

VOM ABSTIMMUNGSVERFAHREN IN DER AKTIENGESELLSCHAFT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, S. 394-405. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, Zürich, 1976, S. 315 ff.

[394] Der mit dieser Schrift Geehrte hat sich als Vorsteher des Departements des Innern besondere Verdienste um das öffentliche Abstimmungsrecht erworben. Daher mag es angezeigt sein, hier zu erörtern, wie der gleiche Stoff in einem privatrechtlichen Gebiet, im Aktienrecht, geregelt ist ¹.

Die wenigsten Gesellschaftsstatuten ordnen das Verfahren bei Abstimmungen (einschließlich Wahlen) eingehend. Daher fragt es sich vorab, wie das Gesetz dieses Verfahren dispositiv regelt. Doch ist außerdem zu prüfen, inwieweit das Gesetz eine allfällige statutarische Ordnung zwingend beschränkt. Beide Fragen sind zu beantworten im Hinblick auf eine typische AG mit vielen, der Verwaltung nicht persönlich bekannten Aktionären (Grundsatz der typgerechten Gesetzesauslegung) ². Nicht behandelt wird das Sondergebiet der Abstimmungen im Verwaltungsrat.

Vorweg ist festzuhalten: In der AG wird einzig an der Generalversammlung abgestimmt. Zirkulationsbeschlüsse sind unzulässig (BGE 67 I 346), desgleichen die Stimmabgabe einzelner auf dem Korrespondenzweg (*Bürgi*, N. 12 zu Art. 698 OR). Ferner darf die AG nicht (wie die Genossenschaft, Art. 880, 892) die Generalversammlung durch die Urnenabstimmung oder die Delegiertenversammlung ersetzen. Sie wird also vom Gesetz auch bei einer Vielzahl von Aktionären zur reinen Gemeindeversammlungs-Demokratie gezwungen. Der Hauptgrund für diese mangelhafte Ausbildung der demokratischen Einrichtungen liegt darin, daß sich die AG für eine wahrhaft demokratische Ordnung gar nicht eignet. Die Aktionäre sind an der AG nur mit einer zum voraus bestimmten Kapitaleinlage beteiligt. Unter sich haben sie nur solche notwendigen Beziehungen, die aus ihren gleichlaufenden Einzelinteressen als Kapitalgeber folgen. Der persönliche Einsatz und die genossenschaftliche Verbundenheit fehlen. Stimmpflicht und Amtszwang, diese deutlichsten Kennzeichen echter Demokratie, würden dem Wesen der AG widersprechen. Daher dürfen demokratische Vorstellungen nur mit Vorsicht auf das Aktienrecht übertragen werden.

¹ Das Schrifttum beschäftigt sich mehr mit den materiellrechtlichen Fragen (Stimmrecht, Vertretung bei der Stimmrechtsausübung) als mit dem eigentlichen Abstimmungsverfahren. An Monographien sind hervorzuheben: *Hagmann*, Die Vertretung der Aktie in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1951; *Horowitz*, Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaften ..., Berlin 1913; *Moser*, Die Ausübung des Aktienstimmrechts ..., Diss. Zürich 1944; *Geilinger*, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung, Diss. Zürich 1951; *Feldmann*, Beschluß und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1954.

² Darüber *Jäggi* SAG 31 (1958/59) 70 [siehe in diesem Band S. 240 f.].

[395] I

Abstimmungen bedürfen einer *Leitung*. Da nur an der Generalversammlung abgestimmt wird, hat offenbar deren Vorsitzender auch die Abstimmungen zu leiten. Über die Versammlungsleitung sagt das Gesetz nichts³. Doch erklärt es einzelne Aufgaben, welche die Generalversammlung betreffen, als Sache der Verwaltung (Art. 699 und 702). Daraus sowie aus der allgemeinen Stellung, die das Gesetz der Verwaltung zuweist (Art. 721 Abs. 2), ergibt sich klar, daß bei Schweigen der Statuten die Verwaltung die Generalversammlung zu leiten hat. Nun zwingen aber äußere Gründe, die Leitung einem einzelnen zu übertragen. Daher hat eine Verwaltung, die aus mehreren Personen besteht, eines ihrer Mitglieder damit zu betrauen. Der Versammlungsleiter ist also in einem besonderen Sinne Delegierter des Verwaltungsrates. Er kann, auch ohne besondere Ermächtigung, Hilfspersonen beiziehen (z. B. als Stimmzähler); bei Schweigen der Statuten darf dies aber nur jemand sein, der ohnehin zur Teilnahme berechtigt ist.

