

Sonderdruck

Unternehmen – Transaktion – Recht

*Liber Amicorum für Rolf Watter
zum 50. Geburtstag*

Herausgegeben von
Nedim Vogt Eric Stupp Dieter Dubs

Peter Böckli / Christoph B. Bühlér

**Rechtliche Grenzen einer
Selbstbehinderung der
Aktiengesellschaft durch ihre
Statuten**

Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten

Inhaltsübersicht

Einleitung	38
I. Der Grundsatz der Selbstverwaltung in der Aktiengesellschaft	38
II. Aktienrechtliches Mehrheitsprinzip	40
A. Die körperschaftsrechtliche Willensbildung	40
B. Die gesetzlichen Mehrheitsfordernisse	41
1. Die absolute Mehrheit	41
2. Qualifizierte Mehrheit für wichtige Beschlüsse	42
C. Gesetzliches Erfordernis des Einvernehmens aller Aktionäre	43
III. Gestaltungsfreiheit und Grenzen statutarischer Präsenz- und Beschlussquoren	44
A. Gestaltungsfreiheit der Gesellschaft	44
B. Grenzen der Gestaltungsfreiheit	45
1. Absolute Mehrheit für die vier unbedingt notwendigen Beschlüsse des Art. 698 OR	46
2. Absolute Mehrheit für Beschlüsse zur Ausübung der gesetzlichen Kontrollrechte	47
3. Das «abgeleitete» Erfordernis der qualifizierten Mehrheit	48
a) «Lock up»-Klauseln in den Statuten	48
b) Erschwernis für die Abschaffung eines Beschlusserschwermisses	49
4. Ausschluss des Einstimmigkeitsfordernisses	50
5. Minderheitsrechte, aber keine «Minderheitsquoren»	54
C. Nichtigkeitsfolge bei Überschreitung der statutarischen Gestaltungsfreiheit	57
D. Rechtsmissbräuchliches Beharren auf einem unzulässigen statutarischen Beschlusserschwermiss	58
1. Zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Allgemeinen	59
2. Zu rechtsmissbräuchlichen Entscheidungen der Generalversammlung im Besonderen	59
3. Anfechtbarkeit von rechtsmissbräuchlichen Beschlüssen der Generalversammlung	60
4. Krasses Missverhältnis zwischen statutarischer Beschlusserschwermiss und Funktionsfähigkeit des Gesellschaft	61
Literaturverzeichnis	62

Einleitung

Eine Festschrift zum Fünfzigsten mag früh erscheinen – im Fall *Rolf Watters* jedoch kommt auch diese Ehrung bereits zu spät, denn bis zum Redaktionsschluss hat er schon wieder so viel geschrieben, gelehrt und gemacht, dass jeder Beitrag zu seinen Ehren durch das Wirken des Jubilars überholt ist. Da liegt der einzige Ausweg darin, das Augenmerk auf ein Thema zu werfen, das in der Rechtslehre weniger häufig bearbeitet worden ist, in der Praxis aber erstaunliche Probleme bereiten kann: darf die Kapitalgesellschaft, die vom Gesetzgeber in die Freiheit – in die anspruchsvolle Welt der Selbstverwaltung – entlassen worden ist, ihren Gestaltungsspielraum dazu benützen, sich selbst zu behindern, ihre Willensbildung bis zur Entscheidungsfähigkeit zu erschweren? Manche sagen ohne zu zögern, sie könne das. Hier sei aufgezeigt, dass und warum das nicht stimmen kann.

I. Der Grundsatz der Selbstverwaltung in der Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft schweizerischen Zuschnitts baut – ohne dass in der Legaldefinition von 1936 oder jener, die in der ausstehenden Aktienrechtsrevision vorgeschlagen wird¹, davon auch nur in sibyllinischen Andeutungen die Rede wäre – auf der *Selbstorganisation* und der *Selbstverwaltung*² auf. Und gleichzeitig kennzeichnet die Aktiengesellschaft, in der Abgrenzung zur GmbH und zur Personengesellschaft, eine gesetzlich besonders sorgfältig strukturierte *interne Funktionsaufteilung*. Die Aktionäre müssen sich in der grundsätzlich einmal jährlich zusammentrenden Generalversammlung konstituieren, und die so konstituierten Aktionäre müssen bestimmte Personen, den Verwaltungsrat, als ganzjährig tätiges Exekutiv- und Aufsichtsorgan wählen, das mit der obersten Geschäftsführung beauftragt ist³. Die Mitglieder des Verwaltungsrates wiederum müssen ihre unent-

¹ Art. 620 Abs. 1 E-OR 2007: «Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft, an der eine oder mehrere Personen oder Handelsgesellschaften beteiligt sind. Ihr Aktienkapital ist in den Statuten festgelegt. Für ihre Verbindlichkeiten haftet ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen.»

² PETER BÖCKLI (2004) § 1 N. 16; vgl. WERNER VON STEIGER (1976) 526 und CARL BAUDENBACHER, BSK (2002) Vorbem. zu Art. 620 N. 7, die von «beschränkter Drittengenschaft» sprechen.

³ Vgl. BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 698 N. 8; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NÖBEL (1996) § 62 N. 31.

ziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzen gemäss Art. 716a Abs. 1 OR selbst wahrnehmen. Dabei können die Hauptgesellschafter, wie in einer Personengesellschaft, die Leitungsfunktionen ausüben, indem sie als Verwaltungsräte fungieren, aber nie haben sie – im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft oder GmbH – ein gesetzliches Anrecht darauf. Schliesslich sind – außer in einem «kleinen KMU»⁴ – die Aktionäre gesetzlich gehalten, eine eigenverantwortlich tätige Revisionsstelle einzusetzen, und die Exekutive der Gesellschaft ist gezwungen, sich deren Prüfung jährlich zu unterziehen⁵.

Die *Generalversammlung* ist in mehrfacher Hinsicht eine notwendige Funktionsrägerin. Sie wirkt nebst den übrigen Organen der Aktiengesellschaft mit bei der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks, indem sie über Massnahmen entscheidet, welche die finanziellen und organisatorischen Grundlagen der Gesellschaft betreffen⁶. Ist die Generalversammlung nicht in der Lage, aus welchen Gründen auch immer, jährlich bestimmte wichtige Beschlüsse gültig zu fassen, so wird die Aktiengesellschaft funktionsunfähig, ihre Selbstverwaltung scheitert. Die Generalversammlung hat Normsetzungs-, Wahl-, Aufsichts- und Genehmigungsfunktionen. Sie wählt insbesondere die Exekutiv- und Revisionsorgane, beruft diese ab und beschliesst über die Statuten, die Kapitalstruktur sowie über den Jahresabschluss und die Gewinnverwendung. Sodann beaufsichtigt sie die Exekutivorgane, indem sie die Verwaltungsratsmitglieder entlastet und den Geschäftsbericht (Lagebericht) genehmigt, und sie entscheidet über die Fusion, Spaltung oder Umwandlung sowie gegebenenfalls die Auflösung der Gesellschaft⁷. Der Generalversammlung kommen im Rahmen der Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft somit zentrale *unentzichbare Kompetenzen* hinsichtlich der Konstituierung und der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu.

⁴ Art. 727a Abs. 2 OR, dazu PETER BÖCKLI (2007) N. 128 ff.

⁵ PETER BÖCKLI (2004) § 1 N. 16 und (2007) N. 159 ff.

⁶ BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 698 N. 60; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2007) § 16 N. 354 ff.

⁷ Art. 18 FusG; Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 und Art. 736 Ziff. 2 OR.

II. Aktienrechtliches Mehrheitsprinzip

A. Die körperschaftsrechtliche Willensbildung

Bei rechtsgemeinschaftlich strukturierten Gesellschaften⁸, in denen die wenigen Gesellschafter *persönlich* verbunden sind, ist das Erfordernis der Zustimmung aller Mitglieder für Beschlüsse charakteristisch⁹. Nur durch Gesellschaftsvertrag – und damit nur einstimmig – kann vom vorherrschenden Einstimmigkeits- und Kopfstimmprinzip («one person one vote») abgewichen werden¹⁰. Bei Körperschaften erschwert demgegenüber die normalerweise grosse Anzahl von Mitgliedern eine Willensbildung nach dem Einstimmigkeitsprinzip. Auch das Kopfstimrecht gilt bei der Aktiengesellschaft von Gesetzes wegen nur im Verwaltungsrat und ist im Übrigen eher selten anzutreffen¹¹. Als Verbandswillie gilt hier in der Regel, was die Mehrheit der Gesellschafter will¹²:

«Die Struktur des Gesellschaftsrechts lässt den Willen der Mehrheit der Aktionäre ausschlaggebend sein. Mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft sich der Aktionär diesem Grundsatz, und er kennt, dass die Mehrheit dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft.»¹³

Das körperschaftsrechtliche Mehrheitsprinzip steht zum Minderheitenschutz in einem Spannungsvorhältnis. Ein einziger Grossaktionär kann unter Umständen allein über die Geschicke der Gesellschaft entscheiden, indem er zahlreiche Minderheitsaktionäre dauernd überstimmt¹⁴. Die Mehrheitsmacht wird zwar durch die allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Minderheitsaktionäre beschränkt, wie insbesondere durch das Rechtsmissbrauchsverbot, die Treuepflicht, das Gleichbehandlungsprinzip sowie den Grundsatz der schonenden

Rechtsausübung¹⁵. Die Gerichtspraxis ist indessen seit jeher äusserst zurückhaltend beim Einschreiten gegen Mehrheitsbeschlüsse¹⁶.

B. Die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse

Bei rechtsgemeinschaften Quorumsbestimmungen für die Generalversammlung sind über das Aktienrecht verstreut.

