

Sonderdruck aus:

Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Rainer J. Schweizer / Herbert Burkert / Urs Gasser

---

PETER V. KUNZ

Richterliche Handhabung von  
Aktionärsstreitigkeiten – zu einer  
Methode für Interessenabwägungen  
sowie zur «Business Judgment Rule»

---

Schulthess  2002

## Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule»

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einführung	445
II. Aktionärsklagen	447
1. Übersicht sowie Entwicklung	447
2. Richter im Fokus	451
III. Abwägungen sowie Willkürkognition	455
1. Zur Interessenabwägung	455
2. Zur «Business Judgment Rule»	459

### I. Einführung

Der Jubilar, *Jean Nicolas Druey*, hat über mehrere Jahrzehnte hinweg ein beeindruckendes wissenschaftliches Gesamtwerk geschaffen. Hervorgehoben seien die Leistungen im Bereich des *Gesellschaftsrechts*. Im Zusammenhang mit den im Folgenden vorab interessierenden Aktionärsstreitigkeiten und deren richterlichen Handhabung hat sich der Jubilar ebenfalls mehrfach zu Wort gemeldet – beispielsweise zu Beschlussmängeln von Generalversammlungen<sup>1</sup>, zu Interessenabwägungen im Allgemeinen<sup>2</sup> sowie zu verschiedenen «Informations-Themen» im Besonderen<sup>3</sup> – und wertvolle Anregungen für die Lehre, für die Rechtsprechung sowie für die Praxis bei Aktiengesellschaften geliefert.

<sup>1</sup> Hierzu etwa: JEAN NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 131 ff.

<sup>2</sup> Weiterhin grundlegend: JEAN NICOLAS DRUEY, Interessenabwägung – Eine Methode?, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, 131 ff.

<sup>3</sup> Statt aller: JEAN NICOLAS DRUEY, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 69 ff.; DERS., Geheimsphäre des Unternehmens, Basel 1977, 1 ff.

Konzeptionell können Streitigkeiten zwischen Aktionären – als Regelfall – gesellschaftsintern bleiben oder aber – als Ausnahme – gesellschaftsextern werden. Das letztere Szenario und damit *gerichtliche* Auseinandersetzungen sollen hier im Vordergrund stehen. Ein Blick über die Landesgrenzen zeigt, dass die Schweiz hinsichtlich der *Anzahl* von Aktionärsklagen *internationales Mittelmass* darstellt<sup>4</sup>, was weder zu loben noch zu kritisieren ist. Dieser Umstand dürfte allerdings weniger auf schweizerische Friedfertigkeit als vielmehr auf einige *institutionelle Hemmnisse* bei Klagen von Aktionären zurückzuführen sein; Prozesse hemmend wirken einerseits die Gesetzgebung<sup>5</sup> und andererseits die Gerichte<sup>6</sup>.

Aktionärsstreitigkeiten können zu *Aktionärsklagen* führen, bei denen in der Praxis *vier Klagen* dominieren<sup>7</sup>. Hierbei interessiert in erster Linie die Rechtsanwendung bzw. die *richterliche* Handhabung solcher Streitigkeiten<sup>8</sup>. Der Richter ist *nicht völlig frei* in seiner Tätigkeit (oder in seiner Untätigkeit), vielmehr hat er die Leitplanken zu beachten, die ihm vom klagenden Aktionär<sup>9</sup> und vom Gesetzgeber<sup>10</sup> gesetzt werden; ein markanter Unterschied besteht zwischen den schweizerischen sowie den angelsächsischen Rechtsordnungen<sup>11</sup>. Zwei Grundpfeiler bestimmen die Rechtsanwendung, nämlich die *Interessenabwägung*<sup>12</sup> sowie die *Willkürkognition* bzw. die «Business Judgment Rule»<sup>13</sup>.

<sup>4</sup> Übersicht: CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, Historical Trends of Civil Litigation in Japan, Arizona, Sweden, and Germany (...), in: Japan: Economic Success and Legal System, Berlin 1997, 89 ff. Zur quantitativen Spitzengruppe für Aktionärsklagen gehören die USA, Deutschland und Schweden, während in Japan – allerdings mit Tendenzumkehr – selten prozessiert wird: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 17 N 28 (Japan), N 79 (Deutschland), N 154 (Schweden).

<sup>5</sup> Zu denken ist etwa daran, dass bestimmte *Aktionärsklagen nicht zugelassen* sind; angesichts der (primär) rechtspolitischen Komponente dürfen aus Gründen der Gewaltenteilung die Gerichte nicht intervenieren, sondern es sind vielmehr *Postulate de lege ferenda* zu formulieren: Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa.

<sup>6</sup> Im Vordergrund steht die *Willkürkognition* bzw. die «Business Judgment Rule»: Vgl. dazu hinten III. 2.

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten II. 1. a.

<sup>8</sup> *Nicht* untersucht wird die *Schiedsgerichtsbarkeit*; detaillierte Hinweise: PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 175 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. a.

<sup>10</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. bb.

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten III. 1.

<sup>13</sup> Vgl. dazu hinten III. 2.

## II. Aktionärsklagen

### 1. Übersicht sowie Entwicklung

#### a) Heutiges «Vier-Gestirn» der Klagen

Mit der letzten Aktienrechtsrevision zu Beginn der 1990er Jahre wurde vom Gesetzgeber der Aktionärs- bzw. *Minderheitenschutz* ausgebaut. Im Vordergrund stand die Legiferierung<sup>14</sup> von neuen Aktionärsklagen<sup>15</sup> sowie von klagefreundlichen Modifikationen<sup>16</sup> bei bereits bestehenden Klagen; die *Gerichtspraxis* zum geltenden Recht unterstreicht bis anhin regelmässig den Schutz der Aktionäre. Nach wie vor zentral sind vier Aktionärsklagen, nämlich (i) die Verantwortlichkeitsklage, (ii) die Anfechtungsklage, (iii) die Auflösungsklage sowie (iv) die Informationsklage, die zu interessanten Urteilen geführt haben:

- *Verantwortlichkeitsklage* (Art. 754 ff. OR): Die Verantwortlichkeitsklage<sup>17</sup> bezweckt als Leistungsklage den finanziellen Ausgleich eines Schadens und ist in erster Linie gegen die sog. Verwaltungsmacht<sup>18</sup> als Bedrohung der Aktionäre gerichtet. Die jüngere Rechtsprechung nahm Stellung (teils noch zum aOR) zu Themen wie der differenzierten Solidarität<sup>19</sup>, dem *Kostenminderungseffekt* für den Kläger bei einer Mehrzahl von Beklagten<sup>20</sup>, dem *Gerichtsstand* am Gesellschaftssitz<sup>21</sup> oder dem *Stimmrechtsausschluss* von Erben<sup>22</sup> und erwies sich im Ergebnis meist als positiv für die Aktionäre<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> Übersicht statt aller: KUNZ (FN 8), 22 ff. m.w.H.

<sup>15</sup> Beispiele: *Nichtigkeitsklagen* (Art. 706b OR sowie Art. 714 OR – von der Praxis jedoch früher bereits anerkannt); *Sonderprüfungsklagen* (Art. 697a Abs. 2 OR sowie Art. 697b Abs. 1 OR).

<sup>16</sup> Beispiele: *Auflösungsklagen* (Art. 736 Ziff. 4 a.E. OR: Rechtsfolgemöglichkeit einer «anderen sachgemässen Lösung»); *Kostenverteilung* zu Gunsten des Klägeraktionärs (Art. 706a Abs. 3 OR sowie Art. 756 Abs. 2 OR).

<sup>17</sup> Literaturauswahl: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, Rz. 1965 ff.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 1 ff.; jüngst: HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 1 ff.

<sup>18</sup> Bei der *Verwaltungsmacht* ist der Verwaltungsrat der AG der potentielle «Täter» bzw. der «Bedroher»: KUNZ (FN 4), § 1 N 39.