Die Statuten können der Generalversammlung eine eigene Organisation geben (indem sie z. B. den Präsidenten des Verwaltungsrates als deren Präsidenten bezeichnen) oder ihr gestatten, sich von Fall zu Fall zu organisieren (z. B. durch Wahl eines Präsidenten). Fehlt diese statutarische Grundlage, so ist die Generalversammlung nur in einem Ausnahmefall zuständig, sich selbst zu organisieren: wenn die Verwaltung für die Leitung nicht gesorgt hat (BGE 71 II 281 f.). Im übrigen gilt eben auch für die Organisation der Generalversammlung der Grundsatz, daß selbst das oberste Organ der AG (Art. 698) nur die ihm durch Gesetz oder Statuten zugewiesenen Befugnisse hat⁴. Doch darf der von der Verwaltung bestellte Versammlungsleiter vor seinen Entscheidungen die Generalversammlung anhören oder es dieser überlassen, Geschäftsordnungsfragen selber zu entscheiden. Ein Recht hierauf hat aber niemand. Der Vorsitzende ist z. B. nicht verpflichtet, über einen aus der Mitte der Versammlung gestellten Antrag auf Wahl von Stimmzählern überhaupt abstimmen zu lassen.

II

Abstimmungen sind so durchzuführen, daß einzig die Berechtigten daran teilnehmen. Die *Prüfung der Stimmberechtigung*, vom Gesetz "Feststellung der Stimmrechte" genannt (Art. 702), bildet die erste Hauptaufgabe von Verwaltung und Abstimmungsleitung. Gegenstand der Prüfung bilden die folgenden Fragen: 1. Wer ist zur Zeit der Generalversammlung Aktionär und daher stimmberechtigt? 2. Welches ist die Stimmkraft jedes Aktionärs? 3. Wer ist zur Vertretung eines Aktionärs befugt, kraft Gesetzes oder [396] Vollmacht? 4. Wer ist aus besonderen Gründen bei einer einzelnen Abstimmung nicht stimmberechtigt oder im Stimmrecht beschränkt⁵? Grundlage der Prüfung bilden die Aktientitel (soweit Inhaberaktien ausgegeben sind) oder das Aktienbuch (bei Namenaktien)⁶. Mit der Vorlegung von Inhaberaktien wird auch eine behauptete Vertretungsbefugnis ausgewiesen, während diese Befugnis bei Namenaktien eigens ausgewiesen werden muß⁷.

Der gegebene Zeitpunkt für die Prüfung ist an sich der einzelne Abstimmungsakt. Die Verwaltung dürfte z. B. verlangen, daß die Aktionäre die Inhaberaktien an die Versammlung mitbringen und

³ Vgl. *Siegart* SAG 16 (1943/44) 215 ff. und *Bürgi* N. 19 ff. zu Art. 698 und N. 19 ff. zu Art. 702

⁴ Darüber *W. von Steiger* ZBJV 91^{bis} (1955) 334 ff. und *Secrétan* SAG 31 (1958/59) 153 ff.

⁵ OR Art. 692-695; ZGB Art. 2, BGE 81 II 540 und 83 II 64

⁶ Desgleichen bei Namen-Interimsscheinen, die an Stelle von Inhaberaktien ausgegeben werden, *Bürgi* N. 24 zu Art. 682

⁷ Darüber *Bürgi* N. 70 zu Art. 689 und *Hagmann* (zitiert Anmerkung 1) 88 ff.

bei jeder einzelnen Abstimmung vorweisen. Dieses Vorgehen wäre aber äußerst schwerfällig. Schon deswegen müssen die Prüfungen vor den einzelnen Abstimmungen entlastet werden. Dazu kommt, daß der Versammlungsleiter auch noch das Recht zur Teilnahme an der Versammlung zu prüfen hat. Das geschieht am besten so, daß bereits der Zutritt zum Versammlungsraum beaufsichtigt wird, durch besondere Hilfspersonen. Es liegt nahe, diese Zutrittsprüfung so zu gestalten, daß durch sie zugleich die Prüfungen vor den einzelnen Abstimmungen vereinfacht werden (z. B. dadurch, daß den zum Eintritt Zugelassenen Stimmkarten ausgehändigt werden). Auch die Zutrittsprüfung ist aber zu schwerfällig, sofern sie sich auf das "Urmaterial" – Aktie oder Aktienbuch – stützen muß. Daher hat sich die Übung eingebürgert, schon vor der Versammlung, und ohne äußern Zusammenhang mit ihr, eine Vorprüfung durchzuführen; deren Kern bildet die Abgabe eines Ausweispapiers, das entweder einzig zum Zutritt oder auch zur Stimmabgabe berechtigt. Dieses Papier darf bei Inhaberaktien nur gegen Vorlegung (oder Hinterlegung) der Aktien abgegeben werden; bei Namenaktien kann die Verwaltung den Ausweis den im Aktienbuch Eingetragenen von sich aus zusenden oder anordnen, daß er nur auf Verlangen abgegeben wird. Trotz Vor- und Zutrittsprüfung ist die Prüfung vor jeder einzelnen Abstimmung nicht ganz zu entbehren, schon wegen der Gefahr der doppelten Stimmabgabe. Das Prüfungsverfahren ist somit meistens dreistufig. Vorund Zutrittsprüfung erlauben es, ein Verzeichnis der an der Generalversammlung erscheinenden Stimmberechtigten zu erstellen. Das Gesetz schreibt dessen Anlage nicht vor (anders als das deutsche Aktiengesetz, § 110); doch gehört sie zur guten Ordnung, da sonst das Recht der Aktionäre, die Teilnahme von Unberechtigten anzufechten (Art. 691 Abs. 3), nicht genügend gewahrt wäre. Die Bekanntgabe des Verzeichnisses an der Versammlung ist nicht notwendig, aber gestattet; der Versammlungsteilnehmer hat kein Recht darauf, daß die Größe seiner Stimmkraft vor den übrigen Teilnehmern geheimgehalten wird.