1. Die absolute Mehrheit

Kein einziges gesetzliches Quorum stellt seit der Aktientrechtsrevision von 1991 mehr auf das *gesamte* Aktienkapital ab¹⁷. Das Fusionsgesetz hat im Grundsatz die Quorumsvorschriften des Aktienrechts übernommen, in einem wichtigen Punkt aber geändert, in dem es für Spezialfälle das neue und in den Einzelheiten hoch umstrittene Quorum «90% aller Gesellschafter» eingeführt hat¹⁸.

Gemäss Art. 703 OR fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, soweit das Gesetz¹⁹ oder die Statuten es nicht anders bestimmen. Berechnungsgrundlage für das absolute Mehr bilden nach dem Gesetz die durch den Aktionär (oder einen Stimmrechtsvertreter) an der Generalversammlung vertretenen und stimmberechtigten Aktienstimmen. Dies bedeutet, dass sich ungültige Stimmen sowie Stimmenthaltungen wie «Nein»-Stimmen auswirken. Viele Statuten sehen die «gültig abgegebenen Stimmen» als massgebliche Bezugsgrösse vor. Stimmenthaltungen gelten dann *nicht* als «Nein»-Stimmen²⁰. Die absolute Mehrheit ist erreicht, wenn bei gerader Zahl die Hälfte plus eine Stimme, bei ungerader Zahl die Hälfte plus eine halbe Stimme der massgeblichen Bezugsgrösse zugunsten des Beschlusses gestimmt haben²¹.

⁸ Einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR, Kollektivgesellschaft nach Art. 552 ff. OR und Kommanditgesellschaft nach Art. 594 ff. OR.

⁹ Art. 534 Abs. 1 OR.

¹⁰ BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2007) § 2 N. 104.

¹¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 31 N. 22 und § 24 N. 18; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 26.

¹² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2007) § 2 N. 106; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 17.

¹³ BGE 102 II 269; vgl. auch BGE 99 II 55; BGE 95 II 163; BGE 93 II 35. Hervorhebung beigefügt.

¹⁴ BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 20; vgl. zum Phänomen des aktiv in die Gesellschaft hineinwirkenden Grossaktionärs und zu den Grenzen dieses Verhaltens BÖCKLI/BÜHLER (2005) 101 ff. n.w.H.

¹⁵ Vgl. ROLF WATTER (1993) 121; PETER V. KUNZ (2001) 37 ff.; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 22.

¹⁶ BGE 95 II 164 E. 9b; 99 II 55; 100 II 195; 104 II 32, 43 E. 3.

¹⁷ Vgl. Art. 6 Schl. Best OR 1991.

¹⁸ Art. 181 Bst. a und Abs. 5 FusG 2003; Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR wurde am 3. Oktober 2003 gestrichen, Art. 14 Abs. 2 FusG 2003. Auf die beinahe überraschbare Vielfalt der Meinungen zur Auslegung dieses Mehrheitserfordernisses wird hier nicht weiter eingegangen.

¹⁹ Art. 704 Abs. 1, 706 Abs. 2 Ziff. 4, 729c Abs. 3 OR.

²⁰ In der bevorstehenden *Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts* sollen Art. 703 und Art. 704 auf das System der «gültig abgegebenen Stimmen» umgestellt werden.

²¹ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 354; DUBS/TRÜFFER, BSK (2002) Art. 703 N. 10; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 84 ff.

Aktien, deren Stimmrechte ruhen oder vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, gelten nicht als «vertreten» und sind nicht in die Bezugsrösser für die Berechnung der gesetzlichen Quoren einzubeziehen²². Ein *Ausschluss vom Stimmrecht* besteht bekanntlich für eigene Aktien der Gesellschaft (Art. 659a OR), vinkulierte Namensaktien, die ohne Stimmrecht im Aktienbuch eingetragen sind (Art. 685f Abs. 3 OR), sowie Dispoaktien und Aktien von Organen beim Entlastungsbeschluss. Wie ein Stimmrechtsausschluss wirkt sich die öffentlich-rechtliche Suspension des Aktienstimmrechts aus, die der Richter infolge einer Verletzung der börsengesetzlichen Melde- oder Angebotspflicht ausspricht (Art. 20 Abs. 4bis und Art. 32 Abs. 7 BEHG).

2. Qualifizierte Mehrheit für wichtige Beschlüsse

Das Gesetz sieht seit jeher für wichtige Beschlüsse qualifizierte Mehrheiten vor und ermöglicht so einer qualifizierten Minderheit, der «*Sperrenminorität*», einen positiven Beschluss zu verhindern²³.

Es gibt nur eine einzige Art von gesetzlicher qualifizierter Mehrheit in der Generalversammlung: die «*Doppelhürde*» des Art. 704 Abs. 1 OR, wonach die dort genannten wichtigen Beschlüsse einer Mehrheit sowohl von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen, wie der absoluten Mehrheit der vertretenen Nennwerte bedürfen. Dadurch, dass das Gesetz auf die vertretenen Stimmen und auf die vertretenen Aktiennennwerte abstellt, gibt es keinen Bezug auf das gesamte Aktienkapital. Das «*Aktienkapital*» kommt dagegen immer noch als Bemessungsgröße für die Ausübung von Minderheitsrechten vor, so in Art. 697b Abs. 1, Art. 699 Abs. 3 und Art. 736 Ziff. 4 OR («*10 Prozent des Aktienkapitals*»)²⁴.

Beim qualifizierten Beschlussquorum geht es im Kern um den *Vorrang eines Minderheitsvetos*. Das Gesetz geht davon aus, dass die Gesellschaft im schlimmsten Fall auch ohne einen der in Art. 704 Abs. 1 OR genannten wichtigen Beschlüsse praktisch weiter funktionieren kann. Das Gesetz basiert bei den «*wichtigen Beschlüssen*» auf der Annahme, dass weder die Einführung von Stimmrechtsaktien noch die Vinkulierung, weder die Einräumung einer Erhöhung zur Erhöhung des Kapitals noch eine Sacheinlage oder eine Einschränkung

des Bezugsrights oder die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, wenn sie an einem Minderheitsveto scheitern, für die Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft derart wichtig sind, dass das Unternehmen in seiner Existenz bedroht wäre. Das Gesetz nimmt auch in seiner am 16. Dezember 2005 geänderten Fassung in Kauf, dass schlimmstenfalls eine Aktiengesellschaft weitergeführt wird, obwohl die absolute Mehrheit in der Generalversammlung bereits für die Liquidation der Gesellschaft gestimmt hat²⁵. Das Gesetz lässt es zu, dass die Gesellschaft, durch den Willen einer Minderheit bestimmt, weiter existiert. Das Verhinderungsrecht einer qualifizierten Minderheit ist – in Abwägung der verschiedenen einander gegenüberstehenden Interessen – bei einzelnen, schwerwiegenden Sonderbeschlüssen eine nachvollziehbare Lösung des Gesetzes²⁶.

C. Gesetzliches Erfordernis des Einvernehmens aller Aktionäre

Im Sinne von *Ausnahmen* vom aktienrechtlichen Mehrheitsprinzip hat der Gesetzgeber vereinzelt sogar ausdrücklich vorgesehen, dass nicht das Mehrheitsprinzip gelten soll, sondern ganz bestimmte Beschlüsse *ausserhalb* der Generalversammlung (Art. 701 und 727a Abs. 2 OR) oder aber *innerhalb* der Generalversammlung (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4; Art. 729c; Art. 623 Abs. 2 OR, Art. 14 Abs. 2 FusG) nur *einvernehmlich* gefasst werden können, d.h. ein einziger Aktionär kann den Beschluss zu Fall bringen:

- (i) Art. 701 OR: Durchführung einer Universalversammlung;
- (ii) Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR: Beschluss über die Aufhebung des Gewinnstreitigkeits;
- (iii) Art. 729c OR: Verzicht auf die Anwesenheit eines Revisors;
- (iv) Art. 623 Abs. 2 OR: Zusammenlegung von Aktien;
- (v) Art. 14 Abs. 2 FusG²⁷: Verzicht auf den Fusionsbericht bei KMU²⁸;
- (vi) Art. 727a Abs. 2 OR: Verzicht auf die Revision in kleinen KMU²⁹

²² Vgl. BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 86 ff.; PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 355 ff.; BAUENBERNET (2007) N. 421.

²³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2007) § 2 N. 108; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 91 und Art. 704 N. 1 ff.; DIES. (1987) 70.

²⁴ Nach der Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 21. Dezember 2007 soll dieser Schwellenwert für Art. 697b Abs. 1, Art. 699 Abs. 3 E-OR 2007 beibehalten und für Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 E-OR 2007 auf *fünf* Prozent reduziert werden.

²⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR (Erfordernis der Doppelhürde) in der Fassung vom 16. Dezember 2005.

²⁶ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 423; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (2007) § 16 N. 381.

²⁷ Analog Art. 15 Abs. 2 FusG; Verzicht auf die Fusionsprüfung, und Art. 16 Abs. 2 FusG; Verzicht auf die Aktenauflegung.

²⁸ Definition in Art. 2 Bst. e FusG (20-40-200).

²⁹ Definiert in Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR 2005 in Verbindung mit Art. 727a Abs. 2 OR 2005; KMU

Bezüglich *statutarischer Quoren* hält Art. 704 Abs. 2 OR einzig fest, dass diese nur mit dem vorgesehenen Mehr eingeführt werden können, und Art. 627 Ziff. 11 OR erlaubt Statutenbestimmungen, die einen Beschluss der Generalversammlung dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit unterstellt. Es findet sich keine Gesetzesbestimmung, die statutarische Einstimmungsquoten explizit verbietet, aber auch keine, die diese ausdrücklich gestatten würde.