<sup>19</sup> Hierzu: PETER NOBEL, Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 1996 (...), SZW 1996, 234 f.; jüngst nunmehr: BGE 127 III 453 (Verantwortlichkeit einer Revisionsstelle).

<sup>20</sup> BGE 122 III 325 Erw. 7. b.; etwas zuungunsten der Aktionäre relativiert: BGE 125 III 138 ff. Allg.: KUNZ (FN 4), § 11 N 227 ff.

<sup>21</sup> BGE 123 III 89; zudem: KLAUS HÜTTE, Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft (...), SZW 1997, 214 ff.

<sup>22</sup> BGE 118 II 498 Erw. 5. a.: «Finalement, cette exclusion [sc. von Erben beim Stimmrecht gemäss Art. 695 aOR] tend, d'une certaine façon, à la protection des minorités.

<sup>23</sup> Übersicht: KUNZ (FN 4), § 3 N 170 f. m.w.H.

- *Anfechtungsklage* (Art. 706 f. OR): Die Anfechtungsklage<sup>24</sup>, mit der ein GV-Beschluss kassiert, aber nicht reformiert werden kann, wendet sich nicht gegen die Verwaltungsmacht, sondern gegen die sog. Mehrheitsmacht<sup>25</sup>. Dass *VR-Beschlüsse nicht* angefochten werden können, und dass ausserdem die Anfechtung von GV-Beschlüssen *keine reformatorische* Wirkung hat, reduziert den Minderheitenschutz. Die kassatorische Wirkung – als Prinzip mit Ausnahmen<sup>26</sup> – wird vom Jubilar umschrieben wie folgt: «Was allenfalls auf den Trümmern des vernichteten Beschlusses wieder aufgebaut werden soll, entscheiden ausschliesslich die gesellschafts-internen Organe»<sup>27</sup>. Die fehlende Anfechtbarkeit von Beschlüssen des VR ist zwar *de lege lata* hinzunehmen<sup>28</sup>, nicht aber *de lege ferenda*<sup>29</sup>.
- *Auflösungsklage aus «wichtigen Gründen»* (Art. 736 Ziff. 4 OR): Diese spezifische Form einer Auflösungsklage<sup>30</sup> sieht nebst der «ultima ratio» einer Gesellschaftsauflösung seit der Aktienrechtsrevision die – geradezu angelsächsische<sup>31</sup> – Möglichkeit vor, dass der *Richter* «auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung» erkennen kann, was bis anhin aber anscheinend (*noch*) *nie* geschehen ist. Diese Regelung «*visé à protéger les intérêts des actionnaires minoritaires*», wobei ein «abus persistant de la position dominante de l'actionnaire majoritaire» nicht in jedem Fall erforderlich ist<sup>32</sup>, so dass die Klage im Ergebnis etwas erleichtert wird.

<sup>24</sup> Literaturauswahl: PETER LEHMANN, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, 5 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (...), Bern 1998, Rz. 1 ff.; ALFRED KOLLER, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 1988, 51 ff.; DRUEY (FN 1), 131 ff.

<sup>25</sup> Bei der *Mehrheitsmacht* ist nicht der VR der AG, sondern deren GV (bzw. die anderen Aktionäre) der potentielle «Täter» bzw. «Bedroher»: KUNZ (FN 4), § 1 N 36.

<sup>26</sup> Immerhin ist eine Kombination mit einer sog. *Beschlussfeststellungsklage* (entgegen dem ersten Anschein handelt es sich um eine *Gestaltungsklage*: BGE 122 III 285 Erw. 3. c. bb.) möglich, die – über die Vernichtung des angefochtenen Beschlusses hinaus – den tatsächlich bzw. in Wahrheit gefassten Beschluss feststellen lassen soll. Allg.: IVO SCHWANDER/DIETER DUBS, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: FS R. Bär, Bern 1998, 343 ff.; PATRICK SCHLEIFFER, Rechtsprechung (...), recht 1997, 155; KUNZ (FN 8), 102 sowie 106.

<sup>27</sup> DRUEY (FN 1), 161.

<sup>28</sup> Es handelt sich um ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers: KUNZ (FN 8), 152 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa.

<sup>30</sup> Literaturauswahl: PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996, § 1 N 1 ff.; PETER V. KUNZ, Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR (...), in: FS R. Bär, Bern 1998, 235 ff.; BÖCKLI (FN 17), Rz. 1939 ff.; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 55 N 57 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. bb.

<sup>32</sup> BGE 126 III 268 Erw. 1. a.

- *Informationsklage* (Art. 697 Abs. 4 OR): Die Informationsklage<sup>33</sup> gelangt in der Praxis im Vergleich zu den obigen Aktionärsklagen zwar eher selten zum Einsatz, und zwar sowohl unter früherem<sup>34</sup> als auch unter geltendem Aktienrecht. Immerhin führte die zumindest im Prinzip mit der Informationsklage «verwandte» und mit dem aktuellen Aktienrecht eingeführte *Sonderprüfungsklage* (Art. 697a ff. OR) bereits zu verschiedenen Urteilen<sup>35</sup>, deren Relevanz für den Minderheitenschutz indes umstritten ist<sup>36</sup>; tatsächlich mangelt es unter verschiedenen Aspekten an Rechtssicherheit<sup>37</sup>.

Die Aktionärsklagen stellen *Vollzugsinstrumente* des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes dar<sup>38</sup>. Ausserdem werden – quantitativ betrachtet – fast alle Aktionärsstreitigkeiten, die zu einem gerichtlichen Verfahren führen, auf der Basis einer dieser Klagen *initiiert*. Weitere Gründe sprechen für eine Konzentration auf diese vier Klagemöglichkeiten: Die Gerichte sind aufgefordert, *Interessenabwägungen* bei der Beurteilung der Klagen bzw. bei der Auslegung verschiedener «Gummi-Begriffe» vorzunehmen, die gerade bei diesen vier Aktionärsklagen häufig zu finden sind<sup>39</sup>; ausserdem beschränken sich die Gerichte zumindest bei drei dieser vier Aktionärsklagen<sup>40</sup> auf eine *Willkürkognition*.

Im Verlauf der letzten 150 Jahre<sup>41</sup> wurden die Klagemöglichkeiten für Aktionäre immer weiter ausgebaut, und zwar sowohl durch *gesetzgeberische* Aktivitäten als auch durch *richterliche* Interventionen, so dass ein kurzer Rückblick angebracht erscheint<sup>42</sup>.

## b) Historisches zu Gesetzgebung sowie Praxis

Die *Gesetzgebung* betonte die aktienrechtlichen Klagemöglichkeiten mit jeder Revision stärker. Als *Beispiele* genannt seien:

<sup>33</sup> Literaturauswahl: FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 1 ff.; PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85 ff.; PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 896 f.; DERS., Kommentar, in: OF-Kurzkommentar, Zürich 2002, N 17 ff. zu Art. 697 OR.

<sup>34</sup> Zu Art. 697 aOR beispielsweise: BGE 82 II 216; BGE 95 II 157; BGE 109 II 47; BGE 112 II 145; überholt: BGE 53 II 74 (zum OR 1883).

<sup>35</sup> BGE 120 II 393; BGE 123 III 261; SZW 2000, 292 f. m.w.H.; SZW 1997, 34 ff. («BK v. SBG»).

<sup>36</sup> Hierzu etwa: KUNZ (FN 4), § 3 N 173 m.w.H.

<sup>37</sup> Ähnlich wohl: JEAN NICOLAS DRUEY, Sonderprüfung (...), SZW 1997, 39 ff., v.a. 41.

<sup>38</sup> KUNZ (FN 4), § 11 N 39 ff.

<sup>39</sup> Vgl. dazu hinten III. 1. a.

<sup>40</sup> Vgl. dazu hinten III. 2. a.

<sup>41</sup> Die *erste aktienrechtliche* Ordnung der Schweiz wurde im Kanton *Solothurn* erlassen: Art. 1218–Art. 1223 des Solothurnischen Zivilgesetzbuches vom 2. März 1847.

