

**Peter V. Kunz**  
**Florian S. Jörg**  
**Oliver Arter**  
(Herausgeber)

# **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI**

**Harald Bärtschi**  
**Dimitrios Berger**  
**Oliver Blum**  
**Lukas Glanzmann**  
**Florian S. Jörg**  
**Peter Jung**  
**Thomas Jutzi**  
**Peter V. Kunz**  
**Cornelia M. Müller**  
**Thomas Rohde**  
**Urs Schenker**



**Stämpfli Verlag**



---

Peter V. Kunz  
Florian S. Jörg  
Oliver Arter  
(Herausgeber)

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI**



---

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ  
FLORIAN S. JÖRG  
OLIVER ARTER

Mit Beiträgen von:

HARALD BÄRTSCHI  
DIMITRIOS BERGER  
OLIVER BLUM  
LUKAS GLANZMANN  
FLORIAN S. JÖRG  
PETER JUNG  
THOMAS JUTZI  
PETER V. KUNZ  
CORNELIA M. MÜLLER  
THOMAS ROHDE  
URS SCHENKER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-3235-0

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com) sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-5967-8

Judocu ISBN 978-3-0354-1403-5

printed in  
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# Mehrheitenschutz – oder wie steht es um den Minderheitsmissbrauch im Aktienrecht?

THOMAS JUTZI\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>50</b>
<b>2.</b>	<b>Mehrheitsprinzip als Ausfluss der Kapitalherrschaft.....</b>	<b>52</b>
2.1	Mehrheit vs. Minderheit.....	52
2.2	Individual- und Minderheitenrechte als «Einfallstore» für den Minderheitenmissbrauch.....	52
<b>3.</b>	<b>Schutzelemente gegen den Minderheitenmissbrauch.....</b>	<b>55</b>
3.1	Das Rechtsmissbrauchsverbot.....	55
3.1.1	Funktion und gesellschaftsrechtlicher Anwendungsbereich.....	55
3.1.2	Erste Missbrauchskonstellation: Ausübung des Stimmrechts.....	57
3.1.2.1	Qualifizierte Quoren als Missbrauchsopportunitäten.....	57
3.1.2.2	Rechtsmissbrauchsverbot als Korrektiv.....	58
3.1.3	Zweite Missbrauchskonstellation: Ausübung der Anfechtungsklage.....	59
3.1.3.1	Zweckwidrige Ausübung des Anfechtungsrechts.....	61
3.1.3.2	Nutzlose und schikanöse Ausübung der Anfechtungsklage.....	62
3.1.4	Exkurs: Weitere aktienrechtliche Grundprinzipien als Schutzinstrumente?.....	63
3.1.5	Bewertung.....	65
3.2	Materielle Schranken als (punktuelle) Schutzinstrumente bei Informationsrechten.....	66
3.2.1	Informationsrechte und Minderheitenschutz.....	66
3.2.2	Schranken des Rechts auf Auskunfterteilung.....	66
3.2.3	Bewertung.....	68
3.3	Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als Korrektiv?.....	68
3.3.1	Im schweizerischen Recht.....	68
3.3.2	Rechtsvergleichende Betrachtungen: Die Treuepflicht im deutschen Aktienrecht.....	70
3.3.2.1	Zur Treuepflicht im Allgemeinen.....	70
3.3.2.2	Minderheitenmissbrauch als Aspekt der Treuepflicht.....	71
3.3.2.3	Erstes Fallbeispiel: Sperrminoritäten.....	72
3.3.2.4	Zweites Fallbeispiel: Informationsrechte.....	73
3.3.2.5	Drittes Fallbeispiel: Anfechtungsklage.....	73
3.3.3	Bewertung.....	75

---

\* Der Autor dankt RA MLaw CHRISTOPH FEUZ, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, für seine wertvolle Mitarbeit. Der Beitrag wurde Ende August 2015 abgeschlossen.

3.4	Überblick über weitere Schutzinstrumente .....	76
3.4.1	Schwellenwerte für die Rechtausübung .....	76
3.4.2	Aktionärbindungsverträge .....	77
3.4.3	Exit-Möglichkeiten .....	78
3.4.4	Kostentragungsrisiko .....	79
<b>4.</b>	<b>Aktuelle Entwicklungen: Revision des Aktienrechts.....</b>	<b>79</b>
4.1	Ausbau der Aktionärsrechte unter dem Titel der Corporate Governance .....	80
4.1.1	Ausbau des Auskunftsrechts .....	81
4.1.2	Auskunftsrecht über Vergütungen des obersten Kaders.....	81
4.1.3	Weitere Verbesserungen der Aktionärsstellung .....	82
4.2	Modifikation der Schwellenwerte von Minderheitenrechten .....	82
4.2.1	Allgemein .....	82
4.2.2	Übersicht über die neuen Schwellenwerte .....	83
4.3	Recht auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten .....	85
4.4	Bewertung der angestrebten Aktienrechtsrevision aus Sicht des Minderheitenmissbrauchs .....	86
<b>5.</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>87</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>89</b>

## 1. Einleitung

Der Mehrheitsmissbrauch in einer Aktiengesellschaft (AG) ist eine vom Gesetzgeber, von der Lehre (vor allem der jüngeren Vergangenheit) und Judikatur vielbeachtete Problematik; der spiegelbildliche Minderheitenschutz stellt ein wichtiges Strukturelement des schweizerischen Kapitalgesellschaftsrechts dar.<sup>1</sup> Überspitzt formuliert besteht heute eine «A priori-Schutzwürdigkeit»<sup>2</sup> der Minderheit im Recht der AG.

Die Konsequenzen des Ausbaus von Minderheitsrechten werden allerdings meist nicht hinterfragt. Abstrakt betrachtet vergrössert jede Erweiterung von Rechtspositionen (wie z.B. derjenigen des Minderheitsaktionärs) auch die Gefahr von Missbräuchen.<sup>3</sup> Bei (zu) gut ausgebauten Minder-

<sup>1</sup> RUEDIN, N 276; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 8, 10, 12; KUNZ, Minderheiten, S. 415; LEHMANN, § 1 N 1.

<sup>2</sup> So explizit: STOFFEL, S. 581.

<sup>3</sup> BAUMANN/SPICHTIGER, S. 852 f.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 232; VON DER CRONE, § 8 N 9; vgl. auch BELLINGHAUSEN, S. 1: «Wo aber der Minderheit Rechte eingeräumt werden, entstehen wiederum die Versuchung und die Gefahr des Missbrauchs, d.h. der missbilligten Inanspruchnahme. Der Missbrauch von Minderheitsrechten wird wahrscheinlicher mit der zunehmenden Popularität des Minderheitenschutzgedankens».



heitsrechten besteht die Gefahr, dass eine Gesellschafterminderheit ihre Möglichkeiten zu Lasten der Gesellschaft und/oder der Mehrheit missbraucht (insbesondere Individualrechte können wegen ihrer leichten Verfügbarkeit<sup>4</sup> einen zweckwidrigen Einsatz begünstigen).<sup>5</sup> Im Worst-Case-Szenario kann eine Minderheit eine AG «paralysieren».<sup>6</sup>

Mit Blick auf die Thematik des Missbrauchs durch Minderheiten liegt das Hauptproblem darin, festzustellen, wie viel Schutz die Minderheiten tatsächlich benötigen. Es gilt, den richtigen Mittelweg zu finden und Extrempositionen zu vermeiden.<sup>7</sup> Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass trotz der hohen Relevanz dem Konzept des Minderheitenschutzes zumindest im schweizerischen Gesellschaftsrecht keine absolute Geltung zukommt<sup>8</sup> und es vom Gesetzgeber nicht als einheitliches System ausgestaltet wurde,<sup>9</sup> so dass Einschränkungen zu Gunsten der Mehrheit durchaus zulässig (und angebracht) sind. In der Lehre werden allerdings ungeachtet der grossen gesetzlichen Flexibilität und Konturlosigkeit des Instituts des Minderheitenschutzes dessen Grenzen und negative Folgen kaum thematisiert.<sup>10</sup> Dies liegt mitunter darin begründet, dass das Phänomen im Vergleich zum Mehrheitsmissbrauch in der Praxis seltener in Erscheinung tritt.<sup>11</sup> Zudem dürfte auch die einseitige Perzeption des Minderheitsaktionärs als schutzbedürftiges Subjekt ein wichtiger Grund für die stiefmütterliche Behandlung sein.

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu unten Ziff. 3.1.

<sup>5</sup> BAUMANN/SPICIGER, S. 852 f.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 587; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 233.

<sup>6</sup> Z.B. mittels der den Minderheiten zustehenden Klagerechte (ZK-TANNER, N 21 zu Art. 703 OR).

<sup>7</sup> KUNZ, Minderheiten, S. 416; BAUMANN/SPICIGER, S. 852 f.

<sup>8</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 13.

<sup>9</sup> VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 863; vgl. auch SCHMIDT, S. 473: «[Der] Minderheitenschutz stellt nur als rechtspolitisches Programm, nicht als juristische Kategorie ein einheitliches Ganzes dar».

<sup>10</sup> Vgl. immerhin aber RUEDIN, N 276; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 235.

<sup>11</sup> Zudem wird in der Lehre das überschaubare Schädigungspotential von Minderheiten angeführt. KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 233; RUEDIN, N 268.

## **2. Mehrheitsprinzip als Ausfluss der Kapitalherrschaft**

### **2.1 Mehrheit vs. Minderheit**

Die Generalversammlung (GV) ist zuständig für die Willensbildung und Entschlussfassung über zahlreiche Themen, die von fundamentaler Bedeutung für eine AG sind.<sup>12</sup> Die Entscheide werden dabei grundsätzlich unter Beachtung des Mehrheitsprinzips<sup>13</sup> gefällt. Das Stimmrecht an der GV, mit dem sämtliche sonstigen Aktionärsrechte in un- oder mittelbarer Verbindung stehen,<sup>14</sup> bemisst sich prinzipiell nach dem Umfang der Kapitalbeteiligung des einzelnen Aktionärs, wobei in der Regel das Prinzip «one share, one vote» gilt.<sup>15</sup>

In der AG herrscht somit der Grundsatz der Kapitalherrschaft; die Bildung von (Aktionärs-)Mehrheiten und (Aktionärs-)Minderheiten ist eine logische Folge davon<sup>16</sup>. Bei Minderheitsaktionären handelt es sich deshalb um Aktionäre, die alleine oder zusammen mit anderen Aktionären nicht in der Lage sind, ausreichend Einfluss auf die Angelegenheiten in einer AG zu nehmen und ihre Interessen (zumindest nicht unmittelbar) durchzusetzen.<sup>17</sup>

### **2.2 Individual- und Minderheitenrechte als «Einfallstore» für den Minderheitenmissbrauch**

Die Kapitalherrschaft bzw. das Mehrheitsprinzip wird zum Schutz der Minderheit verschiedentlich eingedämmt: Einerseits werden bestimmten Gruppen<sup>18</sup> und/oder Minderheiten spezifische (Schutz-)Rechte einge-

---

<sup>12</sup> Vgl. Art. 698 ff. OR.

<sup>13</sup> Vgl. statt vieler: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 82; VON DER CRONE, § 8 N 1; PELLI, S. 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 108; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 862.

<sup>14</sup> Vgl. KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 90 m.w.H.

<sup>15</sup> VON DER CRONE, § 8 N 1; KUNZ, Minderheiten, S. 415; vgl. auch VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 862.

<sup>16</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 115; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 249; VON DER CRONE, § 8 N 4.

<sup>17</sup> Siehe zu den Gründen für den Minderheitenschutz statt vieler: WALTHER, S. 3; NENNINGER, S. 1; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 115; TANNER, Quoren, § 3 N 11.

<sup>18</sup> Sog. Gruppenrecht. Vgl. z.B. Art. 709 Abs. 1 OR.

räumt. Andererseits gelten einzelne Rechte des Aktionärs – unabhängig vom Umfang der Kapitalbeteiligung – als unentziehbar.<sup>19</sup> Daneben schränken die aktienrechtlichen Grundprinzipien die Mehrheitsmacht ein.<sup>20</sup>

Die ersten beiden Kategorien können unter dem Begriff der Aktionärsrechte zusammengefasst werden.<sup>21</sup> Als Aktionärsrechte gelten alle Ansprüche, die einem Aktionär direkt infolge seiner Mitgliedschaft in einer AG zukommen.<sup>22</sup> Sie stellen eine institutionalisierte Schranke der Mehrheitsmacht dar<sup>23</sup> und sind zugleich auch «Einfallstore» für den Minderheitenmissbrauch, da sie grundsätzlich (wie jedes andere Recht) auch missbraucht werden können. Eine abschliessende Aufzählung der Aktionärsrechte, welche einen Minderheitenschutzbezug aufweisen (und sich damit grundsätzlich für den Minderheitenmissbrauch eignen), ist allerdings nicht möglich, da praktisch jede Vorschrift des Schweizer Aktienrechts einen un- oder mittelbaren Konnex zur Thematik aufweist.<sup>24</sup>

Es gibt in der Lehre deshalb auch eine Vielzahl von Kategorisierungsansätzen zu den Aktionärsrechten.<sup>25</sup> Grundsätzlich lassen sich die Rechte nach dem Kreis der Berechtigten in Individual- und Minderheitenrechte

---

<sup>19</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 249; VON DER CRONE, § 8 N 6; vgl. auch VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, S. 862.

<sup>20</sup> Siehe dazu statt vieler: VON DER CRONE, § 8 N 5; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 251; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 862.

<sup>21</sup> Die Aktionärsrechte sind allerdings von der Aktionärsdemokratie abzugrenzen. Aktionärsdemokratie befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Unternehmensleitung und den Aktionären; das Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit der Gesellschafter einer AG steht hingegen nicht im Fokus. Einen zumindest gemeinsamen Schnittpunkt haben die Fragestellungen im Mehrheitsprinzip nach Art. 703 OR, welches für beide Konzepte eine Referenznorm darstellt. So pointiert VOGT, S. 17: «Das Plädoyer für mehr Aktionärsdemokratie ist [...] ein Plädoyer für eine starke Stellung der Aktionäre gegenüber der Unternehmensleitung. Dazu stehen die Schranken der Mehrheitsmacht nicht im Widerspruch.»

<sup>22</sup> VON GREYERZ, S. 142; VON DER CRONE, § 8 N 6; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 198; VON SALIS, S. 5.

<sup>23</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 200; VON DER CRONE, § 8 N 6. Nebst der Mehrheitsmacht ist die Rechtsstellung des Minderheitsaktionärs weiteren Bedrohungen ausgesetzt, wie z.B. durch die Verwaltung oder die Revisionsstelle (TANNER, Quoren, § 3 N 12).

<sup>24</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 301.

<sup>25</sup> So etwa nach Entstehungszeitpunkt, Stärke, Inhalt sowie dem Kreis der Anspruchsberechtigten (KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 201).

unterteilen.<sup>26</sup> Individualrechte stehen jedem Aktionär als Folge seiner Aktionärsstellung einzeln und unabhängig von dessen Kapitaleinsatz zur Verfügung.<sup>27</sup> In diese Kategorie fallen die meisten Aktionärsrechte.<sup>28</sup> Die Summe der Individualrechte formt den Individualschutz.<sup>29</sup> Minderheitenrechte knüpfen in Abgrenzung zu den Individualrechten nicht (unmittelbar) an der Eigenschaft als Aktionär an, sondern setzen zur Ausübung eine Mindestbeteiligung an der AG voraus.<sup>30</sup> So kann z.B. ein Aktionär bzw. eine Aktionärsgruppe die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen, falls dieser oder diese mehr als 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten.<sup>31</sup>

Zu beachten ist schliesslich, dass in der Lehre Individual- und Minderheitenschutz oftmals gleichgesetzt werden.<sup>32</sup> Der Begriff des Minderheitenschutzes geht jedoch weiter. So erfasst das Instrumentarium des Minderheitenschutzes nebst den Individualrechten ebenfalls die Minderheiten-

<sup>26</sup> BÖCKLI, § 1 N 123. Die Lehre differenziert nach dem Kreis der Berechtigten weiter die sog. Gruppenrechte, die nur einer festen Sondergruppe von Aktionären zustehen (z.B. Art. 709 Abs. 1 OR; siehe dazu statt vieler: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 225 f.).