Das Erfordernis der Zustimmung aller Aktionäre hat den Vorteil, dass jeder Gesellschafter von der Ausbeutung durch die Mehrheit, sogar durch eine qualifizierte Mehrheit, gesichert ist. Auf der anderen Seite kann ein einziges querulatorisches Mitglied die ganze Gesellschaft lahm legen oder mit erpresserischen Forderungen die übrigen Aktionäre gefügig zu machen versuchen. Das *Vetorecht ist der Vater der Erpressungsversuche*. Darauf ist zurückzukommen.³⁰

III. Gestaltungsfreiheit und Grenzen statutarischer Präsenz- und Beschlussquoren

A. Gestaltungsfreiheit der Gesellschaft

Die *Statuten* können die gesetzlich vorgesehene qualifizierte Mehrheit bekanntlich auf weitere Geschäfte ausdehnen. Sie können auch das für wichtige Beschlüsse erforderliche Quorum, die Doppelhürde noch *weiter verschärfen*, nicht aber – wenn es um die Gegenstände des Art. 704 OR geht – erleichtern³¹. Unzulässig wäre etwa eine Statutenbestimmung, wonach auch bei wichtigen Beschlüssen nicht die vertretenen, sondern nur die gültig abgegebenen Stimmen als Rechnungsgrundlage für das Abstimmungsergebnis massgebend wären. Dadurch würde das erforderliche Quorum im Ergebnis unzulässigerweise herabgesetzt, indem Stimmenthaltungen nicht mehr als «Nein»-Stimmen gezählt würden.

Als *Erschwerungen* für die Beschlussfassung kommen namentlich in Frage:

- (i) das qualifizierte Quorum wird für die Gegenstände des Art. 704 Abs. 1 OR weiter verschärfen, z.B. die Dreiviertels- oder Vierfünftelsmehrheit der vertrete-

³⁰ mit nicht mehr als *zehn* Vollzeitsstellen im Jahresdurchschnitt, also «10-20-10». Vgl. PETER BÖCKLI (2007) N. 515 f.

³¹ Vgl. unten III. B. 4., S. 53.

³² BRIGITTE TANNER (1987) 60 ff.; FRANZ SCHENKER, BSK (2002) Art. 628 N. 18; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 703 N. 6 und N. 12/13, Art. 704 N. 13 und 19.; PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 409.

ten Stimmen und die Zweidrittsmehrheit der vertretenen Aktiennennwerte³² (sogenannte «*Petrifizierung*» oder «*lock up»-Klausel»);*

- (ii) zum gesetzlichen Katalog der wichtigen Beschlüsse von Art. 704 Abs. 1 OR, welche der «*Doppelhürde*» unterstellt sind, werden *weitere, genau umschriebene Fälle hinzugeführt*³³, wie z.B. Statutenänderungen im Allgemeinen oder selektiv die Abänderung der Firmenbezeichnung, die Einführung von Vorzugsaktien, die Ausgabe von Partizipations- oder Genusscheinen, die Abwahl von einem Drittelf oder mehr des Verwaltungsrates während der Amtszeit etc.

Umgekehrt sind auch *Erleichterungen* für das Zustandekommen eines Gesellschaftsbeschlusses möglich:

- (i) statt der strengen dispositiven Mehrheitsberechnung des Art. 703 OR (Massezahl sind die «vertretenen Aktienstimmen», wo jede Enthaltung oder ungültige Stimmabgabe sich als Nein-Stimme auswirkt) wird jene nach «*gültig abgegebenen Stimmen*» eingeführt³⁴;
- (ii) für *Wahlen* wird das *relative Mehr* eingeführt (in einem einzigen Wahlgang gilt als gewählt der Kandidat, der mehr Stimmen auf sich vereinigt als jeder andere).

B. Grenzen der Gestaltungsfreiheit

Die Gestaltungsfreiheit im Bereich der statutarischen Beschlussquoren kann nun jedoch aus dem Zweck heraus, dem die Willensbildung dient, nicht unbegrenzt sein: die *Entscheidungsfähigkeit* der Gesellschaft muss gewahrt bleiben. Es gibt eine bestimmte Grenze der Verschärfung von Beschlussquoren, welche die Fähigkeit der Gesellschaft zur Selbstverwaltung, wenn auch nur prozedural, so doch effektiv beeinträchtigt.

³² PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 410; ZÄCH/SCHLEIFFER (1992) 265; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 704 N. 9 ff.

³³ Art. 627 Ziff. 11 OR.

³⁴ Dies ist in der Praxis häufig; vgl. DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 703 N. 14; die BOTSCAHT 2007, 94, Ziff. 2.1.28, will die Mehrheitsberechnung nach «*gültig abgegebenen Stimmen*» allgemein zur Regel machen, Art. 703 und 704 E-OR 2007.

1. Absolute Mehrheit für die vier unbedingt notwendigen Beschlüsse des Art. 698 OR

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und 4 enthält eine Aufzählung der vier alljährlich oder periodisch in mehrjährigen Abständen von der Generalversammlung zu fassenden, für das Funktionieren der Selbstverwaltung *unbedingt notwendigen Beschlüsse*:

- (i) die Wahl des Verwaltungsrates (Ziff. 2);
- (ii) die Wahl der Revisionsstelle (Ziff. 2);
- (iii) die Genehmigung der Jahresrechnung (Ziff. 3 und 4);
- (iv) die Verwendung des Bilanzgewinns (Ziff. 4).

Ohne diese vier Beschlüsse kommt die *Selbstverwaltung* in der Aktiengesellschaft zum Erliegen. Ohne Genehmigung des Jahresabschlusses kann die Rechenschaftsablage der antierenden Exekutivorgane nicht durchgeführt werden; eine ordnungsmässige Eröffnung der Rechnungslegung für das folgende Geschäftsjahr ist unmöglich; jede Dividende bleibt blockiert. Wird trotz vorhandener Gewinne die Dividendenzahlung nur deshalb, weil in der Generalversammlung der Beschluss zwar die Mehrheit, aber nicht eine statutarisch qualifizierte Mehrheit auf sich vereinigt, eingestellt, so beeinträchtigt dies die Kapitalbeschaffungskapazität der Firma und bringt auch die grösseren Aktionäre wegen der weiterlaufenden Vermögenssteuerzahlungen in die Klemme. Wenn die notwendigen Organe von der Generalversammlung zufolge Nichterreichung einer statutarischen qualifizierten Mehrheit nicht mehr bestellt werden können, muss schliesslich der Richter die Revisoren und die Verwaltungsräte bzw. einen Sachwalter ernennen³⁵.

Wird in den Statuten die Annahme der vier unbedingt notwendigen Beschlüsse einer qualifizierten Mehrheit, z.B. einer Mehrheit von 75% der vertretenen Aktien, unterworfen, so bedeutet dies, dass die für das ordnungsgemäss Leben der Gesellschaft absolut unerlässlichen körperschaftlichen Willensentscheide von einer Minderheit dauernd verhindert werden können, während umgekehrt diese gleiche Minderheit nicht in der Lage ist, ihrerseits die von ihr gewünschten Beschlüsse herbeizuführen. Das Funktionieren der Aktiengesellschaft, einer nach der gesetzlichen Konzeption autonom verwalteten Wirtschaftseinheit, ist damit zufirst gestört und droht nach einer gewissen Zeit zum Erliegen zu kommen³⁶. Das *Prinzip der Aufrechterhaltung der Entscheidungsfähigkeit der Körperschaft* spricht somit

gegen die Einräumung eines «Vetos» der Minderheit im Bereich der funktionell unbedingt notwendigen Beschlüsse von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 bis 5 OR. Der Grundsatz der *Selbstverwaltung der juristischen Person ist untrennbar mit der Aufrechterhaltung der Entscheidungsfähigkeit verknüpft*. Die Entscheidungsfähigkeit ist bei der Aktiengesellschaft, einer rechtlichen Organisation, die bestimmgemäss eine effiziente Leistungserstellung im kompetitiven Markt zu vollbringen hat, eine unerlässliche Voraussetzung für das Überleben³⁷. Sie ist für die nach dem Grundsatz der Selbstverwaltung aufgebaute Kapitalgesellschaft ein hohes Rechtsgebot³⁸, dem im Kernbereich der Generalversammlungsbeschlüsse des Art. 698 OR Vorrang zuzuordnen ist. Insoweit steht das Gesetz selbst, das in Art. 703 OR ausdrücklich vorbehalten wird, in diesem Bereich einer Beschlussentschwerung entgegen.

Eine allgemeine Vorschrift eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses in der jährlich abzuhaltenden Generalversammlung ist unzulässig für die genannten vier unbedingt notwendigen Beschlüsse (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 bis 5 OR). Diese vier Beschlüsse müssen mit der in Art. 703 OR genannten absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen oder – je nach Statuten in der weniger strengen Berechnungsweise – der gültig abgegebenen Aktienstimmen gefasst werden können. Der Vorrang der Entscheidungsfähigkeit schliesst nicht aus, dass in einem Einzelfall der Minderheit bestimmte Vorrechte zur Wahrung ihrer Interessen eingeräumt werden; nur dürfen diese unter Vorbehalt ganz besonderer Konstellationen nicht auf ein allgemeines Minderheitsveto in dem genannten Beschlussbereich des Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 bis 5 OR hinauslaufen³⁹.

2. Absolute Mehrheit für Beschlüsse zur Ausübung der gesetzlichen Kontrollrechte

Ausserhalb der vier für die Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft absolut notwendigen Beschlüsse des Art. 698 OR und der «wichtigen Beschlüsse» des Art. 704 OR dürfen die Statuten auch nicht einen Beschluss ersetzen, welcher der Ausübung der gesetzlich eingeräumten *Kontrollrechte der Aktionäre* dient⁴⁰.

Zu denken ist in erster Linie an Statutenbestimmungen, die das Zustandekommen eines Beschlusses der Generalversammlung über das *Recht auf Einsicht* oder die *Abberufung eines Verwaltungsrates* während der Amtszeit oder der *Revisions-*

³⁵ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 424; vgl. auch DUBS/TRÜFFER, BSK (2002) Art. 704 N. 14a, sowie bereits ALFRED SIEGWART, ZK (1945) Art. 648 N. 8.