<sup>42</sup> Vgl. dazu hinten II. 1. b.

(i) Die *Verantwortlichkeitsklage* war zwar bereits verschiedenen kantonalen Aktienrechten im 19. Jahrhundert bekannt<sup>43</sup>, die Klage wurde aber im Laufe der Jahrzehnte erweitert<sup>44</sup>. (ii) Die *Anfechtungsklage* sahen hingegen weder die Aktienrechte auf kantonaler Ebene<sup>45</sup> noch das erste eidgenössische Aktienrecht (OR 1883) vor; das Recht von 1936 (aOR) bzw. die geltende Ordnung des OR führten die Klage ein<sup>46</sup> bzw. bauten sie aus<sup>47</sup>. (iii) Die *Auflösungsklage* wurde mit der Klage auf Anfechtung erstmals im aOR<sup>48</sup> vorgesehen und mit dem heutigen OR weiter ausgebaut<sup>49</sup>; die Praxis hat die Klage aber – und zwar trotz analoger Nicht-Regelung unter dem OR 1883 – teils anders gehandhabt als die Anfechtungsklage.

Tatsächlich griffen die *Gerichte* bei zentralen Strukturfragen der Aktionärsklagen ein; auffällig erscheint, dass dieser Interventionismus i.d.R. zeitlich weit zurückliegt, was ein Indiz für die zunehmende richterliche Zurückhaltung darstellt. Als *Beispiele* genannt seien:

(i) Obwohl das OR 1883 weder die *Anfechtungsklage* noch die *Auflösungsklage* erwähnte, liessen die Gerichte die erstere nicht aber die letztere zu<sup>50</sup>; eine überzeugende Begründung für diese «Ungleichbehandlung» fehlte<sup>51</sup>. (ii) Das Ergebnis gewisser Verantwortlichkeitsklagen steht nicht dem Kläger, sondern der AG zu<sup>52</sup>; das OR 1883 sah noch keine Regelung zur *Klagedestination* vor, doch die Gerichte<sup>53</sup> entschieden

<sup>43</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993, 48 f.

<sup>44</sup> Mit der *Revision von 1936* wurde der Grundsatz der Verantwortlichkeit für «omnis culpa» eingeführt, d.h. es fand ein Einbezug der *Fahrlässigkeit* statt: KUNZ (FN 43), 17 f. Anm. 120 m.w.H. Als Erweiterung unter dem *geltenden* Recht kann etwa die *Kostenverteilungsregelung* gemäss Art. 756 Abs. 2 OR erwähnt werden.

<sup>45</sup> Hinweise: URS PLANGG, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (...), Diss. Zürich 1960, 8.

<sup>46</sup> Umstritten zum aOR war indes die konkrete Ausgestaltung: KUNZ (FN 4), § 3 N 91 ff. m.w.H.

<sup>47</sup> Als Erweiterung unter dem *geltenden* Recht kann – ähnlich wie bei der Verantwortlichkeitsklage – etwa die *Kostenverteilungsregelung* gemäss Art. 706a Abs. 3 OR erwähnt werden.

<sup>48</sup> Details: KUNZ (FN 4), § 3 N 97 ff. Zum Fehlen der Auflösungsklage in den kantonalen Aktienrechten: WILFRIED BERTSCH, Die Auflösung der Aktiengesellschaft (...), Diss. Zürich 1947, 19.

<sup>49</sup> Als Erweiterung unter dem *geltenden* Recht kann erwähnt werden, dass der *Schwellenwert* für die Gruppenklage von 20% auf 10% des Aktienkapitals gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR *gesenkt* wurde.

<sup>50</sup> *Anfechtungsklage*: BGE 20 950 ff. Erw. 6./7.; BGE 23 II 1830; BGE 29 II 463; BGE 53 II 45 ff. Erw. 1./2.; BGE 53 II 230 ff. Erw. 1.; *Auflösungsklage*: BGE 45 II 89 f. Erw. 2. Zur Bedeutung für den *Minderheitenschutz*: ERIC HOMBURGER, Hundert Jahre Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, 290 ff. m.w.H.

<sup>51</sup> Kritisch: KUNZ (FN 4), § 3 N 53.

<sup>52</sup> Heutige Ordnung: Art. 756 Abs. 1 *Satz 2* OR sowie Art. 757 Abs. 1 *Satz 1* OR. Zur Bedeutung für den *Minderheitenschutz*: KUNZ (FN 4), § 11 N 231 ff., v.a. N 234 ff. m.w.H.

<sup>53</sup> Erstmals im Jahre 1918: BGE 44 II 41 ff. Erw. 3.

sich für die Gesellschaft als Klagedestinatärin und spurten damit die späteren Ordnungen vor<sup>54</sup>. (iii) Das heutige Aktienrecht enthält in Art. 706b OR sowie in Art. 714 OR eine Ordnung zu den *Nichtigkeitsklagen*, die unter sämtlichen früheren Aktienrechten fehlte, aber in der Praxis sowohl zu den GV-Beschlüssen<sup>55</sup> als auch zu den VR-Beschlüssen<sup>56</sup> nichtsdestotrotz vorweggenommen wurde<sup>57</sup>.

Bei Aktionärsklagen ist der *Richter im Fokus*. Heute sind aber, nicht zuletzt unter dem Aspekt der Gewaltenteilung, selten «grosse Würfe» zu erwarten; Verbesserungen zum Minderheitenschutz erfolgen meist durch kleine «richterliche Schrittden»<sup>58</sup>. Dies ist insoweit nicht zu kritisieren, als der *Aktionär als Kläger* einerseits<sup>59</sup> und der *Gesetzgeber* als determinierende Instanz andererseits<sup>60</sup> die Hauptverantwortungsträger sein müssen. Sofern und soweit indes die Gerichte zum Entscheid aufgerufen sind, sollten sie sich an überprüfbare Abwägungsmechanismen<sup>61</sup> halten und nicht in ein geistiges Reduit<sup>62</sup> zurückziehen.

## 2. Richter im Fokus

### a) Verhältnis zum Aktionär

Zum Schutz der Minderheitsaktionäre sind (oder fühlen sich) verschiedene Personen oder Instanzen berufen<sup>63</sup>. Zentrale *Wächter des Minderheitenschutzes* sind ohne Zweifel (i) der *Gesetzgeber* und (ii) die *Gerichte*. Im Vordergrund steht aber (iii) der

<sup>54</sup> Der Gesetzgeber berief sich in der Folge auf diese Praxis in der Botschaft zum aOR: BBl 1928 I 264. Detaillierter: KUNZ (FN 43), 76 ff., v.a. 77 f.

<sup>55</sup> Zum aOR: CONRAD MICHAEL WALTHER, Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitenschutznormen im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Bern 1987, 67 f.; URS GAUDENZ FREI, Nichtigkeits Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1962, 67 ff.; RUDOLF PEYER, Nichtigkeits und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944, 9 ff.

<sup>56</sup> Zum aOR: MIRJAM SIMONE RHEIN, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Diss. Zürich 2000, 16 ff.; WALTHER (FN 55), 68 f.

<sup>57</sup> Statt aller: BGE 110 II 387; allg.: KUNZ (FN 4), § 12 N 189 ff.

<sup>58</sup> Das Handelsgericht des Kantons Zürich entschied beispielsweise, dass die Kostenverteilungsordnung gemäss Art. 706a Abs. 3 OR zulasten der AG im Prinzip auch bei *Klagerückzug* (nicht nur bei *Klageabweisung*) angewendet werden kann: KUNZ (FN 4), § 11 N 214 Anm. 542/543 m.w.H. (kritisch: a.a.O. N 213 ff.).

<sup>59</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. a.

<sup>60</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. bb. Grundlage: Art. 1 Abs. 2 ZGB.

<sup>61</sup> Beispiel: Saldo-Methode. Vgl. dazu hinten III. 1. b.

<sup>62</sup> Beispiel: «Business Judgment Rule». Vgl. dazu hinten III. 2. b.