Bei der Gestaltung des Prüfungsverfahrens – durch die Statuten oder [397] durch die Verwaltung – bestehen zwei allgemeine Schranken, die sich aus dem grundsätzlichen Vorrang des materiellen Rechtes vor dem Verfahrensrecht ergeben:

Einmal muß die Prüfung so gestaltet sein, daß sie die materielle Rechtsstellung des Aktionärs nicht ungebührlich beeinträchtigt. Daraus folgt namentlich: In der Einberufung ist anzugeben, was für Ausweise sich der Aktionär beschaffen und an die Versammlung mitnehmen muß; andere Ausweise dürfen nicht verlangt werden. Sofern die Ausweise nur innerhalb einer Frist (und nicht an der Versammlung selber) ausgegeben werden – was an sich zulässig ist –, muß die Frist so angesetzt werden, daß sie ohne erhebliche Schwierigkeit eingehalten werden kann (BGE 50 II 498). Indessen geht es ohne Eingriffe in das materielle Recht nicht ab: Um die Übersicht zu bewahren und Mißbräuche zu verhindern, darf die Verwaltung es ablehnen, Aktienübertragungen, die nach der Abgabe des Stimmrechtsausweises vorgenommen werden, an der Generalversammlung zu berücksichtigen. Ferner darf sie den Ausweis, obwohl er ein Inhaber- oder Ordrepapier vertritt, als Namensausweis ohne Wertpapiercharakter⁸ ausgeben; insbesondere hat der Inhaberaktionär kein Recht darauf, einen unbenannten Ausweis zu erhalten. Die Verwaltung darf auch verlangen, daß sich der Träger eines Namensausweises bei der Zutrittsprüfung über seine Identität mit dem in der Urkunde Genannten ausweist (z. B. durch Vorlegung eines Identitätspapiers); nur hat sie auch diese Ausweispflicht in der Einberufung bekanntzugeben. Schließlich darf die Verwaltung von der Einhaltung der gehörig bekanntgegebenen Ausweisformalitäten die Zulassung zur Stimmabgabe abhängig machen. Sie darf z. B. dem vergeßlichen Aktionär, der ohne Ausweis erscheint und den sie nicht kennt, den Zutritt und damit die Ausübung des Stimmrechtes verweigern; auf Vornahme einer außerordentlichen Prüfung hat der Vergeßliche kein Recht.

Sodann darf die AG den Entscheidungen, die im Prüfungsverfahren ergehen, keine konstitutive Bedeutung beimessen. Der nicht ausgewiesene Berechtigte bleibt gleichwohl berechtigt, auch für die betreffende Generalversammlung. Daraus folgt: Der Versammlungsleiter darf einen Aktionär, der sich nicht ausweist, auf seine Verantwortung hin zur Stimmabgabe zulassen; er handelt somit