³⁶ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 363.

³⁷ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 426; vgl. ANDREAS LÄNZLINGER, BSK (2002) Art. 692 N. 9.

³⁸ Art. 706b Ziff. 2 OR; vgl. Botschaft 1983, 139 Ziff. 321.

³⁹ PETER BÖCKLI (2004) Revision vom 16. Dezember 2005.

⁴⁰ Art. 703 N. 28, erkannt worden, doch relativierte er die Gefahr für die Gesellschaft.

stelle einschränken⁴¹ oder den Beschluss über die Anhebung einer *Verantwortlichkeitsklage* gegen ein Organmitglied erschweren⁴², wenn immer ein wichtiger, vom Betroffenen zu vertretender Grund vorliegt⁴³. Alle diese statutarischen Beschlusserschwerungen verstossen gegen Art. 706b OR⁴⁴.

Ein weiteres Beispiel für eine unstrittbare Beschränkung der Kontrollrechte stellt nach Auffassung der Autoren auch eine statutarische Beschlusserschwerung für die Abstimmung über die *Einsetzung eines Sonderprüfers* dar⁴⁵. Die Verfahrentestschrift für die Einleitung der Sonderprüfung sind ein bis in die letzten Feinheiten ausgewogener Gleichgewichtsakt zwischen Kontrollinteresse der Minderheitsaktionäre und dem Interesse der Unternehmensleitung; es ist entscheidend, dass eine Sonderprüfung auch wirklich stattfindet, wenn die absolute Mehrheit in der Generalversammlung das wünscht. Denn um den Ablehnungsgesentscheid der Generalversammlung vor dem Richter in Frage stellen zu können, braucht der Antragsteller eine qualifizierte Minderheit von 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Mio. Dass das Gesetz einen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung mit der Zustimmung zur Sonderprüfung eher erleichtern will, sieht man gerade darin, dass spezifisch bei dieser Abstimmung sogar das *Stimmrechtsprivileg* der Stimmrechtsaktien *ausser Kraft* gesetzt ist⁴⁶.

3. Das «abgeleitete» Erfordernis der qualifizierten Mehrheit

a) «Lock up»-Klauseln in den Statuten

Ein Statutenänderungsbeschluss, der das gesetzliche Quorum *verstärkt*⁴⁷ muss gemäss Art. 704 Abs. 2 OR ebenfalls mit dem qualifizierten Quorum gefasst werden. Die Bestimmung ist eine Antwort des Gesetzgebers auf die seit der Mitte der achtziger Jahre sprunghaft zunehmenden sogenannten «lock up»-Klauseln. Es handelt sich um Vorlagen auf Einführung eines qualifizierten Mehrheitsforderungsmisses als eine der möglichen Abwehrmaßnahmen gegen konkret drohende oder potentielle Angriffe zur Erringung der Kontrolle über die Gesellschaft⁴⁸.

Um einem Angefeuer die Übernahme der Kontrolle über die Gesellschaft zu erschweren, haben in der Schweiz – in Anlehnung an die amerikanische Praxis – viele Publikumsgesellschaften namentlich folgende Statutänderungen und weitere einschneidende Beschlüsse einer qualifizierten Mehrheit (im typischen Fall einer Zweidrittels- oder gar einer Dreiviertelsmehrheit) unterstellt:

- (i) Umwandlung von Namensaktien in Inhaberaktien;
- (ii) Aufhebung oder Lockerung der Vinkulierung der Namensaktien;
- (iii) Aufhebung einer Stimmkraftbegrenzung;
- (iv) Verkürzung der Amtsdauer oder Aufhebung der Staffelung der Amtsdauer des Verwaltungsrates;
- (v) Abwahl von mehr als einem Drittel aller Verwaltungsräte;
- (vi) Auflösung der Gesellschaft mit Liquidation.

Vom Erfordernis einer Dreiviertelsmehrheit ist nach der hier vertretenen Auffassung in Bezug auf alle vorgenannten Beschlüsse abzuraten, weil sonst die Gefahr besteht, dass die Gesellschaft sich selber einmauert und beschlussunfähig wird⁴⁹.

b) Erschwernis für die Abschaffung eines Beschlusserschwermisses

Nach der von ALBERT SIEGWART⁵⁰ aufgestellten, weithin unbestrittenen⁵¹ gebliebenen ungeschriebenen Rechtsregel können Erschwernisse der Beschlussfassung nur mit derjenigen Mehrheit aus den Statuten *gestrichen* werden, die sie selber vorschreiben. Diese sogenannte «Siegwart-Regel» schützt die statutarische Beschlusserschwerung, petrifiziert aber damit ebenfalls die Statuten. Gerade bei restriktiven Vorschriften, wie dem Erfordernis der Dreiviertelsmehrheit, kann eine Lockerung später einmal gar nicht mehr möglich sein, obwohl vielleicht die Gesellschaft in einer neuen Situation auf grössere Beweglichkeit unbedingt angewiesen wäre. Extreme Mehrheitserfordernisse sind ein zweischneidiges Schwert. Der Verwaltungsrat mauert mit «lock up»-Klauseln, die er der Generalversammlung schmackhaft macht, immer auch sich selber ein – und vor allem seine Nachfolger im Amt, die die Dinge vielleicht ganz anders sehen⁵².

⁴¹ PETER BÖCKLI (2004) § 16 N. 165.

⁴² Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR.

⁴³ PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 366.

⁴⁴ Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR; vgl. auch hiernach III. C.
Das ist (zu Unrecht) umstritten. Die gegenteilige Meinung vertreten ANDREAS CASUTTI (1991) 79 und ROLF H. WEBER, BSK (2002) Art. 697 a N. 32.

⁴⁵ Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 OR.

⁴⁶ Art. 704 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Art. 704 Abs. 2 OR.
⁴⁸ Vgl. u.a. CAROLE LEA GEHRER (2003) 195 m.w.H.

⁴⁹ PETER BÖCKLI (1996) N. 1407 und (2004) § 12 N. 399; CAROLE LEA GEHRER (2003) 196.

⁵⁰ ALFRED SIEGWART, ZK (1945) Art. 648 N. 9 und 15; früher war der in der Aktienrechtsreform von 1991 gestrichene Art. 648 Abs. 1 OR 1936 explizit anwendbar.

⁵¹ Vgl. BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 704 N. 93; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 24 N. 51; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 704 N. 11 f.; PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 401 f.

⁵² PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 403.

4. Ausschluss des Einstimmigkeitserfordernisses

Ein statutarisches *Einstimmigkeitserfordernis* verstößt nicht nur gegen das Grundkonzept eines zum Aktienbesitz nach Nennwerten oder Stückzahlen proportionalen Stammrechts. Es ist auch mit der körperschaftsrechtlichen Konzeption der sich autonomin verwaltenden Aktiengesellschaft – dem Selbstverwaltungsprinzip – unvereinbar, da es auf ein *Vetorecht* jedes einzelnen Aktionärs und damit ein Individualrecht zur Beschlussverhinderung hinaus läuft⁵³.

Dies hat das Bundesgericht im Fall CANES c. NESTLÉ ausdrücklich festgehalten – wenn auch noch zum Obligationenrecht von 1936 –, und zwar mit andauernder Überzeugungskraft, denn der Gesetzeswortlaut ist in der Aktienrechtsreform vom 1991 in diesem Punkt unverändert geblieben:

«Il reste que la mesure d'aggravation ne doit pas rendre impossible la révocation. [...] Quant à la limite de cette aggravation, elle ne peut être fixée que de cas en cas, mais elle ne devrait jamais consacrer le principe de l'unanimité.»⁵⁴ (Hervorhebung beigelegt)

Diese Äußerung des Bundesgerichts ist nicht einfach als «obiter dictum» – d.h. eine im Wesentlichen unbeachtliche Randbemerkung des Gerichts – anzusehen⁵⁵. Ein «obiter dictum» liegt vor, wenn das Gericht eine für die Entscheidungsbegrundung gar nicht erforderliche zusätzliche Beobachtung anstellt und diese dem Begründungstext hinzufügt. So etwas liegt im Fall CANES c. NESTLÉ gerade nicht vor. Das Bundesgericht hat – was für seinen Entscheid relevant war – die äussere Grenze der zulässigen Beschlussverhinderung dargelegt und ausdrücklich die Einstimmigkeit als jenseits dieser Grenze liegend bezeichnet. Aus der Logik der Urteilsbegründung heraus ist die Ablehnung der Einstimmigkeitsklausel eine unerlässliche Abrundung zur Aussage, dass zwei Drittel aller Aktienstimmen gerade noch zu akzeptieren sind. Es ist nicht möglich, sauber darzulegen, was gerade noch statthaft ist, ohne aufzuzeigen, was gerade nicht mehr erlaubt ist. Die Aufführungen des Bundesgerichts zum Ausschluss der Einstimmigkeit sind daher sehr wohl *«rationes decidendi»*, massgebliche Teile der Begründung, die das Urteil stützen; sie sind, im Gegensatz zu den Einwänden BRIGITTE TANNERS, ernst zu nehmen.

