

PETER V. KUNZ

Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?

Inhaltsübersicht

- I. Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen
 1. Gesetzgebungen und Auflösungsklagen
 2. Exkurs: Verschiedene Klageformen
 3. Revision von Art. 736 Ziff. 4 OR
 - a) Text
 - b) Zur Prozent-Schwelle
 - c) Zu den «wichtigen Gründen»
 - d) Zur «anderen sachgemässen (...) Lösung»
- II. Grundsätzliches zum Austrittsrecht
 1. «Exit» und «Voice»
 2. Austrittsrecht bei Aktiengesellschaften?
- III. Die «andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»
 1. Mögliche richterliche Anordnungen
 2. Zur Anordnung eines indirekten Austritts
 - a) Kontrollübernahme als möglicher Anwendungsfall
 - b) Zwei Varianten eines «Auskaufs»
 - aa) Vorbemerkungen
 - bb) Erwerb eigener Aktien
 - cc) Teilliquidation der AG
- IV. Ausblick
 1. Praxis der Gerichte
 2. Künftige Gesetzgebungen

I. Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen

1. Gesetzgebungen und Auflösungsklagen

Auf *eidgenössischer* Ebene gab es *drei Aktienrechte*¹, nämlich dasjenige von 1883/1912², anschliessend dasjenige von 1937 (aOR)³, und schliesslich folgte

¹ Einige Kantone erliessen im 19. Jahrhundert bereits handels- und aktienrechtliche Bestimmungen; hierzu etwa: PIERRE VON MAY, Die Gründung der Aktiengesellschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz (Diss. Bern 1945) 1 ff. Auflösungsklagen waren den kantonalen Ordnungen indes unbekannt; PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Diss. Zürich 1996) § 3 N 1 f.

² BBl 1881 III 109–317 sowie AS 1881 635–843; BBl 1911 II 355–634 sowie AS 1911 317–596. Bei der im Zusammenhang mit dem Erlass des ZGB vorgenommenen Revision 1912 des Obligationenrechts wurde der Bereich des Aktienrechts – mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen – ausgeklammert; Botschaft zum OR 1912 für diese Thematik: BBl 1905 II 9 f.

³ BBl 1936 III 605–766 sowie AS 1937 185–346.

1992 die heute geltende Fassung (OR).⁴ Die *Auflösungsklage* stand jeweils in völlig unterschiedlichem Ausmasse im gesetzgeberischen Interesse:

- Das OR 1883/1912 sah noch *keine* Auflösungsklagen aus wichtigen Gründen vor⁵. Das Bundesgericht lehnte – übrigens anders als betreffend die ebenfalls nicht explizit im Gesetz vorgesehenen Anfechtungsklagen⁶ – solche Klagen denn auch ausdrücklich ab⁷.
- Die Aktienrechtsrevision von 1937 brachte als Neuerung die Auflösungsklage mit sich. Zwei Tatbestandselemente mussten gemäss Art. 736 Ziff. aOR⁸ erfüllt werden, nämlich einerseits das Vertreten von mindestens 20 Prozent des Aktienkapitals (damals noch: Grundkapital) und andererseits der Nachweis von *wichtigen Gründen*. Einzig mögliche Rechtsfolge war schliesslich die *Auflösung* der Gesellschaft⁹.
- Eine zentrale Zielsetzung der letzten Revision des Aktienrechts war die Verstärkung des Minderheitenschutzes¹⁰. Folgerichtig wurde denn auch die Auflösungsklage aus wichtigen Gründen neu ausgestaltet¹¹. Zwar handelt es sich weiterhin nicht um eine Einzelklage, sondern um eine Gruppenklage, die quantitativen Anforderungen wurden aber tiefer angesetzt. Zudem gibt es nunmehr Alternativen zur Auflösung.

Ob und insbesondere wann die *nächste Aktienrechtsrevision* durchgeführt wird, kann heute nicht abgeschätzt werden. Es dürfte dann aber erneut die konkrete Ausgestaltung der Auflösungsklage (bzw. eines allfälligen Austrittsrechts) zu reden geben¹².

2. Exkurs: Verschiedene Klageformen

Auflösungsklage meint im Folgenden jeweils einzig die Klage aus wichtigen Gründen gemäss *Art. 736 Ziff. 4 OR*. Es sei als kleiner Exkurs aber daran

⁴ BBl 1991 III 1476–1529 sowie AS 1992 733–786. Botschaft zum OR: BBl 1983 II 745–949; im Folgenden werden zusätzlich die Seitenangaben des Sonderdruckes in (...) zitiert.

⁵ Allg.: JOSEPH FRAEFEL, Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde (Diss. Zürich 1930).

⁶ Hierzu: ERIC HOMBURGER, Hundert Jahre Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Freiburg 1982) 288 sowie 290 ff. m.w.H. BGE 45 II 89 Erw. 2.

⁷ Zum Text: ROLF BÄR, Revidiertes Aktienrecht 1991 (Bern 1992) 147.

⁸ Allg. hierzu etwa: EUGEN PETER KÜNZLI, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grunde (Diss. Basel 1940); WILFRIED BERTSCH, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Diss. Zürich 1947); OTTO DIETHELM, Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften (Diss. Zürich 1953); ROBERT HAAB, Die Auflösungsklage als Mittel zum Schutz von Minderheiten, SAG 10 (1937/38) 181–183; ED. GUBLER, Zur Klage auf Auflösung einer Aktiengesellschaft aus «wichtigen Gründen», SAG 14 (1941/42) 58–63.

⁹ Auch der Jubilar hat sich mit dieser Thematik befasst: ROLF BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) 369–407. Nunmehr jüngst: PETER V. KUNZ, Der Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz in der Schweiz, ST 71 (1997) 415–432.

¹⁰ Vgl. dazu hinten I.3.