⁸ Jäggi N. 301 zu Art. 965 OR

nicht rechtswidrig, wenn er die Prüfungsvorschriften zu Gunsten eines wirklich Berechtigten mißachtet (vorausgesetzt wenigstens, daß er alle nicht Ausgewiesenen gleich behandelt). Daher ist auch im Anfechtungsprozeß gegenüber dem Nachweis, daß ein nicht Ausgewiesener gestimmt hat, immer der Gegenbeweis zuzulassen, daß dieser materiell berechtigt war. Umgekehrt verschafft ein falscher Ausweis nie das materielle Recht. Die Verwaltung darf jederzeit einem gehörig Ausgewiesenen die [398] Stimmabgabe verweigern mit der Behauptung, der Ausweis sei unrichtig. Trifft dies zu – die Beweispflicht obliegt der AG –, so ist dem Ausgewiesenen kein Unrecht geschehen. Gegenüber dem Stimmrechtsausweis ist also die Berufung auf einen Rechtsmangel ebensogut zulässig wie gegenüber dem unberechtigten Vorweiser einer Inhaberaktie⁹ oder einem im Aktienbuch Eingetragenen, der rechtsmißbräuchlich als Fiduziar eines Dritten handelt (BGE 81 II 540). Daraus folgt weiter: Wird in einem Anfechtungsprozeß bewiesen, daß ein Unberechtigter gestimmt hat, so kann sich die AG nicht helfen mit dem Einwand, sie habe alle ihr zumutbaren Prüfungsmaßnahmen angewendet. Andererseits bildet die Unterlassung dieser Maßnahmen, für sich genommen, keinen Anfechtungsgrund. Einzig die Stimmabgabe eines Unberechtigten vermag die Aufhebung eines Beschlusses zu rechtfertigen, nicht ein Prüfungsmangel. Wurde aber die Abstimmung ohne gehörige Prüfung durchgeführt, so ist es mit der Beweislast eines Anfechtungsklägers weniger streng zu nehmen; unter Umständen darf dann die Teilnahme Unberechtigter sogar vermutet werden.

Zuständig zu den im Prüfungsverfahren zu treffenden Entscheidungen – namentlich über die Zulassung zur Stimmabgabe und über den Umfang des Stimmrechtes – ist bei Schweigen der Statuten die Verwaltung (Art. 702). Diese darf die Entscheidung dem Versammlungsleiter überlassen, mit oder ohne Möglichkeit interner Weiterziehung. Der Versammlungsleiter entscheidet im Rahmen von Gesetz, Statuten und allfälligen Weisungen der Verwaltung nach eigenem Ermessen (z. B. darüber, ob eine nicht beglaubigte Vollmacht ausreiche). Er darf die Entscheidung der Generalversammlung überlassen oder diese vor der eigenen Entscheidung anhören. Aber verpflichtet ist er hiezu keineswegs; folglich braucht er auch keine Diskussion über eine umstrittene Stimmberechtigung zu eröffnen. Das Gesetz vermeidet es in Art. 691, der Generalversammlung irgendwelche Zuständigkeit in Stimmrechtssachen zuzuerkennen. Aus einem naheliegenden Grunde: Die Versammlung könnte, gleich wie der Versammlungsleiter, doch nur einen Ordnungsentscheid treffen, nicht dagegen ein bestehendes Stimm- oder Vertretungsrecht beseitigen oder ein fehlendes Recht begründen. Folglich darf sie auch nicht über den Kopf des Versammlungsleiter hinweg beschließen, daß jede Abstimmung zweifach durchzuführen sei – mit und ohne Beteiligung einer Person, deren Stimmrecht zweifelhaft ist –; auch zu dieser (möglicherweise zweckmäßigen) Anordnung (vgl. BGE 81 II 536) ist bei Schweigen der Statuten einzig der Versammlungsleiter zuständig. Das Gesetz gibt den Aktionären auch keinen Rechtsbehelf, um die Unterlassung statutenwidriger oder die Vornahme statutarischer Prüfungsmaßnahmen zu erzwingen. Die Versammlung muß so durchgeführt werden, wie der [399] zuständige Leiter entscheidet. Auch das folgt aus Art. 691: Wenn nicht einmal die Teilnahme Unberechtigter verhindert werden kann, so noch weniger die Mißachtung von Prüfungsvorschriften. Einziger Rechtsbehelf ist die Anfechtungsklage, und auch sie führt nur unter der Bedingung des Art. 691 Abs. 3 zum Ziel. Dringt eine solche Klage durch und muß deswegen eine neue Generalversammlung stattfinden, so ist der Versammlungsleiter für den daraus entstandenen Schaden (z. B. die Kosten der Einberufung) ersatzpflichtig, falls er schuldhaft gehandelt hat (Art. 754).

⁹ Vgl. hiezu BGE 53 II 47 ff. i. S. Steinhauser gegen Solothurner Handelsbank

III

Zweite Hauptaufgabe des Versammlungsleiters ist die *Durchführung des einzelnen Abstimmungsaktes*. Hierüber bestimmt das Gesetz einzig, daß "die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen" erfordert ist (Art. 703). Im folgenden seien vier Gruppen von Fragen herausgegriffen:

1. Wann ist eine Aktienstimme "vertreten"? Bei gehöriger Ordnung des Prüfungsverfahrens sicher nur dann, wenn sich für die betreffende Aktie jemand als Aktionär oder Vertreter beim Prüfungsorgan gemeldet hat und von diesem anerkannt worden ist. Wer z. B. zu spät erschienen ist und sich deshalb nicht gemeldet hat, zählt nicht. Falls es in der Einberufung mitgeteilt wurde, darf der Versammlungsleiter – frühestens zur Zeit des angesetzten Versammlungsbegins – die Zahl der vertretenen Stimmen verbindlich feststellen, mit der Wirkung, daß später eintreffende Berechtigte für die ganze Dauer der Versammlung von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen bleiben. So gut die AG das Recht zum Bezug von Stimmrechtsausweisen befristen darf (S. 397), so gut darf sie auch eine Frist für die Vornahme der Zutrittsprüfung setzen. Trotz Ansetzung einer solchen Frist darf aber der Versammlungsleiter Verspätete noch zulassen (falls er alle gleich behandelt); die Nachzügler haben jedoch kein Recht auf diese Nachsicht.