<sup>27</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 129; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 194, 219; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 37; NUSSBAUMER, N 49; VON DER CRONE, § 8 N 8 f.

<sup>28</sup> VON DER CRONE, § 8 N 10, 13; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 219.

<sup>29</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 194; VON DER CRONE, § 8 N 9.

<sup>30</sup> VON DER CRONE, § 8 N 15; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 222; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 130; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 39. Vgl. BÖCKLI, § 1 N 135 ff.; KNOBLOCH, S. 63 f.

<sup>31</sup> Weitere Minderheitenrechte für Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen, welche 10 Prozent des Aktienkapitals auf sich vereinigen: (i) Art. 699 Abs. 3 OR: Recht zur Einberufung einer GV; (ii) Art. 736 Ziff. 4 OR: Recht zur Klageerhebung mit dem Zweck Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund; (iii) Art. 727 Abs. 2 OR: Recht auf eine ordentliche Revision; (iv) Art. 961d Abs. 2 Ziff. 1 OR: Recht, die Rechnungslegungsvorschriften für grössere Unternehmen für die eigene Gesellschaft für anwendbar zu erklären. Daneben bestehen Minderheitenrechte für Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen, welche 20 Prozent des Aktienkapitals auf sich vereinigen: (i) Art. 962 Abs. 2 Ziff. 1 OR: Recht auf Anwendung eines anerkannten Standards auf die eigene Rechnungslegung; (ii) Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 OR: Recht auf Erstellung einer Konzernrechnung; (iii) Art. 963b Abs. 4 Ziff. 1 OR: Recht auf Anwendung eines anerkannten Rechnungslegungsstandards auf die Konzernrechnung. Schliesslich können Aktionäre, die alternativ gesamthaft mehr als 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Umfang eines bestimmten Mindestnennwertbetrags auf sich vereinigen, folgende Rechte geltend machen: (i) Art. 697b Abs. 1 OR: Recht auf gerichtlich angesetzte Sonderprüfung gegen den Willen der GV (Fr. 2 Mio. Nennwert); (ii) Art. 699 Abs. 3 OR: Recht auf Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands.

<sup>32</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 195.

rechte. Der Individualschutz ist deshalb als Teilsumme des Minderheitenschutzes zu qualifizieren.<sup>33</sup>

### **3. Schutzelemente gegen den Minderheitenmissbrauch**

Nachfolgend soll den Fragen nachgegangen werden, ob es (i) bereits im geltenden Recht gesellschaftsrechtliche Mechanismen gibt, die die Mehrheit vor der Minderheit schützen (bzw. ob es allenfalls gar ein System des Mehrheitenschutzes gibt), und (ii) ob bzw. wann de lege ferenda korrigierend zum Schutze der Mehrheit eingegriffen werden sollte. De lege lata stehen die allgemeinen Prinzipien des Aktienrechts (insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot) im Vordergrund. Es sind aber (de lege ferenda) weitere Schutzelemente wie die gesellschaftsrechtliche Treupflicht des Aktionärs oder Exit-Möglichkeiten denkbar.

#### **3.1 Das Rechtsmissbrauchsverbot**

##### **3.1.1 Funktion und gesellschaftsrechtlicher Anwendungsbereich**

Es existiert keine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchs.<sup>34</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB hält immerhin fest, dass der offenbare Missbrauch eines Rechts durch die Rechtsordnung nicht geschützt wird. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass damit Handlungen sanktioniert werden sollen, «die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm oder einer privatautonomen Vertragsbestimmung stehen, aber objektiv eine Verletzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen und somit das Vertrauen der Rechtsgenossen auf redliches und sachangemessenes Verhalten enttäuschen».<sup>35</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot soll verhindern, «einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durch-

---

<sup>33</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 196; NUSSBAUMER, N 49.

<sup>34</sup> Vgl. BasK-HONSELL, N 24 ff. zu Art. 2 ZGB mit einer Übersicht zu den verschiedenen Definitionsansätzen.

<sup>35</sup> BGE 125 III 257, 259, E. 2a.

bruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Forderungen steht».<sup>36</sup>

Im Gegensatz zum Prinzip von Treu und Glauben<sup>37</sup> ist das Rechtsmissbrauchsverbot direkt anwendbar. Es wirkt sich – funktionell betrachtet – primär korrigierend auf das Recht und die Verträge aus.<sup>38</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt allerdings auch im Gesellschaftsrecht und ist insbesondere auch bei der Ausübung von Aktionärsrechten zu beachten<sup>39</sup>. Es können beispielhaft folgende, vom Bundesgericht anerkannte Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbots im Aktienrecht genannt werden: (i) der Durchgriff im Konzern; (ii) die Umgehung von Vinkulierungsvorschriften und (iii) der Ausschluss der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR, falls einzig die Schadenszufügung zu Lasten der Gesellschaft bezweckt wird.<sup>40</sup>

Eine abschliessende Aufzählung rechtsmissbräuchlicher Sachverhalte ist allerdings nicht möglich, da beim jeweiligen Anwendungsfall eine einzelfallbasierte Interessenabwägung vorgenommen werden muss.<sup>41</sup> Es fällt indes auf, dass sich sowohl Literatur als auch Judikatur mit dem Rechtsmissbrauchsverbot überwiegend in Bezug auf die missbräuchliche Ausübung von Rechten durch die Aktionärsmehrheit befassen.<sup>42</sup> Vielfach wird das Rechtsmissbrauchsverbot deshalb als eine Schranke der Mehrheitsmacht verstanden.<sup>43</sup> Trotzdem kann ein Verhalten der Minderheit missbräuchlich sein, «wenn es objektiv in einer wesentlichen Frage gegen das Gesellschaftsinteresse verstösst und entweder ausschliesslich das Ziel verfolgt, die Minderheitsinteressen zum Schaden der Mehrheitsinteressen zu begünstigen (*rupture d'égalité*), oder auf Erwägungen beruht, deren

---

<sup>36</sup> BGE 131 V 97, 102, E. 4.3.1; BGE 128 III 201, 206, E. 1c.; vgl. auch RUEDIN, N 270.

<sup>37</sup> Art. 2 Abs. 1 ZGB verpflichtet jedermann, bei der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Dieses Prinzip bezweckt, dass sich die Parteien im Rahmen ihrer vertraglichen Bindungen in gegenseitiger Rücksichtnahme üben. Es handelt sich um eine allgemeine Verhaltensregel, die nicht direkt anwendbar ist. Sie ist insbesondere im Vertragsrecht zur Auslegung und Ergänzung von Verträgen heranzuziehen. Vgl. DESCHENAUX, S. 145 f.; RUEDIN, N 267 f.

<sup>38</sup> RUEDIN, N 271.

<sup>39</sup> VON STEIGER, S. 293; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 587; VON DER CRONE, § 8 N 56.

<sup>40</sup> VON DER CRONE, § 8 N 61 m.w.H. Siehe hierzu ebenfalls unten Ziff. 3.1.3.

<sup>41</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 7.

<sup>42</sup> So gibt es etwa bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, wann ein Mehrheitsentscheid im Rahmen der GV rechtsmissbräuchliche Züge annimmt (z.B. BGE 95 II 157, 162 f., E. 9; BGER 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004, E. 3.4.1).

<sup>43</sup> Laut VON DER CRONE kommt dem Grundsatz als Schranke der Mehrheitsmacht eine eher untergeordnete Rolle zu (VON DER CRONE, § 8 N 60).

sachliche Rechtfertigung unter Abwägung mit den Gesellschaftsinteressen unverhältnismässig und damit unzureichend ist».<sup>44</sup> Das Rechtsmissbrauchsverbot ist somit ein grundsätzlich taugliches Mittel zum Schutz der Mehrheit.

### **3.1.2 Erste Missbrauchskonstellation: Ausübung des Stimmrechts**

#### *3.1.2.1 Qualifizierte Quoren als Missbrauchsoportunitäten*

Verschärfte statutarisch festgesetzte oder gesetzliche Stimmquoren wie z.B. in Art. 704 Abs. 1 OR können als «negative Minderheitenrechte» qualifiziert werden, da eine durch eine Minderheit herbeigeführte Sperrminorität eine positive Beschlussfassung vereiteln und im Umkehrschluss einen negativen Beschluss verursachen kann.<sup>45</sup> Einige Beschlüsse der GV – wie z.B. die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR – unterliegen gar dem Einstimmigkeitsprinzip.<sup>46</sup> Bei solchen Beschlüssen ist bereits ein einzelner (Minderheits-)Aktionär in der Lage, den Entscheid zu vereiteln.<sup>47</sup> Das Einstimmigkeitsprinzip ist deshalb Garant eines vollkommenen Minderheitenschutzes.<sup>48</sup>

Qualifizierte Mehrheitserfordernisse müssen allerdings nicht immer im Interesse der Gesellschaft sein. Es werden durch solche Quoren auch nicht per se schutzwürdige Interessen der Minderheit sichergestellt.<sup>49</sup> Für eine Gesellschaft kann es vielmehr problematisch sein, wenn eine über eine Sperrminorität verfügende Minderheit in der Lage ist, aus egoistischen Gründen fortwährend Obstruktion zu betreiben.<sup>50</sup> Mittelbar kann ein solches Verhalten die Funktionsfähigkeit und im Extremfall gar den Fortbestand eines Unternehmens gefährden.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> So zumindest für das deutsche Recht BELLINGHAUSEN, S. 53.

<sup>45</sup> TANNER, Quoren, § 3 N 8; ZK-TANNER, N 14 zu Art. 704 OR; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 872; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 11 N 45; VON GREYERZ, S. 168 f.

<sup>46</sup> Folgende weitere Beschlüsse unterliegen dem Einstimmigkeitsprinzip: Art. 623 Abs. 2 OR (Zusammenlegung von Aktien); Art. 701 OR (Universalversammlung); Art. 727a Abs. 2 OR (Verzicht auf eine eingeschränkte Revision).

<sup>47</sup> TANNER, Quoren, § 3 N 8.

<sup>48</sup> TANNER, Quoren, § 3 N 30.

<sup>49</sup> TANNER, Quoren, § 3 N 45.

<sup>50</sup> RUEDIN, N 276; TANNER, Quoren, § 3 N 8.

<sup>51</sup> TANNER, Quoren, § 3 N 8.

### 3.1.2.2 *Rechtsmissbrauchsverbot als Korrektiv*

Der Aktionär ist in der Stimmrechtsausübung grundsätzlich frei, d.h., er kann seine Interessen nach eigenem Ermessen verfolgen.<sup>52</sup> Die Verweigerung der Zustimmung kann jedoch dann rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB sein, wenn sachlich zwingend erforderliche, im Gesellschaftsinteresse liegende Beschlüsse Gegenstand der Beschlussfassung sind und sich die Sperrminorität zum Nachteil der Gesellschaft auswirkt. Dies ist m.E. immer dann der Fall, wenn die Sperrminorität (i) sachlich haltlos, (ii) willkürlich oder (iii) einzig mit dem Motiv der Schadenszufügung zu Lasten der Gesellschaft ausgeübt wird.<sup>53</sup> Das Verhalten der Minderheitsaktionäre stellt in solchen Fällen eine zweckwidrige Ausübung der gesetzlich oder statutarisch eingeräumten Sperrminoritäten dar (sog. Stimmrechtsmissbrauch).<sup>54</sup>

Die prozessuale Geltendmachung eines missbräuchlichen Stimmverhaltens eines Minderheitsaktionärs ist allerdings mit Tücken behaftet: Einerseits sind die Schranken ausserordentlich hoch, da gemäss Art. 2 ZGB nur der offenbare Missbrauch sanktioniert wird. Andererseits bestehen Beweisprobleme, weil die wahren Gründe der Stimmrechtsausübung als «innere Tatsachen» kaum nachgewiesen werden können. Schliesslich ist zu beachten, dass ein negativer GV-Beschluss zwar ein Anfechtungsobjekt für die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR darstellt,<sup>55</sup> der Richter aber nicht dazu befugt ist, die Aufhebung des umstrittenen Beschlusses mit einer positiven Beschlussfassung zu kombinieren.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> RÜTTIMANN, § 5 N 50.

<sup>53</sup> Ähnlich auch VON GREYERZ, S. 169; RÜTTIMANN, § 5 N 95.

<sup>54</sup> RÜTTIMANN, § 5 N 95. Die zweckwidrige Ausübung eines Rechts bildet einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Es geht um Fallkonstellationen, bei denen ein Recht oder Rechtsinstitut offensichtlich zweckentfremdet wird und durch die Ausübung zweckwidrige Ziele verfolgt werden (RÜTTIMANN, § 5 N 2).

<sup>55</sup> So zumindest die (neuere) h.L.: ZK-TANNER, N 11 zu Art. 706 OR; SCHOTT, § 6 N 80; VON GREYERZ, S. 169; anderer Meinung: RÜTTIMANN, § 5 N 95. In der älteren Literatur war diese Frage umstritten. Siehe hierzu die Übersicht von TANNER, Quoren, § 6 N 1 ff.

<sup>56</sup> VON GREYERZ, S. 169; RÜTTIMANN, § 5 N 95. Gemäss BÖCKLI wäre ein Minderheitenmissbrauch unter die Anfechtungsgründe nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR zu subsumieren (BÖCKLI, § 16 N 113a).



### 3.1.3 Zweite Missbrauchskonstellation: Ausübung der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR berechtigt jeden Aktionär, Beschlüsse der GV gerichtlich auf deren Gesetzes- und Statutenkonformität überprüfen zu lassen.<sup>57</sup> Es ist deshalb einem (Minderheits-)Aktionär, der mutmasslich in seinen subjektiven Mitgliedschaftsrechten durch einen GV-Beschluss tangiert wurde, möglich, sich vor Gericht zu wehren.<sup>58</sup> Die Anfechtungsklage ist als Einzelklage ein Gegenstück zum Mehrheitsprinzip<sup>59</sup> und stellt einen zentralen Bestandteil des materiellen Minderheitenschutzes im Aktienrecht dar.<sup>60</sup> Dieser starke Bezug der Anfechtungsklage zum Minderheitenschutz erklärt, weshalb diese Klage auch Gegenstand eines Minderheitsmissbrauchs werden kann.<sup>61</sup> Auf der einen Seite stehen die legitimen Interessen der Aktionäre, die mit der Anfechtungsklage ein individualrechtliches Instrument zur Kontrolle von GV-Beschlüssen vom Gesetzgeber erhalten haben. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass dieses Individualrecht zur Durchsetzung von (gesetzlich) verpönten Partikularinteressen genutzt wird.<sup>62</sup>

Ein (Minderheits-)Aktionär kann die Anfechtungsklage zu unterschiedlichen Zeitpunkten als Druckmittel verwenden:

- Vorwirkung: Der Aktionär kann bereits im Vorfeld zur GV die Drohung einer Anfechtungsklage aussprechen und damit Druck auf den Verwaltungsrat und die Aktionärsmehrheit ausüben.<sup>63</sup>
- Vorsorgliche Massnahmen im Vorfeld zur Klageerhebung oder während des Anfechtungsprozesses: Der Kläger kann als vorsorgliche

---

<sup>57</sup> Art. 706 Abs. 1 OR. Abs. 2 der gleichen Bestimmung listet beispielhaft mehrere Beschlusskonstellationen auf, welche die Anfechtbarkeit begründen.