<sup>63</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ, Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz (...), ST 1997, 415 ff.; DERS. (FN 4), § 6 N 1 ff.



*Aktionär*, ansonsten die «Frage gestellt werden [müsste], weshalb überhaupt irgendwelche Instanzen des Minderheitenschutzes aktiv werden sollten, wenn es der Aktionär selber versäumt»<sup>64</sup>, für seinen eigenen Schutz – sofern möglich – besorgt zu sein.

Das Aktienrecht, das auf dem *Prinzip der Privatautonomie* beruht<sup>65</sup>, setzt die *Eigenverantwortlichkeit* der Gesellschafter voraus (Motto: «Selbst ist der Aktionär»)<sup>66</sup>. Folglich soll und darf der Richter nicht ohne weiteres für den *konkreten* Aktionär «einspringen», was das Bundesgericht – i.c. bei der Thematik «Subsidiarität der Sonderprüfung»<sup>67</sup> – wie folgt zum Ausdruck brachte: «Auf der anderen Seite ist (...) den *Aktionären zuzumuten*, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse *Sorgfalt aufzuwenden* und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, worüber sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen»<sup>68</sup>; es gilt somit im Aktienrecht<sup>69</sup> das Motto: «Selbstschutz ist Minderheitenschutz» (und vice versa).

Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Aktionärs führt aber *nicht* automatisch zur noch zu behandelnden<sup>70</sup> «*Business Judgment Rule*». Ausserdem versagt das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit, wenn sich der Aktionär – beispielsweise wegen einem geradezu institutionellen Machtgefälle (z.B. Informationsdefizite als Folge der Verwaltungsmacht) – überhaupt *nicht* zur Wehr setzen *kann*; im letzteren Fall, wenn also sowohl der Gesellschafter als auch der Richter zwangsläufig hilflos bleiben *müssen*, dürften über kurz oder lang kompensierende *Postulate de lege ferenda* laut werden<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> KUNZ (FN 4), § 6 N 7.

<sup>65</sup> PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13, Berlin/New York 1997, 254 ff.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht (...), ZSR 1994, 358 ff.; PETER V. KUNZ, Flexibilisierung des Aktienkapitals (...), REPRAX 2000, 31 ff.; DERS. (FN 4), § 6 N 172 ff.

<sup>66</sup> Detailliert: KUNZ (FN 4), § 6 N 5 ff. m.w.H.

<sup>67</sup> Art. 697a Abs. 1 OR (sc. «das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt»); hierzu mit einer Mittelposition zur «thematischen Begrenzung»: BGE 123 III 264 ff. Erw. 3.; Hinweise zur Lehre statt aller: KUNZ (FN 33), N 7 f. zu Art. 697a OR; DERS. (FN 4) § 12 N 62 ff.

<sup>68</sup> BGE 123 III 265 Erw. 3. a. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>69</sup> Nicht anders im Börsen(gesellschafts)recht; zu einer *Kraftloserklärungsklage* hielt das Handelsgericht des Kantons Zürich fest: «Indem Art. 33 Abs. 1 BEHG den *restlichen Aktionären* die Möglichkeit einräumt, dem Verfahren beizutreten, definiert es gleichzeitig, wie diese *ihre Interessen* wahren können bzw. *zu wahren haben*. Es kann *nicht Aufgabe des Richters* sein, *an deren Stelle* durch Abklärung von Amtes wegen die klägerischen Angaben auf deren Zutreffen zu untersuchen» (SJZ 1998, 192 Erw. IV. 4.2.; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>70</sup> Vgl. dazu hinten III. 2.

<sup>71</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa. Zu bedenken bleibt aber, dass Minderheitenschutz – auch rechtspolitisch – als «*Sozialschutz*» *weder nötig noch gerechtfertigt* erscheint: KUNZ (FN 4), § 6 N 14 ff.

## b) Verhältnis zum Gesetzgeber

### aa) Allgemeines

Die *Legislative* als Rechtssetzer und die *Judikative* als Rechtsanwender haben unterschiedliche Funktionen<sup>72</sup>. Als Wächter des Minderheitenschutzes stehen diesen beiden Instanzen verschiedene Instrumentarien zur Verfügung. Der Gesetzgeber schafft als Folge von *rechtspolitischen* Auseinandersetzungen eine positive Ordnung, die zentrale Basis für die anschliessende Interessenabwägung durch die rechtsanwendenden Behörden<sup>73</sup> darstellt. Es gilt der Grundsatz: *Rechtssetzung determiniert Rechtsanwendung*<sup>74</sup>.

Zum Minderheitenschutz werden verschiedene *Postulate de lege ferenda* vorgebracht<sup>75</sup>, und zwar gerade zu den Aktionärsklagen<sup>76</sup>: Einführung (i) einer *Anfechtungsklage* gegen *VR-Beschlüsse*<sup>77</sup>, (ii) einer *Abberufungsklage* gegen *VR-Mitglieder*<sup>78</sup> sowie (iii) einer Klage zur Ernennung der *Revisionsstelle*<sup>79</sup>; generelle Ausgestaltung (iv) nicht als sog. *Gruppenklagen*, sondern als sog. *Einzelklagen*<sup>80</sup>; (v) Berücksichtigung eines *Kombinationsansatzes* (d.h. Prozent-Ansatz sowie Nennwert-Ansatz)<sup>81</sup> bei den unveränderten *Gruppenklagen*<sup>82</sup>.

<sup>72</sup> Rechtsanwendung ist «vollzogene Rechtssetzung»: KUNZ (FN 4), § 9 N 8 a.E. Es geht sowohl bei der Rechtssetzung als auch bei der Rechtsanwendung um *Rechtsschöpfung*; es kann sogar von «Verwandtschaften» gesprochen werden: GEORG MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl 1996, 110.

<sup>73</sup> Vgl. dazu hinten III. 1.

<sup>74</sup> Hinweise: KUNZ (FN 4), § 9 N 13 ff.

<sup>75</sup> Generelle Übersicht zum Minderheitenschutz: KUNZ (FN 4), § 18 N 61 ff. m.w.H.

<sup>76</sup> Details: KUNZ (FN 4), § 11 N 276 ff. sowie § 18 N 68.

<sup>77</sup> Die Anfechtungsmöglichkeit müsste mit *Informationsansprüchen kombiniert* werden, damit gewisse VR-Beschlüsse den Aktionären *überhaupt bekannt* werden. Zur Abwehr von Querulanten könnte eine Ausgestaltung als *Gruppenklage* (z.B. Notwendigkeit eines Vertretens von 5% des Aktienkapitals) erwogen werden; eine ähnliche Ordnung kennt *Spanien*: STEFAN MEYER, Das Verfahren der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nach der Reform des spanischen Aktiengesetzes, RIW 1995, 103.

<sup>78</sup> Eine vergleichbare Klage kennt heute bereits das schweizerische *Genossenschaftsrecht*: Art. 890 Abs. 2 OR. Ähnliche Abberufungsmöglichkeiten gibt es im Ausland, und zwar etwa in den *USA* (§ 8.09 RMBCA) sowie in *Japan*: MASARU HAYAKAWA, Shareholders in Japan (...), in: Japan: Economic Success and Legal System, Berlin 1997, 246 f. (Ausgestaltung als *Gruppenklage* mit 3% des Aktienkapitals).

<sup>79</sup> In diesem Sinne: KUNZ (FN 4), § 11 N 114 f.

<sup>80</sup> Im Vordergrund steht die *Sonderprüfungsklage* (Art. 697a ff. OR), doch auch bei der *Auflösungsklage* aus «wichtigen Gründen» (Art. 736 Ziff. 4 OR) werden ähnliche Argumente vorgebracht.

<sup>81</sup> Eine «Vorbildfunktion» kommt der *Sonderprüfungsklage* (Art. 697b OR) vor, die de lege lata sowohl einen Nennwert-Ansatz (sc. CHF 2 Mio.) als auch einen Prozent-Ansatz (sc. 10% des Aktienkapitals) aufweist.