Dennoch ist die Auffassung, wonach statutarische Einstimmigkeitsquoren und damit das Votorecht eines Aktionärs in der Aktiengesellschaft unzulässig sind, in der Lehre auch heute noch umstritten. Die Meinungen gehen insbesondere in Bezug auf die Frage nach dem Umfang der Beschlussverhinderung auseinander; ebenso wird die Frage unterschiedlich beurteilt, ob die Einstimmigkeit für sämtliche Beschlüsse der Generalversammlung eingeführt werden kann. Für WOLF-HART F. BÜRGI⁵⁶ liegt die Grenze einer Beschlussverhinderung bei einem Dreiviertelsmehr. Entschieden zu weit geht aber für ihn eine Statutenbestimmung, die für wesentliche Beschlüsse und Wahlen Einstimmigkeit fordert. Bei grösseren Publikumsgesellschaften könnte schon ein weniger weit gehendes qualifiziertes Mehr (z.B. 60%) die Generalversammlung beschlussunfähig machen. DUBS/TRUFFER⁵⁷ sind der Auffassung, dass für gewisse notwendige Entscheidungen kein qualifiziertes Mehr eingeführt werden kann; sie relativieren jedoch dahingehend, dass sowohl für «wichtige» wie «nicht wichtige» Beschlüsse grundsätzlich Einstimmigkeit vorgesehen werden könne.

PETER V. KUNZ⁵⁸ möchte jeglichen Grad der Beschlussverhinderung sogar unbegrenzt zulassen:

«*M.E. besteht angesichts der Eigenvorantwortlichkeit der Aktionäre und des Fehlens einer anders lautenden Norm überhaupt keine Grenze für statutarische Quoren, sofern bei deren Einführung zumindest Art. 704 Abs. 2 OR beachtet wird.*»

Ähnlich sieht BRIGITTE TANNER⁵⁹ für die Einführung eines statutarischen Einstimmigkeitserfordernisses keine Grenzen. Das Votorecht eines Aktionärs sei im Prinzip nicht gesetzwidrig; ja das Erfordernis könne sich für personenbezogene Aktiengesellschaften mit wenigen Gesellschaften geradezu aufdrängen, weil es das «personengesellschaftliche» Element betone.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese Gegenmeinungen⁶⁰ abzulehnen, ganz sicher für Publikumsgesellschaften, aber mit guten Gründen auch für nicht kotierte Gesellschaften. Die Bestimmungen in Art. 692 und 693 OR – welche für Publikumsgesellschaften und nicht kotierte Gesellschaften gleichermassen Anwendung finden – lassen die Mitwirkung an der Beschlussfassung in der Generalversammlung nur proportional entweder zum gesamten Nennwert oder zur Stückzahl der im Eigentum eines Aktionärs befindlichen Aktien zu. Das Votorecht

⁵³ Vgl. PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 363 f., 418 u. 427 f. m.w.H.; ebenso ALAN HIRSCH (1991) 297; ANDREAS LÄNZLINGER, BSK (2002) Art. 692 N. 9; WOLFHART F. BÜRG, ZK (1969) Art. 703 N. 26; CAROLE LEA GEHRER (2003) 199; MATHIAS M. SIEMS (2005) 221; a.M. ZACH/SCHLEIFFER (1992) 265; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 107; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 704 N. 13, freilich mit Bedenken in N. 14a.

⁵⁴ BGE 117 II 290, 313.

⁵⁵ So aber zu Urrecht BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 106.

⁵⁶ WOLFHART F. BÜRG, ZK (1969) Art. 703 N. 26.

⁵⁷ DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 704 N. 13 f.

⁵⁸ PETER V. KUNZ (2001) 861.

⁵⁹ BRIGITTE TANNER (1987) 175 ff., und dies. (2003) Art. 703 N. 107.

⁶⁰ Vor allem KUNZ und TANNER, in weniger ausgeprägtem Massse auch DUBS/TRUFFER.

steht als absolut wirkende und dauernde Verhinderungsbefugnis ausserhalb dieses gesetzlichen Willensbildungs- und Stimmrechtssystems. Gerade auch in kleineren Verhältnissen – wo gewisse Autoren das statutarische Erfordernis der Einstimmigkeit zulassen möchten – ist das absolute statutarische Votorecht eines einzigen Aktionärs verhängnisvoll, besteht doch die Gefahr, dass durch einen einzelnen Aktionär die Gesellschaft lähmgelegt oder die grosse Mehrheit der Aktionäre erpresst wird⁶¹.

BRIGITTE TANNER hat nicht nur, wie erwähnt, zu Unrecht den Entscheid BGE 117 II 290 («*mais elle ne devrait jamais consacrer le principe de l'unanimité*») als unbedeutliche Zusatzbemerkung des Bundesgerichts («*oblier dictum*») qualifiziert. Sie hat auch das Zusammenspiel des Art. 703 OR mit der Bestimmung von Art. 627 Ziff. 11 OR übersehen, eine Bestimmung, die wie folgt lautet:

«*Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in Statutenbestimmungen über ...*
11. *die im Gesetz nicht vorgesehenen Fälle, in denen die Generalversammlung nur mit qualifizierter Mehrheit Beschluss fassen kann.*»

Das Einstimmigkeitsfordernis ist bei Lichte betrachtet gar kein Anwendungsfall der «qualifizierten Mehrheit». Es ist vielmehr die Negation des Mehrheitsprinzips, d.h. des Grundsatzes, dass eine opponierende Minderheit sich unterordnen muss. Das Mehrheitsprinzip als solches ist in der Aktiengesellschaft in der Tat in Art. 627 Ziff. 11 OR klargestellt: Statuten können zwar qualifizierte Mehrheiten einführen, aber immer nur *Mehrheiten*, nicht die Einstimmigkeit.

Dahinter steht die gesetzliche Wertung, dass durch praktisch auch erreichbare Mehrheiten – so das Kriterium von CANES C. NESTLÉ⁶²– die Gesellschaft *entscheidungsfähig* bleibt. Das Einstimmigkeitsprinzip ist nicht nur in einer börsenkotierten Gesellschaft unvereinbar mit der Anforderung der Funktionsfähigkeit, einer ordnungsmässigen Selbstverwaltung der juristischen Person. Es erlaubt einer Einzelperson⁶³, einen Beschluss zu verhindern, ohne dass diese Einzelperson gehalten oder in der Lage wäre, einen positiven Beschlussantrag, der ihren eigenen gestalterischen Vorstellungen gerecht wird, auch nur als *Traktandum* einzubringen⁶⁴. Der Gesetzgeber hat im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft die Kompetenz zur Statutengestaltung in der Materie der Beschlussschwernisse, die in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 627 Ziff. 11 OR der Generalversammlung zugeteilt ist, hinaus. Die Generalversammlung kann zwar die Statute

⁶¹ Vgl. Inhabitans of Waldborough v. Knox and Lincoln R. R. 24 A. 942, 942 f (Maine 1892): «*When there are differences in opinion, aggregate bodies of men must act by majorities, or they cannot act at all.*»

⁶² BGE 117 II 314.

⁶³ Oder einer ganz kleinen Gruppe.

⁶⁴ Art. 699 Abs. 2 OR.

ralversammlung dem Aktionär ein Individualrecht auf die Einbringung eines zusätzlichen Verhandlungsgegenstandes seit jeher entzogen, und auch die anstehende Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts wird an diesem Grundsatz entscheid nichts ändern. Es ist bei Lichte betrachtet widersprüchlich und unhaltbar, einem Einzelaktionär oder einer kleinen Aktionärsgruppe gemäss Art. 699 OR die Einbringung eines Traktandums zu verweigern, diesem Einzelaktionär oder dieser kleinen Gruppe aber eine noch ungleich viel weiter gehende Machtbefugnis zu verleihen, nämlich die Befugnis, durch das Einstimmigkeitsprinzip einen Beschluss zu vereiteln.

Dass die Wahrung der *Entscheidungsfähigkeit* der Gesellschaft ein Anliegen des Gesetzgebers war, lässt auch die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 durchblicken:

«[adj] Artikel 704, Qualifiziertes Mehr für wichtige Beschlüsse
Absatz 1: Die Bestimmung in Artikel 636 und 648 OR, wonach für bestimmte Statutenänderungen eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln des Grundkapitals vorgeschrieben sind, haben sich besonders für Publikumsgesellschaften als übermässig erschwerend erwiesen, indem diese Gesellschaften infolge der grossen Aktienstreuung nicht oder nur mit Mühe imstande sind, derartige Mehrheiten zur Beschlussfassung aufzu bringen.»⁶⁵

Das Einstimmigkeitsprinzip – und jede statutarische Bestimmung, die ihm praktisch gleich kommt – setzt ein *Obstruktionspotential* in die Welt, das in unverhönlchen Widerspruch steht zum Mehrheitsprinzip der Art. 703 und 627 Ziff. 11 OR und zu den in Art. 706 Abs. 2 OR ausgedrückten Leitlinien für die vom Gesetz angestrebten, legitimen Gesellschaftsbeschlüsse: die *Aufrechterhaltung der Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft, die Vermeidung der Benachteiligung von Aktionären und die sachliche Ausübung von Aktionsrechten*.

Wie sich aus Art. 662a Abs. 2 Ziff. 4 OR ergibt, steht die ganze Tätigkeit der Gesellschaft, so lange sie nicht die Liquidation beschlossen hat, unter der Prämisse der «*Fortführung der Unternehmensaktivität*». Es gibt nun aber keine Unternehmensaktivität ohne Entscheidungsfähigkeit. Eine Gesellschaft, die sich in ihren eigenen Statuten der Entscheidungsfähigkeit im Wesentlichen begibt – und sei es in einem einzelnen, bedeutsamen Sachgegenstand – geht über die inhaltliche Grenze der Kompetenz zur Statutengestaltung in der Materie der Beschlussschwernisse, die in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 627 Ziff. 11 OR der Generalversammlung zugeteilt ist, hinaus. Die Generalversammlung kann zwar die Statute

⁶⁵ BOTSCHAFT 1983, 172.

ten festsetzen und ändern, nicht aber Statutenbestimmungen einführen, durch welche ihr die Ausübung der Befugnisse, die ihr in Art. 698 in Verbindung mit Art. 704 Abs. 1 OR zugeteilt sind, durch eine praktische Entscheidungsunfähigkeit entzogen werden.