<sup>58</sup> BÖCKLI, § 16 N 99, 103.

<sup>59</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 17.

<sup>60</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 45. Vgl. auch RIEMER, N 1: «[Die Anfechtungsklage] ist ein Schutzrecht jedes Mitglieds (und stellt damit einen besonders stark ausgeprägten Minderheitenschutz dar) gegenüber Machtmissbrauch der Mehrheit durch Verstösse gegen das objektive und das gesellschaftsinterne Recht [...]»

<sup>61</sup> Vgl. NUSSBAUMER, N 69; KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 237. Siehe auch LEHMANN, N 126: «Das aktienrechtliche Anfechtungsverfahren steht in einem Spannungsverhältnis zwischen wirksamem Minderheitenschutz und dem Schutz der Gesellschaft vor ungerechtfertigter oder gar missbräuchlicher Blo[c]kierung».

<sup>62</sup> LEHMANN, N 127 f.

<sup>63</sup> BÖCKLI, § 16 N 137.

Massnahme<sup>64</sup> die vorläufige Aussetzung der Wirksamkeit eines GV-Beschlusses gerichtlich anordnen lassen. Im Falle eines im Handelsregister einzutragenden Beschlusses kann die Blockierung der Eintragung über Art. 162 HRegV (Handelsregistersperre) erfolgen.<sup>65</sup>

- Klageerhebung: Schliesslich strahlt die Klageerhebung selbst ein erhebliches Drohpotential für die AG und die Aktionärsmehrheit aus: Die Gesellschaft muss ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung über mehrere Jahre hinweg mit der Möglichkeit leben, dass ein GV-Beschluss nachträglich ex tunc aufgehoben wird.<sup>66</sup> Diese Rechtsunsicherheit kann dazu führen, dass der Verwaltungsrat – sofern ein gewisses Risiko der Gutheissung der Klage besteht – einen angefochtenen Beschluss nicht umsetzt und einen neuen, weniger kontroversen Beschluss zur Abstimmung vorschlägt.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Art. 261 ff. ZPO.

<sup>65</sup> BÖCKLI, § 16 N 129. Die Handelsregistersperre ist ein wichtiges Element des Minderheitenschutzes; sie erlaubt dem Aktionär, die Eintragung eines GV-Beschlusses in das Tagesregister des HReg mittels Einsprache (vorerst) zu stoppen, ohne eine Rechtsverletzung i.S.v. Art. 706 OR geltend machen zu müssen (Art. 162 Abs. 1 HRegV). Sie kann noch vor Einleitung eines Verfahrens um vorsorglichen Rechtsschutz eingeleitet werden (Art. 162 Abs. 3 lit. a HRegV e contrario; siehe dazu NUSSBAUMER, N 61). Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen der Sperre VON DER CRONE/ISLER, S. 228 f.; NUSSBAUMER, N 61. Die altrechtliche Bestimmung zur Handelsregistersperre nach Art. 32 Abs. 2 aHRegV wurde aufgrund dieses Automatismus in der Lehre – auch mit Blick auf den Rechtsmissbrauch – stark kritisiert und als Obstruktionsmittel der Minderheit betrachtet (vgl. VON DER CRONE/ISLER, S. 228 m.w.N.; ZK-TANNER, N 220 f. zu Art. 706 OR; KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 181 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 76 f.; DONNER, S. 265 [Fn. 1048]). Siehe dazu auch DRUEY, der die altrechtliche Handelsregistersperre als «Gratis-Terror»-Instrument qualifizierte (DRUEY, S. 158). In den Worten von KUNZ stellt die Eintragungssperre – nebst deren Bedeutung als Instrument des Minderheitenschutzes – «ein prototypisches Beispiel für die Möglichkeit eines Minderheitsmissbrauchs dar, was als negativer Aspekt des Minderheitenschutzes zu gelten hat» (KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 178 [Hervorhebungen unterdrückt]). Die Problematik wurde durch die Neuordnung der Handelsregistersperre in Art. 162 HRegV teilweise entschärft (vgl. VON DER CRONE/ISLER, S. 228 ff.). Weiterhin kritisch mit einem Vorschlag zur Umgestaltung der Handelsregistersperre als Minderheitenrecht de lege ferenda: BÖCKLI, § 16 N 134 ff.

<sup>66</sup> BÖCKLI, § 16 N 128. Bis und mit Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR befindet sich ein GV-Beschluss in einem resolutiven Schwebezustand. Mit der Anfechtung des GV-Beschlusses bleibt der Schwebezustand trotz fehlender Suspensivwirkung bestehen, da die gerichtliche Aufhebung ex tunc erfolgt (BÖCKLI, § 16 N 128; DONNER, S. 259).

<sup>67</sup> BÖCKLI, § 16 N 128.

Die missbräuchliche Anrufung der Anfechtungsklage ist deshalb in vielerlei Hinsicht möglich. Grundsätzlich lässt sie sich aber in drei Fallgruppen unterteilen: Es kann zwischen (i) zweckwidriger, (ii) nutzloser und (iii) schikanöser Ausübung der Anfechtungsklage unterschieden werden.<sup>68</sup>

### *3.1.3.1 Zweckwidrige Ausübung des Anfechtungsrechts*

Als wichtigster Anwendungsfall der rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklage gilt die zweckwidrige Verwendung des Instituts, um einen ungerechtfertigten Sondervorteil zu erzielen.<sup>69</sup> Ein anfechtender (Minderheits-) Aktionär kann darauf bedacht sein, Kapital aus dem Drohpotential der Anfechtungsklage zu schlagen, indem er den Rückzug seiner Klage von einer Gegenleistung (z.B. in Form von Geld) der Gesellschaft abhängig macht (sog. «erpresserische» Klage). Die Vertreter der AG, welche eine Blockierung der Gesellschaft verhindern und/oder Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit einem wichtigen GV-Beschluss aus dem Weg räumen möchten, könnten aus pragmatischen Gründen einem solchen Vergleich<sup>70</sup> zustimmen, selbst wenn die Erfolgsaussichten der Klage unsicher sind.<sup>71</sup>

In Deutschland und – allerdings weniger häufig – in der Schweiz ist die zuvor geschilderte Konstellation in der Praxis aufgetreten.<sup>72</sup> Die Lehre vertritt in der Schweiz die Ansicht, dass die Ausübung des Anfechtungsrechts zur Erlangung persönlicher Vorteile rechtsmissbräuchlich ist.<sup>73</sup> Die Autoren stützen sich hierbei auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1991,<sup>74</sup> der Folgendes festhielt: «En revanche, si, de cette manière, elle [die Anfechtungsklägerin] entendait simplement nuire aux intérêts de la défenderesse ou même chercher à obtenir, par exemple, certains

---

<sup>68</sup> BasK-TRUFFER/DUBS, N 1a zu Art. 706 OR; LEHMANN, N 21 ff.; ZK-TANNER, N 5 zu Art. 706 OR.

<sup>69</sup> BasK-TRUFFER/DUBS, N 1a zu Art. 706 OR; LEHMANN, N 133.

<sup>70</sup> Zur Zulässigkeit von Vergleichen bei Anfechtungsklagen: JUTZI, S. 504 ff.

<sup>71</sup> LEHMANN, N 124 f.; BÖCKLI, § 16 N 133; NUSSBAUMER, N 70.

<sup>72</sup> LEHMANN, § 16 N 133; NUSSBAUMER, N 70. Siehe zur Rechtslage in Deutschland unten Ziff. 3.3.2.

<sup>73</sup> RIEMER, N 154; LEHMANN, N 124 f.; ZK-TANNER, N 5 zu Art. 706 OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 1a, N 101a zu Art. 706 OR; BK-HURNI, N 51 zu Art. 52 ZPO; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 588; NUSSBAUMER, N 70. Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Fallgruppe: LEHMANN, N 269 ff.

<sup>74</sup> Urteil BGer 4C/201/1989, E. 2c., publiziert in AJP 1992, Entscheid, S. 110 f. (unpublizierte Erwägung von BGE 117 II 290).

avantages contre le retrait de l'action, alors seulement celle-ci devrait être qualifiée d'abusive.»<sup>75</sup> Dieser Sachverhalt kann in die Kategorie der zweckwidrigen Ausübung einer Anfechtungsklage (Institutsmissbrauch<sup>76</sup>) eingeordnet werden.<sup>77</sup>

### 3.1.3.2 *Nutzlose und schikanöse Ausübung der Anfechtungsklage*

In Abgrenzung zur zweckwidrigen Rechtsausübung zeichnet sich die nutzlose Ausübung der Anfechtungsklage durch die Abwesenheit eines objektiven Interesses am Erfolg der Klage aus.<sup>78</sup> Als nutzlos gilt die Ausübung eines Rechts, wenn der Anfechtende keinerlei sachliche Interessen an der Gutheissung seines Begehrens haben kann, weil z.B. (i) das bezweckte Ziel bereits erfüllt ist oder (ii) die Erreichung gar nicht mehr möglich ist.<sup>79</sup>

Die schikanöse Ausübung der Anfechtungsklage verlangt hingegen in objektiver Hinsicht, dass der Zweck der Anfechtungsklage einzig auf die Schadenszufügung beschränkt ist.<sup>80</sup> Die aktienrechtliche Literatur<sup>81</sup> und das Bundesgericht<sup>82</sup> sprechen sich für die Rechtsmissbräuchlichkeit der nutzlos ausgeübten Anfechtungsklage aus. Die Beweisführung ist allerdings, wie noch aufgezeigt wird, äusserst schwierig<sup>83</sup>.

---

<sup>75</sup> Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Juni 1991 i.S. Canes c. Nestlé S.A., publiziert in AJP 1992, S. 108 ff., 111.

<sup>76</sup> BasK-HONSELL, N 51 zu Art. 2 ZGB.

<sup>77</sup> LEHMANN, N 125; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 588.

<sup>78</sup> LEHMANN, N 472, 476 ff.; ZK-TANNER, N 5 zu Art. 706 OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 1a zu Art. 706 OR.

<sup>79</sup> LEHMANN, N 471 m.w.N.

<sup>80</sup> LEHMANN, N 581 ff. m.w.H. Zur (umstrittenen) Frage, ob in subjektiver Hinsicht eine Absicht als Tatbestandsmerkmal notwendig ist: LEHMANN, N 586 ff.

<sup>81</sup> ZK-TANNER, N 5 zu Art. 706 OR; BasK-TRUFFER/DUBS, N 1a zu Art. 706 OR; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 588; BK-HURNI, N 51 zu Art. 52 ZPO; RIEMER, N 154. Zu den Rechtsfolgen schikanös ausgeübter Anfechtungsklagen: LEHMANN, N 649 ff.

<sup>82</sup> Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Juni 1991 i.S. Canes c. Nestlé S.A., publiziert in AJP 1992, S. 108 ff., 110 f.

<sup>83</sup> Vgl. unten Ziff. 3.1.5.

### 3.1.4 Exkurs: Weitere aktienrechtliche Grundprinzipien als Schutzinstrumente?

Neben dem Rechtsmissbrauchsverbot bestehen zahlreiche weitere aktienrechtliche Konkretisierungen von Art. 2 ZGB wie z.B. das Gleichheits-, das Sachlichkeitsgebot und das Gebot der schonenden Rechtsausübung:<sup>84</sup>

- In die Rechtsstellung eines Aktionärs kann – unabhängig von seiner Zustimmung – durch einen GV- oder VR-Beschluss markant eingegriffen werden. Das Gleichheitsgebot garantiert, dass bei solchen Beschlüssen keine Partikularinteressen verfolgt oder Sondervorteile zu Gunsten einzelner Aktionäre geschaffen werden.<sup>85</sup> Es stipuliert deshalb (unbeachtlich der Qualität als Minderheits- oder Mehrheitsaktionär) eine relative Gleichbehandlung aller Aktionäre.<sup>86</sup> Verankert ist das Prinzip an zwei Orten: in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR<sup>87</sup> und in Art. 717 Abs. 2 OR<sup>88</sup>. Adressat des Gleichheitsgebots sind die GV und die Exekutivorgane der Gesellschaft; der Aktionär als solcher wird vom Gleichheitsgebot nicht direkt verpflichtet.<sup>89</sup>
- Das Sachlichkeitsgebot verlangt, dass der Einschränkung von Aktionärsrechten eine sachliche Rechtfertigung zu Grunde liegt.<sup>90</sup> Dies gilt auch dann, wenn das Gleichbehandlungsgebot durch den Eingriff respektiert wird.<sup>91</sup> Dieses Prinzip findet sich z.B. in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR.<sup>92</sup> Das Sachlichkeitsprinzip nimmt die GV, den Verwaltungsrat (VR) und die Geschäftsleitung in die Pflicht.<sup>93</sup>

---

<sup>84</sup> VON DER CRONE, § 8 N 58; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 104; KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 4, 8.

<sup>85</sup> VON DER CRONE, § 8 N 28.

<sup>86</sup> VON DER CRONE, § 8 N 28; HUGUENIN, S. 37; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 51.

<sup>87</sup> Anfechtbarkeit von GV-Beschlüssen, wenn diese eine Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Gesellschafter nach sich ziehen, die durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigt ist.

<sup>88</sup> Der Verwaltungsrat hat die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.

<sup>89</sup> VON DER CRONE, § 8 N 31; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 39 N 27, 30.

<sup>90</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 39 N 87.

<sup>91</sup> VON DER CRONE, § 8 N 40.

<sup>92</sup> Anfechtbarkeit von GV-Beschlüssen, die in unsachlicher Art und Weise die Rechte von Aktionären entziehen oder einschränken.

<sup>93</sup> VON DER CRONE, § 8 N 42.

- Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung (sog. Proportionalitätsgrundsatz)<sup>94</sup> verlangt, dass ein Eingriff in Aktionärsrechte zur Erreichung eines berechtigten Ziels möglichst schonend erfolgen muss. In concreto bedeutet dies, dass bei mehreren valablen Lösungsansätzen die am wenigsten einschneidende Variante zu wählen ist.<sup>95</sup> Im Gegensatz zum Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot hat der Proportionalitätsgrundsatz allerdings keine eigenständige Bedeutung.<sup>96</sup>

Die vorgenannten aktienrechtlichen Grundprinzipien stellen wie bereits erwähnt (eigenständige) aktienrechtliche Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben dar, die über das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB hinausgehen.<sup>97</sup> Das Bundesgericht hat dies – für das Gleichbehandlungsgebot – wie folgt formuliert: «C'est le lieu de préciser que si le principe de l'égalité de traitement des actionnaires ne constitue pas une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 CC, mais un cas d'application de cette disposition [...]»<sup>98</sup> So kann z.B. ein GV-Beschluss den Ansprüchen sowohl des Gleichbehandlungs- als auch des Sachlichkeitsgebots genügen und trotzdem rechtsmissbräuchlich sein.<sup>99</sup> Die aktienrechtlichen Grundsätze sind allerdings erst dann relevant, wenn die Gesellschaft in bestehende Aktionärsrechte eingreift.<sup>100</sup> Sie sind deshalb vor allem Schranken der Mehrheits- und Kapitalmacht.<sup>101</sup> Darüber hinaus richten sie sich nicht an die Aktionäre selbst, sondern an die einzelnen Organe der AG wie z.B. den VR. Daraus ergibt sich, dass diese aktienrechtlichen Grundsätze keinen direkten Bezug zum Phänomen des Minderheitenmissbrauchs aufweisen und auch nicht als Korrektive herangezogen werden können.

---

<sup>94</sup> Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung wurde in BGE 121 III 219 ff., 238, E. 3., vom Bundesgericht anerkannt.