<sup>82</sup> Sollte keine Umwandlung in eine Einzelklage erfolgen, trifft dies zu auf die *Auflösungsklage*, wobei verschiedene Varianten denkbar sind: KUNZ (FN 4), § 11 N 161 ff. m.w.H.; DERS. (FN 30), 248.

Ob diese und ähnliche Postulate tatsächlich Recht werden, wird die Zukunft weisen. Die «Motivation» des Gesetzgebers ist nicht immer gleich stark ausgeprägt. Zum Minderheitenschutz wurde geradezu ein «Rückzug des Gesetzgebers»<sup>83</sup> festgestellt. Korrekt die folgende Analyse: «Die Hauptlast bei der Weiterentwicklung des Minderheitenschutzes wird auch in Zukunft von den Gerichten zu tragen sein»<sup>84</sup>. Dies setzt allerdings voraus, dass die Richter *überhaupt* «Instrumentarien» erhalten, um Aktio-närsstreitigkeiten wirksam handhaben zu können. Erkenntnisse aus dem *angelsächsi-schen* Raum<sup>85</sup> könnten von Interesse sein.

#### bb) Angelsächsische Annäherung

Die *Rezeption* von US-Amerikanischem Recht oder Rechtsverständnis im Besonde-ren sowie von angelsächsischen Regelungen im Allgemeinen durch das schweizeri-sche Recht ist heute kaum mehr zu bestreiten<sup>86</sup>; dies gilt auch für das Gesellschafts-bzw. das Aktienrecht. Dadurch könnte in der Zukunft allenfalls sogar sog. «*common law*» mit konzeptionell grösseren Kreativitätspotentialen für die Gerichte<sup>87</sup> ebenfalls Eingang finden (sofern die Rechtssetzung der Rechtsanwendung die entsprechenden Tore öffnet).

In den *angelsächsischen* Rechtsordnungen sind die Rechtsfolgemöglichkeiten («re-lief») hinsichtlich dem Schutz der Minderheitsaktionäre wesentlich *umfassender und breiter* angelegt als im schweizerischen Aktienrecht. Regelmässig ist der Richter – als Prinzip – bei der Wahl der konkreten Rechtsfolge ermächtigt, «*as it [the court] thinks fit for giving relief in respect of the matters complained of*»<sup>88</sup>. Der schweizerische Gesetzgeber war bis anhin (noch) nicht bereit, den Gerichten ähnliche Kompeten-zen einzuräumen.

In der Schweiz sind die *Rechtsfolgekompetenzen* kleiner als im angelsächsischen Bereich<sup>89</sup>. Das Potential für eine Änderung bringt nun aber die *revidierte Auflösungs-klage* gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR mit sich, und zwar durch die richterliche Möglichkeit, «auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung

<sup>83</sup> HOMBURGER (FN 50), 289.

<sup>84</sup> ERIC HOMBURGER, Zum Minderheitenschutz, SAG 1984, 79.

<sup>85</sup> Vgl. dazu hinten II. 2. b. bb.

<sup>86</sup> Allg.: WOLFGANG WIEGAND, Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 1988 (124<sup>bis</sup>), 229 ff., v.a. 231 ff.; DERS., Reception of American Law in Europe, 39 American Journal of Comparative Law 1991, 229 ff.; kritisch: HEINRICH HONSELL, Amerikanische Rechtskultur, in: FS R. Zäch, Zürich 1999, 39 ff., v.a. 52 ff.

<sup>87</sup> Hinweise: KUNZ (FN 4), § 1 N 313 sowie § 6 N 218 Anm. 641.

<sup>88</sup> Zitiert bei KUNZ (FN 4), § 11 N 271; allg.: BRIAN R. CHEFFINS, Company Law: Theory, Structure, and Operation, Oxford 1997, 455 ff.

<sup>89</sup> Übersicht und Kritik: KUNZ (FN 4), § 11 N 273 ff. m.w.H.

[zu] erkennen»; damit findet eine *Annäherung an angelsächsische* Traditionen statt<sup>90</sup>. Das Potential für intensivere richterliche Interventionen besteht, und die Lehre<sup>91</sup> hat verschiedene mögliche Rechtsfolgen vorgeschlagen<sup>92</sup>. Soweit ersichtlich, hat aber *kein Gericht* bis anhin dieses *Potential ausgeschöpft*; allenfalls muss die Kritik indes nicht an die Richter, sondern an die *zu wenig kreativen Rechtsanwälte* gerichtet werden, die keine entsprechenden Rechtsbegehren stellen<sup>93</sup>.

### III. Abwägungen sowie Willkürkognition

#### 1. Zur Interessenabwägung

##### a) Ausgangssituation

Die Stellung und die Problematik der *privatrechtlichen Interessenabwägung* im Bereich der *Rechtsanwendung* seien – etwas vereinfacht – mittels zweier Zitate aufgezeigt: «Es gibt wohl kaum ein Wort, das dem modernen Ziviljuristen so vertraut ist wie das Wort Interessenabwägung (...). Interessenabwägung beherrscht das ganze Recht»<sup>94</sup>; und weiter: «Die Abwägung der involvierten Interessen ist die grundlegende und gleichsam schwierigste Aufgabe bei der Beurteilung jedes Stimmrechts- bzw. Machtmissbrauchssachverhalts»<sup>95</sup>. Das primäre Ziel des Abwägungsprozesses ist ein *Interessenausgleich* divergierender Interessen<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> Statt aller: PETER BÖCKLI, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: The International Practice of Law, Basel 1997, 9 ff., v.a. 15 ff.; DERS. (FN 17), Rz. 1939 ff.

<sup>91</sup> Auswahl: JAKOB HÖHN, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen (...), in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zürich 1993, 113 ff.; LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 1993, 43 ff.; HABEGGER (FN 30), § 11 N 15 ff.; KUNZ (FN 30), 235 ff.

<sup>92</sup> Beispiele: Statutenänderungen (inklusive Kapitalherabsetzung); Austritt gegen Abfindung; Unternehmensteilung; Änderungen an GV- oder an VR-Beschlussfassungen; Vorgabe einer Dividendenpolitik; Aufnahme eines oppositionellen Aktionärs in den VR.

<sup>93</sup> Unter dem Aspekt der *Eigenverantwortlichkeit des Aktionärs* sollten die Gerichte – zumindest im Prinzip – bei der *Anordnung* von «anderen sachgemässen Lösungen» *nicht ex officio* vorgehen, sondern entsprechende *Anträge der Parteien* (bzw. deren Rechtsvertreter) abwarten.

<sup>94</sup> GERHARD STRUCK, Interessenabwägung als Methode, in: Dogmatik als Methode, FS J. Esser, Kronberg 1975, 171.

<sup>95</sup> FELIX MATTHIAS RÜTTIMANN, Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Diss. Zürich 1994, § 5 N 57 a.A.

<sup>96</sup> Im Ergebnis ähnlich etwa: HANS-JOACHIM KOCH, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Abwägung im Recht, Köln 1996, 9 sowie 22.

Der Jubilar hat sich um die Thematik der Interessenabwägung, die in der Schweiz<sup>97</sup> und im Ausland<sup>98</sup> seit Jahrzehnten heftig debattiert wird, ebenfalls verdient gemacht<sup>99</sup>.

Die Interessenabwägung ist kein mechanischer Vorgang bzw. keine logische Deduktion<sup>100</sup>, d.h. eine *Wertabstinentz* erscheint *weder möglich noch wünschbar*<sup>101</sup>; notwendig ist nur, aber immerhin deren Durchschaubarkeit. Dem letzteren Aspekt wird nicht zuletzt durch die Bildung (oder den Versuch) von *Vorrangregeln* und von *Vermutungen* Rechnung getragen.