Die Generalversammlung kann, so ist zu schliessen, die der juristischen Person vom Gesetz übertragene Kompetenz zur Selbstverwaltung nach dem Mehrheitsprinzip nicht dazu verwenden, diese Selbstverwaltung zu vereiteln. Ein Einstimmigkeitsfordernis in den Statuten bewirkt genau das und verstösst daher gegen die Grundstruktur der Aktiengesellschaft.

5. Minderheitsrechte, aber keine «Minderheitsquoren»

Die Statuten können im Sinne des positiven Minderheitenschutzes gestützt auf Art. 709 Abs. 2 OR bestimmten Gruppen von Aktionären oder Minderheiten ein Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat einräumen⁶⁶, gewöhnlich lässt sich dieses Recht durch eine Sonderversammlung oder ein für die Mehrheit⁶⁷ verbindliches Vorschlagsrecht verwirklichen. Viel weiter geht das Proporzwahlverfahren, in der Ausprägung des sogenannten «cumulative voting»⁶⁸. Nach dieser in gewissen amerikanischen Aktienrechten⁶⁹ vorgesehenen Methode können die Aktionäre einer Minderheitsgruppe alle ihre Stimmen auf den ihnen genehmen Kandidaten konzentrieren. Verfahrensmässig ist dabei Voraussetzung, dass stets der gesamte Verwaltungsrat zur Wahl steht und über jedes Verwaltungsratsmitglied einzeln abgestimmt wird. Es kommt arithmetisch zu einer Wahl eines Minderheitsvertreters in den Verwaltungsrat, wenn mindestens diejenige Quote aller Stimmen auf einen Kandidaten entfällt, die dem Kehrwert aller zur Wahl stehenden Verwaltungsratsmitglieder entspricht.⁷⁰

Wer das «*cumulative voting*» in einer Gesellschaft einführen möchte, ist indessen gut beraten, die weit reichende Veränderung der Rolle des Verwaltungsrates zu bedenken, die dadurch zu Stande kommt. Das «*cumulative voting*» führt zu einer nicht zu unterschätzenden Änderung der Unternehmensverfassung. Der Verwaltungsrat, statt nach dem gesetzlichen Normalmodell die Gesellschaft im Sinne der Mehrheit zu führen, wird zum Abbild der Fraktionen unter den Aktionären. In den Verwaltungsrat wird eine Verhaltensweise der Parlamente, mit vor-sorglichen Stellungsbezügen, Kampf um Sitze in den Ausschüssen, Gruppendenken und «Erklärungen zu Protokoll» hineingetragen. Nicht mehr der effiziente Kampf um die beste Marktleistung angesichts der Konkurrenz ist Hauptthema, sondern der Kampf der Minderheitsaktionäre gegen die Mehrheitsaktionäre. Die Gewähr für Entscheidungsfähigkeit und Effizienz im obersten Leitungsgorgan, die einen unverzichtbaren Teil der Corporate Governance ausmacht⁷¹, wird dadurch in Frage gestellt⁷².

Die viel weniger weit gehende *einfache Minderheitsvertretung*⁷³ erlaubt z.B. bei Familienunternehmen, jedem Stamm einen Sitz im Verwaltungsrat einzuräumen⁷⁴ oder den Mitarbeitern, sofern sie im Unternehmen als Aktionäre eine gewisse Bedeutung haben, einen festen Vertretungsanspruch im Verwaltungsrat zu zukennen⁷⁵. In der Praxis findet das Anliegen der Minderheitsvertretung – vor allem wenn es um eine starke Minderheit bis zu 49% der Stimmen geht – seinen Niederschlag in der Regel nicht in den Statuten, sondern in einem *Aktionärbindeungsvertrag*⁷⁶. Das darin aufgenommene Recht auf einen oder mehrere Sitze im Verwaltungsrat ist für eine gewisse, eventuell sogar ein bis zwei Jahrzehnte dauernde Frist vertraglich abgesichert. Der berechtigte Vertragspartner kann seine Gegenpartei bei Verletzung der Pflicht aus dem Aktionärbindungsvertrag auf Schadenersatz, je nach anwendbarem Prozessrecht⁷⁷ aber auch direkt auf Abgabe

⁶⁶ Vgl. BGE 120 II 52; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 27 N. 88 ff.; ERIC HOMBURGER, ZK (1997) Art. 709 N. 195 f.; MARTIN WERNLI, BSK (2002) Art. 709 N. 20 f.; GEORG KRNETA (2005) N. 376; WALTER/MAIZAR (2007) 429.

⁶⁷ Unter Vorbehalt wichtiger Gründe.

⁶⁸ Vgl. PETER V. KUNZ (2001) § 6 N. 111 ff.; LUKAS GLANZMANN (2002) 401 ff.; PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 429 und § 13 N. 80; WALTER/MAIZAR (2007) 429.

⁶⁹ Vgl. HENN/ALEXANDER (1983) sec. 189; ROBERT CHARLES CLARK (1986) 361 ff. und STEPHEN M. BAINBRIDGE (2002) 444 ff.

⁷⁰ Beispiel: In der Gesellschaft gibt es 1000 Stimmen und einen Verwaltungsrat mit statutarisch festgeschriebenen 5 Sitzen. 5 Personen stehen zur Wahl. Es braucht 200 Stimmen für die Wahl eines Minderheitsvertreters (1/5 von 1000). Eine in sich solidarische Minderheitsgruppe von 20% kann sich somit einen Vertreter im Verwaltungsrat sichern. Hier sind also die Minderheitsgruppen notwendigerweise an einer möglichst nicht zu kleinen Anzahl von Verwaltungsräten interessiert.

⁷¹ Vgl. die Definition der «Corporate Governance» im Ingress des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance von 2002.

⁷² PETER BÖCKLI (2004) § 13 N. 81; a.M. LUKAS GLANZMANN (2002) 411 ff.

⁷³ BGE 120 II 50 und 95 II 555; vgl. ERIC HOMBURGER, ZK (1997) Art. 709 N. 197; PETER BÖCKLI (2004) § 13 N. 77; GEORG KRNETA (2005) N. 376.

⁷⁴ Vgl. zu dieser Thematik eingehend CHRISTOPH B. BÜHLER (2006) 317 ff.

⁷⁵ Vgl. PETER BÖCKLI (2004) § 13 N. 77; GEORG KRNETA (2005) N. 380.

⁷⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 27 N. 95; HANSJÜRGEN APPENZELLER (1996) 19 ff.; ERIC HOMBURGER, ZK (1997) Art. 709 N. 197; MARTIN WERNLI, BSK (2002) Art. 709 N. 28; GEORG KRNETA (2005) N. 382.

⁷⁷ Vgl. Art. 342 und Art. 341 Abs. 1 Bst. b E-ZPO 2006 gemäss Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozeßordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7221 ff.; 7494); «Lauter der Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unerlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht insbesondere anordnen. [...] eine Ersatzvornahme.»

einer Willenserklärung einlagen. Andererseits gibt es keine direkte Durchsetzung des vertraglichen Anspruchs durch eine positive Stimmrechtsklage, die sich gegen die Gesellschaft richten würde⁷⁸. Aktionärbindungsverträge sind nur *unter den Parteien*, nicht jedoch gegenüber der Aktiengesellschaft selbst verbindlich. Die Gesellschaft kann einem die Stimmrechtsausübung regelnden Vertrag auch nicht gültig beitreten⁷⁹, obwohl das immer wieder etwa behauptet wird.

Art. 709 Abs. 2 OR ist andererseits keine Grundlage für die Einführung eines sogenannten «*Minderheitsquorums*», verstanden effektiv als Minderheitsbeschluss mit Verbindlichkeit für die Gesellschaft⁸⁰. Auch wenn der Anwendungsbereich eines Minderheitsquorums auf bestimmte Gegenstände beschränkt wird, ist eine solche Bestimmung aktienrechtlich unzulässig, und der Handelsregisterführer muss sie bei der Anmeldung zurückweisen. Das Mehrheitsprinzip, auf dem das ganze Aktienrecht und insbesondere auch Art. 627 Ziff. 11 und Art. 703 OR aufgebaut sind, wird dadurch ausgehebelt und durch einen «Befehlsbeschluss einer Minderheit» ersetzt. Sämtliche Bestimmungen des Aktienrechts im Bereich der Ermittlung des körperschaftlichen Willens sind einerseits konsequent darauf angelegt, der Minderheit Schutz zu gewähren, ihr Rechte zur Beeinflussung der Mehrheit einzuräumen; der verbindliche Rechtsakt andererseits, unter Vorbehalt der Anfechtung vor dem Richter, ist der Mehrheit vorzuhalten. Wenn einer in bestimmter Weise definierten Minderheit das Recht eingeräumt wird, den Willen der Gesellschaft verbindlich zu bilden, so wird der Wille der Mehrheit statutarisch für unmassgeblich erklärt. Das Institut des Minderheitsbeschlusses läuft darauf hin, dass im Ergebnis die Mehrheit von der Mitwirkung am Beschluss ausgeschlossen wird, und ist daher von vornherein rechtlich unzulässig. Das Mehrheitsprinzip kann mit Beschlusserschwerungen, institutionellen Gegengewichten und Kontrollen eingedämmt, nicht aber gültig abgeschafft werden. Wenn es einen Verstoß gegen die Grundstruktur der Aktiengesellschaft im Sinne des Art. 706b gibt, dann ist es die statutarische Einführung des Minderheitsbeschlusses.

C. Nichtigkeitsfolge bei Überschreitung der statutarischen Gestaltungsfreiheit

Qualifiziert rechtswidrig und damit *nichtig* sind Generalversammlungsbeschlüsse gemäss Art. 706b OR immer dann, wenn sie:

- «1. das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, das Mindeststimmrecht, die Klagegerechte oder andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken;
- 2. Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken; oder
- 3. die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen.»