<sup>95</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 95; VON DER CRONE, § 8 N 47.

<sup>96</sup> VON DER CRONE, § 8 N 59.

<sup>97</sup> VON DER CRONE, § 8 N 59; KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 16. KUNZ versteht Art. 2 Abs. 2 ZGB als «dogmatische[n] Anker» dieser Prinzipien (KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 4, 9).

<sup>98</sup> BGer 4A.205/2008 vom 19. August 2009.

<sup>99</sup> BGer 4A.205/2008 vom 19. August 2009, E. 3.2.; VON DER CRONE, § 8 N 60.

<sup>100</sup> VON DER CRONE, § 8 N 59.

<sup>101</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 86; KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 56, 83; VON DER CRONE, § 8 N 27; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 864.

### 3.1.5 Bewertung

Wie aus dem Vorangehenden ersichtlich ist, wird der Minderheitenmissbrauch vom Rechtsmissbrauchsverbot erfasst.<sup>102</sup> Andere aktienrechtliche Grundprinzipien kommen hingegen nicht zur Anwendung.<sup>103</sup> Dies ist grundsätzlich sachgerecht, zumal jede Rechtsausübung – auch diejenige durch Minderheiten – den Anforderungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB genügen muss.

Obschon die Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbots ein grundsätzlich taugliches Mittel zum Schutz der Mehrheit ist, ist sie im praktischen Rechtsanwendungsalltag mit einigen Problemen behaftet.<sup>104</sup> So ist die Beweisführung erschwert, da rechtsmissbräuchliche Absichten des Minderheitsaktionärs innere Tatsachen darstellen und damit per se schwieriger zu belegen sind.<sup>105</sup> Darüber hinaus ist auch die Schwelle für die Bejahung eines Rechtsmissbrauchs hoch angesetzt: Nur «[d]er *offenbare* Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz».<sup>106</sup> Dies bedeutet im Gegenzug, dass Rechtsmissbrauch durch eine Minderheit nur mit Zurückhaltung angenommen werden darf<sup>107</sup> und der Richter im Zweifelsfall das formelle Recht priorisieren muss.<sup>108</sup> Aufgrund dieser Umstände ist es nicht erstaunlich, dass die Gerichte bei der Annahme von Rechtsmissbrauch sehr zurückhaltend sind.<sup>109</sup>

Schliesslich ist auch die systematische Erfassung des Minderheitenmissbrauchs erschwert, da Art. 2 Abs. 2 ZGB eine «Vorschrift für die Lösung von Einzelfällen»<sup>110</sup> bildet. Zwar wird die Anwendung dieser Generalklausel mittels der Bildung von Fallgruppen<sup>111</sup> zumindest teilweise strukturiert. Trotzdem hat die Einzelfalllastigkeit eine systematische Auseinandersetzung in der aktienrechtlichen Literatur bis heute verhindert.

---

<sup>102</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 3.1.1; ebenso: BAUMANN/SPICHIGER, S. 852 f.

<sup>103</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 3.1.4.

<sup>104</sup> BAUMANN/SPICHIGER, S. 852 f.

<sup>105</sup> MATHIEU, S. 297 f.; siehe auch GABRIELLI, S. 31 f.

<sup>106</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>107</sup> So auch BAUMANN/SPICHIGER, S. 852 f.: «Die Grenze der Minderheitenschutzbestimmungen wird durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs gezogen. Die Grenze zwischen dem konsequenten Einfordern seiner Rechte und dem Rechtsmissbrauch ist in der Praxis wohl nur schwierig zu ziehen».

<sup>108</sup> BasK-HONSELL, N 27 zu Art. 2 ZGB.

<sup>109</sup> GABRIELLI, S. 32; siehe auch BGE 137 III 433, 438, E. 4.4.

<sup>110</sup> BasK-HONSELL, N 28 zu Art. 2 ZGB.

<sup>111</sup> Siehe z.B. für die Anfechtungsklage oben Ziff. 3.1.3.1 und Ziff. 3.1.3.2.

## **3.2 Materielle Schranken als (punktuelle) Schutzinstrumente bei Informationsrechten**

### **3.2.1 Informationsrechte und Minderheitenschutz**

Informationen über die Gesellschaft sind für die Willensbildung der Gesellschafter unabdingbar und stellen die Basis für alle Aktionärsrechte (insbesondere des Stimmrechts) dar.<sup>112</sup> Das Bundesgericht hat das Recht des Aktionärs auf Information als «Ausgangspunkt für die Geltendmachung von Aktionärsrechten, und damit auch als grundlegendes Schutzrecht des Aktionärs» bezeichnet.<sup>113</sup> Als Informationsquellen dienen dem Aktionär u.a. folgende Rechte:

- die Rechnungslegung<sup>114</sup>,
- das Auskunfts- und Einsichtsrecht<sup>115</sup> und
- das Recht auf eine Sonderprüfung<sup>116</sup>.

Wie alle Aktionärsrechte können auch Informationsrechte durch (Minderheits-)Aktionäre rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden. Der Gesetzgeber hat allerdings in diesem Bereich materielle Schranken eingebaut, die einem Missbrauch entgegenwirken.<sup>117</sup> Dies wird nachfolgend am Beispiel des Auskunftsrechts aufgezeigt.

### **3.2.2 Schranken des Rechts auf Auskunfterteilung**

Jeder Aktionär hat an einer GV das Recht, vom VR Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle Auskunft über die Angelegenheiten zur Durchführung und Ergebnis der Prüfung zu verlangen.<sup>118</sup> Die Gewährung des Auskunftsrechts wird jedoch in vielerlei

---

<sup>112</sup> Vgl. HORBER, N 65; KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 4.

<sup>113</sup> BGE 133 III 453, 456, E. 7.2.

<sup>114</sup> Jeder Aktionär hat Anspruch auf Einblick in den Geschäfts- und Revisionsbericht der Gesellschaft (Art. 696 Abs. 1 OR).

<sup>115</sup> Art. 697 OR.

<sup>116</sup> Art. 697a ff. OR. Im Falle einer Börsenkotierung können dem Aktionär weitere kapitalmarktrechtliche Informationsquellen gestützt auf das KR und das FinfraG offenstehen (z.B. die Offenlegungspflicht nach Art. 120 Abs. 1 FinfraG).

<sup>117</sup> Vgl. BELLINGHAUSEN, S. 108.

<sup>118</sup> Art. 697 Abs. 1 OR.



Hinsicht durch materielle Erfordernisse eingeschränkt:<sup>119</sup> Auskünfte sind nur zu gewähren, falls sie für die Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich sind.<sup>120</sup> Das Auskunftsbegehren muss zudem einen sachlichen Zusammenhang mit den Angelegenheiten der Gesellschaft aufweisen.<sup>121</sup> Selbst wenn ein Auskunftsbegehren die zuvor erwähnten Erfordernisse erfüllt, kann die Auskunft verweigert werden, wenn andere schutzwürdige Interessen oder Geschäftsgeheimnisse gefährdet sind.<sup>122</sup> Es muss daher im Einzelfalle eine Interessenabwägung zwischen den Gesellschaftsinteressen und dem Informationsanspruch des Aktionärs stattfinden.<sup>123</sup> Wenn das Auskunftsrecht missbräuchlich ausgeübt wird – z.B. weil die Auskunft zweckwidrig verwendet werden soll oder vollkommen nutzlos ist –, sind m.E. die Interessen der Gesellschaft in jedem Fall höher zu gewichten.<sup>124</sup>

Nebst diesen direkt im Auskunftsrecht integrierten materiellen Erfordernissen ist das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beachten.<sup>125</sup> Als rechtsmissbräuchlich gelten etwa Auskunftsbegehren, die nicht die sachliche Aufklärung bezwecken, sondern Konkurrenzinteressen, schikanöse Zwecke, Geschäftsspionageabsichten oder überhaupt Schädigungsabsichten verfolgen.<sup>126</sup> Die Missbrauchsabsicht ist jeweils durch das auskunftsverweigernde Organ zu beweisen.<sup>127</sup>

---

<sup>119</sup> Art. 697 Abs. 2 OR. Zu den möglichen Informationen, die Gegenstand eines Auskunftsbegehrens sein können, statt vieler: GABRIELLI, S. 21 ff.

<sup>120</sup> An dieses Kriterium werden keine hohen Anforderungen gestellt. Es ist bereits ausreichend, wenn die angebehrte Auskunft aus der Sicht eines durchschnittlichen Aktionärs für eine informierte Rechtsausübung notwendig ist (KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 20; vgl. BasK-WEBER, N 7 zu Art. 697 OR; CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 6 zu Art. 697 OR). Im Streitfalle hat der Aktionär den Nachweis für die Erforderlichkeit zu erbringen (KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 20 [Fn. 73]; BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.2.).

<sup>121</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 20; BasK-WEBER, N 7 zu Art. 697 OR; CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 6 zu Art. 697 OR. Siehe auch BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.1/4.2.

<sup>122</sup> KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 23, 25.

<sup>123</sup> BasK-WEBER, N 9 zu Art. 697 OR.

<sup>124</sup> Es ist in der Lehre allerdings umstritten, zu welchen Gunsten die Interessenabwägung im Zweifelsfalle auszufallen hat (CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 8 zu Art. 697 OR m.w.N.; MARTINEZ, S. 165 ff. m.w.H.).

<sup>125</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 172; GABRIELLI, S. 31; CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 6 zu Art. 697 OR; HORBER, S. 234 (Fn. 1224); vgl. auch MARTINEZ, S. 151.

<sup>126</sup> GABRIELLI, S. 31; CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 6 zu Art. 697 OR; HORBER, S. 234 (Fn. 1224).

<sup>127</sup> CHK-RAEMY/GABRIEL/GIRSBERGER, N 6 zu Art. 697 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 170 ff. Für ein Beispiel eines rechtsmissbräuchlich gehand-

### 3.2.3 Bewertung

Die Informationsbegehren müssen zahlreiche materielle Hürden bestehen, bevor sie von den zuständigen Instanzen gutgeheissen werden (können). Die Möglichkeit, die Ausübung von Aktionärsrechten mit (materiellen) Bedingungen zu verknüpfen, stellt eine natürliche Barriere gegen rechtsmissbräuchliches Verhalten eines Minderheitsaktionärs dar. Solche materiellen Schranken haben gegenüber dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot den Vorteil, dass Aktionärsrechte zielgerichteter im Hinblick auf eine konkrete Bedrohungslage eingeschränkt werden können. Die praktische Bedeutung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots dürfte denn auch bei den Informationsrechten stark relativiert sein, da schutzwürdige Interessen der Mehrheit durch die Schranke des Gesellschaftsinteresses gewahrt werden können.<sup>128</sup>

## 3.3 Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als Korrektiv?

### 3.3.1 Im schweizerischen Recht

Das schweizerische Aktienrecht kennt keine gesetzliche Grundlage für eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Aktionäre. Dies hielt die Lehre nicht davon ab, eine umfangreiche und kontroverse Diskussion über den Bestand einer solchen zu führen.<sup>129</sup> Ein Teil der (älteren) Lehre bejahte eine Treuepflicht der Aktionäre mit Blick auf die Verbundenheit der Aktionäre untereinander.<sup>130</sup> In neuerer Zeit finden sich in der Literatur verschiedentlich Ansätze, eine mitgliedschaftliche Treuepflicht zumindest für besondere Typen von AGs – z.B. für personenbezogene AGs oder Familien-AGs<sup>131</sup> – zuzulassen.<sup>132</sup>

---

haben Auskunfts- und Einsichtsrechtes: BGer 4A\_36/2010 vom 20. April 2010. Das gemäss SV gestellte Auskunftsbegehren diene ausschliesslich der Destabilisierung des VR (E. 3.1).

<sup>128</sup> HORBER, S. 235 (Fn. 1224).

<sup>129</sup> BLOCH, S. 243 f., 296 f.; HABEGGER, § 6 N 36; BÜRGI, S. 60; PELLI, S. 32.

<sup>130</sup> Als Exponenten dieser (älteren) Lehrmeinung sind stellvertretend folgende Autoren zu nennen: BENZ, S. 8 ff.; SCHAFFNER, S. 102; FORRER, S. 52; BEER, S. 13 ff.; NENNINGER, S. 105. Vgl. dazu auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 22; BÖCKLI, § 1 N 19 (Fn. 69); RIZVI, S. 13.

<sup>131</sup> WOHLMANN, S. 144 ff.; NENNINGER, S. 108 ff.; WENNINGER, S. 96; SANWALD, S. 65 m.w.N.

<sup>132</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 23.

Sowohl die h.L.<sup>133</sup> als auch das Bundesgericht<sup>134</sup> haben sich indes gegen eine mitgliedschaftliche Treuepflicht ausgesprochen. Sie stützten sich in ihrer Argumentation gegen die Existenz einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht fast ausschliesslich auf die zwingende Bestimmung von Art. 680 Abs. 1 OR.<sup>135</sup> Aus dieser Bestimmung leiten sie das Verbot ab, weitere Nebenpflichten – wie z.B. eine mitgliedschaftliche Treuepflicht – auf statutarischem Wege einzuführen.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> DURRER, S. 9; BLOCH, S. 244 f.; WIDMER, S. 157 (Fn. 931); HABEGGER, § 6 N 39; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 42 N 8 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 22 ff.; SANWALD, S. 65 m.w.N.; BÖCKLI, § 1 N 19 f. m.w.N.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 975; LEHMANN, N 194; VON DER CRONE, § 8 N 69; CHK-SCHMID, N 3 zu Art. 680 OR; RUEDIN, N 866; BasK-KURER/KURER, N 7 zu Art. 680 OR; differenzierend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 44, § 8 N 31 ff.

<sup>134</sup> In BGE 80 II 267, 270, E. 2., hatte das Bundesgericht das Bestehen einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht für Aktionäre nicht vorderhand ausgeschlossen: «Darüber hinaus liesse sich höchstens noch annehmen, es bestehe analog dem Verhältnis unter den Aktionären auch zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären eine gegenseitige Treuepflicht vertraglicher oder vertragsähnlicher Art. Ob das zutrifft, muss indessen nicht geprüft werden.» Später beantwortete es die Fragestellung in BGE 91 II 298, 305, E. 6a, klar negativ: «Die Aktiengesellschaft ist vor allem eine Kapitalgesellschaft. Der Aktionär ist zu nichts weiterem verpflichtet als zur Leistung seiner Einlage. Verpflichtungen persönlicher Art auferlegt ihm das Gesetz nicht. Insbesondere ist er in seiner Tätigkeit ausserhalb der Gesellschaft frei und braucht auf die Interessen der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre keine Rücksicht zu nehmen.» Ebenso: BGE 83 II 57, 64, E. 3.; BGE 100 II 384, 387 ff., E. 2a; BGE 105 II 114, 127 f., E. 7b.; BGer 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 6.; BGer 4C.242/2001 vom 3. März 2009, E. 3.3. Auf kantonaler Ebene hingegen wurde eine mitgliedschaftliche Treuepflicht durch die (ältere) Rechtsprechung noch anerkannt: Siehe dazu SANWALD, S. 65 (Fn. 336) m.w.N.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 31 (Fn. 105) m.w.N.

<sup>135</sup> Liberierungspflicht: «Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten, als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.» Ausführlich dazu statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 23. Kritisch zum Ausschluss einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht gestützt auf Art. 680 Abs. 1 OR: KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 34; WOHLMANN, S. 105 ff.; NENNINGER, S. 104 f.

<sup>136</sup> BLOCH, S. 246 ff.; SANWALD, S. 65 m.w.N.; HASLER, S. 206 m.w.N.; COTTI, N 70. Zur Einführung von Treuepflichten über den Weg des Aktionärbindungsvertrags siehe unten Ziff. 3.4.2.

