 2017, 266 (277 und 279); Vischer GesKR 2017, 81 (88f.).

³⁷ In diesem Sinn von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 1156.

³⁸ Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 12 N 82ff. mwN.

³⁹ Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 12 N 358.

⁴⁰ Tanner FS Handschin, 2020, 653 (673).

⁴¹ Vgl. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 12 N 82ff.

⁴² Kunz, Ein- und Zweipersonen-Aktiengesellschaften in der Schweiz – Ausgewählte Probleme, ST 71 (1997), 68.

⁴³ Das Mehrheitsprinzip (Art. 703f. OR) basiert nicht auf relativen, sondern auf absoluten Mehrheiten.

⁴⁴ Dies räumt das Bundesgericht ein: „Dies ist zweifellos rein logisch richtig“ (BGE 143 III 124 Erwgr. 4.1.); ein Patt erscheint einzig bei relativen Mehrheiten denkbar: BGE 143 III 124 Erwgr. 4.1; ähnlich: Schneuwly/Vetter GesKR 2017, 266 (272ff.); Zysset/Galli recht 2017, 125 (134f.).

⁴⁵ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 24 N 57; ähnlich Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S.140; von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 1155.

3. Privatautonomie

a) Gestaltungsfreiheit

Das Aktienrecht erweist sich als dispositiv und flexibel,⁴⁶ kann *privatautonom gestaltet* werden,⁴⁷ so dass der „Grundsatz der Satzungsstrenge“⁴⁸ in der Schweiz nicht gilt. Das soeben revidierte Aktienrecht wird an diesem „Swiss Finish“ nichts ändern.

Die Lösung von Pattsituationen sollte *präventiv* in Angriff genommen werden. Damit sind berufliche Herausforderungen verbunden: „Für den beratenden Juristen öffnet sich hier ein Exerzierfeld für eine *phantasiereiche Ausgestaltung* der Statuten und vor allem der sie ergänzenden schuldrechtlichen Verträge.“⁴⁹ In der Praxis bleibt jedoch das *creative Potential* – va bei der Statutengestaltung – meist ungenutzt.⁵⁰

Einerseits müssen Statuten beschlossen⁵¹ und andererseits können Verträge vereinbart werden. Rechtlich geht die Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 OR) weiter als die Freiheit zur Statutengestaltung, die durch aktienrechtliche Vorgaben⁵² eingeschränkt wird; bei Statuten nimmt der Handelsregisterführer eine „Eingangskontrolle“ vor.⁵³

b) Statuten

Um Pattsituationen in GV zu bereinigen, sehen Statuten in der Praxis verschiedene Mechanismen vor. In diesem Zusammenhang gelten indes *statutarische Erwerbsrechte* als unzulässig.⁵⁴ Ob *Schiedsgerichte* erlaubt sind, ist umstritten.⁵⁵ Im Vordergrund stehen andere Statutenregelungen, die von der hM als legal betrachtet werden:

Insbesondere werden *statutarische Stichentscheide* und *statutarische Losentscheide* vorgesehen, evtl. in Kombination: „Bei Stimmengleichheit entscheidet bei Wahlen das Los, bei Sachfragen der Stichentscheid des Präsidenten.“⁵⁶ Stichentscheide sollen in „geschätzt einem Viertel bis einem Drittel“ aller Statuten vorkommen.⁵⁷

⁴⁶ Das Aktienrecht ist „im Zweifel nicht zwingender, sondern dispositiver Natur“: Kunz in Watter, Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, 2010, S. 55 (57).

⁴⁷ Statt aller Kunz, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, 2019, § 2 N 76 FN 180 mwN und § 9 N 165; Vischer GesKR 2017, 81 (85).

⁴⁸ § 23 Abs. 5 d AktG: „Die Satzung [sc. Statuten] kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschliessende Regelung enthält.“

⁴⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 62 N 197 (Hervorhebung hinzugefügt); Rechtsgestaltungen bei Familien-AG: Kunz, Familienunternehmen in der Schweiz, 2018, S. 449 (450ff.).

⁵⁰ Vgl. Kunz in Watter, Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, 2010, S. 55 (59).