Wie verhält es sich, wenn ein zugelassener Stimmberechtigter den Versammlungsraum vorzeitig verläßt, für immer oder nur vorübergehend? Liegt darin nur eine Stimmenthaltung (bezüglich der unterdessen vorgenommenen Abstimmungen), welche die Zahl der vertretenen Stimmen nicht beeinflußt, oder sind diese tatsächlich nicht mehr vertretenen Stimmen von der Gesamtzahl der ursprünglich festgestellten Stimmen abzuzählen? Mit andern Worten: Ist die Gesamtzahl der vertretenen Stimmen an einer Generalversammlung nur einmal festzustellen, mit Wirkung für alle Abstimmungen (Grundsatz der Einheit), oder ist sie für jede Abstimmung zu ermitteln, wenn auch unter Auswertung der frühern Feststellungen (Grundsatz der Selbständigkeit der einzelnen Abstimmung)? Die erste Lösung ist einfacher zu [400] handhaben; aber alle übrigen Gründe sprechen für die zweite Lösung: Diese entspricht den Tatsachen, während die erste auf einer Fiktion (der Anwesenheit nicht Anwesender) beruht. Sodann ist "Versammlung" im Aktienrecht auch sonst wörtlich zu verstehen, als Anwesenheit in einem Raum, wie namentlich die Unzulässigkeit der Stimmabgabe auf dem Korrespondenzwege zeigt (S. 394); daher wäre es nicht folgerichtig, während einer Abstimmung Abwesende als "Vertreter" von Aktien zu zählen und sie insofern bei der Ermittlung des Ergebnisses zu berücksichtigen. Dazu kommt, daß bei einzelnen Abstimmungen gewisse Stimmrechte ausfallen und die vertretenen Stimmen somit ohnehin eigens festgestellt werden müssen¹⁰; der Grundsatz der Einheit ließe sich also gar nicht allgemein durchführen. Sodann wäre es nach diesem Grundsatz möglich, daß eine richtig einberufene Versammlung beschlußunfähig würde, obwohl weder Gesetz noch Statuten ein Quorum für die Beschlußfähigkeit vorsehen; so etwa dann, wenn sich die Aktionäre in ihrer Mehrheit nur an einem bestimmten Beschluß beteiligen wollen und nachher den Versammlungsraum verlassen. Schließlich ist der Grundsatz der Selbständigkeit nicht etwa undurchführbar, obwohl er zusätzliche Prüfungsmaßnahmen erfordert; es genügt, wenn jedem, der den Versammlungsraum verläßt, der Stimmrechtsausweis abverlangt wird. In vielen Fällen wird es sich freilich erübrigen, die einmal festgestellte Zahl der vertretenen Stimmen ständig zu überprüfen.

2. Wie haben die Stimmenden ihren Willen zu äußern? Die üblichen Arten offener und geheimer Abstimmung eignen sich für die AG schlecht. Denn in der AG gilt nicht das Kopfstimmrecht, sondern ein von der Zahl der Aktien abhängiges Pluralstimmrecht, so daß auf den Kopf der einzelnen Teilnehmer gewöhnlich ganz verschiedene Stimmenzahlen entfallen. Daher sind das Erheben der Hände oder das Einwerfen eines gewöhnlichen Stimmzettels in eine Urne ungeeignete

¹⁰ Art. 693 Abs. 2 und 695; *Bürgi* N. 7 zu Art. 703.