¹¹ Erste (z.T. rechtspolitische) Aussagen de lege ferenda wurden bereits gemacht: Vgl. dazu hinten IV.2.

erinnert, dass das Gesetz noch *drei* weitere Formen der Auflösungsklage vorsieht:

Bei Absinken der Gesellschafterzahl unter Drei oder bei Fehlen der notwendigen Organe kann jeder Aktionär als solcher, aber ebenso ein Gläubiger eine Klage auf Auflösung gegen die Gesellschaft einleiten (Art. 625 Abs. 2 OR)¹³. Zudem vermag jeder Aktionär als solcher oder erneut auch ein Gläubiger eine Auflösungsklage gegen die AG zu erheben für den Fall einer fehlerhaften Gründung (Art. 643 Abs. 3 und Abs. 4 OR)¹⁴. Anders als bei den Klagen auf Auflösung aus wichtigen Gründen handelt es sich bei diesen beiden Formen der Klage um *Einzelklagen*, für die ausserdem die *Gläubiger* ebenfalls aktivlegitimiert sind.

Eine übergangsrechtliche Variante im Zusammenhang mit gewissen Statutenanpassungen an das revidierte Recht stellt die Klagemöglichkeit des *Handelsregisterführers* dar (Art. 2 Abs. 2 SchlBest OR)¹⁵.

3. Revision von Art. 736 Ziff. 4 OR

a) Text

Seit der Aktienrechtsrevision von 1992¹⁶ lautet der neue Wortlaut von Art. 736 Ziff. 4 OR nunmehr wie folgt:

«Die Gesellschaft wird *aufgelöst* durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens *zehn Prozent des Aktienkapitals* vertreten, *aus wichtigen Gründen* die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter auf eine *andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung* erkennen.»

Die Regelung enthält somit vier wesentliche Aspekte, nämlich zwei kumulativ zu erfüllende Tatbestandselemente sowie zwei unterschiedliche Rechtsfolgen; auf drei dieser Elemente – nämlich die *Prozent-Schwelle*, die «*wichtigen Gründe*» sowie die «*andere sachgemässe (...) Lösung*» – soll im Folgenden eingegangen werden¹⁷. Der Gesetzgeber hat auf der Seite sowohl des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge *je eine* Neuerung eingeführt.

¹³ Hierzu etwa: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996) N 50 ff. Mit dieser Bestimmung wird die Realexistenz von Ein- und Zweipersonen-AG faktisch negiert; zu diesen nun etwa: PETER V. KUNZ, Ein- und Zweipersonen-Aktiengesellschaften in der Schweiz, ST 71 (1997) 65–72.

¹⁴ Statt aller: PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 17 N 19 ff.

¹⁵ Von allg. Interesse: WERNER LEDERER/FABIAN CANTIENI, Ablauf der Anpassung an das neue Aktienrecht, NZZ Nr. 127 (1997) 29.

¹⁶ Generell hierzu: ROLF BÄR, Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 53 (1992) 391–419.

¹⁷ Die Auflösung als solche, die fast nie gerichtlich angeordnet wird (als Ausnahmen erwähnt seien z.B. BGE 84 II 44; BGE 105 II 114), bedarf keiner eingehenden Darstellung. Ergänzt sei einzig, dass im Anschluss an die Auflösung der AG deren Liquidation folgt (Art. 738 OR), und die aufgelöste und liquidierte Gesellschaft wird schliesslich im Handelsregister gelöscht (Art. 746 OR).

b) Zur Prozent-Schwelle

Das erste Tatbestandselement, dass nämlich ein potentieller Auflösungskläger mit bloss einer einzigen Aktie noch nicht aktivlegitimiert ist, sondern dass er eine bestimmte Prozentzahl des Aktienkapitals zu vertreten hat, wurde vom Prinzip her nicht verändert. Die Auflösungsklage stellt also – wie unter dem früheren Recht – nicht eine Einzelklage¹⁸, sondern weiterhin eine *Gruppenklage* dar¹⁹. Indes wurde die massgebliche Prozent-Schwelle herabgesetzt, und zwar von ehemals 20 auf nunmehr *zehn Prozent* des Aktienkapitals²⁰.

Seit der Aktienrechtsrevision sind die *Partizipationsscheine* ausdrücklich im Gesetz verankert (Art. 656a ff. OR)²¹. Als Folge der grundsätzlichen Gleichstellung mit den Aktionären gemäss Art. 656 a Abs. 2 OR kommen auch die Partizipanten als mögliche Kläger für Art. 736 Ziff. 4 OR in Frage²². Die Aktivlegitimation ist gegeben, wenn der Kläger *mindestens zehn Prozent des Partizipationskapitals vertritt*.²³

Bei *Grossgesellschaften*, die unter revidiertem Aktienrecht das Leitbild bzw. den Typus der AG darstellen²⁴, kann die Prozent-Schwelle von potentiellen Klägern oftmals nicht erreicht werden. Die heutige Regelung zur Auflösungsklage sieht aber – anders als bei den übrigen Gruppenklagen²⁵ – eine Alternative des Vertretens eines bestimmten *Nennwertes nicht* vor. Dies mag zu bedauern sein²⁶, muss de lege lata indes hingenommen werden²⁷.

¹⁸ Das Aktienrecht sieht auch Einzelklagen vor; erwähnt seien nur etwa die Rückerstattungsklagen (Art. 678 Abs. 3 OR), die Anfechtungsklagen (Art. 706 f. OR) und die Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 Abs. 1 OR).

¹⁹ Der Begriff Gruppenklage meint nicht etwa, dass notwendigerweise eine Mehrzahl von Personen beteiligt ist. Auch ein Einzelner kann klagen, sofern dieser in seiner Person die qualifizierenden Voraussetzungen (z.B. das Vertreten von Aktien mit einem bestimmten Nennwert oder in einem gewissen Prozent-Verhältnis zum übrigen Aktienkapital) erfüllt; ähnlich: BÄR (Fn. 1) 403.

²⁰ Auszugehen ist vom gesamten, d.h. im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital, nicht etwa bloss von den «freien Aktien», über die z.B. der Hauptaktionär nicht verfügen kann; dies droht zwar die Regelung «geradezu sinn- und zwecklos» zu machen: BÖCKLI (Fn. 13) N 1940 a. Abhilfe schaffen würde nur, aber immerhin die Einführung einer Einzelklage: Vgl. dazu hinten IV.2. a.E.

²¹ Zur Rechtslage unter aOR: ROLF BÄR, Der Kapitalbeschaffungsgenusschein («Partizipationsschein»), ZBJV 101 (1965) 201–222; *ders.*, Partizipationsscheine, SAG 48 (1976) 107–114.