Es stellt sich nun die Frage, ob statutarische Erfordernisse, welche die genannten Schranken der Gestaltungsfreiheit überschreiten, als nichtig im Sinne von Art. 706b OR zu qualifizieren sind.

Wie bereits ausgeführt, sind Statutenbestimmungen, die

- (i) qualifizierte *Mehrheitserfordernisse* für die vier unbedingt *notwendigen Beschlüsse* des Art. 698 OR einführen;
- (ii) den Aktionär in seinen gesetzlichen *Kontrollrechten* beschränken;
- (iii) das zusätzliche «*abgeleitete*» Erfordernis der qualifizierten *Mehrheit* missachten;
- (iv) neben den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen weitere *Einstimmigkeitserfordernisse* vorsehen, oder
- (v) ein «*Minderheitsquorum*» einführen,

mit der nach dem Grundsatz der *Selbstverwaltung* aufgebauten Aktiengesellschaft und damit mit der Grundstruktur der Aktiengesellschaft unvereinbar. Sie verstossen insbesondere gegen Art. 627 Ziff. 11, 692 und 693 OR, welche die Mitwirkung an der Beschlussfassung in der Generalversammlung nur proportional entweder zum gesamten Nennwert oder zur Stückzahl der im Eigentum eines Aktionärs befindlichen Aktien zulassen. Sie sind aber vor allem auch unvereinbar mit dem *Mehrheitsprinzip* überhaupt, das in der Kombination von Art. 703 und 627 Ziff. 11 OR zwingend festgeschrieben und vom Bundesgericht⁸¹ bekräftigt worden ist. Entsprechende Statutenbestimmungen sind somit nicht bloss anfechtbar, d.h. sie können nicht durch unbemühten Ablauf der zweimonatigen Anfech-

⁷⁸ PETER BÖCKLI (2004) § 13 N. 78.
⁷⁹ Vgl. MONIKA HINTZ-BÜHLER (2001) 9; HANSJÜRG APPENZELLER (1996) 49; PETER BÖCKLI (2004) § 12 N. 578.
⁸⁰ Vgl. Botschaft 1953, 174 Ziff. 352.1; gl.M. MARTIN WERNLI, BSK (2002) Art. 709 N. 20; a.M. PETER V. KUNZ (2001) § 12 N. 93 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (1996) § 24 N. 54; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 703 N. 15; BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 95 ff.

⁸¹ BGE 117 II 290.

tungsfrist des Art. 706a rechtlich unanfechtbar werden. Sie sind als *nichtig* zu qualifizieren.⁸²

Nichtigkeit hat zur Folge, dass der die Statuten ändernde Beschluss vom Recht als überhaupt nicht zustande gekommen betrachtet wird und die aus dem entsprechenden Beschluss resultierende Statutenbestimmung von Anfang an *unwirksam* ist⁸³. Sofern die Statuten keine zulässige andere Bestimmung über die Beschlussfassung enthalten, ist grundsätzlich das gesetzliche Beschlussquorum von Art. 703 OR anwendbar. Ein in dieser Frage zur Entscheidung berufenes Gericht könnte freilich in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auch argumentieren, die Einführung eines unzulässigen statutarischen Beschlusserschweiness sei nur *teilweise* nichtig und daher auf das gerade noch zulässige Höchstquorum zu reduzieren.⁸⁴ Im Falle eines unzulässigen Einstimmigkeitserfordernisses der Statuten würde die Grenze einer Erschwerung der Beschlussfassung im Vergleich zur gesetzlichen Regelung wohl bei einer *Dreiviertelmehrheit* anzusetzen sein⁸⁵. Wie vom dargestellt, hat jedoch das Einstimmigkeitserfordernis gerade in den jüngeren Literatur⁸⁶ gewisse Verfechter gefunden, so dass in diesem Punkt eine höchststrittliche Bestätigung der «CANES»-Rechtsprechung⁸⁷ wünschenswert ist. In den übrigen Fällen dürfte demgegenüber als zulässiges Mass die *absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen* gemäss Art. 703 OR zur Anwendung kommen.

D. Rechtsmissbräuchliches Beharren auf einem unzulässigen statutarischen Beschlusserschweiness

Sollte der Mut fehlen, auf Nichtigkeit zu schliessen, so müsste das Beharren eines oder mehrerer Aktionäre auf einem gegen das Selbstverwaltungsprinzip verstossenden, unstaatlichen statutarischen Beschlusserschweiness als *rechtsmissbräuchlich* zu qualifizieren sein. Es bleibt zu prüfen, unter welchen Umständen einem Aktionär, der sich auf eine entsprechende statutarische Bestimmung berufen würde, der Rechtsschutz zu verweigern wäre.

⁸² CHRISTOPH VON GREYERZ (1982) 195, zählte schon unter OR 1936 die Schaffung eines *Vorrechts* einzelner Aktionäre ausdrücklich als ein Beispiel für einen *nichtigen Beschluss* der Generalversammlung auf.

⁸³ DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 706b N. 4.
⁸⁴ Vgl. BGE 84 II 550.

⁸⁵ So auch WOLFHART F. BÜRGI, ZK (1969) Art. 703 N. 26; vgl. auch BGE 117 II 314, wo – allerdings im Zusammenhang mit einer Publikumsgesellschaft – sogar die Rede davon ist, dass ein Mehrheitserfordernis von zwei Dritteln aller Aktienstimmen «gerade noch» akzeptierbar ist.

⁸⁶ KUNZ, TANNER, teilweise auch DUBS/TRUFFER.
⁸⁷ Vgl. oben III. B. 4, S. 50.

1. Zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Allgemeinen

Massgeblich für die materiellrechtliche Prüfung ist die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 ZGB, welche den «*offenbaren Missbrauch eines Rechtes*» verbietet. Eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchs existiert nicht und wird es nie geben. Nach dem Bundesgericht setzt Art. 2 Abs. 2 ZGB «*der formalen Rechtsordnung eine ethische materielle Schranke, lässt scheinbares Recht dem wirklichen weichen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offbares Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde*».⁸⁸ In der Doktrin haben sich Fallgruppen herausgebildet, welche der Konkretisierung des unbestimmten Begriffs dienen.⁸⁹ Vor allem die folgenden Fallgruppen sind für die Frage einer unstaatlichen Selbstbehinderung der Gesellschaft von Interesse:

- Fehlendes schützenswertes Interesse (*unnütze Rechtsausübung*);
- Krasses *Missverhältnis* der Interessen.

Dogmatischer Hintergrund der Fallgruppe «*fehlendes oder ungenügendes schützenswertes Interesse*» ist die Überlegung, dass die Rechtausübung zur Schikane wird, wenn das Interesse am der Rechtausübung fehlt oder nur von geringer Schutzwürdigkeit ist. Rechtsmissbrauch wird aber nicht nur bei vollständigem Fehlen eines Interesses angenommen; Rechtsmissbrauch liegt auch dann vor, wenn zwischen den Interessen des Berechtigten und demjenigen des Verpflichteten nicht nur eine Unverhältnismässigkeit, sondern ein «*krasses Missverhältnis*» besteht.⁹⁰

2. Zu rechtsmissbräuchlichen Entscheidungen der Generalversammlung im Besonderen

Grundsätzlich ist jeder Aktionär in der Ausübung seines Stimmrechts frei – selbst wenn er in einem offensichtlichen Interessengegensatz zur Gesellschaft als juristischer Person steht, kann er von seinem Stimmrecht zur Wahrnehmung seiner Partikularinteressen Gebrauch machen⁹¹. Allerdings wird der Stimmrechtsausübung durch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Schranke

⁸⁸ BGE 125 III 257 ff., 261.

⁸⁹ HEINRICH HONSELL, BSK (2002) Art. 2 N. 37 ff.; schon HANS MERZ, BK (1966) Art. 2 N. 285 ff. Vgl. dazu MAX BAUMANN, ZK (1998) Art. 2 N. 295 ff., 302 ff. u. 369 ff.; HEINRICH HONSELL, BSK (2002) Art. 2 N. 38 ff. u. 41 f. m.w.H.

⁹⁰ Das ergibt sich aus der fehlenden Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft, vgl. Art. 680 Abs. 1 OR.

gesetzt. Das Bundesgericht hat gesagt, dass der Beschluss der Generalversammlung dann missbräuchlich ist, *«wenn er sich durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen nicht rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt. Die Aufhebung des Beschlusses hängt somit von einer qualifizierten, d.h. offenbar missbräuchlichen Ungleichbehandlung der Minderheit ab»*⁹².

Möglich und in der Praxis gar nicht so selten ist aber auch ein Stimmrechtsmissbrauch durch eine qualifizierte *Minderheit*. Die Beschlussverhinderung der Minderheit kann dann rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn sie sachlich erforderliche, d.h. im Gesellschaftsinteresse legitimierte und vertreibbare Beschlüsse betrifft und damit für die Mehrheit bzw. die Gesellschaft offensichtlich nachteilig wirkt⁹³. In der Sache kann eine Krasse zweckwidrige Vorbereitung des körperschaftlichen Mehrheitsprinzips vorliegen, ein Verhalten der Entscheiderverhinderung, das keinen Rechtsschutz beanspruchen kann⁹⁴.

3. Anfechtbarkeit von rechtsmissbräuchlichen Beschlüssen der Generalversammlung

Gemäss der in Ziff. 1 von Art. 706 Abs. 2 OR statuierten Generalklausel sind Beschlüsse der Generalversammlung, die *«unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken»*, anfechtbar⁹⁵. In der Doktrin ist umstritten, ob sich der Begriff «Gesetz» auf die gesamte Rechtsordnung oder bloss auf das Aktienrecht i.w.S. bezieht. Da jedenfalls *«allgegenwärtige»* Rechisgrundsätze wie jener von Art. 2 ZGB von beiden Auslegungsvarianten erfasst werden, muss folglich gegen rechtsmissbräuchliche Beschlüsse der Generalversammlung mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden können⁹⁶.