Mittel der Stimmabgabe. Zwar ist es nicht unzulässig, sie anzuwenden. Zeigt sich z. B. beim Erheben der Hände ein deutliches Mehr und behauptet kein Anwesender, das Ergebnis wäre bei Berücksichtigung der Stimmkraft jedes Stimmenden ein anderes, so darf es der Versammlungsleiter bei dieser primitiven Abstimmungsart bewenden lassen. Stilrein sind aber nur folgende Verfahren: Bei offener Abstimmung ist die Stimme mündlich (mit "Ja" oder "Nein") einem Zähler abzugeben, der sowohl die Stimmabgabe als die Stimmkraft des Stimmenden schriftlich festhält (die letztere anhand von Stimmrechtsausweis, Teilnehmerverzeichnis oder Aktienbuch). Geheime Abstimmung setzt voraus, daß jedem Teilnehmer vorher so viele (aber nicht mehr) Stimmzettel ausgehändigt wurden, als er Stimmrechte vertritt, oder dann ein einziger Stimmzettel, auf dem ein Prüfungsorgan die Zahl der Stimmrechte aufgezeichnet hat; in diesem [401] zweiten Fall ist die Stimmabgabe nicht völlig geheim, da für die Stimmenzähler (nicht aber für die übrigen Teilnehmer) aus der Aufzeichnung der Zahl der Stimmrechte ersichtlich sein kann, von welchem Aktionär der Stimmzettel stammt. – Die Bestimmung des Verfahrens steht bei Schweigen der Statuten ausschließlich dem Versammlungsleiter zu, nicht der Versammlung. Diese kann also nicht etwa über den Kopf des Leiters hinweg geheime Abstimmung beschließen, und noch weniger hat der einzelne Aktionär ein Recht auf geheime Stimmabgabe.

3. Jede Abstimmung endet damit, daß ihr Ergebnis ermittelt, der Versammlung mitgeteilt und protokolliert wird. Die Ermittlung umfaßt drei Handlungen: der Inhalt jeder einzelnen Stimmabgabe wird festgestellt, allenfalls schriftlich; die Stimmabgaben je gleichen Inhaltes werden gezählt; gestützt auf das Ergebnis der Zählung (die bei offener Abstimmung auch nur eine Schätzung sein kann) ist der durch die Abstimmung gebildete Gesamtwille festzustellen: ob ein Antrag angenommen oder ein Kandidat gewählt wurde. Die gute Ordnung erfordert: Das Zählungsergebnis und die darauf gestützte Feststellung des Gesamtwillens müssen richtig sein; beide sind richtig mitzuteilen und richtig zu protokollieren. (Art. 702 fordert einzig die Protokollierung, ohne sie näher zu umschreiben; sicher fordert das Gesetz nicht, daß Stimmzettel und Notizen der Stimmenzähler aufbewahrt werden müssen.)

Bei den erwähnten Handlungen können folgende Mängel vorkommen: a) Zählungsmängel: Die Stimmenzähler zählen einzelne Stimmen zweifach oder überhaupt nicht, aus Irrtum oder absichtlich. b) Mitteilungsmängel: Der Versammlungsleiter teilt das richtige Zählungsergebnis falsch oder unvollständig mit, aus Versehen oder absichtlich; er verwechselt z. B. beim Ablesen die Ja- und Nein-Stimmen. c) Feststellungsmängel: Der Versammlungsleiter zieht aus dem richtig ermittelten (und mitgeteilten) Zählungsergebnis einen falschen Schluß; er berechnet z. B. das absolute Mehr einzig anhand der abgegebenen Stimmen und erklärt deswegen einen Antrag zu Unrecht als angenommen. d) Protokollierungsmängel: Es wird z. B. das richtig mitgeteilte Stimmenverhältnis unrichtig protokolliert.

Solche Mängel führen zu folgenden Rechtsfragen: Darf oder muß an der Versammlung selber eine Abstimmung wiederholt, eine Mitteilung oder Protokollierung berichtigt werden? Wie wirken sich die Mängel nach der Generalversammlung aus? Was zunächst die zweite Frage anbetrifft, so ist festzuhalten, daß das Gesetz sie nicht beantwortet, insbesondere nicht durch die Bestimmungen über die Anfechtungsklage; denn diese setzen einen Beschluß voraus, der verfahrensmäßig in Ordnung ist, aber gegen das materielle Recht verstößt (ein solcher Verstoß liegt auch im Falle der Stimmabgabe [402] durch einen Unberechtigten vor). Hier geht es dagegen um Verfahrensmängel. Drei grundsätzliche Lösungen sind zu erwägen: a) Das protokollierte oder (bei Fehlen eines Protokolls) das mitgeteilte Ergebnis ist schlechthin maßgebend ¹¹. Diese Lösung dient der Rechtssicherheit, erfordert aber, daß dem Versammlungsleiter oder dem Protokollführer die Rechtsmacht zukommt, das Ergebnis einer Abstimmung durch eine konstitutiv wirkende Erklärung festzustellen, ähnlich wie einer Validierungsbehörde des öffentlichen Rechts. Hiefür bedürfte es einer gesetzlichen oder statutarischen Grundlage. Aus der dispositiven Ordnung des Gesetzes, die das Amt eines Versammlungsleiters nicht einmal erwähnt, läßt sich eine solche Rechtsmacht nicht

¹¹ So die deutsche Rechtsprechung; *Würdinger*, Aktienrecht, Karlsruhe 1959, 154 (mit weitem Angaben).