²² So etwa: HABEGGER (Fn. 1) § 18 N 30; PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht (Zürich 1997) 61.

²³ Nicht zu addieren ist das Aktienkapital, wird doch die Auflösungsklage in Art. 656 b Abs. 3 OR gerade nicht erwähnt. Gl.M. schon: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14) § 46 N 47.

²⁴ Botschaft zum OR (Fn. 4): 747 (3). Die Typologie-Diskussion wurde Ende der 1950er Jahre in der Schweiz entfacht: BÄR (Fn. 10) 381 ff.; *ders.*, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 469 ff.

²⁵ Es seien erwähnt die Traktandierungsklagen (Art. 699 Abs. 3/Abs. 4 OR) und die Sonderprüfungsklagen gegen den Willen der GV (Art. 697 b Abs. 1 OR).

²⁶ So etwa: BÖCKLI (Fn. 13) N 1940 f.

²⁷ Tatsächlich war dies denn auch ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers; hierzu die Botschaft zum OR (Fn. 4): 934 (190). De lege ferenda wäre eine Änderung zu wünschen: Vgl. dazu hinten IV.2. a.E.

c) *Zu den «wichtigen Gründen»*

Zweite tatbestandliche Voraussetzung für eine Klage auf Auflösung ist das Vorliegen von *sog. wichtigen Gründen*. Hierzu seien zwei Feststellungen vorangestellt: Trotz Verwendung des Plurals im Gesetzestext²⁸ kann selbstverständlich auch *ein einziger* wichtiger Grund ausreichen. Die wichtigen Gründe werden ausdrücklich zwar nur bei der Auflösung erwähnt (Art. 736 Ziff. 4 Satz 1 OR), bilden aber ebenfalls ein Tatbestandselement für eine «andere sachgemässe (...) Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR).

Der Versuch, darzustellen, welche Umstände wichtige Gründe sein können²⁹, würde den Rahmen dieses Beitrags bei weitem sprengen. Immerhin kann das Folgende festgehalten werden: Die «andere sachgemässe (...) Lösung» ist als Rechtsfolge immer ein *Minus* gegenüber der eigentlichen Auflösung, was bei den *Anforderungen* an die wichtigen Gründe ebenfalls berücksichtigt werden muss; m.E. können deshalb Umstände, die zwar für eine Auflösung nicht ausreichend sind, für eine «andere sachgemässe (...) Lösung» genügen³⁰.

d) *Zur «anderen sachgemässen (...) Lösung»*

Auf mögliche Anordnungen als Auflösungsalternativen, insbesondere auf das «Austrittsrecht», soll an einer anderen Stelle eingegangen werden³¹. Hier sei der Hinweis gemacht, dass die «andere sachgemässe (...) Lösung» vom Bundesrat noch nicht vorgesehen war³², sondern erst durch das *Parlament* eingeführt wurde³³. Nicht sehr ergiebig sind die Materialien zur Thematik, welche die vielen offene Fragen kaum zu klären vermögen.

Das Gesetz enthält zwar eine blossе «*kann*»-Formulierung. Dies bedeutet jedoch nicht etwa, dass ein Gericht geradezu willkürlich entsprechende Anordnungen einfach ablehnen könnte. Vielmehr muss der Richter ein pflichtgemässes Ermessen ausüben³⁴; im Einzelfall sollte der Kläger wohl tatsächlich einen *Rechtsanspruch* auf eine «andere sachgemässe (...) Lösung» – etwa einen «Auskauf»³⁵ – geltend machen können³⁶.

²⁸ Also: «wichtige Gründe», «justes motifs» sowie «gravi motivi».

²⁹ Hierzu ausführlich: HABEGGER (Fn. 1) § 6 N 11 ff.

³⁰ Gl.M.: LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 65 (1993) 44. So wäre denkbar, dass eine «mittlere Unterdrückung» eines Minderheitsaktionärs diesem zwar keinen wichtigen Grund für eine Auflösung, aber für eine (richterliche) Änderung der Dividendenpolitik gäbe. Entscheidend ist jeweils der Einzelfall.

³¹ Vgl. dazu hinten III.

³² Botschaft zum OR (Fn. 4); 934 (190) sowie 990 (246).

³³ Zur Gesetzgebungsgeschichte: HABEGGER (Fn. 1) § 3 N 7 ff., v.a. N 11 ff.

³⁴ Hinweise etwa bei: HABEGGER (Fn. 1) § 5 N 36 ff.

³⁵ Hier ist dann vorausgesetzt, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden: Vgl. dazu hinten III.2.b.bb.

³⁶ Des weiteren: JAKOB HÖHN, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: FS für P. FORSTMOSER (Zürich 1993) 119 f.

Zu den *Rechtsbegehren/Anträgen* der Auflösungsklage ist festzuhalten, was folgt: M.E. hat der Richter die Kompetenz, eine «andere sachgemässe (...) Lösung» anzuordnen selbst *ohne oder gegen den Antrag* des Auflösungsklägers³⁷. Auf der anderen Seite muss wohl auch zulässig sein, dass ein Kläger anstatt auf Auflösung *direkt und ausschliesslich* auf eine «andere sachgemässe (...) Lösung» klagt, *ohne* einen Hauptantrag *auf Auflösung* zu stellen; Art. 736 Ziff. 4 *Satz 1 OR* will das mögliche Rechtsbegehren des Klägers nicht einschränken, sondern erwähnt bloss beispielhaft den Hauptfall (sc. «Auflösung verlangen»)³⁸.

Obwohl dies in Art. 736 Ziff. 4 OR – anders als bei den zwei anderen Formen der Klage auf Auflösung in Art. 625 Abs. 2 Satz 2 OR und in Art. 646 Abs. 3 Satz 2 OR – nicht explizit erwähnt wird, können im Rahmen einer Auflösungsklage aus wichtigen Gründen ebenfalls *vorsorgliche Massnahmen* anbegehrt werden³⁹. Diese Massnahmen sind seit der letzten Revision nunmehr im (breiteren) Feld der «Lösungs»-Alternative zulässig und finden deshalb wohl einen grösseren Anwendungsbereich als unter dem früheren Aktienrecht; m.E. können unter diesem Aspekt bis anhin unbekannte vorsorgliche Anordnungen in Frage kommen⁴⁰.