⁵¹ Die Statuten sind der „Grundbaustein sämtlicher Körperschaften im Schweizer Gesellschaftsrecht“: Kunz in Watter, Die „grosse“ Schweizer Aktienrechtsrevision, 2010, S. 55 (56).

⁵² Beispiele: Art. 626ff. OR und Art. 680 Abs. 1 OR („Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag“).

⁵³ Kunz in Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, 2015, S 111ff.

⁵⁴ Kaufrechte etc; vgl. Kunz, Familienunternehmen in der Schweiz, 2018, S. 451 Fn. 52; eine vertragliche Ordnung ist möglich: Kunz, Familienunternehmen in der Schweiz, 2018, S. 451 Fn. 52; generell: Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 6 N 295ff.; Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 4 N 187ff.

⁵⁵ Knobloch GesKR 2013, 551 (563 mwN); unzulässig wäre eine Schiedsperson für unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen der GV (Art. 698 OR): Knobloch GesKR 2013, 551 (563 mwN).

⁵⁶ BGE 143 III 122 A. Sachverhalt; vgl. Zysset/Galli GesKR 2017, 125 (129f. mwN).

⁵⁷ Vischer GesKR 2017, 81 (93); zweifelnd Schneuwly/Vetter GesKR 2017, 266 (279 Fn. 182); die Verbreitung nimmt ab: Zysset/Galli GesKR 2017, 125 ad Fn. 4.

c) Verträge

Die Vertragsfreiheit gelangt oft in Verträgen zwischen Aktionären derselben AG, in *Aktionärsbindungsverträgen* (ABV), zum Ausdruck. Mit Vertragsklauseln, die regelmäßig Anglizismen enthalten und als „*Deadlock Devices*“ bezeichnet werden,⁵⁸ sollen Pattsituationen als solche gelöst oder die ihnen zugrundeliegenden Gesellschafterstrukturen verändert werden.

Zur *Lösung von Pattsituationen* werden – als Beispiele – Schiedsabreden, vertragliche Stichentscheide (durch Gesellschafter oder Dritte), Losverfahren, fiduziarische Aktienübertragungen auf unabhängige „Treuhand“, Zuwahl eines unabhängigen („neutralen“) Mitglieds im VR sowie Mediationsverfahren diskutiert.⁵⁹

Da Pattsituationen auf „50%: 50%“-Konstellationen basieren, kann eine Problemlösung evtl. durch Veränderung der Gesellschafterstruktur bewirkt werden; dazu werden vertragliche Erwerbsrechte („Puts“, „Calls“, „Take along“ o.Ä.⁶⁰ etc – zur Ermittlung des Preises: „Baseball Arbitration“⁶¹)⁶² sowie „Shoot out“-Klauseln⁶³ thematisiert.

4. Fehlende Gestaltung(en)

a) Klagemöglichkeiten

Sollten *andauernde* Pattsituationen⁶⁴ vorliegen, privatautonome Gestaltungen zur Lösung aber fehlen, können sich *va* Aktionäre zur Wehr setzen. Zur Bereinigung *ex lege* bieten sich die *Auflösungsklage* und die *Organisationsmängelklage* an; während die Klage auf Auflösung nur aus „wichtigen Gründen“ möglich ist, erscheint die *Organisationsmängelklage* einzig aus „Mängeln in der Organisation“ erlaubt.

Art. 736 Ziff. 4 OR: „Die Gesellschaft wird aufgelöst [...] durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen [...]“. Art. 731b Abs. 1 OR: „Ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer kann dem Gericht bei folgenden Mängeln in der Organisation der Gesellschaft beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [...]“.⁶⁵

⁵⁸ Knobloch GesKR 2013, 551(562 (Titel)); Zysset/Galli GesKR 2017, 125 (135).

⁵⁹ Detailliert Bock, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung, 2019, S. 57ff. und 128ff.; zudem Bösigler REPRAX 1/2003, 1 (14); Jung in Handschin, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2016, N 176f. zu Art. 625 OR; Knobloch GesKR 2013, 551 (562ff.); von der Crone SJZ 1993, 37 (42f.); Zysset/Galli GesKR 2017, 125 (135f.).