ableiten. b) Die gerichtliche Geltendmachung von Mängeln wird nur im Rahmen der Anfechtungsklage zugelassen. Gegen diese Mittellösung erheben sich zwei Einwände: Innert der Anfechtungsfrist müßte nicht nur die (Anfechtungs-)Klage zugelassen werden, daß ein protokollierter Beschluß nicht zustandegekommen sei, sondern auch die umgekehrte, über die Anfechtung hinausgehende Klage auf Feststellung, daß ein angeblich nicht zustandegekommener Beschluß in Wirklichkeit gefaßt worden sei. Sodann müßte bei groben Mängeln (z. B. Fälschungen) doch die zeitlich unbeschränkte Feststellungsklage zugelassen werden. c) Alle Mängel können zeitlich unbeschränkt Gegenstand einer Feststellungsklage bilden. Für diese Lösung spricht die folgende, meines Erachtens stichhaltige Erwägung: Abstimmungen sind rechtsgeschäftliche Erklärungen. Soweit daher keine Sondervorschriften des Gesetzes oder der Statuten Platz greifen, ist rechtserheblich das (und nur das), was wirklich erklärt wurde. So gut wie nach Jahr und Tag auf Feststellung geklagt werden kann, daß ein bestimmter Vertrag abgeschlossen oder nicht abgeschlossen wurde, so gut muß eine solche Klage betreffend das Zustandekommen eines Beschlusses zulässig sein. Einzig der Richter kann rechtskräftig feststellen, ob ein Beschluß zustandegekommen ist oder nicht. Die Erklärungen des Versammlungsleiters und des Protokollführers haben nur Beweisbedeutung¹². Der Feststellungsklage sind bloß Grenzen tatsächlicher Art gezogen: Häufig wird das Feststellungsinteresse fehlen, z. B. dann, wenn ein Beschluß, der zu Unrecht als nicht zustandegekommen erklärt wurde, aus äußern Gründen doch nicht mehr ausgeführt werden könnte; noch häufiger wird der (an sich unbeschränkt zulässige) Beweis der Unrichtigkeit eines mitgeteilten Ergebnisses nicht zu erbringen sein.

Aus diesen Grundsätzen über das Klagerecht folgt weiter: a) Während der Versammlung hat deren Leiter das Recht und die Pflicht, ein unrichtiges Ergebnis richtigzustellen. Ferner hat er jeden ernsthaften Verdacht an der Richtigkeit eines Ergebnisses während der Versammlung abzuklären, soweit dies noch möglich ist (z. B. anhand aufbewahrter Stimmzettel). Bleibt der [403] Verdacht bestehen oder erweist er sich gar als richtig, so hat die Abstimmung ihren Zweck verfehlt. Der Versammlungsleiter hat sie immer dann zu wiederholen, wenn er das Ergebnis noch gar nicht mitgeteilt hat oder wenn (nach einer Mitteilung) immer noch über den gleichen Gegenstand verhandelt wird. Entdeckt er den Mangel erst später, so hat er auf jeden Fall seine frühere Mitteilung zu widerrufen, und es ist so zu halten, als ob die mangelhafte Abstimmung gar nicht durchgeführt worden wäre; dagegen darf diese nur dann wiederholt werden, wenn noch alle bei ihrer Vornahme anwesenden Stimmberechtigten zugegen sind. b) Nach Abschluß der Generalversammlung hat sich die Verwaltung (nur) an das von den Stimmenden wirklich Erklärte zu halten. Sie darf sich aber, soweit sie gutgläubig ist, auf das Protokoll verlassen. Steht für sie fest, daß dieses eine Mitteilung des Versammlungsleiters unrichtig wiedergibt, so hat sie sich an die Mitteilung zu halten. Steht weiter fest, daß auch diese unrichtig war, so ist das (richtige) Zählungsergebnis maßgeblich. Ist dieses ebenfalls unrichtig oder läßt es sich nicht mehr ermitteln, so ist (immer unter der Voraussetzung, daß die Unrichtigkeit von Mitteilung und Protokoll feststeht) eine neue Generalversammlung einzuberufen, es sei denn, eine neuerliche Beschlußfassung erweise sich zum voraus als unnütz, etwa deshalb, weil ein zu Unrecht als zustandegekommen protokollierter Beschluß inzwischen ausgeführt wurde und aus äußern Gründen nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

4. Bei Wahlen (namentlich des Verwaltungsrates) stellen sich besondere Fragen:

Darf die Verwaltung die Wählbarkeit an verfahrensmäßige Voraussetzungen knüpfen, etwa so, daß sie nur solche Personen als wählbar erklärt, die vor der Versammlung schriftlich vorgeschlagen werden? Das ist zu verneinen, da solche Anordnungen die Wahlfreiheit der Aktionäre beschränken würden, ohne daß dies aus Gründen der Wahlorganisation geboten wäre. Wohl aber dürften die Statuten ein derartiges "Aufstellen von Kandidaten" vorsehen, vorausgesetzt, daß damit nicht die Stellung von Minderheiten verschlechtert werden soll (was z. B. dann der Fall wäre, wenn die Statuten nur solche Kandidaten als wählbar erklären, die durch 10 % der Aktienstimmen

¹² Darüber Wydler, Die Protokollführung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1956, 79 ff.

vorgeschlagen werden).