Wie bereits früher ausgeführt⁴¹ können auch *Partizipanten*, die mindestens zehn Prozent des PS-Kapitals vertreten, gestützt auf Art. 736 Ziff. 4 OR klagen. Diesfalls muss jedoch die Auflösung einer AG wohl fast immer als ausgeschlossen gelten; die neue Alternative des Richters, also das Erkennen auf eine «andere sachgemässe (...) Lösung», dürfte gerade für Partizipanten neue Perspektiven eröffnen⁴².

II. Grundsätzliches zum Austrittsrecht

1. «Exit» und «Voice»

Im Zusammenhang mit dem Aktionärs- oder *Minderheitenschutz* in der AG muss erwähnt werden, dass der Gesellschafter nebst den Mitbestimmungsrech-

³⁷ Ähnlich: HANDSCHIN (Fn. 30) 44; HÖHN (Fn. 36) 120 scheint immer einen Antrag verlangen zu wollen, und zwar als Eventualantrag zum Hauptantrag auf Auflösung. Beantragen jedoch sowohl der Kläger als auch die beklagte AG die Auflösung, so ist der Richter daran gebunden und kann keine «andere sachgemässe (...) Lösung» anordnen: HABEGGER (Fn. 1) § 19 N 23.

³⁸ Der Wortlaut von Art. 736 Ziff. 4 OR spricht zwar eher gegen dieses Verständnis, Sinn und Zweck aber durchaus dafür. Im Ergebnis gl.M. bereits: BÖCKLI (Fn. 13) N 1954 b.

³⁹ Gl.M. etwa: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14) § 55 N 100; KUNZ (Fn. 22) 166.

⁴⁰ Zu denken ist etwa an die bloss teilweise Sistierung eines GV-Beschlusses; ausführlicher: KUNZ (Fn. 22) 167.

⁴¹ Vgl. dazu vorne I.3.b.

⁴² KUNZ (Fn. 22) 61; GAUDENZ G. ZINDEL, Aktionäre ohne Stimmrecht und stimmrechtslose Aktionäre, in: FS für P. FORSTMOSER (Zürich 1993) 213.

ten («*voice*») auch an der Möglichkeit interessiert ist, seine Beteiligung wieder veräussern bzw. versilbern zu können («*exit*»). Beide Varianten sind dem Schutz von Minderheiten dienlich⁴³. Sowohl die Klage auf Auflösung⁴⁴ – insbesondere in der revidierten Fassung – als auch das Austrittsrecht stellen Elemente dieser «*exit*»-Variante dar.

Die «*exit*»-Variante ist sozusagen institutionalisiert bei den AG mit an der Börse kotierten Aktien, können diese Beteiligungspapiere doch jederzeit verkauft werden. Die sog. *Publikumsgesellschaften* gewähren den Aktionären also faktisch ein Austrittsrecht, so dass die Klage auf Auflösung an Bedeutung verliert. Diese AG werden in der Praxis⁴⁵ aber auch aus einem zweiten Grund höchst selten mit Auflösungsklagen konfrontiert, weil nämlich der Kläger oftmals bereits an der Prozent-Schwelle scheitert⁴⁶. Sollte in einem konkreten Fall diese erste Hürde genommen werden, so kann wohl höchstens eine «andere sachgemässe (...) Lösung», nicht aber eine *Auflösung* der Gesellschaft zur Debatte stehen⁴⁷.

Bei den AG ohne kotierte Aktien, also bei den sog. *privaten AG*, fehlt die institutionalisierte Verkaufsmöglichkeit der Aktien⁴⁸. Umso stärker sind die Aktionäre an anderen Elementen der «*exit*»-Variante interessiert, insbesondere am Austrittsrecht sowie an der Auflösungsklage.

2. Austrittsrecht bei Aktiengesellschaften?

Die Frage, ob das Aktienrecht ein Austrittsrecht vorsieht bzw. zulässt, kann nicht einfach mit «ja» oder «nein» beantwortet werden. Sicherlich stünde ein (gesetzliches) Austrittsrecht in einem Spannungsverhältnis zum aktienrechtlichen *Prinzip der festen Mitgliedschaftsstelle*. M.E. ist die folgende Kategorisierung möglich:

- *Gesetzliches* Austrittsrecht: Nicht das Aktienrecht, zumindest aber das GmbH-Recht sieht für die Umwandlung einer AG in eine GmbH ein Recht auf Austritt ex lege vor. Ein solches steht demjenigen Aktionär zu, «der sich

⁴³ Grundsätzliches hierzu jüngst: PETER V. KUNZ, *Publikumsgesellschaften in der Schweiz – theoretische und praktische Ansätze zum Investorenschutz*, recht 15 (1997) 136 ff.

⁴⁴ Zur Bedeutung von Art. 736 Ziff. 4 OR als Instrumentarium für den Minderheitenschutz etwa: HABEGGER (Fn. 1) § 2 N 7 f.

⁴⁵ Allg. hierzu: ROLAND VON BÜREN, *Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht*, ZBJV 131 (1995) 57–91.

⁴⁶ Vgl. dazu vorne I.3.b. a.E. Die Literatur klammert zumeist die Publikumsgesellschaften bei der Behandlung der Auflösungsklage aus, so etwa auch HABEGGER (Fn. 1) § 1 N 12 f.

⁴⁷ KUNZ (Fn. 43) 139 Fn. 28. Differenzierend indes: ROLAND VON BÜREN/THOMAS BÄHLER, *Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht*, AJP 5 (1996) 392, gemäss denen die Auflösungsalternative «realistischerweise nur auf kleinere Gesellschaften anwendbar» sein soll.

⁴⁸ Dies ist besonders offensichtlich bei vinkulierten Namenaktien (Art. 685 b f. OR). Aber selbst bei Inhaberaktien gibt es nur sehr selten einen Markt, der an einem Kauf interessiert wäre.

nicht oder nur mit einem Teile seiner Aktien bei der neuen Gesellschaft beteiligt» (Art. 825 Abs. 1 OR)⁴⁹.