⁶⁰ Bösigler REPRAX 1/2003, 1 (9); Bock, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung, 2019, S. 224ff.

⁶¹ Knobloch GesKR 2013, 551 (564 mwN).

⁶² Allg. Bock, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung, 2019, S. 128ff.; Knobloch GesKR 2013, 551 (562ff.).

⁶³ Vgl. Bock, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung, 2019, S. 136ff.

⁶⁴ Ein Funktionszusammenbruch kann nur vorliegen, wenn eine Pattsituation dauerhaft und nicht vorübergehend ist: Bohrer/Kummer in Handschin, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, 3. Aufl. 2018, N 42 zu Art. 731b OR; Müller/Müller AJP 2016, 42 (49); Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 99; Trautmann/von der Crone SZW 2012, 461 (469); von der Crone SJZ 1993, 37 (42).

⁶⁵ Unter den Begriff „folgende Mängel“ fallen zB das Fehlen eines Organs oder die nicht richtige Zusammensetzung eines Organs: Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR.

In der Gerichtspraxis offen und in der Lehre umstritten sind die Rechtsfragen, ob *Pattsituationen* als „wichtige Gründe“⁶⁶ sowie als „Mängel in der Organisation“⁶⁷ gelten. In der Tendenz scheinen diese Fragen *bejaht* zu werden, evtl. mit zusätzlichen Voraussetzungen.⁶⁸

Beide Klagen sehen ein *breites Rechtsfolgeermessen* vor, was dem angelsächsischen Recht „abgekupfert“ wurde.⁶⁹ Das Gericht kann eine „andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung“ (Art. 736 Ziff. 4 S. 2 OR) und „erforderliche Massnahmen“ (Art. 731b Abs. 1 OR) anordnen. Meines Erachtens fallen darunter *va* Anordnungen zur Lösung der Pattsituation (zB Aktienversteigerungen),⁷⁰ die privatautonom hätten vorgesehen werden können.

b) Beistandschaft?

Für den Fall *handlungsunfähiger* Organe – etwa infolge von Pattsituationen – war lange Zeit im Zivilrecht⁷¹ die Möglichkeit zur *Ernennung eines Beistands* vorgesehen. Dieser Weg stand offen „bei einer Körperschaft [...], solange die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist“ (Art. 393 Ziff. 4a ZGB).

Diese Regelung, die äußerst selten zur Anwendung gelangte,⁷² galt bis zum Jahr 2008, als sie schließlich *aufgehoben* wurde.⁷³ Das heisst heute kann keine Beistandschaft mehr angeordnet werden für Unternehmen.⁷⁴ Funktional ersetzt die Organisationsmängelklage gem. Art. 731b OR diese altrechtliche Ordnung.

5. Rechtslage *de lege ferenda*

a) Verwaltungsrat

Im Jahr 2019 wurde das „*neue Aktienrecht*“ (nOR)⁷⁵ verabschiedet, das wichtige Neuerungen mit sich bringen wird; das Inkrafttreten ist größtenteils im *Jahr 2022* geplant.⁷⁶ Betreffend Stichentscheid gab es nur, aber immerhin, eine „Neuerung“, die zumindest die bisherige Rechtsunsicherheit zum GV-Stichentscheid beseitigen wird.

⁶⁶ Vgl. Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 308; von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 898f.; ders. SJZ 1993, 37 (41ff.).

⁶⁷ Übersicht: Jörg in Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, 2015, 257 (273ff.); zudem Jung in Handschin, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2016, N 178 zu Art. 625 OR; Müller/Müller AJP 2016, 42 (49f.); Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 138ff.; Trautmann/von der Crone SZW 2012, 461 (468f.); von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 1792f.

⁶⁸ Die hL geht davon aus, dass eine Pattsituation als solche (noch) keinen Organisationsmangel darstellt: Bohrer/Kummer in Handschin, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, 3. Aufl. 2018, N 42 zu Art. 731b OR; Jörg in Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, 2015, 257 (288); Müller/Müller AJP 2016, 42 (49 ad Fn. 73).