Eine Wahl, bei der kein Kandidat das absolute Mehr erreicht, ist nicht zustande gekommen (Art. 703). Was hat an der Versammlung weiter zu geschehen? Darauf antwortet das dispositive Gesetzesrecht nicht. Meines Erachtens darf und muß der Versammlungsleiter an der gleichen Versammlung weitere Wahlgänge anordnen, und zwar so viele, bis entweder eine Wahl zustandekommt oder mit einem Zustandekommen nicht mehr zu rechnen ist (z. B. bei Stimmengleichheit nach zwei Wahlgängen). Dagegen [404] darf, bei Schweigen der Statuten, weder der Versammlungsleiter noch die Versammlung selber (durch Mehrheitsbeschluß) die Zahl der Wahlgänge zum voraus beschränken oder anordnen, daß in einem bestimmten Wahlgang das relative Mehr entscheide oder daß Kandidaten mit geringer Stimmenzahl ausscheiden¹³. Wie aber, wenn alle Anwesenden solchen Vereinfachungen zustimmen? Dürfte alsdann ein Abwesender eine nur mit relativem Mehr zustandegekommene Wahl anfechten, unter Berufung auf Art. 703? Das ist zu bejahen, da Art. 703 der Generalversammlung keine über die Statuten hinausgehende Kompetenz einräumt. Dura lex sed lex! Eine AG, die solche Härten vermeiden will, muß (und darf) die Statuten entsprechend abfassen.

Sofern für das gleiche Organ gleichzeitig mehrere Wahlen zu treffen sind (Gesamterneuerung des Verwaltungsrates), so fragt es sich, ob diese gesamthaft oder getrennt vorgenommen werden dürfen oder müssen. Abgesehen vom Sonderfall des Art. 708 Abs. 4 steht es beim Schweigen der Statuten der Verwaltung zu, zwischen den beiden Möglichkeiten zu wählen. Wird ein gesamthafter Wahlakt durchgeführt, so kann jeder Stimmende so vielen Personen die Stimme geben, als Wahlen zu treffen sind; wer über mehrere Stimmen verfügt, kann seine volle Stimmkraft je so vielen Personen zuwenden, als zu wählen sind. Dagegen darf die gesamthafte Wahl nicht dazu verwendet werden, alle Stimmen einer einzigen Person zuzuwenden. Wohl aber dürfen die Statuten eine solche Stimmenkonzentration vorsehen, schon deshalb, weil diese ein taugliches Mittel "zum Schutze der Minderheiten" darstellt und daher durch Art. 708 Abs. 5 gedeckt ist¹⁴. Doch ist die Konzentration ihrer Natur nach nur bei Gesamterneuerungswahlen anwendbar, nicht dagegen bei einer einzelnen Ersatzwahl, die während der Amtsdauer vorgenommen wird (freilich nicht vorgenommen werden muß, Art. 708 Abs. 3). Ein folgerichtiger Minderheitenschutz führt daher zum Verwaltungsratsproporz, nach dem Vorbild des öffentlichen Rechtes. Dessen Einführung durch die Statuten wäre ebenfalls durch Art. 708 Abs. 5 gedeckt. Aber anscheinend hat noch keine AG von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, wohl deshalb nicht, weil sich die Parteien in den großen Aktiengesellschaften nicht zu Dauerzuständen verhärten. Darin zeigt sich ein weiterer Unterschied zwischen den Aktiengesellschaften einerseits, den öffentlichen Körperschaften und einzelnen großen Genossenschaften andererseits: In den Aktiengesellschaften ist das Spiel der Kräfte gewöhnlich freier, wenn auch nicht weniger hart, als in den partei- und proporzgesegneten Gemeinwesen. Wer ist glücklicher zu preisen? Diese Frage mag zu denen gehören, über die ein Staatsmann nach seinem Rückzug aus dem politischen Alltag zu meditieren pflegt!

¹³ Speziell über den Stichentscheid des Vorsitzenden vgl. *Carry*, *Semaine judiciaire* 82 (1960) 449 ff. und *Schaub* SAG 33 (1960/61) 100 ff.

¹⁴ Darüber *Schucany* SAG 31 (1958/59) 129 ff.