Der Rechtsanwender erhält *Anlass* zu Interessenabwägungen bei *Auslegungsfragen*. Nicht selten erweisen sich nämlich die Gesetzestexte als unklar. Die vielen *Generalklauseln* bzw. «Gummi-Begriffe» veranlassen nicht zuletzt im Bereich des Aktienrechts und insbesondere bei den vier im Vordergrund stehenden *Aktionärsklagen* – (i) Verantwortlichkeitsklagen<sup>102</sup>, (ii) Anfechtungsklagen<sup>103</sup>, (iii) Auflösungsklagen aus «wichtigen Gründen»<sup>104</sup> sowie (iv) Informationsklagen<sup>105</sup> – immer wieder zu Interessenabwägungen<sup>106</sup>.

In der Praxis der Schweiz (aber auch im Ausland) mangelt es gerade in diesem Zusammenhang nicht selten an der Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidungen, wodurch die *Rechtssicherheit* in Frage gestellt sein kann – für die Rechtsunterworfenen ein unhaltbarer Zustand. Die Gerichte sollten sich deshalb bemühen, nachvollziehbare und kontrollierbare *Methoden zur Interessenabwägung* zu entwickeln. Im

<sup>97</sup> Statt aller: ROLAND MANDEL, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss. St. Gallen 1974, 1. ff.; WOLFHART F. BÜRGI, Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: *Études de Droit Commercial*, FS P. Carry, Genf 1964, 1 ff.; KUNZ (FN 4), § 9 N 1 ff.; Übersicht bei: CLAUDE ANDRÉ LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime (...), Diss. Zürich 1992, 41 ff. m.w.H. Es fällt auf, dass sich die *neuere* Lehre – aus welchen Gründen auch immer – *selten* mit grundlegenden Abwägungsfragen auseinandersetzt.

<sup>98</sup> Statt aller: HEINRICH HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, 85 ff.; PETER ARENS, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, in: FS E. von Caemmerer, Tübingen 1978, 75 ff.; STRUCK (FN 94), 171 ff.

<sup>99</sup> Weiterhin grundlegend: DRUEY (FN 2), 131 ff.

<sup>100</sup> Hinweise: KUNZ (FN 4), § 9 N 17 ff.

<sup>101</sup> HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, 157: «Vorverständnisse und Wertausrichtungen bestellen zeitgemäss das Feld der Rechtsanwendung, die zudem – wohl um die Nähe zum Zufallsfund des Schatzes zu zeigen – in Rechtsfindung umfirmiert hat».

<sup>102</sup> Beispiele – Art. 754 Abs. 1 OR: «*befasste* Personen»; Art. 756 Abs. 2 OR: «*begründeten* Anlass».

<sup>103</sup> Beispiele – Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR: «*beschränken*»; Art. 706 Abs. 1 Ziff. 2 OR: «in *unsachlicher* Weise».

<sup>104</sup> Beispiele – Art. 736 Ziff. 4 OR: «*wichtige* Gründe» sowie «*sachgemässe* und (...) *zumutbare* Lösung».

<sup>105</sup> Beispiele – Art. 697 Abs. 2 OR: «*erforderlich*»; Art. 697 Abs. 4 OR: «*ungerechtfertigterweise*».

<sup>106</sup> Detailliert: KUNZ (FN 4), § 9 N 75 ff., v.a. N 78 ff.

Folgenden sei ein *Vorschlag* – nämlich die Saldo-Methode zur Abwägung von Interessen<sup>107</sup> – zusammengefasst.

## b) Saldo-Methode

Die sog. *Saldo-Methode* basiert (i) auf Vorrangregeln sowie (ii) auf Vermutungen, die im Wesentlichen anhand eines Kriterien-Katalogs zu einer *Punkte-Verteilung* bei den einzelnen Interessen bzw. Interessenten führen<sup>108</sup>. Dadurch wird versucht, *quantitative* Elemente mit *qualitativen* Aspekten zu *kombinieren*. Die Saldo-Methode umfasst *fünf* Phasen:

- *Phase 1*: Es gilt zu Beginn festzustellen, *welche typisierten Interessen* (z.B. Aktionärsinteressen<sup>109</sup>, Gesellschaftsinteressen, Gläubigerinteressen sowie öffentliche Interessen) sich i.c. gegenüberstehen<sup>110</sup> und in eine Abwägung einzubeziehen sind<sup>111</sup>. Nicht alle faktischen, sondern einzig die *rechtlich relevanten* Interessen sind zu berücksichtigen<sup>112</sup>.
- *Phase 2*: Bei den rechtlich relevanten Interessen muss zwischen den sog. *primären* Interessen und den sog. *sekundären* Interessen unterschieden werden<sup>113</sup>, wobei nicht in allen Fällen nebst der ersten Kategorie auch noch eine zweite Kategorie besteht<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> Vgl. dazu hinten III. 1. b.

<sup>108</sup> Die Saldo-Methode wird im Einzelnen entwickelt bei: KUNZ (FN 4), § 9 N 97 ff., v.a. N 124 ff. (Übersicht).

<sup>109</sup> Der zu früh mit Nachrufen bedachte sog. *typische Aktionär* – beliebtes dogmatisches Streitobjekt der Doktrin in den 1950er–1970er Jahren: v.a. ROLF BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 1959, 369 ff., v.a. 375 ff. («Typologe»); WALTER R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, 385 ff. («Anti-Typologe»); schliesslich: BGE 95 II 560 Erw. 2. – erfährt eine *Wiedergeburt*; ausführlich: KUNZ (FN 4), § 9 N 47 ff. m.w.H.

<sup>110</sup> BGE 105 II 125 Erw. 6. b./c. (zu Art. 736 Ziff. 4 aOR): Die «Individualinteressen [des] Minderheitsaktionärs» stehen dem «gewichtige[n] Interesse der Gesellschaft bzw. ihrer Mehrheit am Fortbestand» gegenüber.

<sup>111</sup> Wohl ähnlich im Ansatz: RÜTTIMANN (FN 95), § 5 N 69 ff. m.w.H.

<sup>112</sup> Massgeblich ist die konkret anwendbare Rechtsgrundlage; bei einer *Anfechtungsklage* (Art. 706 f. OR) oder bei einer *Sonderprüfungsklage* (Art. 697b ff. OR) sind beispielsweise die *Gläubigerinteressen* rechtlich *irrelevant*, anders als etwa bei einer *Auflösungsklage* (Art. 736 Ziff. 4 OR).

<sup>113</sup> Beispiel: Bei einer *Auflösungsklage* (Art. 736 Ziff. 4 OR) gilt es zwar, nebst *Aktionärsinteressen* auch noch *Gläubigerinteressen* und sogar *öffentliche* Interessen (z.B. Erhaltung von Arbeitsplätzen) zu berücksichtigen, die aber – weil nicht prozessual unmittelbar involviert (Kläger ist ein Aktionär und nicht ein Gläubiger) – als *sekundäre* Interessen zu qualifizieren sind.

<sup>114</sup> Über die Qualifikation als primäre bzw. als sekundäre Interessen entscheiden etwa *prozessuale* Aspekte (z.B. sind die Interessen der *Prozessparteien* i.d.R. *primäre* Interessen), aber auch *qualitative* Überlegungen.