### 3.3.2      **Rechtsvergleichende Betrachtungen: Die Treuepflicht im deutschen Aktienrecht**

#### 3.3.2.1    *Zur Treuepflicht im Allgemeinen*

Die Existenz einer aktienrechtlichen Treuepflicht der Aktionäre ist im deutschen Recht allgemein anerkannt.<sup>137</sup> Das Bestehen einer vertikal<sup>138</sup> wirkenden Treuepflicht wird dabei von der deutschen Rechtsprechung und Literatur schon seit längerer Zeit bejaht.<sup>139</sup> Strittiger diskutiert wurde lange die Frage, ob auch eine horizontal wirkende Treuepflicht besteht. In der jüngeren Literatur wird dies ebenfalls bejaht.<sup>140</sup> Die Begründung für beide Treuepflichtarten wird von einer grossen Anzahl der Autoren in der Korrelation zwischen Rechtsmacht und Verantwortung gesehen: Die dem Aktionär eingeräumten Einwirkungsbefugnisse sollen nicht unbegrenzt gelten.<sup>141</sup> Die aktienrechtliche Treuepflicht hat dabei den Charakter eines Korrektivs. Sofern formal erlaubte Handlungen in einer nicht tragbaren Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaft und/oder der Mitaktionäre resultieren, soll gestützt auf die Treuepflicht das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit zum Zuge kommen.<sup>142</sup> Die mitgliedschaftliche Treuepflicht bezweckt in erster Linie die Unterbindung des Missbrauchs von

---

<sup>137</sup> WASTL, S. 18; NODOUSHANI, S. 30; BELLINGHAUSEN, S. 92; DONNER, S. 52.

<sup>138</sup> Die vertikale Treuepflicht wirkt sich im Verhältnis zwischen AG-Gesellschaftern aus (SCHNURBEIN, S. 35; NODOUSHANI, S. 15, 47 f.).

<sup>139</sup> SCHNURBEIN, S. 34 m.w.N.; NODOUSHANI, S. 30, 47 ff.; WASTL, S. 18 f.; FILLMANN, S. 45; DONNER, S. 52. BELLINGHAUSEN hat die Treuepflicht wie folgt definiert: «Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gebietet es dem Gesellschafter, das Gesellschaftsinteresse und die mitgliedschaftlichen Belange der übrigen Mitglieder zu wahren und zuwiderlaufende Massnahmen zu unterlassen» (BELLINGHAUSEN, S. 93).

<sup>140</sup> SCHNURBEIN, S. 35 ff.; WASTL, S. 19; vgl. NODOUSHANI, S. 15, 30, 47 f., 51 f.; DONNER, S. 52. Die Diskussion, worauf die aktienrechtliche Treuepflicht schlussendlich basiert, ist hingegen nicht abgeschlossen (SCHNURBEIN, S. 43; WASTL, S. 20; NODOUSHANI, S. 30, 48 ff., 51 ff. m.w.H. zur dogmatischen und funktionellen Herleitung).

<sup>141</sup> SCHNURBEIN, S. 31; BELLINGHAUSEN, S. 95; NODOUSHANI, S. 48 f., mit einem Überblick über weitere Begründungsansätze; DONNER, S. 53 f.; vgl. auch JANKE, S. 80 f.

<sup>142</sup> WASTL, S. 20; BELLINGHAUSEN, S. 98. Als Generalklausel dient die Treuepflicht deshalb als allgemeine Schranke der aktienrechtlichen Rechtsausübung (sog. Schrankenfunktion). Vgl. JANKE, S. 81 m.w.N.; WASTL, S. 20; BELLINGHAUSEN, S. 95; SCHNURBEIN, S. 44.

Kontrollrechten;<sup>143</sup> es können sich aber auch Pflichten zum Tätigwerden ergeben.<sup>144</sup>

### 3.3.2.2 *Minderheitenmissbrauch als Aspekt der Treuepflicht*

Traditionellerweise wird die Treuepflicht in der deutschen Literatur als Instrument zur Eingrenzung der Mehrheitsmacht in einer AG und damit als Instrument des Minderheitenschutzes angesehen.<sup>145</sup> Da vom persönlichen Anwendungsbereich der Treuepflicht allerdings ausnahmslos jeder Aktionär erfasst wird,<sup>146</sup> fällt auch grundsätzlich ein Minderheitsaktionär in deren Geltungsbereich.<sup>147</sup>

In der Regel wird aber der Minderheitsaktionär von der Treuepflicht nur marginal tangiert, da er – insbesondere aufgrund seiner tiefen Stimm-beteiligung – nur einen bescheidenen Einfluss auf die Geschicke einer AG ausübt. Relevant wird die Treuepflicht in denjenigen Bereichen, in denen der Minderheitsaktionär infolge seiner rechtlichen (Macht-)Stellung in der Lage ist, Einfluss auf das Schicksal einer AG zu nehmen.<sup>148</sup> Dies gilt insbesondere im Falle der Ausübung von Minderheitenrechten (falls der Minderheitsaktionär den notwendigen Kapitalanteil hält) und bei der Geltendmachung von Individualrechten.<sup>149</sup> In diesen Fällen ist der Minderheitsaktionär aufgrund der Treuepflicht dazu angehalten, seine Minderheiten- und Individualrechte nicht missbräuchlich auszuüben und die Interessen der Gesellschaft angemessen zu berücksichtigen.<sup>150</sup> So verstanden

---

<sup>143</sup> Unter den Begriff der Kontrollrechte fallen das Stimmrecht und weitere Verwaltungsrechte, die sich aus der Mitgliedschaft ergeben (JANKE, S. 80 f. m.w.N.).

<sup>144</sup> Als Beispiel können hier etwa Stimmbindungspflichten genannt werden, d.h., ein Gesellschafter kann in bestimmten Situationen verpflichtet sein, sein Stimmrecht in einer vorgegebenen Art und Weise auszuüben (JANKE, S. 82).

<sup>145</sup> SCHNURBEIN, S. 44, 52.

<sup>146</sup> Eine bestimmte Beteiligungsquote ist für die Anwendbarkeit der Treuepflicht nicht ausschlaggebend (SCHNURBEIN, S. 52).

<sup>147</sup> WASTL, S. 19; NODOUSHANI, S. 66 ff., 70 (mit Rechtsprechungsübersicht); FILLMANN, S. 94; DONNER, S. 53.

<sup>148</sup> SCHNURBEIN, S. 45, 52: «[Durch die Treuepflicht] wird auch die Mehrheit vor der Minderheit geschützt, wenn diese eine ausreichende Machtposition erhält, mittels derer sie auf die Geschicke der AG und der Aktionäre Einfluss ausüben kann».

<sup>149</sup> SCHNURBEIN, S. 46 ff.

<sup>150</sup> SCHNURBEIN, S. 52: «[Durch die Treuepflicht] wird auch die Mehrheit vor der Minderheit geschützt, wenn diese eine ausreichende Machtposition erhält, mittels derer sie auf die Geschicke der AG und der Aktionäre Einfluss ausüben kann».

stellt die Treuepflicht in letzter Konsequenz ein Instrument zum Schutze der Mehrheit dar.

### 3.3.2.3 *Erstes Fallbeispiel: Sperrminoritäten*

Auch im deutschen Aktienrecht besteht das Recht auf freie Stimmabgabe, d.h., ein Minderheitsaktionär kann an einer Hauptversammlung grundsätzlich seine eigenen (auch egoistischen) Interessen verfolgen.<sup>151</sup> Dieses Prinzip gilt infolge der Geltung der Treuepflicht jedoch nicht uneingeschränkt. Aus der Treuepflicht leitet sich namentlich das Verbot illoyaler Stimmrechtsausübung ab: Die Aktionäre sind im Rahmen der Beschlussfassung dazu verpflichtet, die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitaktionäre zu berücksichtigen;<sup>152</sup> ein dem entgegenstehender Beschluss kann den Gegenstand einer Anfechtungsklage bilden.<sup>153</sup> Diese Einschränkung des Stimmrechts wirkt sich vor allem im Verhältnis zwischen dem Mehrheitsaktionär und der Minderheit aus.

Im Hinblick auf die Erreichung bestimmter Quoren stellt sich indes die Frage, ob aus der Treuepflicht eine Verpflichtung zur positiven Beschlussfassung – und damit die Aufgabe der Sperrminorität – abgeleitet werden kann.<sup>154</sup> Grundsätzlich ist eine Verpflichtung zur positiven Stimmabgabe auch im deutschen Recht nur sehr zurückhaltend anzunehmen, da der Grundsatz der Privatautonomie vorherrscht. In Extremsituationen – z.B. im Rahmen von Beschlussfassungen zu notwendigen Sanierungsmassnahmen – kann aber gemäss der h.L. (und als *Ultima Ratio*) eine solche Zustimmungspflicht bestehen.<sup>155</sup> Abgesehen davon kann aufgrund der Treuepflicht eine Verpflichtung zur Enthaltung existieren, sofern ein qualifiziertes Quorum andernfalls nicht erreicht werden würde und die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mehrheitsaktionäre nicht berücksichtigt

---

<sup>151</sup> SCHNURBEIN, S. 98 f.

<sup>152</sup> Zum Inhalt und Ausmass der Treuepflicht in Bezug auf das Stimmrecht eingehend: SCHNURBEIN, S. 99 ff. So schränkt etwa Art. 243 II AktG den Grundsatz der freien Stimmrechtsausübung ein: Ein Beschluss der Hauptversammlung ist insbesondere dann anfechtbar, wenn ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen versucht und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen (SCHNURBEIN, S. 100).

<sup>153</sup> § 243 AktG.

<sup>154</sup> Eingehend hierzu: BELLINGHAUSEN, S. 109 ff.

<sup>155</sup> Eingehend hierzu: SCHNURBEIN, S. 109 ff.; vgl. auch DONNER, S. 54.

würden.<sup>156</sup> Die Treuepflicht kann also in einzelnen Fällen den Minderheitsaktionär zur positiven Stimmabgabe verpflichten (selten) oder durch einen Enthaltungszwang sein Recht zur Vetoausübung beschränken (häufiger) und ist deshalb ein grundsätzlich taugliches Mittel zur Vermeidung eines Stimmrechtsmissbrauchs durch Minderheitsaktionäre.<sup>157</sup>

### 3.3.2.4 *Zweites Fallbeispiel: Informationsrechte*

Das Auskunftsrecht des Aktionärs findet sich in § 131 AktG. § 131 Abs. 3 AktG statuiert die Voraussetzungen, unter welchen der Vorstand ein Gesuch um Auskunft ablehnen darf. Es handelt sich bei den in dieser Bestimmung aufgelisteten Gründen um eine gesetzliche Konkretisierung der treuepflichtbedingten Schranken des Informationsrechts.<sup>158</sup> Darüber hinaus kommt in einzelnen Fällen die Generalklausel der Treuepflicht als Korrektiv zur Anwendung, etwa bei Ausübung des Informationsrechts in exzessiver Art und Weise zur Unzeit oder bei unverhältnismässiger Blockierung der Geschäftsführung.<sup>159</sup>

### 3.3.2.5 *Drittes Fallbeispiel: Anfechtungsklage*

§ 243 AktG verleiht das Recht, gegen einen Beschluss der Hauptversammlung gerichtlich vorzugehen. Es handelt sich dabei um ein «aktives Minderheitsrechts»,<sup>160</sup> das gemäss Wortlaut der Bestimmung keinen Einschränkungen unterliegt<sup>161</sup> und deshalb dem Minderheitsaktionär eine grosse Machtposition verleiht.<sup>162</sup>

Der Missbrauch des Anfechtungsrechts ist denn auch in Deutschland ein viel beachtetes Thema, wobei jeweils bildhaft von «räuberischen»<sup>163</sup>

---

<sup>156</sup> Die Bildung einer Sperrminorität setzt in Deutschland ein ausdrückliches Nein-Votum voraus; eine Stimmenthaltung resultiert nicht in einer Blockade (SCHNURBEIN, S. 108).

<sup>157</sup> SCHNURBEIN, S. 108 f.; DONNER, S. 54. Zu den Tatbestandsmerkmalen einer Enthaltungspflicht bzw. dem Missbrauch der Sperrminorität im Einzelnen: SCHNURBEIN, S. 109.

<sup>158</sup> BELLINGHAUSEN, S. 108 m.w.N.

<sup>159</sup> BELLINGHAUSEN, S. 109.

<sup>160</sup> SCHNURBEIN, S. 199.

<sup>161</sup> Vorbehalten bleibt die Einlegung des Widerspruchs gegen den Beschluss (§ 245 Nr. 1).

<sup>162</sup> SCHNURBEIN, S. 199.

<sup>163</sup> SCHNURBEIN, S. 199 f.; LEHMANN, N 105.

oder «erpresserischen»<sup>164</sup> Aktionären gesprochen wird.<sup>165</sup> Im Fokus stehen hier Aktionäre, die im Rahmen einer Hauptversammlung Widerspruch gegen einen Beschluss erklären und anschliessend eine Anfechtungsklage nach § 246 AktG erheben, obwohl der Beschluss an keinem offensichtlichen Mangel leidet. Im Rahmen von Verhandlungen mit der AG wird vielfach angeboten, das gerichtliche Verfahren mittels Vergleich – und unter Entrichtung einer Abfindung – beizulegen, andernfalls kann eine langjährige Rechtsstreitigkeit drohen.<sup>166</sup>

Die deutsche Rechtsprechung beurteilt die Missbräuchlichkeit einer Anfechtungsklage primär nach § 242 BGB<sup>167</sup> – d.h. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben – und nicht als Aspekt der Treuepflicht.<sup>168</sup> Unzulässig ist die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses dann, wenn diese aus einem «rücksichtslosen und eigennütigen oder gar widersprüchlichen Handeln» resultiert.<sup>169</sup> Im Zentrum steht damit die Zweckentfremdung des Anfechtungsrechts, welche durch subjektive Beweggründe verursacht wird.<sup>170</sup> Nach Rechtsprechung und h.L. steht damit der individuelle Rechtsmissbrauch im Vordergrund.<sup>171</sup>

---

<sup>164</sup> SCHILLING, S. 13.

<sup>165</sup> Siehe zur Diskussion auch LEHMANN, N 7; BISON, S. 193.

<sup>166</sup> DONNER, S. 80 f.; SCHNURBEIN, S. 199; LEHMANN, N 124. Zur Zulässigkeit der vergleichsweisen Erledigung von Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR: JUTZI, S. 500 ff. Die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere BGE 80 I 385) restriktive Praxis zur vergleichsweisen Erledigung von Anfechtungsklagen hat in der Schweiz eine ähnlich prominente Entstehung eines «Klagegewerbes» wie in Deutschland wohl verhindert (DONNER, S. 264 f.). Vgl. zum Hintergrund des Erpressungspotentials: MATHIEU, S. 257 ff.

<sup>167</sup> «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.» § 242 BGB ist der Ursprung des Rechtsmissbrauchsverbots und kann als «Pendant» zu Art. 2 ZGB betrachtet werden (LEHMANN, N 8).

<sup>168</sup> BISON, S. 250; SCHNURBEIN, S. 202; BELLINGHAUSEN, S. 126. Siehe zur Ausgangslage in der Schweiz oben Ziff. 3.1.3.

<sup>169</sup> DONNER, S. 82 f.

<sup>170</sup> DONNER, S. 83. Es wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff der «Funktionswidrigkeit» einer in dieser Form ausgeübten Anfechtungsklage verwendet (SCHNURBEIN, S. 204; BELLINGHAUSEN, S. 142).