- *Statutarisches* Austrittsrecht: Während statutarische Vorkehrungen für einen Austritt aus der Gesellschaft im GmbH-Recht ohne weiteres zulässig sind (Art. 777 Ziff. 9 OR sowie Art. 822 OR), erweist sich dieses Thema auch unter geltendem Aktienrecht weiterhin als umstritten⁵⁰.
- *Bedingtes* Austrittsrecht: Bei Publikumsgesellschaften ersetzt die Möglichkeit eines Verkaufs über den Markt die Notwendigkeit eines (zusätzlichen) Austrittsrechts. Das Börsengesetz wird zudem die sog. Angebotspflicht mit sich bringen, die – im Rahmen von öffentlichen Kaufangeboten – ein bedingtes Recht auf Austritt darstellt⁵¹.
- *Indirektes* Austrittsrecht: Die im geltenden Aktienrecht nun neu vorgesehene «andere sachgemässe (...) Lösung» gibt dem Richter vom Prinzip her die Möglichkeit, anstelle der Auflösung der AG z.B. den «Auskauf» des klagenden Aktionärs durch die Gesellschaft anzuordnen; dem Kläger kann somit indirekt ein Austrittsrecht zukommen⁵².

Auf den letzten Aspekt soll nun im Folgenden noch eingegangen werden. M.W. gibt es im heutigen Zeitpunkt noch *kein Urteil*, das ein solches indirektes Austrittsrecht bestätigen würde. Zumindest aber die *Doktrin* hat sich schon öfters mit der Thematik befasst.

III. Die «andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung»

1. Mögliche richterliche Anordnungen

Die *Auflösung der AG* ist bloss *subsidiär* gegenüber den «anderen sachgemässen (...) Lösungen»⁵³. In der Lehre werden nebst bzw. zusätzlich zum (i) «*Auskauf*» des Aktionärs⁵⁴ noch diverse andere Anordnungen eines Richters

⁴⁹ Hierzu: LUKAS HANDSCHIN, Die GmbH (Zürich 1996) § 5 N 14 f.

⁵⁰ Pro Zulässigkeit: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14) § 44 N 63 ff., v.a. N 70; contra Zulässigkeit: BÖCKLI (Fn. 13) 1952 Fn. 226. Allg. hierzu: KUNZ (Fn. 10) 422 Fn. 117 m.w.H.

⁵¹ Das Austrittsrecht ist durch den Umstand bedingt, dass z.B. die Angebotspflicht statutarisch ausgeschlossen wurde oder nicht (sog. «opting out»): KUNZ (Fn. 10) 417.

⁵² Dieses sollte indes nicht überschätzt werden: Vgl. dazu hinten III.2.

⁵³ In diesem Sinne: HANDSCHIN (Fn. 30) 44. M.E. heisst dies aber nicht, dass eine ausschliesslich ein Begehren auf Auflösung enthaltende Klage abgewiesen würde, weil i.c. bloss eine «andere sachgemässe (...) Lösung» in Frage käme; in einer solchen Situation hätte der Richter vielmehr – als Folge der Subsidiarität – auch ohne Antrag und somit ex officio auf eine «andere sachgemässe (...) Lösung» zu erkennen: Vgl. dazu vorne I.3.d.

⁵⁴ Vgl. dazu hinten III.2.

genannt. Ohne weiter auf diese eingehen zu wollen, seien hier übersichtsmässig genannt⁵⁵:

(ii) Vorgabe einer *Dividendenpolitik* bzw. allenfalls sogar einer Dividenden-garantie; (iii) *Statutenänderungen*, so etwa zur Absicherung von Minderheits-aktionären; (iv) Aufnahme eines *oppositionellen Gesellschafters* in den VR der AG; (v) Änderung von *GV-Beschlüssen* oder (vi) von *VR-Beschlüssen*; (vii) *Unternehmensteilungen*.

2. Zur Anordnung eines indirekten Austritts

a) Kontrollübernahme als möglicher Anwendungsfall

Nicht in jeder Konstellation scheint die Anordnung eines indirekten Austritts für einen Gesellschafter geboten. Insbesondere kann nicht bereits jede Form der Unzufriedenheit eines Aktionärs, von diesem subjektiv wohl nicht selten als «Unterdrückung» empfunden, ein gesetzlich nicht vorgesehenes Austritts-recht begründen.

Im Rahmen von *Kontrollübernahmen* dürfte indes die Stellung eines sog. freien Aktionärs⁵⁶ oftmals sehr gefährdet sein, so dass entsprechende «Schutz-massnahmen» – also etwa ein «Auskauf» (in welcher Form auch immer) – gerade bei Tatbeständen der Konzernierung sowohl de lege lata als auch de lege ferenda zu diskutieren sind⁵⁷. Trotz der Alternative zur Auflösung gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR bleiben viele Unsicherheiten bestehen, was wohl «eine gesetzliche Regelung der Kontrollübernahme unumgänglich» macht⁵⁸.

b) Zwei Varianten eines «Auskaufs»

aa) Vorbemerkungen

Bei der Auflösungsklage ist einzig die betroffene AG *passivlegitimiert*, selbst wenn Dritte (z.B. nicht klagende Aktionäre oder der Hauptaktionär) intervenieren. Eine richterliche Anordnung zum «Auskauf» eines Minderheitsaktio-

⁵⁵ Übersichten: HABEGGER (Fn. 1) § 12–§ 17; HÖHN (Fn. 36) 123 ff.; HANDSCHIN (Fn. 30) 45; CHRISTOPH STÄUBLI, N 27 zu Art. 736 OR, in: Obligationenrecht II (Basel 1994).

⁵⁶ Als freier Aktionär wird der Minderheitsaktionär der abhängigen/«übernommenen» AG bezeichnet.

⁵⁷ Zum aOR: MARTIN PLÜSS, Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern (Diss. St. Gallen 1977) 168 ff.; MARTIN ZWEIFEL, Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht, SAG 50 (1978) 91 ff. Zum OR: BERNHARD BRATSCHI, Die Stellung des freien Aktionärs im Konzern (Diss. Bern 1996) 192 ff.

⁵⁸ ROLAND VON BÜREN, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts (Bern 1993) 58.

närs kann folglich einzig die *Gesellschaft* verpflichtet. Aus diesem Grund ist es m.E. ausgeschlossen, dass ein *Mehrheitsaktionär* – sofern es einen solchen gibt – zur Übernahme der Aktien verpflichtet würde⁵⁹.