- *Phase 3*: Bei diesem Schritt wird ein sog. *Kriterien-Katalog* bei allen primären und sekundären Interessen angewendet; gestützt darauf erfolgt für die einzelnen Interessen eine Punkte-Verteilung<sup>115</sup>. Bei den *Aktionären* sind beispielsweise zu berücksichtigen: Kriterien (i) des *Aktionärs* und seines AG-«Einflusses» (z.B. *Kleinaktionär*, *Grossaktionär*, *Mehrheitsaktionär*)<sup>116</sup>, (ii) der *Mehrheitsverhältnisse* bzw. der Mehrheiten (z.B. *prozentuale* Grösse der Mehrheit bzw. Minderheit<sup>117</sup>, Anzahl der betroffenen «*Köpfe*», Vorliegen von *starr*en oder aber von *flexibleren* Verhältnissen), (iii) der *Gesellschaftsstruktur* (z.B. Familien-AG, «Privat-AG v. Publikums-AG») <sup>118</sup> sowie (iv) der *Vorgeschichte* (z.B. *Querulantentum* eines Minderheitsaktionärs, Dauer und Anzahl von Prozessen<sup>119</sup>).
- *Phase 4*: Nach der Punkte-Verteilung wird der *Saldo gezogen*. Im Prinzip «gewinnt» das Interesse bzw. der Interessent, der die *höchste* Punktezahl gegenüber den anderen Interessen bzw. Interessenten hat – immerhin vorbehaltlich der Phase 5.
- *Phase 5*: Am Schluss folgt die *Korrektur-Phase*, bei der die Objektivierung der Phasen 1–4 durch eine *Subjektivierung* bzw. «Einzelfallgerechtigkeit» relativiert wird (z.B. sog. *Ad-hoc-Interessen*<sup>120</sup>, «reasonable expectations»<sup>121</sup> der Aktionä-

<sup>115</sup> Im Prinzip *ohne* Bedeutung ist die *konkrete* Punktzahl, die zugeordnet wird; entscheidend sind vielmehr die *Relationen* zwischen den verschiedenen Zuteilungen: KUNZ (FN 4), § 9 N 118 ff.

<sup>116</sup> Ausschlaggebend ist das *quantitative* Element.

<sup>117</sup> KUNZ (FN 4), § 9 N 107: «In der Rechtsprechung ist (...) nachweisbar, dass die Gerichte zugunsten der Minderheitsgesellschafter *umso zurückhaltender* eingreifen, *je deutlicher* die Stimmenmehrheiten sind» (Hervorhebungen im Original).

<sup>118</sup> *Differenzierungen* zwischen AG mit bzw. ohne *kotierte* Aktien sind feststellbar: BGE 117 II 313 Erw. 7. a. aa. a.E. (zu *statutarischen* Quoren, die eine *VR-Abberufung erschweren* sollen); BGE 121 III 233 Erw. 1. d. cc. (zum *Bezugsrecht*); BGE 126 III 268 f. Erw. 1. a. (zu den «*wichtigen Gründen*» bei einer *Auflösungsklage*).

<sup>119</sup> In BGE 105 II 118 Erw. 2. b. a.A./119 Erw. 3. b. a.A. wird bei einer *Auflösungsklage* berücksichtigt, dass ein Minderheitsaktionär während mehr als zehn Jahren *mehr als 30 Gerichtsverfahren* gegen eine AG einleiten musste, in denen er zudem – dies als Abgrenzung zum Querulanten – immer *obsiegte*.

<sup>120</sup> Bei den Interessenten – v.a. bei den Gläubigern und bei den Aktionären – kann zwischen den *typischen Interessen* bzw. der Interessenlage für eine ganze Beteiligten-«*Kategorie*» einerseits und den *Ad-hoc-Interessen* bzw. den Einzelinteressen eines *konkreten* Beteiligten andererseits unterschieden werden; zudem allg.: CHRISTIAN SCHREIBER, *Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1974, 27 f.

<sup>121</sup> Dieser Ansatz ist v.a. in den *USA* massgeblich: KUNZ (FN 4), § 1 N 73 ff. m.w.H. Statt aller: ROBERT B. THOMPSON, *Corporate Dissolution and Shareholders' Reasonable Expectations*, 66 Wash. U. L. Q. 1988, 193 ff.; CHRISTOPHER BLAIR CAPEL, *Corporation Law – Meiselman v. Meiselman: «Reasonable Expectations» Determine Minority Shareholders' Rights*, 62 N. C. L. Rev. 1984, 999 ff.; DONALD F. CLIFFORD, JR., *Close Corporation Shareholder Reasonable Expectations (...)*, 22 Wake Forest L. Rev. 1987, 41 ff.

re)<sup>122</sup>. Kasuistische *Korrekturen* gegenüber dem mathematisch vollzogenen Saldo-Ergebnis sind zwar möglich (wenn auch wohl nicht der Regelfall), müssen allerdings *detailliert begründet* werden.

Der zentrale Vorteil einer *Quasi-Formalisierung* des Abwägungsprozesses im Rahmen der Saldo-Methode liegt einerseits in der erhöhten *Sensibilisierung* und im verstärkten *Begründungszwang* auf der Seite des *Rechtsanwenders* (d.h. des Richters) sowie andererseits in der besseren *Vorhersehbarkeit ex ante* und in der anschliessenden rationelleren *Überprüfbarkeit ex post* auf der Seite des *Rechtsunterworfenen* (d.h. des klagenden Aktionärs). Interessenabwägungen werden aber teils durch die «Business Judgment Rule» in Frage gestellt<sup>123</sup>.

## 2. Zur «Business Judgment Rule»

### a) Ausgangssituation

Es wurde gezeigt, dass es auch in der Schweiz *kreative Richter* gibt, die sich nicht zuletzt um die Anliegen des Minderheitenschutzes bemühen. Oftmals sind es institutionelle Hemmnisse bzw. «Mängel» beim Instrumentarium<sup>124</sup>, die einen «judicial restraint» unvermeidlich machen. Die Kritik an der angeblich allzu grossen Zurückhaltung der Gerichte ist zwar verbreitet<sup>125</sup>, tatsächlich erscheinen aber *negative Pauschalaussagen sinn- und nutzlos*<sup>126</sup>; das (altrechtliche) Bonmot zu einer «allzu einseitigen Gerichtspraxis» – nämlich: «Es gibt keinen wirksamen Rechtsschutz der Minderheit im schweizerischen Aktienrecht»<sup>127</sup> – ist zwar weiterhin für Zitate beliebt, nunmehr jedoch in weiten Bereichen *überholt*.

Immerhin sei sogleich der zentrale Kritikpunkt erwähnt, nämlich die sog. «*Business Judgment Rule*». Erstaunlicherweise erfährt dieses Prinzip der richterlichen Zurückhaltung (oder trivialer: des sich *argumentativ «aus dem Staub» machen*) kaum ernst-

<sup>122</sup> *Individualisierende* Tendenzen in der Praxis sind nicht selten; Hinweise bei: MANDEL (FN 97), 147.

<sup>123</sup> Vgl. dazu hinten III. 2.

<sup>124</sup> In den grösseren Rechtsfolgemöglichkeiten liegt der Vorteil der *angelsächsischen* Ordnungen insbesondere für die UK- oder die USA-Gerichte: Vgl. dazu vorne II. 2. b. bb.

<sup>125</sup> Statt aller: CHRISTOPH VON GREYERZ, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft de lege ferenda, SJZ 1976, 55.

<sup>126</sup> KUNZ (FN 4), § 6 N 220 a.E.: «Sozusagen «unter dem Strich» und in Anerkennung der Gefahren von Pauschalaussagen kann den Gerichten in der Schweiz hinsichtlich dem Minderheitenschutz ein durchaus befriedigender Leistungsausweis erteilt werden, d.h. die *Wächterfunktion* wird i.d.R. *ordentlich erfüllt*» (Hervorhebungen im Original).

<sup>127</sup> WOLFHART F. BÜRGI, Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, SAG 1956/57, 81 (Hervorhebung des Originals weggelassen).



hafte Kritik und wird regelmässig in der Lehre<sup>128</sup> und in der Praxis befürwortet. Dieser «heiligen Kuh» sollte indes in Zukunft *keine Nahrung mehr* gegeben werden<sup>129</sup>.

Die «Business Judgment Rule», die eine Art von *Milchglas-Kontrolle* bzw. eine *Willkürprüfung* darstellt, besagt (auf den ersten Blick durchaus vernünftig), «dass Gerichte das Urteil von geschäftsführenden Organen in einer geschäftlichen Angelegenheit nicht überprüfen, wenn diese sich vorher in angemessener Weise sachkundig gemacht haben, ihr Urteil nicht völlig unvernünftig war und wenn sie den Grundsatz von Treu und Glauben beachtet und ihre Entscheidbefugnis nicht missbraucht haben»<sup>130</sup>; das Zentralproblem besteht indes darin, dass eine «oberflächliche Prüfung» oftmals gerade bei den *Anwendungsvoraussetzungen* der Willkürprüfung zum Tragen kommt. Nichtsdestotrotz hat sich die «Business Judgment Rule» nicht nur in der *Schweiz*, sondern auch im *Ausland* – als «ehernes Prinzip»<sup>131</sup> – durchgesetzt<sup>132</sup>.