⁶⁹ Vgl. Kunz FS Kostkiewicz 2018, 799ff.; ders., Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, 2019, § 10 N 239ff.

⁷⁰ BGE 138 III 303f. Erwgr. 3.3.3.; allg. Bohrer/Kummer in Handschin, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, 3. Aufl. 2018, N 45 zu Art. 731b OR; Jörg in Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, 2015, 257 (321ff.); Müller/Müller AJP 2016, 42 (53ff.); Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 309ff.; von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N 1818.

⁷¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch v.10. Dezember 1907: SR 210.

⁷² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 20 N 43.

⁷³ AS 2007 4791, 4839.

⁷⁴ Vgl. BGE 140 III 148 Erwgr. 3.3. aA.

⁷⁵ AS 2020 4005 ff.

⁷⁶ Einige Bereiche, zB die umstrittene „Frauenquote“, treten anfangs 2021 in Kraft.

Unverändert gegenüber der aktuellen Ordnung bleibt die Regelung zum *Stichentscheid des VR*: „Der Vorsitzende hat den Stichentscheid, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen“ (Art. 713 Abs. 1 S. 2 OR). Die „neue“ Ordnung ist die „alte“ Ordnung, die bisherige Aktienrechtsnorm wurde *nicht* revidiert.⁷⁷ Der Bundesrat – die Schweizer Regierung – äusserte sich in der Botschaft⁷⁸ überhaupt nicht zur Thematik.⁷⁹

b) Generalversammlung

In Bezug auf den *GV-Stichentscheid* nahm der Bundesrat keine Stellung, weder in der Botschaft⁸⁰ noch im Gesetzesentwurf,⁸¹ womit jedoch auch kein „qualifiziertes Schweigen“ gegenüber der heutigen Praxis beabsichtigt war. Im Bundesparlament wurde in der Folge indes ein Antrag eingebracht (und schliesslich angenommen),⁸² der zu einer Neuordnung bzw. *Klarstellung pro futuro* führt.

Für GV-Beschlüsse braucht es gem. Art. 703 Abs. 1 nOR nach wie vor die „Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen“. Neu wird allerdings *explizit* festgehalten: „Die Statuten können für den Fall von Stimmengleichheit vorsehen, dass der Vorsitzende den Stichentscheid hat“ (Art. 703 Abs. 2 nOR).⁸³

Obwohl Art. 703 Abs. 1 nOR – wie Art. 703 OR – *differenziert* zwischen „Beschlüssen“ einerseits⁸⁴ und „Wahlen“ andererseits,⁸⁵ macht die gesetzliche Regelung zum Stichentscheid keine Unterscheidung.⁸⁶ Meines Erachtens ist angesichts der dispositiven Ordnung eine *statutarische Differenzierung* zulässig,⁸⁷ wie dies bereits heute der Fall ist (als Beispiel): „Bei Stimmengleichheit entscheidet bei Wahlen das Los, bei Sachfragen der Stichentscheid des Präsidenten.“⁸⁸

Mit Art. 703 Abs. 2 nOR wird insofern die bisherige *Rechtsprechung legiferiert* und aktienrechtlich abgesichert. Die GV kann eine solche Statutenbestimmung indessen nicht mit einem einfachen, sondern einzig mit einem *qualifizierten Mehr* einführen.⁸⁹

⁷⁷ AS 2020 4040; revidiert wurden einzig die Absätze 2 und 3 von Art. 713 nOR: AS 2020 4040.

⁷⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) v. 23. November 2016: BBl 2017 399; der Bundesrat schickt mit der „Botschaft“ die Gesetzesentwürfe an das Bundesparlament.

⁷⁹ Botschaft re Art. 713 nOR: BBl 2017 568.

⁸⁰ Vgl. Botschaft: BBl 2017 563f.

⁸¹ Der Entwurfstext enthielt keinen Hinweis auf den Stichentscheid: BBl 2017 715 (re Art. 703 Abs. 2 E-OR).

⁸² AB 2018 NR 1146; es gab keine Diskussion(en) dazu im Bundesparlament, was indiziert, dass die Politiker mit der bisherigen Praxis einverstanden waren; allg. *Tanner FS Handschin* 2020, 653 (672f.).