Das Aktienrecht sieht drei Formen von zulässigen Vermögensübertragungen von der AG auf ihre Gesellschafter vor, nämlich (i) die Dividende, (ii) den Erwerb eigener Aktien sowie (iii) die Kapitalherabsetzung als Teilliquidation bzw. die Auflösung als Gesamtliquidation. Der «Auskauf» bzw. der indirekte Austritt eines Aktionärs kann einzig in diesem engen Korsett von Möglichkeiten zulässig sein⁶⁰, so dass allzu grosse Hoffnungen auf ein «Recht auf Austritt» schon bald gebremst werden⁶¹.

bb) Erwerb eigener Aktien

Sollte der Richter den indirekten Austritt des Gesellschafters auf dem Weg des teilweisen oder ganzen Rückkaufs von dessen Aktien durch die AG anordnen, so muss – zumindest dem Grundsatz nach – die einschränkende Regelung zum *Erwerb eigener Aktien* (Art. 659 ff. OR) beachtet werden⁶². Die beiden Leitplanken hierbei sind das *frei verwendbare Eigenkapital* (Art. 659 Abs. 1 OR)⁶³ einerseits und die *prozentualen Grenzen* des zulässigen Erwerbs (Art. 659 Abs. 1/Abs. 2 OR) andererseits; zum letzteren Aspekt was folgt:

Art. 659 OR enthält hinsichtlich der Höhe des (erlaubten)⁶⁴ Aktienerwerbs eine Grenze von *zehn Prozent* des Aktienkapitals sowie im Zusammenhang mit vinkulierten Namenaktien eine solche von *zwanzig Prozent*. Die wohl noch h.M. geht davon aus, dass – ohne das Verfahren einer Kapitalherabsetzung – nur ein Erwerb bis zur tieferen Grenze zugänglich sei⁶⁵, es

⁵⁹ G.L.M.: HABEGGER (Fn. 1) § 12 N 12; BÖCKLI (Fn. 13) N 1954 a; ebenso zum Konzernverhältnis: BRATSCHI (Fn. 57) 198. A.M.: ROLF WATTER, Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP 2 (1993) 124 sowie THOMAS FRIEDRICH MÜLLER, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen (Diss. Bern 1996) 117.

⁶⁰ Statt aller: BÖCKLI (Fn. 13) N 1948 ff.

⁶¹ Die beiden einzigen Wege, die offen stehen, sind der Erwerb eigener Aktien sowie die Teilliquidation.

⁶² Hierzu etwa: ERNST GIGER, Der Erwerb eigener Aktien (Diss. Bern 1995) 53 ff.

⁶³ Dieser Aspekt – ebenso wie die zentralen steuerrechtlichen Fragen beim Erwerb eigener Aktien; ausführlich hierzu: Giger (Fn. 62) 157 ff. – ist im Folgenden ausgeklammert. Zum Eigenkapital-Aspekt: Habegger (Fn. 1) § 12 N 55 ff.

⁶⁴ Eine Grenzen-Verletzung bleibt indes weitgehend sanktionslos für die AG. ANDREAS VON PLANTA, N 11 f. zu Art. 659 OR, in: Obligationenrecht II (Basel 1994); ausführlich: GIGER (Fn. 62) 127 ff.

⁶⁵ In diesem Sinne: BÖCKLI (Fn. 13) N 1949 a.E. sowie N 1950 a.A.; GIGER (Fn. 62) 55 f.; HABEGGER (Fn. 1) § 12 N 59 f.; Stäubli (Fn. 55) N 28 zu Art. 736 OR; BRATSCHI (Fn. 57) 195; HÖHN (Fn. 36) 124; MÜLLER (Fn. 59) 116. A.M.: HANDSCHIN (Fn. 30) 45, der sich für die Zulässigkeit eines Erwerbs bis zu 20 Prozent des Aktienkapitals ausspricht; etwas unklar: PETER NOBEL, Vom Umgang mit eigenen Aktien (Zürich 1994) 36 stellt zwar fest, «dass der Richter weder an die Erwerbsgrenzen von 10%, noch an die Verfügbarkeit von freien Mitteln gebunden» sei, erwähnt dann aber – notabene bei den «begleitenden Massnahmen» – z.B. die Kapitalherabsetzung (a.a.O. 37).

sei denn, es gehe um vinkulierte Namenaktien. M.E. sollte aber *generell* ein Erwerb eigener Aktien durch die AG bis *zwanzig Prozent* des Aktienkapitals zugelassen werden:

Die Zehn-Prozent-Grenze von Art. 659 Abs. 1 OR zielt auf den *freiwilligen* Erwerb von Aktien durch die AG ab. Im Zusammenhang mit Art. 736 Ziff. 4 OR geht es hingegen um eine völlig andere Ausgangssituation, indem eine *zwangsweise* Anordnung durch ein Gericht zur Debatte steht⁶⁶, die insbesondere kein «Komplott gegen die Schutznormen»⁶⁷ darstellt. Es kann wohl nicht angehen, dass sich die beklagte Gesellschaft hinter einer Schutzwand verstecken will, die eigentlich gegen deren eigenes Missbrauchspotential errichtet wurde. Die Regelung von Art. 736 Ziff. 4 OR darf als *lex specialis* zu Art. 659 Abs. 1/Abs. 2 OR verstanden werden.

Da eine «andere sachgemässe (...) Lösung» zusätzlich aber auch noch für die sog. «Beteiligten»⁶⁸ – so etwa für die anderen Minderheitsaktionäre und die Gläubiger – zumutbar sein muss, kann ein *schrankenloser* Erwerb a priori *nicht* zulässig sein⁶⁹. *Drei Regulative* sind deshalb bei der Anordnung eines «Auskaufs» – notabene auf dem Weg eines Erwerbs eigener Aktien – vom Richter zu beachten:

(i) Die Finanzierung hat ausschliesslich aus *frei verwendbarem Eigenkapital* (Art. 659 Abs. 1 OR) zu erfolgen; diese Grundvoraussetzung ist strikte zu beachten. (ii) Die Erwerbsgrenze bei allen Aktien – also nicht nur bei vinkulierten Namenaktien – beträgt *maximal 20 Prozent* des Aktienkapitals (analog Art. 659 Abs. 2 *Satz 1* OR). (iii) Die Gesellschaft ist ausserdem zu verpflichten, die über die Zehn-Prozent-Grenze hinaus erworbenen Aktien *innert zwei Jahren* entweder zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten (analog Art. 659 Abs. 2 *Satz 2* OR).