<sup>171</sup> Individueller Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zwar zweckgemäss angewandt wird, die subjektiven Beweggründe des Rechtsanwenders jedoch mit zivilrechtlichen Grundsätzen unvereinbar sind. Der institutionelle Rechtsmissbrauch wird von der h.L. mit Blick auf die Kontrollfunktion des Anfechtungsrechts abgelehnt (DONNER, S. 83 f.; BELLINGHAUSEN, S. 142 f. Zur Kontrollfunktion des Anfechtungsrechts: MATHIEU, S. 114 ff.).



Es existieren zahlreiche Urteile, die sich mit rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklagen auseinandersetzen; diese sind jedoch sehr einzelfallbezogen und eignen sich nicht zur Verallgemeinerung.<sup>172</sup> Der Hauptanwendungsfall einer rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklage liegt vor, wenn der Aktionär mit der Klageerhebung darauf abzielt, sich den Lästigkeitswert einer Klage abkaufen zu lassen und damit eine dem Aktionär nicht zustehende Sonderleistung zu erlangen.<sup>173</sup> Rechtsmissbräuchliche Anfechtungsklagen liegen weiter vor, wenn in selbstsüchtiger Art und Weise das Aufzwingen des eigenen Willens zu Lasten der Gesellschaft bzw. Aktionärsmehrheit angestrebt wird oder die Absicht besteht, ein Unternehmen zu schädigen.<sup>174</sup>

In der deutschen Literatur finden sich vereinzelt Stimmen, welche die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Anfechtungsklage unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht verlangen.<sup>175</sup> Dies ermögliche eine effizientere Bekämpfung des Phänomens des Rechtsmissbrauchs im Bereich des Anfechtungsrechts.<sup>176</sup> Laut SCHNURBEIN «steht die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht dem schrankenlosen Anfechtungsrecht entgegen. So [...] steht es ihm [dem Aktionär] nicht zu, mittels der Anfechtungsklage Ziele zu verfolgen, welche ihm nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zustehen».<sup>177</sup> M.a.W. sind subjektiv verwerfliche Zielsetzungen auch aus Sicht der Treuepflicht nicht vertretbar.<sup>178</sup> Unter diesem Gesichtswinkel seien insbesondere erpresserische Anfechtungsklagen unzulässig, da solche Klagen die mitgliedschaftlichen Interessen der übrigen Aktionäre verletzen und damit die horizontale Treuepflicht tangieren würden.<sup>179</sup>

### **3.3.3 Bewertung**

Das deutsche Recht kennt mit der Treuepflicht des (Minderheits-)Aktionärs ein Axiom, welches sich mit der Korrelation zwischen Verantwortung und Rechtsmacht befasst. Die Treuepflicht schränkt die Ausübung aktienrechtlicher Rechte durch den Aktionär ein (und erfasst den Aspekt

---

<sup>172</sup> MATHIEU, S. 245.

<sup>173</sup> MATHIEU, S. 245 mit Hinweisen zur Kasuistik; BELLINGHAUSEN, S. 141.

<sup>174</sup> MATHIEU, S. 246 mit Hinweisen zur Kasuistik.

<sup>175</sup> BISON, S. 250 m.w.N.; BELLINGHAUSEN, S. 120.

<sup>176</sup> BISON, S. 250 m.w.N.

<sup>177</sup> SCHNURBEIN, S. 205.

<sup>178</sup> SCHNURBEIN, S. 205.

<sup>179</sup> BISON, S. 250.

des Minderheitenmissbrauchs), was zur Folge hat, dass der Minderheitsaktionär bei der Rechtsausübung sowohl die Interessen der Gesellschaft als auch jene der Mitgesellschafter angemessen berücksichtigen muss.<sup>180</sup> Die Treuepflicht des Aktionärs kann deshalb als Instrument des Mehrheitenschutzes qualifiziert werden.<sup>181</sup>

Grundsätzlich könnte die Einführung einer aktienrechtlichen Treuepflicht auch in der Schweiz ein valables Schutzelement gegen den Minderheitenmissbrauch darstellen. Da sich das Bundesgericht strikt gegen die Existenz einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht des Aktionärs ausgesprochen hat,<sup>182</sup> erscheint eine solche Forderung zumindest de lege lata utopisch. Allerdings ist m.E. auch de lege ferenda die Einführung einer Treuepflicht nicht angezeigt: Die Schweiz hat bis anhin einen eher konservativen Kurs beim Ausbau von Aktionärsrechten verfolgt. Demgegenüber hat Deutschland den Ausbau von Minderheitenrechten stärker forciert und ist – anders als die Schweiz – auf ein Korrektiv angewiesen. Statt mit der Einführung einer neuen Rechtsfigur Rechtsunsicherheit zu kreieren, ist es angebracht, im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zu zukünftigen Rechtsetzungsprojekten zum Aktienrecht die Problematik des Minderheitenmissbrauchs vermehrt zu berücksichtigen und den Ausbau von Minderheitenrechten stärker zu hinterfragen. Auch der gezieltere Einsatz der bereits bestehenden Schutzelemente ist angezeigt.<sup>183</sup> Die vom Bundesrat vorgeschlagene Aktienrechtsrevision setzt diese Vorgabe zumindest teilweise um.<sup>184</sup>

## **3.4 Überblick über weitere Schutzinstrumente**

### **3.4.1 Schwellenwerte für die Rechtsausübung**

Ein weiteres Schutzelement gegen Minderheitenmissbrauch ist (die durch den Gesetzgeber vorzunehmende) Umwandlung von Individualrechten der Aktionäre in Minderheitenrechte, welche im Gegensatz zu den Individual-

---

<sup>180</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 3.3.2.

<sup>181</sup> Dies ist nur ein Aspekt der Generalklausel der Treuepflicht. So kann die Treuepflicht auch als Instrument des Minderheitenschutzes erfasst werden. Siehe hierzu oben Ziff. 3.3.2.1.

<sup>182</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 3.3.1.

<sup>183</sup> Vgl. unten Ziff. 5.

<sup>184</sup> Siehe hierzu unten Ziff. 4.4.

rechten für deren Geltendmachung einen Schwellenwert vorsehen.<sup>185</sup> Wenn nicht jeder einzelne Aktionär unabhängig von der Grösse seiner Kapitalbeteiligung Rechte geltend machen kann (z.B. Anfechtungsklage<sup>186</sup>), sondern gewisse Schwellenwerte erreichen muss (z.B. GV-Einberufungsrecht<sup>187</sup>), bestehen eine Schranke gegen die querulatorische Ausübung von Rechten und eine Relativierung der Gefahr des Minderheitenmissbrauchs durch Einzelpersonen<sup>188</sup>. Die Höhe des Schwellenwerts kann das Ausmass der Gefährdung reflektieren und der Gefährdungslage angepasst werden.<sup>189</sup> Der Nachteil dieses Instruments ist, dass es aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur Einzelfallbewertung nicht präzise eingesetzt werden kann und somit auch berechnete Interessen von Minderheitsaktionären beschränkt.

### **3.4.2 Aktionärbindungsverträge**

Aktionärbindungsverträge können ebenfalls – je nach ihrer jeweiligen Ausgestaltung – ein Schutzelement gegen den Minderheitenmissbrauch sein,<sup>190</sup> sofern die vertragliche Einbindung der Minderheitsaktionäre gelingt. Inhaltlich befassen sich diese Verträge mit der Regulierung der Ausübung von Aktionärsrechten durch die Vertragsparteien.<sup>191</sup> So kann beispielsweise die Ausübung des Stimmrechts durch bestimmte Grundsätze reglementiert werden oder es können Kaufs- oder Vorkaufrechte integriert werden.<sup>192</sup> Insbesondere die Statuierung einer gesonderten Treuepflicht<sup>193</sup> kann für einen Interessenausgleich zwischen den beteiligten Par-

---

<sup>185</sup> Siehe zum Unterschied zwischen Minderheiten- und Individualrechten oben Ziff. 2.2.; vgl. ferner auch KUNZ, Kapitalrückzahlungen, S. 25.

<sup>186</sup> Art. 706 Abs. 1 OR.

<sup>187</sup> Art. 699 Abs. 3 OR.

<sup>188</sup> Vgl. KUNZ, Kapitalrückzahlungen, S. 25; VON DER CRONE, § 8 N 16; KNOBLOCH, S. 64 m.w.H.; vgl. KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 221 f.; HOFSTETTER, S. 479 (Fn. 21); BÖCKLI, § 16 N 135 ff.

<sup>189</sup> Vgl. HOFSTETTER, S. 479 (Fn. 21).

<sup>190</sup> Zum Aktionärbindungsvertrag aus Sicht des Minderheitsaktionärs allgemein: KUNZ, Minderheitenschutz, § 15 N 11 ff.

<sup>191</sup> Als Vertragsparteien können grundsätzlich zwei Konstellationen unterschieden werden: Aktionärbindungsverträge zwischen einzelnen Aktionären selbst und Aktionärbindungsverträge zwischen Aktionären und der Gesellschaft (BLOCH, S. 248 ff.).

<sup>192</sup> Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 45 f.

<sup>193</sup> Zur Treuepflicht als Gegenstand eines Aktionärbindungsvertrags: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 45.

teien eines Aktionärbindungsvertrags sorgen und einem Minderheitenmissbrauch entgegenwirken.<sup>194</sup>

Der Nachteil des Aktionärbindungsvertrags ist dessen Freiwilligkeit, d.h., allfällige Treuepflichten wirken nur dann, wenn sich der Minderheitsaktionär aus eigenem Willen in seiner Rechteaübung beschränkt. Die freiwillige Unterwerfung der Minderheitsaktionäre kann mit der vertraglichen Einräumung von Rechten – z.B. Einsitznahme im VR oder Mitsprache bei der Dividendenpolitik<sup>195</sup> – erreicht werden.

### 3.4.3 Exit-Möglichkeiten

Freiwillige Exit-Möglichkeiten können m.E. zumindest mittelbar ein Schutzelement gegen den Minderheitenmissbrauch sein.<sup>196</sup> Der Minderheitenmissbrauch tritt als Phänomen vorwiegend bei «Voice»-Rechten<sup>197</sup> auf. Gut ausgebaute Exit-Möglichkeiten können den «Druck» von «Voice»-Rechten nehmen, da mit der Versilberung (aus der Perspektive des Minderheitsaktionärs) eine vernünftige Alternative zur Verfügung steht.

Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 137 FinfraG<sup>198</sup>, mittels einer asymmetrischen Spaltung nach Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG oder durch einen squeeze out merger nach Art. 8 FusG<sup>199</sup> können als weitere Schutzelemente gegen den Minderheitenmissbrauch identifiziert werden. Diese Instrumente erlauben es, die Problematik des Minderheitenmissbrauchs aufzulösen, indem sich missbräuchlich verhaltende Minderheitsaktionäre zwangsweise aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.<sup>200</sup> Problematisch ist allerdings, dass sie nur unter bestimmten, gesetz-

---

<sup>194</sup> Zur Integrierung von Treuepflichten in Aktionärbindungsverträgen im Allgemeinen: BLOCH, S. 248 ff.

<sup>195</sup> Vgl. RÜTTER/ZWYSSIG, S. 144.

<sup>196</sup> Siehe zu «exit» und «voice» als Instrumente eines effektiven Minderheitenschutzes: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 1 ff.

<sup>197</sup> Hierunter fallen insbesondere das Stimmrecht und die daraus abgeleiteten Rechte (KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 4).

<sup>198</sup> Art. 137 FinfraG richtet sich an Gesellschaften, die Gegenstand eines öffentlichen Kaufangebots sind (Art. 125 ff. FinfraG).

<sup>199</sup> Art. 8 FusG erlaubt es im Rahmen von Fusionen unter gewissen Voraussetzungen, statt Mitgliedschaftsrechte eine Abfindung zu zahlen (squeeze out merger) und auf diesem Weg Minderheitsaktionäre gegen ihren Willen «auszukaufen».

<sup>200</sup> Zur Problematik von squeeze out mergers, welche ausschliesslich den Zweck der Ausschlussung von Minderheitsaktionären verfolgen, im Verhältnis zum Rechtsmiss-

lich vordefinierten Voraussetzungen zum Tragen kommen und einer hohen Zustimmung der Gesellschafter bedürfen.<sup>201</sup>

#### **3.4.4 Kostentragungsrisiko**

Ein weiteres Schutzelement gegen den Minderheitenmissbrauch ist das Kostentragungsrisiko. Prozesskostenrisiken<sup>202</sup> haben aus prozessökonomischer Sicht eine präventiv abschreckende Wirkung gegen die missbräuchliche Erhebung von Klagen.<sup>203</sup> Sie zwingen die Parteien, die Gewinnaussichten gegen die möglichen Prozesskosten abzuwägen, und verhindern eine willkürliche Ausübung von Klagerechten.<sup>204</sup> Das Kostentragungsrisiko ist m.E. ein taugliches Schutzinstrument gegen den Minderheitenmissbrauch. Allerdings findet es naturgemäss nur bei Klagen Anwendung.

## **4. Aktuelle Entwicklungen: Revision des Aktienrechts**

Der Bundesrat hat die zurückgewiesene Revision des Aktienrechts von 2007<sup>205</sup> wieder aufgenommen und am 28. November 2014 einen Vorent-

---

brauchsverbot: ZK-BURCKHARDT, N 47 zu Art. 8 FusG; GOTSCHEV/STAUB, S. 276; VON PLANTA/ZARB, S. 206 f.; BasK-TSCHÄNI/PAPA, N 17 zu Art. 8 FusG.

<sup>201</sup> Eine asymmetrische Spaltung setzt die Zustimmung von mindestens 90 Prozent aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft voraus (Art. 43 Abs. 3 FusG). Gleich verhält es sich beim fusionsrechtlichen squeeze out: Sieht der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vor, so bedarf der Fusionsbeschluss der Zustimmung von mindestens 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG). Der Anbieter eines öffentlichen Kaufangebots muss nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügen, damit er gerichtlich innert einer Frist von drei Monaten um die Kraftloserklärung der verbleibenden Beteiligungspapierere ersuchen kann.

<sup>202</sup> Art. 95 ff. ZPO, insbesondere Art. 106 ZPO.

<sup>203</sup> KUNZ, Rechtsprechung, S. 130; HABLÜTZEL, S. 288; BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 116; VPB 2013.7, 93.

<sup>204</sup> HABLÜTZEL, S. 288.

<sup>205</sup> Das Parlament hatte infolge der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» den ursprünglichen Entwurf zur Aktienrechtsrevision vom 21.12.2007 an den Bundesrat zurückgewiesen (Medienmitteilung EJPD vom 28.11.2014 [«Aktienrecht soll modernisiert werden»], S. 2; BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 1).

wurf (VE OR)<sup>206</sup> sowie einen erläuternden Bericht publiziert.<sup>207</sup> Die Revision verfolgt mehrere Ziele:<sup>208</sup>

- Überführung der VegüV<sup>209</sup>, welche am 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt worden ist, in die entsprechenden Bundesgesetze.
- Verbesserung der Corporate Governance bei nicht börsenkotierten Gesellschaften.
- Flexiblere Ausgestaltung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen.
- Abstimmung des Aktienrechts auf das neue Rechnungslegungsrecht.
- Einführung einer «Frauenquote» für den VR und die GL.
- Behebung der hohen Bestände an Dispoaktien.
- Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten von Unternehmen.
- Verbesserung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen.

Nachfolgend wird einzig auf jene Aspekte der Aktienrechtsrevision eingegangen, die einen Bezug zum Minderheitenmissbrauch aufweisen (können).

#### **4.1 Ausbau der Aktionärsrechte unter dem Titel der Corporate Governance**

Der Entwurf sieht unter dem Schlagwort der Corporate Governance vor allem bei nicht börsenkotierten Gesellschaften einen Ausbau der Aktionärsrechte vor.<sup>210</sup> Die nachfolgend erörterten Aktionärsrechte befassen sich – da die Corporate Governance im Vordergrund steht – primär mit der Thematik der Verwaltungsmacht<sup>211</sup> und nicht mit der Konstellation Mehrheit vs. Minderheit.