⁸³ AS 2020 4038.

⁸⁴ Sachgeschäfte: Statutenänderungen, Dividendenbeschlüsse etc.

⁸⁵ Personalgeschäfte: Wahlen va betreffend VR und Revisionsstelle.

⁸⁶ Art. 703 Abs. 2 nOR gilt generell „für den Fall von Stimmengleichheit“, notabene bei irgendeiner Beschlussfassung der GV.

⁸⁷ Sollten die Statuten keine Einschränkung entweder auf „Beschlüsse“ oder auf „Wahlen“ vorsehen, gilt der Stichentscheid für sämtliche Beschlussfassungen der GV.

⁸⁸ BGE 143 III 122 A. Sachverhalt.

⁸⁹ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10 nOR („mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte“): AS 2020 4038; dies postulierend bereits *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 24 N 57 Fn. 23a.

III. Schlussbemerkungen

Eine Volkswirtschaft basiert immer auf *funktionierenden Unternehmungen*. Die Gesellschaften setzen als „Financiers“ primär Eigenkapitalgeber bzw. Risikokapitalgeber voraus, die als Gesellschafter an „ihren“ Gesellschaften beteiligt sind. Allfällige *Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern* stellen, sofern sie *dauerhaft* sind, die Funktionsfähigkeit von Unternehmen grundlegend in Frage,⁹⁰ notabene unabhängig von „50% : 50%“-Konstellationen.

Unternehmerische *Blockaden* resultieren nicht selten aufgrund von *Aktionärsstreitigkeiten*, bei denen Minderheitsgesellschafter aktiv oder passiv involviert sind. In der Praxis trifft es längst nicht immer zu, dass ein Mehrheitsaktionär einen Minderheitsaktionär „unterdrückt“; es kann durchaus auch in die andere Richtung gehen, wenn i. c. Minderheitsrechte „missbraucht“ werden sollten – mit einer Blockade der Gesellschaft als Resultat.⁹¹

Vor diesem Hintergrund stellen *Pattsituationen* (va im Zusammenhang mit GV) nur, aber immerhin, eine Blockademöglichkeit dar, die im Übrigen in der Praxis wesentlich seltener⁹² vorkommen als eigentlich zu erwarten wäre.⁹³ Nicht anders verhält es sich im Übrigen mit Klagen, also mit der *Auflösungsklage* und mit der *Organisationsmängelklage*.

Dass sich die *Doktrin* in der Schweiz *de lege lata* seit Jahrzehnten immer wieder mit der Thematik „Stichentscheid“ beschäftigt, macht jedoch angesichts der grundlegenden Fragestellungen (Beispiel: Minderheitenschutz) sicherlich Sinn. *De lege ferenda* wird nun allerdings die Debatte in der Lehre beendet mittels Art. 703 Abs. 2 nOR, womit bei Beschlussfassungen der *GV-Stichentscheid unstrittig zulässig* erklärt wird. Insofern können die vorliegenden Ausführungen in weiten Teilen als ein „Ausblick zum Rückblick“ betrachtet werden.

Ich hoffe aber, dass *Werner F. Ebke* trotzdem Freude an der Lektüre haben wird!

⁹⁰ Die Gesellschafter haben mit ihren Beteiligungsrechten (zB mit Aktionärsrechten) disruptive Möglichkeiten, die der anderen Kategorie der „Financiers“ – konkret: den Gesellschaftsgläubigern (als Fremdkapitalgebern) – nicht zur Verfügung stehen.

⁹¹ Insofern sollte nebst dem Minderheitenschutz ebenfalls dem „Mehrheitenschutz“ vermehrte Beachtung geschenkt werden; in diesem Sinn bereits *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 1 N 232ff. mwN.

⁹² Dies erklärt ohne Weiteres die geringe Zahl an Bundesgerichtsurteilen.

⁹³ Vermutlich liegt dies daran, dass statutarische GV-Stichentscheide verbreitet sind in schweizerischen KMU, unbeschden der strittigen Frage ihrer Zulässigkeit.