Ein erfolgsversprechendes «Abwehrdispositiv» für die AG besteht darin, die Voraussetzungen für einen solchen Erwerb zu vereiteln, so etwa durch den frühzeitigen Kauf eigener Aktien oder durch die Verminderung des frei verwendbaren Eigenkapitals⁷⁰. Ein (potentieller) Auflösungskläger hat seinerseits immerhin die Möglichkeit, dieses Defensivszenario der Gesellschaft mittels *vorsorglichen Massnahmen* zu durchkreuzen⁷¹. Ein *missbräuchliches* Verhalten der AG, das der Aktionär nicht verhindern konnte oder wollte, dürfte zwar die ganze oder teilweise Abweisung der Klage nicht verhindern, sollte jedoch zumindest mit *Kostenfolgen* zulasten der obsiegenden Gesellschaft verbunden sein.

⁶⁶ Ähnlich im Ansatz: HANDSCHIN (Fn. 30) 45.

⁶⁷ BÖCKLI (Fn. 13) N 403 f. (Titel).

⁶⁸ Hierzu: HÖHN (Fn. 36) 116.

⁶⁹ Für einen indirekten Austritt über diese Schranke hinaus steht nur, aber immerhin die für den Kläger etwas kompliziertere Herabsetzung des Aktienkapitals (Teilliquidation) zur Verfügung; Vgl. dazu hinten III.2.b.cc.

⁷⁰ In diesem Sinne: HÖHN (Fn. 36) 124; BRATSCHI (Fn. 57) 195.

⁷¹ Allg.: KUNZ (Fn. 22) 161 ff., v.a. 166 f.

cc) Teilliquidation der AG

Sollte die Anordnung des Erwerbs eigener Aktien – aus welchen Gründen auch immer⁷² – nicht oder nicht im vollen Umfang möglich sein, so kommt immer noch (u.U. in *Ergänzung* zum angeordneten Erwerb eigener Aktien)⁷³ eine gerichtlich verfügte *Kapitalherabsetzung* in Frage. Zur Anwendung gelangen in diesem Fall jedoch *sämtliche* Regelungen gemäss Art. 732 ff. OR mit der einen Ausnahme, dass nämlich das Urteil des Gerichts den GV-Beschluss (Art. 732 OR) ersetzt.

Der *Nachteile* gegenüber der Anordnung eines Erwerbs eigener Aktien ist offensichtlich: Das Verfahren bis zum Vollzug des «Auskaufs» dauert länger⁷⁴. Eine entsprechende Anordnung des Richters ohne das Vorliegen eines *besonderen Revisionsberichts*, der bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung des Aktienkapitals gedeckt sind (Art. 732 Abs. 2 OR), ist unzulässig⁷⁵. Ausserdem muss ein *dreimaliger Schuldenruf im SHAB* stattfinden sowie anschliessend eine *Frist von zwei Monaten* zur Anmeldung der Forderung gewährt werden (Art. 733 OR).

Die faktischen Unsicherheiten – wie bereits beim angeordneten Erwerb eigener Aktien – sowie die allenfalls lange Dauer dürften indes in der Praxis eine gewisse Zurückhaltung sowohl bei den Klägern als auch bei den Gerichten für diese «andere sachgemässe (...) Lösung» zur Folge haben. Obwohl die Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR also *kein Garant* für ein indirektes Austrittsrecht darstellt, wird m.E. deren *Potential krass unterschätzt*. Die künftige Gerichtspraxis und (mögliche) Gesetzesrevisionen in der näheren oder fernerer Zukunft könnten die Situation drastisch ändern.

IV. Ausblick

1. Praxis der Gerichte

M.W. wurde vom Bundesgericht bis anhin noch kein Urteil zu einer Auflösungsklage unter geltendem Aktienrecht gefällt. Ob die Klage gemäss *Art. 736 Ziff. 4 OR* im Hinblick auf ein indirektes Austrittsrecht oder aber auch eine andere richterliche Anordnung künftig für den Minderheitenschutz nutzbar

⁷² So etwa für den Fall, dass kein bzw. nicht genügend frei verwendbares Eigenkapital vorhanden ist.

⁷³ Ähnlich wohl auch MÜLLER (Fn. 59) 116 f., der – zwar von einer anderen Prozent-Schwelle ausgehend – festhält, dass «für den Rest (...) das Kapitalherabsetzungsverfahren durchzuführen» ist (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷⁴ Allg. zur Verfahrensdauer sowie zur Sicherungspflicht: Höhn (Fn. 36) 125; HABEGGER (Fn. 1) § 12 N 119 f.

⁷⁵ HABEGGER (Fn. 1) § 12 N 81 f.

gemacht werden kann oder nicht, dürfte wohl insbesondere vom *Kostenfaktor* eines entsprechenden Verfahrens abhängen⁷⁶:

Der die Parteientschädigung und die Gerichtskosten massgeblich beeinflussende *Streitwert* sollte m.E. bei der Klage auf Auflösung «vom Kläger her» individualisiert werden. D.h. nicht das sog. «Gesamtinteresse» der AG soll – wie dies heute bei der Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) geschieht⁷⁷ – zugrunde gelegt werden, sondern das *klägerische Individualinteresse*⁷⁸. Immerhin ist dann aber m.E. davon auszugehen, dass die beiden neuen *Kostenverteilungs-Regelungen* zulasten der Gesellschaft, die das revidierte Recht für gewisse Klagen vorsieht⁷⁹, bei den Auflösungsklagen *nicht analog* zur Anwendung gelangen können⁸⁰.