---

<sup>206</sup> Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28.11.2014.

<sup>207</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 1 ff.; vgl. auch Medienmitteilung EJPD vom 28.11.2014 («Aktienrecht soll modernisiert werden»), S. 1 f.

<sup>208</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 1 f.

<sup>209</sup> Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013, SR 221.331.

<sup>210</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 42 f.

<sup>211</sup> Zur Verwaltungsmacht als typisierte Bedrohungslage für den Minderheitsaktionär statt vieler: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 37 ff.

#### **4.1.1 Ausbau des Auskunftsrechts**

Art. 697 Abs. 1 OR hält fest, dass Aktionäre an der GV den VR um Auskunftserteilung über Gesellschaftsangelegenheiten ersuchen können<sup>212</sup>. Art. 697 Abs. 2 f. VE OR sieht einen Ausbau dieser (eingeschränkten) Regelung für Aktionäre nicht börsenkotierter AG vor. Neu sollen diese Aktionäre befugt sein, jederzeit vom VR schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaften verlangen zu können, sofern dies für die Ausübung der Aktionärsrechte notwendig ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft tangiert werden. Der VR hat die entsprechenden Anfragen mindestens zweimal jährlich zu beantworten. Die beantworteten Anfragen sind entweder an der nächsten GV zur Einsicht aufzulegen oder den Aktionären umgehend mitzuteilen. Die Verweigerung der schriftlichen Anfrage unterliegt einer Begründungspflicht.<sup>213</sup>

Das Einsichtsrecht bleibt inhaltlich unverändert; die Bestimmung wird systematisch neu in einem eigenen Artikel geregelt.<sup>214</sup>

#### **4.1.2 Auskunftsrecht über Vergütungen des obersten Kaders**

Art. 697 Abs. 4 VE OR statuiert für nicht börsenkotierte AG eine Auskunftspflicht des VR über Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss Art. 734a-734c VE OR.<sup>215</sup> Dieser Auskunftspflicht muss der VR an der GV, an welcher die Jahresrechnung genehmigt wird, nachkommen. Laut dem BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014 handelt es sich bei Art. 697 Abs. 4 VE OR um ein Auskunftsrecht, welches zu Gunsten von Aktionären, «insbesondere der Minderheitsbeteiligten», geschaffen wurde.<sup>216</sup> Der Grund für die Schaffung dieses Rechts ist, dass «die Kenntnis der Vergütungen [...] oftmals Voraussetzung für die Ausübung verschiedener Schutzrechte der Aktionärinnen und Aktionäre [ist]».<sup>217</sup>

---

<sup>212</sup> Vgl. dazu oben Ziff. 3.2.

<sup>213</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 42 f.

<sup>214</sup> Art. 697a VE OR; vgl. BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 43.

<sup>215</sup> Für Aktionäre börsenkotierter AG ist die notwendige Transparenz der Vergütungen bereits durch die VegüV (Stichwort: Vergütungsbericht; Art. 13 ff. VegüV) und zukünftig durch Art. 734 ff. VE OR sichergestellt.

<sup>216</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 43, 112.

<sup>217</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 43.

### **4.1.3 Weitere Verbesserungen der Aktionärsstellung**

Gemäss Art. 732 Abs. 2 VE OR können nicht börsenkotierte AG in den Statuten vorsehen, dass die Bestimmungen zum vierten Abschnitt<sup>218</sup> – d.h. Regeln zu den Vergütungen von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind – teilweise oder ganzheitlich anwendbar sind. Dies soll den Aktionären nicht börsenkotierter AG die Möglichkeit geben, auf die Vergütungspolitik des Unternehmens Einfluss zu nehmen.<sup>219</sup>

## **4.2 Modifikation der Schwellenwerte von Minderheitenrechten**

### **4.2.1 Allgemein**

Der Gesetzgeber hat die Schwellenwerte für die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte im Vorentwurf vereinheitlicht. Die Differenzierung bei den Schwellenwerten findet neu vor allem über das Kriterium der Börsenkotierung statt.<sup>220</sup> Die Erreichung von Schwellenwerten orientiert sich im Vorentwurf zudem einerseits am Aktienkapital und andererseits neu zusätzlich am Stimmrecht.<sup>221</sup> Auf den Nennwert als Kriterium für Schwellenwerte soll zukünftig verzichtet werden, da es sich dabei nicht um ein verlässliches Kriterium zur Bestimmung der Grösse der Investition eines Aktionärs handelt.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> Art. 732 ff. VE OR.

<sup>219</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 43 f., 145 f. Eine weitere Verbesserung ist die Modifikation der Klage auf Rückerstattung von Leistungen (Art. 678 VE OR). Modifiziert werden sowohl Aspekte des sachlichen als auch jene des persönlichen Anwendungsbereichs. Siehe dazu im Einzelnen: BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 47, 103 f.

<sup>220</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 45. Zu den Gründen für die Differenzierung zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften im Einzelnen: BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46. Vor allem für die nicht börsenkotierten Gesellschaften ist eine einheitliche Ausgestaltung der Schwellenwerte zur verständlichen Darstellung der Aktionärsrechte – insbesondere der Minderheitenrechte – förderlich (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 45; GLANZMANN, S. 241 f.).

<sup>221</sup> Gesetzliche oder statutarische Vinkulierungen spielen dabei für die Ermittlung des für das spezifische Minderheitenrecht massgebenden Schwellenwerts keine Rolle (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 45 f.).

<sup>222</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 45 f.



#### 4.2.2 Übersicht über die neuen Schwellenwerte<sup>223</sup>

	Geltendes Recht	Regelung gemäss VE OR	
		Nicht börsen- kotierte AG <sup>224</sup>	Börsenkotierte AG <sup>225</sup>
<b>Recht auf Sonderprüfung bzw. -untersuchung<sup>226</sup> (Art. 697b OR; Art. 697d VE OR)</b>	10 % <sup>227</sup>	10 % <sup>228</sup>	3 %
<b>Einberufungsrecht (Art. 699 OR; Art. 699 VE OR)</b>	10 %	10 %	3 %
<b>Traktandierungsrecht (Art. 699 OR; Art. 699a VE OR)</b>	1 Mio. Fr. <sup>229</sup>	2.5 %	0.25 %
<b>Antragsrecht (Art. 699 OR; Art. 699a VE OR)</b>	1 Mio. Fr. <sup>230</sup>	2.5 %	0.25 %
<b>Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4 OR; Art. 736 VE OR)</b>	10 %	10 %	10 %
<b>Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft (Art. 697j f. VE OR)<sup>231</sup></b>	--	10 %	3 %

<sup>223</sup> In Anlehnung an die Übersicht im BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46 f.

<sup>224</sup> Die Werte beziehen sich auf die Höhe des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 697d Abs. 1 VE OR; Art. 699 VE OR; Art. 699a VE OR; Art. 736 VE OR).

<sup>225</sup> Die Werte beziehen sich auf die Höhe des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 697d Abs. 1 VE OR; Art. 699 VE OR; Art. 699a VE OR; Art. 736 VE OR).

<sup>226</sup> Der neue Begriff der «Sonderuntersuchung» soll die Rechtsnatur des Instituts der Sonderprüfung besser zur Geltung bringen und Konfusionen mit dem Aufgabenbereich der Revisionsstelle unterbinden (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 113).

<sup>227</sup> Alternativ: Vertretung von Aktien im Nennwert von 2 Mio. Fr. (Art. 697b Abs. 1 OR).

<sup>228</sup> Bezieht sich auf die Höhe des Aktienkapitals oder der Stimmen (Art. 697d Abs. 1 VE OR; Art. 699 VE OR; Art. 699a VE OR; Art. 736 VE OR).

<sup>229</sup> Schwellenwert: Aktiennennwerte in der Höhe von 1 Mio. Fr. (Art. 699 Abs. 3 OR).

<sup>230</sup> Schwellenwert: Aktiennennwerte in der Höhe von 1 Mio. Fr. (Art. 699 Abs. 3 OR).

<sup>231</sup> Siehe hierzu unten Ziff. 4.3.

Aus der Übersicht ist Folgendes erkennbar:

- Die Schwellenwerte der verschiedenen Rechte bei nicht börsenkotierten Gesellschaften orientieren sich grundsätzlich am geltenden Recht.<sup>232</sup>
- Die Schwellenwerte für börsenkotierte Gesellschaften wurden stark gesenkt. Dies wird mit der hohen Hürde begründet, die ein Schwellenwert von 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen bei einem breit gestreuten Aktionariat darstellt. Die mehrfach vorgeschlagene 3-Prozent-Hürde orientiert sich (grob) am FinfraG<sup>233, 234</sup>.
- Das beim Traktandierungs- und Antragsrecht geltende System des absoluten Schwellenwerts<sup>235</sup> (1 Mio. Fr. Nennwert) wird in ein solches mit einem relativen Schwellenwert überführt (2.5 Prozent bzw. 0.25 Prozent des Aktienkapitals bzw. der Stimmen).<sup>236</sup> Dies gilt sowohl für börsenkotierte als auch für nicht börsenkotierte AG und führt faktisch zu einer Senkung der Schwellenwerte.<sup>237</sup>
- Die Schwellenwerte der Auflösungsklage<sup>238</sup> werden nicht gesenkt. Dies wird mit dem Ultima-Ratio-Charakter dieser Klage begründet.<sup>239</sup>

---

<sup>232</sup> Eine Senkung der Schwellenwerte etwa für das Recht auf eine Sonderprüfung bzw. -untersuchung oder das Einberufungsrecht wurde in der Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision 2007 stark kritisiert (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46).

<sup>233</sup> Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivat Handel (Finanzmarktinfrastukturgesetz) vom 19. Juni 2015, SR 958.1.

<sup>234</sup> Die vorgeschlagene 3-Prozent-Hürde löst eine Offenlegungspflicht aus (Art. 120 Abs. 1 FinfraG); gleichzeitig reicht die Vereinigung von 3 Prozent der Stimmrechte zur Erlangung der Parteistellung im Verfahren vor der UEK (Art. 139 Abs. 3 FinfraG) (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46).

<sup>235</sup> Art. 699 Abs. 3 OR. Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 27.

<sup>236</sup> Art. 699a Abs. 1 VE OR.

<sup>237</sup> Diese Senkung wurde mit dem relativ geringen Aufwand für die betroffenen Gesellschaften und der Relevanz dieser Rechte für die Aktionäre begründet (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46, 120).

<sup>238</sup> Art. 736 Ziff. 4 OR bzw. VE OR.

<sup>239</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46, 157.

### 4.3 Recht auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten

Mit der Aktienrechtsreform wird eine erleichterte Durchsetzung abgeleiteter Klagen<sup>240</sup> für qualifiziert Minderheitsbeteiligte angestrebt.<sup>241</sup> Aktionäre, welche zur Erhebung einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft legitimiert sind, können bei der GV eine Durchführung der Klage auf Kosten der Gesellschaft beantragen.<sup>242</sup> Im Ergebnis wird durch diese Regelung eine Einschränkung des Prozesskostenrisikos bezweckt.<sup>243</sup>

Das Antragsrecht wird durch Schwellenwerte<sup>244</sup> eingeschränkt, deren Zweck darin liegt, «das Risiko schikanöser Klagen zu begrenzen».<sup>245</sup> Falls die GV den Antrag ablehnt,<sup>246</sup> haben die Aktionäre – unter Einhaltung derselben Schwellenwerte – innert einer Frist von drei Monaten um eine gerichtliche Zulassung der Klage auf Kosten der Gesellschaft zu ersuchen.<sup>247</sup>

---

<sup>240</sup> Es handelt sich um Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft gestellt werden (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 47). Hierunter fallen etwa die Rückerstattungsklage (Art. 678 f. OR; Art. 678 f. VE OR) oder die vom Aktionär nach Art. 756 Abs. 1 OR auf Leistung an die Gesellschaft eingeleitete Verantwortlichkeitsklage (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48).

<sup>241</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48.

<sup>242</sup> Art. 697j Abs. 1 VE OR.

<sup>243</sup> POGGIO/ZIHLER, S. 96.

<sup>244</sup> Siehe hierzu bereits oben Ziff. 4.2.

<sup>245</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48 f. (Hervorhebung hinzugefügt). «Die Einführung von Schwellenwerten hilft, *Missbräuchen vorzubeugen* und das *Risiko zu begrenzen*, dass die *Gesellschaft durch Klagen gelähmt wird*» (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 115; Hervorhebung hinzugefügt). Die Schwellenwerte entsprechen den Schwellenwerten zur Sonderuntersuchung (Art. 697j Abs. 1 i.V.m. Art. 697k Abs. 1 VE OR; BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48).

<sup>246</sup> Die Stellung des Antrags ist *Conditio sine qua non* für das gerichtliche Bewilligungsverfahren nach Art. 697k OR (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48 f.).

<sup>247</sup> Art. 697k Abs. 1 VE OR. Ergänzend zu Art. 697k VE OR wird eine Modifikation der Kostenverteilungsregeln gemäss Art. 107 ZPO vorgeschlagen: Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> VE ZPO ermächtigt das Gericht, die Prozesskosten, welche durch abgewiesene abgeleitete gesellschaftsrechtliche Klagen entstehen und welche nicht von der Gesellschaft gemäss Art. 697k VE OR zu tragen sind, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei zu verteilen. Andere prozessuale Nachteile – wie z.B. die Kostenvorschusspflicht des Klägers (Art. 98 ZPO) oder die Zahlungsunfähigkeit des Beklagten – bleiben von der Regelung unberührt (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 49; VPB 2013.7, S. 99). Das Recht zur eigenständigen Erhebung einer abgeleiteten Klage – ohne Kostentragung seitens der Gesellschaft – bleibt von der vorgeschlagenen Regelung gemäss Art. 697j f. VE OR unberührt. Die Rechtsstellung von Aktionären, welche

Der Grund für die Einführung dieses neuen Rechtsinstituts ist das unvorteilhafte «Risk-Reward»-Verhältnis abgeleiteter Klagen für die Aktionäre.<sup>248</sup> Zu den Risiken zählen die (hohen) Prozesskosten und die potentielle Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei. Die im Falle der Gutheissung einer abgeleiteten Klage erstrittene Summe wird an die Gesellschaft ausgerichtet. Der Kläger «profitiert» nur mittelbar im Rahmen seiner Beteiligung.<sup>249</sup>

Das Prozesskostenrisiko beim gerichtlichen Gesuch um Bewilligung zur Klage gemäss Art. 697k VE OR bleibt für den betreffenden Minderheitsaktionär allerdings bestehen, d.h., er ist zur Zahlung der Kosten eines negativ ausgefallenen Urteils verpflichtet (Art. 104 ff. ZPO).<sup>250</sup> In den Worten des BERICHTS AKTIENRECHTSREVISION 2014: «Dieses finanzielle Risiko trägt ebenfalls dazu bei, die *Gesellschaft vor missbräuchlichen Klagen zu schützen*. Das ist die *finanzielle Kehrseite der Vorteile* des neuen Rechtsinstituts für die *Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre*.»<sup>251</sup>

#### **4.4 Bewertung der angestrebten Aktienrechtsrevision aus Sicht des Minderheitenmissbrauchs**

Der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision führt generell zu einem Ausbau der Aktionärsrechte; es werden verschiedene Modifikationen vorgeschlagen, die vor allem die Verwaltungsmacht des VR gegenüber den Minderheiten abschwächen sollen.<sup>252</sup> Mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand «Minderheitenmissbrauch bzw. Mehrheitenschutz» ist die Einführung der Börsenkotierung als Instrument zur Differenzierung bei den Schwellenwerten besonders hervorzuheben. Damit soll eine zweckmässige Ausübung der Minderheitenrechte sichergestellt werden.<sup>253</sup> Ob diese Einschätzung stimmt, wird sich in der Praxis weisen müssen. Mit der Senkung der Schwellenwerte ist zwangsläufig ein höheres Gefährdungspotential für Minderheitenmissbrauch verbunden. Gesamthaft betrachtet ist des-

---

die Schwellenwerte nicht erreichen, wird im Vergleich zum geltenden Recht somit nicht beschnitten (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 50).