Zur Anfechtung ist nebst den Aktionären auch der Verwaltungsrat legitimiert⁹⁷. Wird durch den Beschluss die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft oder jedenfalls die Wahrnehmung von Kenntkompetenzen durch den Verwaltungsrat vereitelt, kann sogar von einer Verpflichtung des Verwaltungsrates zur Anfechtung gespro-

⁹² BGE 95 II 157, 164; vgl. auch WALTER RENÉ SCHLUEP (1955) 316 m.w.H. in Fn. 31 f. u. 317; JOHN NENNIGER (1974) 48 ff.; CHRISTOPH VON GREYERZ (1982) 172 ff.

⁹³ MATTHIAS FELIX RÜTTIMANN (1994) 107 f.

⁹⁴ Vgl. BOTSCHAFT 1983, 140.

⁹⁵ Vgl. BOTSCHAFT 1983, 140.
⁹⁶ Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY (1997) 132 f.; DUBS/TRUFFER, BSK (2002) Art. 706 N. 10 m.w.H. – MATTHIAS RÜTTIMANN (1994) 102 ff. sieht den Grundtatbestand des Stimmrechtsmissbrauchs durch Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR konkretisiert.
⁹⁷ Art. 706 Abs. 1 OR.

chen werden⁹⁸. Allerdings ist die Tatsache, dass eine Statutenbestimmung missbräuchlich ausgelegt werden könnte, noch kein Anfechtungsgrund. Es ist vielmehr nachzuweisen, dass der kritisierte Beschluss als solcher Gesetz oder Statuten verletzt⁹⁹.

4. Krasses Missverhältnis zwischen statutarischer Beschlusserschwernis und Funktionsfähigkeit des Gesellschaft

Wendet man die dargelegten Grundsätze auf den Fall eines Beharrens eines Aktiöners auf einer unzulässigen statutarischen Beschlusserschwernis an, zeigt sich folgendes Bild:

Eine unzulässige Beschlusserschwernis – nach der hier vertretenen Auffassung in jedem Fall ein statutarisches Einstimmigkeitserfordernis – würde für den einzelnen Aktionär die Möglichkeit schaffen, einen für die Gesellschaft wichtigen Entscheid aus eigennützigen, unsachlichen Gründen, die weder im Gesellschaftsinteresse liegen noch einem wie auch immer verstandenen *«shareholder value»* dienen, ohne weiteres und systematisch zu Fall zu bringen. Die Machtbalance im Unternehmen, die in einem ausgewogenen Verhältnis von Führung und Kontrolle besteht, würde gestört, hätte es ein einzelner Aktionär in der Hand, für das Fortkommen der Gesellschaft bedeutende Entscheidungen fortwährend gestützt auf Partikularinteressen – noch dazu, ohne der aktienrechtliche Verantwortlichkeit unterstellt zu sein – zu Fall zu bringen und damit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft auf Dauer zu lähmen. Das Interesse einzelner Aktionäre am Bestand des statutarischen Einstimmigkeitserfordernisses steht in einem Konflikt zum Interesse der Gesellschaft an ihrer Funktionsfähigkeit.

Ob ein angerufenes Gericht im Beharren eines Aktionärs auf dem ihm durch eine statutarische Einstimmigkeitsklausel eingeräumten Votorecht einen *offenbaren Rechtsmissbrauch* erblickt, hängt notwendigerweise vom Einzelfall ab. In der Praxis ist allgemein anerkannt, dass der Rechtsmissbrauch nur als letzte Zuflucht dienen darf. Kommt das Gericht zum Schluss, dass das Beharren eines Aktionärs auf einem Votorecht ihm ein exzessives statutarisches Beschusserschwernis verschafft, dem Gesellschaftsinteresse klar zuwider läuft und zu einer mittelbaren oder unmittelbaren Schädigung der Aktionäre führt, so wird es auf Rechtsmiss-

⁹⁸ Vgl. PETER BÖCKLI (2004) § 16 103; zurückhaltend in Bezug auf die Anfechtungspflicht PETER FORSMOSER (1987) N. 544 u. 546. – JEAN NICOLAS DRUEY (1997) 153 f. will dem Verwaltungsrat bei dem Entscheid über die Anfechtung das Opportunitätsprinzip zugestehen.
⁹⁹ BGE 117 II 308.

brauch schliessen.¹⁰⁰ Es liegt ein Fall von *Minderheitsmissbrauch* vor, der letztlich keinen besseren Anspruch auf Rechtsschutz beanspruchen kann als ein Mehrheitsmissbrauch¹⁰¹.

Literaturübersicht

- APPENZELLER HANSÜRG, Stimmabbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Diss. Zürich 1996
- BAINBRIDGE STEPHEN M., Corporation Law and Economics, New York 2002
- BAUEN/BERNET, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007
- BAUDENBACHER CARL, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II, Art. 620–625, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 2.A. Basel 2002
- BAUMANN MAX, Kommentar zu Art. 2 N. 295, N. 302 u. N. 369, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zu Art. 1–7 ZGB, Bd. I, 1. Teilband, 3.A. Zürich 1998
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3.A. Zürich 2004
- Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Schriften zum Aktienrecht 24, Zürich 2007
 - BÖCKLI/BÖHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff.
 - BOTSCHAFT über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BB1 1983 II 745 ff. (zit. nach dem Sonderdruck «Botschaft 1983»)
 - zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BB1 2002, 3148 ff. (zit. «Botschaft 2001»)
 - zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), mit dem Gesetzesentwurf 2007 (zit. «Botschaft 2007» bzw. E-OR 2007)
 - BÜHLER CHRISTOPH B., Family Business Governance – Zehn Leitlinien einer «Good Governance» in Familienunternehmen, AJP (2006) 317 ff.
 - BÜRGI WOLFHART F., Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft Art. 698–730, Zürich 1969
 - CASUTI ANDREAS, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991
 - CLARK ROBERT CHARLES, Corporate Law, New York, 1986
 - DRUEY JEAN NICOLAS, Mängel des GV-Beschusses, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht 11, Zürich 1997, 131 ff.
 - DUBS/TRUPFER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II, Art. 698–706, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 2. A. Basel 2002
- FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Schriften zum neuen Aktienrecht 2, Zürich 1992, 14 ff.
- FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FUNK FRITZ, Kommentar des Obligationenrechts, 2. Bd.: Das Recht der Gesellschaften, 1. Teil, Aarau 1951
- GEHRER CAROLE LEA, Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Diss. Zürich 2003
- GLANZMANN LUKAS, Die Proporzwahl (cumulative voting) als Instrument der Corporate Governance, in: Festschrift Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 401 ff.
- HENN/ALEXANDER, Laws of Corporations, 3. A. St. Paul (Minneapolis) 1983 (Reprint 2000)
- HINTZ-BÜHLER MONIKA, Aktionärsbindungsverträge, Diss. Bern 2001
- HIRSCH ALAIN, Besprechung des Bundesgerichtsentscheids *Canes c. Nestlé*, SZW 63 (1991) 291 ff.
- HOMBURGER ERIC, Zürcher Kommentar zu Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1997
- HONSELL HENRICH, Kommentar zu Art. 2, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. A. Basel/Genf München 2002
- HOPF MICHEL, Desideratas (sic) und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, ST 75 (2001) 49 ff.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A. Bern 2005
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001
- LÄNZLINGER ANDREAS, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II, Art. 690–95, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 2. A. Basel 2002
- MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A. Bern 2007
- MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1–10 ZGB, Bd. I, Bern 1962 [Nachdruck von 1966]
- NENNINGER JOHN, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Basler Diss. 1969, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft 105, Basel 1974
- RÜTTIMANN MATTHIAS FELIX, Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Diss. Zürich 1994
- SCHENKER FRANZ, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II, Art. 626–47, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), 2. A. Basel 2002
- SCHLUERP WALTER RENE, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955
- SIEGWART ALFRED, Zürcher Kommentar zu Art. 620 ff. OR, Zürich 1945
- SIEMS MATTHIAS M., Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre, Tübingen 2005
- TANNER BRIGITTE, Die Generalversammlung, Zürcher Kommentar zu Art. 698–706b OR, 2. A. Zürich 2003
- Quoren für die Beschlusserfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987
 - VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004
 - VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Verantwortlichkeit der aktiengesetzlichen Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, Zürich 1980, 51 ff.

¹⁰⁰ So etwa FRITZ FUNK (1951) Art. 703 N. 5; a.M. ist BRIGITTE TANNER, ZK (2003) Art. 703 N. 107; *dies.* (1987) 176.

¹⁰¹ Vgl. FELIX MATTHIAS RÜTTIMANN (1994) 88 Fn. 11 u. 107 f. m.w.H.

- in: Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, 1 ff.
VON STEIGER WERNER, Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976
- WATTER ROLF, Der Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 2 (1993) 117 ff.
- WATTER/MAIZAR, Aktiöndemokratie, Über erweiterte Zuständigkeiten der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmeausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Breitschmid/Portmann/Rey/Zobl (Hrsg.), Festchrift für Hans Michael Riener zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 403 ff.
- WEBER ROLF H., Vertrags- bzw. Statutengestaltung und Minderheitenschutz, Schriftenreihe SAV 11 (1992) 71 ff.
- in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II,
Art. 696–697h, Honsell/Vogg/Watter (Hrsg.), 2. A. Basel 2002
- WERNLI MARTIN, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Obligationenrecht II, Art. 707–715a, 762–763, Honsell/Vogg/Watter (Hrsg.), 2. A. Basel 2002
- ZÄCH/SCHLEIFFER, Statutarische qualifizierte Quoten, SZW 64 (1992) 263 ff.