## b) Praxis sowie Kritik

Die «Business Judgment Rule» gelangt bei *Ermessens- und Zweckmässigkeitsfragen* zur Anwendung. Die Richter sollen – im Prinzip vergleichbar mit den Verwaltungsbehörden – nicht ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des VR setzen. Die Praxis<sup>133</sup> wendet diesen Grundsatz bei drei Klagen des «*Vier-Gestirns*» an<sup>134</sup>:

<sup>128</sup> Statt aller: ANDREA R. GRASS, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000, 1 ff.

<sup>129</sup> Detailliertere Kritik: KUNZ (FN 4), § 6 N 115 ff.

<sup>130</sup> MAJA D. JÖSLER, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Diss. St. Gallen 1998, 236. Allg. zu den Anwendungsvoraussetzungen: ANDREA R. GRASS, Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen (...), Diss. Zürich 1998, 81 ff.

<sup>131</sup> *Rechtshistorisch* lässt sich die «Business Judgment Rule» auf ein *Urteil aus Louisiana* (USA) aus dem Jahre 1829 zurückführen: HENRY RIDGELY HORSEY, The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule, 19 Del. J. Corp. L. 1994, 975 Anm. 14.

<sup>132</sup> Im Vordergrund stehen die *USA* bzw. deren gliedstaatlichen Ordnungen, zu denen die «Business Judgment Rule» als «one of the most fundamental doctrines in corporate law» bezeichnet wird: DANIEL R. FISCHER, The Business Judgment Rule and the *Trans Union* Case, 40 Bus. Law. 1985, 1439. Hinweise statt aller: KUNZ (FN 4), § 6 N 125 ff.; DENNIS J. BLOCK/STEPHEN A. RADIN/JAMES P. ROSENZWEIG, The Role of the Business Judgment Rule in Shareholder Litigation (...), 45 Bus. Law. 1990, 469 ff.; BAYLESS MANNING, The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention (...), 39 Bus. Law. 1984, 1477 ff.

<sup>133</sup> Übersicht insbesondere bei: KUNZ (FN 4), § 6 N 115 ff., v.a. N 118 ff.

<sup>134</sup> Vgl. dazu vorne II. 1. a. In der Rechtspraxis kommt es (noch) relativ selten zu *Auflösungsklagen*; sollte sich dies ändern, ist zu vermuten, dass die Gerichte ebenfalls die «Business Judgment Rule» anwenden werden.

- *Verantwortlichkeitsklagen*: Der zentrale Anwendungsbereich der Willkürkognition liegt bei den Klagen aus Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR)<sup>135</sup>, für die etwa wie folgt argumentiert wird: «Gutgläubige und sorgfältig handelnde Mitglieder von Exekutivorganen sollen nicht für die Folgen ihrer Fehlentscheidungen haften müssen»<sup>136</sup>.
- *Anfechtungsklagen*: Ohne (jegliche bzw. überzeugende) Begründung wird auch bei den Klagen auf Anfechtung von GV-Beschlüssen (Art. 706 f. OR)<sup>137</sup> vom Bundesgericht apodiktisch festgehalten: «In der Tat will die Beklagte (...) – unter dem Deckmantel der Unsachlichkeit – den Generalversammlungsbeschluss auf seine Angemessenheit und Zweckmässigkeit hin überprüfen lassen, was nicht zulässig ist»<sup>138</sup>.
- *Informationsklagen*: Bei den Klagen auf Informationserteilung (Art. 697 Abs. 4 OR) zeigen sich die Gerichte traditionellerweise ebenfalls äusserst restriktiv<sup>139</sup>. Die «Business Judgment Rule» gelangt im Hinblick auf die Informationsklagen ausserdem in der Praxis der sog. Informationsverdünnung<sup>140</sup> zum Ausdruck<sup>141</sup>.

Die richterliche Willkürkognition muss einer *Kritik* unterzogen werden<sup>142</sup>: (i) Der «Business Judgment Rule» *fehlt* – zusätzlich zur dogmatischen Begründbarkeit – die *gesetzliche Grundlage*. (ii) Ausserdem impliziert die Willkürkognition ein *Primat der Gesellschaftsinteressen* bzw. eine Vermutung zugunsten der Interessen der AG; eine solche generelle Interessenabwägung ist der Rechtsordnung unbekannt<sup>143</sup>. (iii) Zudem droht bei allzu starker richterlicher Zurückhaltung – und bei angeheizter rechtspolitischer Stimmung – ein möglicher «Ruf nach *polizeistaatlicher Gesetzgebung*»<sup>144</sup>. (iv) Schliesslich kann die «Business Judgment Rule» den Minderheitenschutz in Fra-

<sup>135</sup> Fallbeispiele: GRASS (FN 130), 155 ff.

<sup>136</sup> GRASS (FN 130), 98.

<sup>137</sup> Zur Willkürkognition in diesem Bereich: BGE 117 II 308 Erw. 6. a.; BGE 102 II 269 f. Erw. 4. («offensichtlich missbräuchlich»; a.a.O. 270 a.E.); BGE 99 II 62 Erw. 4. b.; BGE 95 II 164 Erw. 9. b. («es darf der Richter nur einschreiten, wenn die Generalversammlung den Rahmen vernünftiger Überlegungen willkürlich gesprengt hat»); BGE 95 II 567 Erw. 6. a.E.; BGE 54 II 28 f. Erw. 5.

<sup>138</sup> BGE 100 II 392 f. Erw. 3. b. m.w.H. auf die Praxis.

<sup>139</sup> Diese Rechtsprechung basiert auf einer (unzulässigen) *generellen Vermutung* zugunsten der *Gesellschaftsinteressen*: KUNZ (FN 33), 887 Anm. 59.

<sup>140</sup> *Informationsverdünnung* meint, dass – als Prinzip – nicht die «Preisgabe von Einzelheiten», sondern nur «Aufschlüsse zusammenfassender Natur» verlangt werden können: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 40 N 174 m.w.H. in Anm. 35; ausserdem: FORSTMOSER (FN 33), 94 f.

<sup>141</sup> Hinweise bei: KUNZ (FN 33), 888 Anm. 76–78.

<sup>142</sup> KUNZ (FN 4), § 6 N 121 ff. m.w.H.

<sup>143</sup> Detailliert: KUNZ (FN 4), § 9 N 54 ff., v.a. N 55.

<sup>144</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ/MARTIN ZWEIFEL, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: FS H. Westermann, Karlsruhe 1974, 397 (Hervorhebung hinzugefügt).

ge stellen, indem eine *Kompensation* der mangelhaften Wächterfunktion des VR durch die richterliche Wächterfunktion *verhindert* wird.

Aus allen diesen Gründen sollte die «Business Judgment Rule» in der Schweiz überdacht und schliesslich von den Gerichten *aufgegeben* werden<sup>145</sup>. Der Richter darf sich nicht argumentativ «aus dem Staub» machen, sondern ist vielmehr verpflichtet, das Recht im Rahmen einer *Interessenabwägung* für den konkreten Einzelfall anzuwenden<sup>146</sup>. Wichtig ist immerhin, dass die Gerichte künftig eine berechenbare und überprüfbare Methode zur Abwägung der Interessen entwickeln; ob sich die *Saldo-Methode* (in dieser oder in einer modifizierten Weise)<sup>147</sup> etablieren kann, wird die Zukunft weisen müssen. Es gibt ohne Zweifel noch viel zu tun für die Gerichte – mögen sie es motiviert anpacken!

<sup>145</sup> In diesem Sinne: KUNZ (FN 4), § 6 N 122 f.

<sup>146</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. a.

<sup>147</sup> Vgl. dazu vorne III. 1. b.