<sup>248</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48.

<sup>249</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 48 m.w.H.; vgl. auch VPB 2013.7, S. 93.

<sup>250</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 116; vgl. aber die Abweichungsmöglichkeiten gemäss Art. 107 ZPO.

<sup>251</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 116 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>252</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 4.1.

<sup>253</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 46, 120.

halb eine Schwächung des Schutzelements der Schwellenwerte festzustellen.

Die Einführung des Rechts auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten schwächt auf den ersten Blick ein weiteres Schutzelement gegen den Minderheitenmissbrauch, nämlich das Prozesskostenrisiko. Einerseits soll die Möglichkeit der Überwälzung des Kostenrisikos auf die Gesellschaft die Durchsetzung abgeleiteter Klagen verbessern, was durchaus wünschenswert ist. Andererseits steigt gleichzeitig das Risiko, dass schikanös agierende Minderheitsaktionäre dieses Rechtsinstitut missbräuchlich ausüben, da das Schutzelement des Prozesskostenrisikos für diese nicht voll zum Tragen kommt.<sup>254</sup> Den Verfassern des Vorentwurfs war diese Gefahr bewusst und es wurden Schwellenwerte zur Ausübung von Art. 697j und 697k VE OR eingeführt. M.E. stellt diese Regelung einen akzeptablen Kompromiss zwischen Chancen und Risiken des neuen Rechtsinstituts dar.

## **5. Fazit**

Das Gefährdungspotential des Minderheitenmissbrauchs ist nicht zu unterschätzen, da eine Minderheit die Funktionsfähigkeit einer AG beeinträchtigen und im Extremfall gar deren Lahmlegung (z.B. durch Klagerechte) herbeiführen kann.<sup>255</sup> Dabei wird nicht nur die AG selbst durch den Minderheitenmissbrauch in Mitleidenschaft gezogen, sondern ebenso auch die übrigen (Mehrheits-)Aktionäre.<sup>256</sup> Umso wichtiger ist deshalb das Bestehen ausreichender Schutzelemente gegen den Missbrauch von Rechten durch Minderheiten.

Das Phänomen des Minderheitenmissbrauchs wird trotz des grossen Gefährdungspotentials im Aktienrecht nicht systematisch erfasst. Zwar konnten verschiedene Schutzelemente identifiziert werden,<sup>257</sup> doch erscheint ihr Einsatz mit Blick auf den Minderheitenmissbrauch nicht geordnet, sondern eher zufällig. Die Analyse der Schutzelemente hat zudem gezeigt, dass die Eignung dieser Elemente variiert: Gerade das wichtigste Schutzelement – das Rechtsmissbrauchsverbot – kann nur bedingt als

---

<sup>254</sup> Vgl. oben Ziff. 4.3 für eine Relativierung dieser Gefahr.

<sup>255</sup> ZK-TANNER, N 21 zu Art. 703 OR; TANNER, Quoren, § 9 N 18.

<sup>256</sup> KUNZ, Status, S. 148.

<sup>257</sup> Siehe hierzu oben Ziff. 3.

Korrektiv gegen den Minderheitenmissbrauch dienen.<sup>258</sup> Das Kostenträgerungsrisiko und die Einführung von Schwellenwerten erfüllen demgegenüber ihren Zweck in den jeweiligen Einsatzgebieten.

Nebst diesen bereits bestehenden Schutzelementen ist dem Minderheitenmissbrauch in der Gesetzgebung vermehrt Beachtung zu schenken. In jüngerer Vergangenheit konnte nämlich festgestellt werden, dass die Minderheit eine a priori-Schutzwürdigkeit im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens genossen hat. Auch in der neuesten angedachten Aktienrechtsrevision kommt das Mantra der «Verbesserung des Minderheitenschutzes» wieder zum Tragen.<sup>259</sup> De lege ferenda wäre eine etwas kritischere Auseinandersetzung mit der Thematik Minderheitenschutz zu wünschen und der stete Ausbau von Minderheitsrechten zu hinterfragen. Die Prämisse kann nicht «Minderheitenschutz um jeden Preis» lauten, sondern es ist die Funktionsfähigkeit des Unternehmens ins Zentrum zu rücken. In diesem Sinne darf das Mehrheitsprinzip in seiner Substanz nicht (zu) stark ausgehöhlt werden. Für den Gesetzgeber bedeutet dies, den Ausbau von Minderheitenrechten nur im gezielten Rahmen vorzunehmen. Als Risikokapitalgeber muss jeder (Minderheits-)Aktionär bis zu einem gewissen Grad damit leben und umgehen können, in einer Minderheitenposition den Interessen der Mehrheit zumindest teilweise ausgeliefert zu sein. In diesem Kontext ist ebenfalls das Schutzelement des «exits» einzuordnen: Statt den Ausbau von «voice»-Rechten zu forcieren, erscheint eine Stärkung der «exit»-Variante für Minderheitsaktionäre attraktiv. Dies würde ebenfalls die Gefahr des Missbrauchs von «voice»-Instrumenten senken.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Siehe zu den Gründen hierfür oben Ziff. 3.1.5.

<sup>259</sup> BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014, S. 117. Siehe hierzu ebenfalls oben Ziff. 4.4.

<sup>260</sup> Siehe zu «exit» und «voice» oben Ziff. 3.4.3.

## Literaturverzeichnis

- BAUMANN, HANSPETER/SPICHTIGER, STEFAN: Minderheitenschutz im Rechnungslegungsrecht, ST 2014, S. 848.
- BEER, MAX: Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, Diss., Bern 1944.
- BELLINGHAUSEN, RUPERT: Der Missbrauch von Minderheitsrechten in Kapitalgesellschaften – eine rechtsvergleichende Darstellung des französischen und deutschen Rechts, Diss., Bonn 1994.
- BENZ, WALTHER: Die Treupflicht des Gesellschafters, Diss., Zürich 1946.
- BISON, HILDEGARD: Missbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär. Eine rechtsvergleichende Analyse des US-amerikanischen und des deutschen Rechts, Diss., Frankfurt a.M. et al. 1997.
- BLOCH, OLIVIER: Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse. Avec un aperçu du droit boursier, Diss., Genf 2011.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Zürich et al. 2009.
- BÜRGI, RUEDI: Möglichkeiten des statutarischen Minderheitenschutzes in der personalistischen AG, Diss., Zürich 1987.
- COTTI, LUKAS: Das vertragliche Konkurrenzverbot. Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss., Freiburg 2001.
- DESCHENAUX, HENRI: Der Einleitungstitel, in: GUTZWILLER, MAX (Hrsg.): Einleitung und Personenrecht, SPR, Band II, Basel 1967, S. 1.
- DONNER, KIRSTEN: Die missbräuchliche Anfechtung aktien- und umwandlungsrechtlicher Strukturmassnahmen. Eine Untersuchung neuerer gesetzlicher Entwicklungen zur Eindämmung des Klagegewerbes im Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Finanzmarktkrise, Diss., Hamburg 2014.
- DRUEY, JEAN NICOLAS: Mängel des GV-Beschlusses, in: FORSTMOSER, PETER/DRUEY, JEAN N. (Hrsg.): Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131.
- DRUEY, JEAN NICOLAS/DRUEY JUST, EVA/GLANZMANN, LUKAS: Gesellschafts- und Handelsrecht, Basel et al. 2015.
- DURRER, ROBERT: Der Schutz des Gesellschafters gegen Zweckänderungen, Diss., Bern 1955.
- FILLMANN, ANDREAS: Treupflichten der Aktionäre, Diss., Frankfurt a.M./New York 1991.
- FORRER, HANS R.: Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, Diss., Aarau 1960.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FREIHERR VON SCHNURBEIN, CASPAR: Missbrauch von Minderheitsrechten im deutschen und italienischen Aktienrecht, Diss., Frankfurt a.M. et al. 2005.
- GABRIELLI, FABRIZIO: Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss., Zürich 1997.
- GLANZMANN, LUKAS S.: Die grosse Aktienrechtsrevision, in: KUNZ, PETER V. et al. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 211.

- GOTSCHEV, GEORG G./STAUB, CHRISTIAN: Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch squeeze out merger gemäss Fusionsgesetz, GesKR 2006, S. 265.
- HABEGGER, PHILIPP: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen. Unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR, Diss., Bern 1996.
- HABLÜTZEL, OLIVER: Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 2009.
- HASLER, DANIEL: Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Diss., Bern 2007.
- HAUSHEER, HEINZ/WALTER, HANS P. (Hrsg.) (BK-BEARBEITER): Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Band I: Art. 1-149 ZPO, Bern 2012.
- HOFSTETTER, KARL: Die Reform des Aktienrechts im Lichte der Corporate Governance, SJZ 2008, S. 477.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), Basel 2014.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH), Basel 2012.
- HORBER, FELIX: Die Informationsrechte des Aktionärs. Eine systematische Darstellung, Zürich 1995.
- HUGUENIN, CLAIRE: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil., Zürich 1994.
- JANKE, MATTHIAS: Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Neubewertung der richterrechtlichen Generalklausel im Rahmen einer rechtsvergleichenden und ökonomischen Analyse, Diss., Frankfurt a.M./New York 2003.
- JUTZI, THOMAS: Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 2014, S. 500.
- KNOBLOCH, STEFAN: Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil., Zürich et al. 2011.
- KUNZ, PETER V. (Minderheiten): Der Minderheiten- bzw. Aktionärschutz in der Schweiz. Ausgewählte Probleme und Lösungsansätze, ST 1997, S. 415.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Kapitalrückzahlungen): Kapitalrückzahlungen bei 1-Rappen-Aktien, NZZ vom 18.01.2001, S. 25.
- KUNZ, PETER V. (Status): Status Quo der „grossen Aktienrechtsrevision“. Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: KUNZ, PETER V. et al. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, S. 125.
- KUNZ, PETER V. (Rechtsprechung): Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2013, S. 99.
- LEHMANN, PETER: Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss., Zürich 2000.
- MARTINEZ, LARISSA M.: Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss., Basel et al. 2006.
- MATHIEU, DAGMAR J.: Der Kampf des Rechts gegen erpresserische Aktionäre. Bestandsaufnahme, Kritik und Perspektiven, Diss., Frankfurt a.M. et al. 2014.



- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Bern 2012.
- MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ/PLÜSS, ADRIAN: Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, AJP 2011, S. 587.
- NENNINGER, JOHN: Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss., Basel/Stuttgart 1974.
- NODOUSHANI, ANDREAS: Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter. Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei persönlicher Stimmrechtsausübung und bei Stimmrechtsvertretung, Diss., Baden-Baden 1997.
- NUSSBAUMER, ANNEMARIE: Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 2012.
- PELLI, FULVIO: Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1978.
- POGGIO, KARIN/ZIHLER, FLORIAN: Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts. Vernehmlassung zur neuen grossen Aktienrechtsrevision läuft – wichtigste Bestimmungen im Einzelnen, ST 2015, S. 93.
- RIEMER, HANS M.: Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht. Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998.
- RIZVI, SALIM: Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss., Zürich 2011.
- ROBERTO, VITO/TRÜEB, HANS R. (Hrsg.) (CHK-BEARBEITER): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft (Art. 530-771 OR), Zürich 2012.
- RUEDIN, ROLAND: Droit des sociétés, Bern 2007.
- RÜTTER, JOSEF/ZWYSSIG, KILIAN: Aktionärsbindungsverträge, TREX 2010, S. 142.
- RÜTTIMANN, FELIX M.: Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Diss., Zürich 1994.
- SANWALD, RETO: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss., Zürich 2009.
- SCHAFFNER, JAKOB: Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung, Diss., Bern 1940.
- SCHILLING, SEBASTIAN: Die Bekämpfung räuberischer Aktionärsklagen durch den Gesetzgeber. Eine kritische Betrachtung des ARUG, Hamburg 2012.
- SCHMIDT, KARSTEN: Gesellschaftsrecht, Köln et al. 2002.
- SCHOTT, BERTRAND G.: Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss., St. Gallen 2009.
- STOFFEL, WALTER A.: Wie weiter mit dem aktienrechtlichen Minderheitenschutz?, in: GASSER, URS et al. (Hrsg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 581.
- TANNER, BRIGITTE (ZK-TANNER): Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Band V/5b, Die Aktiengesellschaft – Die Generalversammlung (Art. 698-706b OR), Zürich 2003.
- TANNER, BRIGITTE (Quoren): Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1987.
- VISCHER, FRANK (Hrsg.) (ZK-BEARBEITER): Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), Zürich 2012.

- VOGT, HANS-UELI: Aktionärsdemokratie. Über die Möglichkeiten und Grenzen der Verwirklichung eines politischen Leitbildes im Aktienrecht, mit besonderer Berücksichtigung der Revision des schweizerischen Aktienrechtes, Zürich/St. Gallen 2012.
- VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts. Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, Zürich et al. 2011.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR: Aktienrecht, Bern 2014.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/ISLER, MARTINA: Handelsregistersperre. Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_26/2007 (BGE 133 III 368) vom 5. Juni 2007 i.S. A. und Verein B. (Beschwerdeführer) gegen die Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin), SZW 2008, S. 222.
- VON GREYERZ, CHRISTOPH: Die Aktiengesellschaft, in: VON STEIGER, WERNER (Hrsg.): Handelsrecht, SPR, Band VIII/2, Basel 1982, S. 1.
- VON PLANTA, ANDREAS/ZARB, DELPHINE: Le dédommagement des actionnaires minoritaires: nouvelle forme de squeeze out, SZW 2004, S. 203.
- VON SALIS, ULYSSES: Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1996.
- VON STEIGER, WERNER: Gesellschaftsrecht, in: VON STEIGER, WERNER (Hrsg.): Handelsrecht, SPR, Band VIII/1, Basel, Stuttgart 1976, S. 211.
- WALTHER, CONRAD M.: Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitsschutznormen im schweizerischen Aktienrecht. Dargestellt anhand der Rechtsprechung zur Klage auf Auskunftserteilung durch den Richter (Art. 697 Abs. 3 OR) und zur Klage auf Auflösung der AG aus wichtigen Gründen (Art. 736 Ziff. 4 OR), Diss., Zürich 1987.
- WASTL, ULRICH: Aktienrechtliche Treuepflicht und Kapitalmarkt. Ein Plädoyer für eine juristisch-interdisziplinäre Betrachtungsweise, Frankfurt a.M./New York 2004.
- WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (Hrsg.) (BASKBEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Fusionsgesetz, Basel 2014.
- WENNINGER, RENATE M.: Die aktienrechtliche Schweigepflicht (mit einer Übersicht über die wichtigsten Schweigepflichten im Zivilrecht), Diss., Zürich 1983.
- WIDMER, CHRISTOPH K.: Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1998.
- WOHLMANN, HERBERT: Die Treuepflicht des Aktionärs. Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär, Diss., Zürich 1967.

## Materialien

- BOTSCHAFT (BOTSCHAFT RECHNUNGSLEGUNGSRECHT 2007) zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, S. 1589.
- VERWALTUNGSPRAXIS (VPB 2013.7) der Bundesbehörden 2013.7 vom 20. Dezember 2013, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 59.
- ERLÄUTERNDER BERICHT (BERICHT AKTIENRECHTSREVISION 2014) zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, S. 1.