Ein letzter prozessualer Punkt sei kurz erwähnt. Bei der Klage auf Auflösung handelt es sich um eine Gestaltungsklage⁸¹. Ein *gutheissendes* Urteil bindet m.a.W. sämtliche Aktionäre, hat also eine sog. «*erga omnes*»-Wirkung. Die Gesellschafter können deshalb ein eminentes Interesse haben, dem Verfahren mittels *Intervention* auf der Passivseite beizutreten⁸²:

M.E. hat konsequenterweise ein Gericht bei Vorliegen irgendeiner Gestaltungsklage – also nicht bloss bei Auflösungsklagen, sondern auch bei Anfechtungsklagen (Art. 706 f. OR) oder bei börsenrechtlichen Kraftloserklärungsklagen (Art. 33 Abs. 1 BEHG) – eine entsprechende *Informationspflicht* gegenüber den Aktionären⁸³. Diese Pflicht kann mit Publikation im SHAB oder in einem anderen statutarischen Publikationsorgan der AG erfüllt werden⁸⁴.

2. Künftige Gesetzgebungen

Im Hinblick auf die nächste Aktienrechtsrevision hat das EJPD schon im Januar 1993 eine Expertengruppe – *Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht»* – zur ersten Prüfung verschiedener Reformpostulate, u.a. zum Austrittsrecht,

⁷⁶ Ausführlich zu Streitwert/Kostentragung bei verschiedenen aktienrechtlichen Verfahren: KUNZ (Fn. 22) 85 ff.

⁷⁷ Zur Praxis nur etwa: BGE 66 II 48 m.w.H.; BGE 75 II 152 f. Erw. 1.

⁷⁸ Gl.M. auch HABEGGER (Fn. 1) § 19 N 92: «Nach richtiger Auffassung dürfte (...) allein das Interesse der Kläger und damit ihr Anteilswert die Obergrenze des Streitwertes bilden».

⁷⁹ Nämlich: Anfechtungsklagen (Art. 706 a Abs. 3 OR) sowie Verantwortlichkeitsklagen (Art. 756 Abs. 2 OR).

⁸⁰ Hierzu: KUNZ (Fn. 22) 93; gl.M. wie hier: ANDREAS CASUTT, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: FS für P. FORSTMOSE (Zürich 1993) 93. A.M. aber: HABEGGER (Fn. 1) § 19 N 98 ff.

⁸¹ Statt vieler: FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14) § 55 N 104.

⁸² Im neuen Börsengesetz ist dies explizit vorgezeichnet bei der sog. Kraftloserklärungsklage: Art. 33 Abs. 1 Satz 3 BEHG.

⁸³ A.M.: FRITZ RAPP, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht (Zürich 1997) 46. Gl.M. wie hier (zur Auflösungsklage): HABEGGER (Fn. 1) § 18 N 88 sowie § 19 N 113 ff.; allg.: KUNZ (Fn. 22) 103.

⁸⁴ Ebenso: HABEGGER (Fn. 1) § 19 N 116 m.w.H. Die Publikation erfolgt auf Kosten des Auflösungs- bzw. sonstigen Gestaltungsklägers.

eingesetzt. Die «Groupe» sprach sich überraschend deutlich *gegen* ein solches Recht aus: «Die Einführung eines Austrittsrechts ist grundsätzlich der falsche Ansatzpunkt⁸⁵».

Zwei nicht in der «Groupe» vertretene Autoren stellten kürzlich aber ein Privat-Projekt für eine Regelung der «*privaten Aktiengesellschaft*» vor, das ein Austrittsrecht enthalten soll: «Jeder Aktionär kann aus wichtigen Gründen beim Richter verlangen, die Gesellschaft zu verpflichten, seine Aktien zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zurückzukaufen. Der Richter bestimmt den wirklichen Wert, die Zahlungsbedingungen und die Sicherstellung, unter Berücksichtigung aller Umstände und Interessen, insbesondere auch der fiskalischen⁸⁶».

Das Bundesamt für Justiz hat im Herbst 1995 eine Arbeitsgruppe für die Überarbeitung des *GmbH-Rechts* eingesetzt. Deren Entwurf sieht ebenfalls ein Austrittsrecht bzw. eine entsprechende Klage vor⁸⁷: «Die Statuten können den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt einräumen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig machen. Jeder Gesellschafter kann aus wichtigem Grund beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus der Gesellschaft klagen. Das Gericht kann auf Antrag bestimmen, dass die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten während des Verfahrens ruhen oder andere vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Stellung des klagenden Gesellschafters anordnen⁸⁸».

De lege ferenda ist m.E. im Hinblick auf die *Auflösungsklage* zu fordern, (i) dass diese nicht mehr als Gruppen-, sondern als *Einzelklage* ausgestaltet wird;⁸⁹ die Schranke der «wichtigen Gründe», die bestehen bleiben sollte, gibt den Gerichten genügend Raum, um missbräuchliche Klagen abzuwehren. Sollte der Gesetzgeber dies ablehnen, so wäre m.E. zur Prozent-Schwelle (ii) *alternativ* eine *Nennwert-Schwelle* für die Aktivlegitimation einzuführen⁹⁰ oder aber (iii) zumindest zu *differenzieren* hinsichtlich den Anforderungen für die Klagen «auf Auflösung» einerseits und für die Klagen auf eine «andere sachgemässe (...) Lösung» andererseits⁹¹.

⁸⁵ Schlussbericht der «Groupe» vom 24. September 1993, 34.

⁸⁶ ALAIN HIRSCH/PETER NOBEL, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 132.

⁸⁷ Interessanterweise gehörten zwei der drei Mitglieder dieser Arbeitsgruppe bereits der «Groupe de reflexion» an, die sich – im Hinblick auf Aktiengesellschaften – noch gegen ein Austrittsrecht ausgesprochen hat; m.E. kann diese unterschiedliche Behandlung von GmbH und AG kaum logisch begründet werden.

⁸⁸ PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSE/JEAN-MARC RAPP, Reform des GmbH-Rechts (Zürich 1997) 41.

⁸⁹ Ebenso: ANDREAS BINDER, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (Diss. Basel 1988) 249; HABEGGER (Fn. 1) § 22 N 14.

⁹⁰ Das Vertreten von Aktien mit einem Nennwert von CHF 2 Mio. – wie auch in Art. 697 b Abs. 1 OR – dürfte Sinn machen.

⁹¹ BÖCKLI (Fn. 13) N 1940 Fn. 212 a.E. scheint bei der Auflösung die Zehn-Prozent-Schwelle bestehen lassen, bei der «anderen sachgemässen (...) Lösung» hingegen den Schwellenwert senken zu wollen.