

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Gesellschaftsrecht

Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes
Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich
der 37. Tagung für Rechtsvergleichung
vom 19. bis 21. September 2019 in Greifswald

Herausgegeben von
Peter Jung

Mohr Siebeck

Peter Jung ist Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel.

ISBN 978-3-16-159399-4 / eISBN 978-3-16-159400-7

DOI 10.1628/978-3-16-159400-7

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers	V
<i>Christopher Hare</i> Equal Treatment of Shareholders in English Law	1
<i>Bénédicte François</i> The Principle of Equal Treatment in French Company Law	33
<i>Virginijus Bitė</i> Equal Treatment in Lithuanian Corporate Law	51
<i>Peter V. Kunz/Peter Jung</i> Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Gesellschaftsrecht	75
<i>James D. Cox</i> Equal Treatment in Corporate Law: The American Experience	105
<i>Hanno Merkt</i> Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Gesellschaftsrecht – Generalbericht	113
Autorenverzeichnis	169
Sachverzeichnis	171

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Gesellschaftsrecht

*Peter V. Kunz/Peter Jung**

I. Grundlagen des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

1. Rechtsgrundlagen

Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt keine für alle Gesellschaften geltenden Regelungen. Insofern gibt es auch keine allgemeingültige gesetzliche Verankerung des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern nur verstreute Vorschriften im Personengesellschafts-¹, Kapitalgesellschafts-² und Genossenschaftsrecht³, die als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips verstanden

* Die Verfasser danken Frau *Nadine Zbinden*, Rechtsanwältin, für umfassende Recherchen zum Thema; dem Länderbericht liegt ein vom Herausgeber dieses Bandes entworfener Fragebogen zugrunde.

¹ Die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft werden vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen bei den Beitragsleistungen (Art. 531 Abs. 2 OR), bei der Gewinn- und Verlustverteilung (Art. 532, 533 Abs. 1 OR), bei der Beschlussfassung (Art. 534 OR) und der Geschäftsführung (Art. 535 Abs. 1 OR) absolut gleich behandelt (sog. Kopfprinzip); vorbehaltlich der Sonderstellung der Kommanditäre einer Kommanditgesellschaft gilt dies aufgrund von Verweisungen auch für die Personenhandelsgesellschaften (Art. 557 Abs. 2, 598 Abs. 2 OR); siehe dazu auch *Fellmann/Müller*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/8 (Obligationenrecht – Die einzelnen Vertragsverhältnisse – Die einfache Gesellschaft Art. 530–544 OR), Bern 2006, Art. 530 N. 614 und N. 616.

² Im Aktienrecht finden sich allgemeine Gleichbehandlungsgebote in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 OR („Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse [der Generalversammlung], die [...] in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken“) und Art. 717 Abs. 2 OR („Sie [die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsleitung befassten Personen] haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“); Ähnliches gilt für die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 OR, wobei die Sonderstellung der Komplementäre zu berücksichtigen ist) und die GmbH (Art. 808c OR und Art. 813 OR).

³ Art. 854 OR: „Die Genossenschafter stehen in gleichen Rechten und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt“; zum Zusammenhang zwischen dem Gleichbehandlungsgrundsatz und den genossenschaftlichen Strukturelementen nach Art. 828 OR (Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe) siehe näher *Bernheimer*, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1949, S. 16 ff. und *Kummer*, Die Gleichbehand-

werden können⁴. Rechtsprechung⁵ und Lehre⁶ haben das ihre dazu beigetragen, über die gesetzlichen Einzelausprägungen hinaus einen allgemeinen eigenständigen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter zu entwickeln bzw. ihn aus der gemeinsamen Zweckverfolgung auf vertraglicher Grundlage⁷, dem Grundsatz von Treu und Glauben⁸ oder dem Rechtsmissbrauchsverbot⁹ herzuleiten¹⁰. Der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird schließlich noch durch kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgebote zugunsten (potentieller) Anleger ergänzt. So bezweckt das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) nach Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich auch die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Anlegerinnen und Anleger. In Umsetzung dieser Zielsetzung im Rahmen der in der Schweiz wichtigen Börsenselbstregulierung sind die Emittenten etwa bei der Ad hoc-Publizität ausdrücklich dazu verpflichtet, Bekanntmachungen so vorzunehmen, dass die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer gewährleistet ist¹¹. Daher setzt eine Ungleichbehandlung sachliche Gründe vor-

lung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Bern 1949, S. 25ff.

⁴ Siehe nur BGE 95 II 157 E. 9.a und BGE 131 III 459, E. 5.4.2; *von Steiger*, Schweizerisches Privatrecht VIII/I (Gesellschaftsrecht), Basel 1976, S. 298.

⁵ Siehe etwa BGE 69 II 246 E. 1; BGE 91 II 298 E. 2; BGE 95 II 157 E. 9.a; BGE 117 II 290 E. 6.b.bb; BGer 4C.242/2001 E. 3.1.

⁶ Siehe etwa *Wieland*, Handelsrecht, Band 2 (Die Kapitalgesellschaften), München und Leipzig 1931, S. 198ff. (eigenständige Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unabhängig von anderen Rechtsausübungsschranken wie Treu und Glauben); *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, S. 30 (selbständiges Ordnungsprinzip, welches zur Regulierung nicht konsensualer Entscheidungsverfahren durch Wahrung sämtlicher berechtigter Interessen der von einer Entscheidung betroffenen Personen beizutragen habe); *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N. 681 (fundamentales gesellschaftsrechtliches Gestaltungsprinzip, das über das Verbot des Rechtsmissbrauchs und ein rein defensiv verstandenes Willkürverbot hinausgehe).

⁷ BGE 69 II 246 E. 1; *von Steiger* (Fn. 4), S. 300; für das Personengesellschaftsrecht *Handschin/Vonzun*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – Obligationenrecht Teilband V/4a, 4. Aufl., Zürich 2009, Art. 530 N. 194; für das Aktienrecht *von Greyerz*, Die Aktiengesellschaft, SPR VIII/2, Basel 1982, S. 175; allg. für das Aktienrecht *Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 8 N. 72.

⁸ *von Steiger* (Fn. 4), S. 299f.

⁹ BGE 102 II 265 E. 2 (der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei eine nicht abschließende Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots, wobei das Bundesgericht keine klare Trennung zwischen Art. 2 Abs. 1 ZGB – Grundsatz von Treu und Glauben – und Art. 2 Abs. 2 ZGB – Rechtsmissbrauchsverbot – vornimmt); grundlegend *Egger*, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45 (1926), 1, 29ff.; ferner *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 13 und N. 56; krit. *von Greyerz* (Fn. 7), S. 175; zwischenzeitlich wurde der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sogar als *lex specialis* zum Rechtsmissbrauchsverbot betrachtet, sodass daneben ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 ZGB als ausgeschlossen angesehen wurde (so etwa BGE 69 II 246 E. 1 im Wesentlichen im Anschluss an *Spieß*, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Zürich 1941, S. 129; aufgegeben durch BGE 102 II 265 E. 2).

¹⁰ Zur Ideengeschichte näher *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 7ff.

¹¹ Art. 53 Abs. 3 des Kotierungsreglements der SIX Exchange Regulation; Ziff. 17.3 des

aus, deren Vorliegen im Kapitalmarktrecht mit grösserer Zurückhaltung als im aktienrechtlichen Kontext angenommen wird¹². Die Gleichbehandlung gehört darüber hinaus zu den Eckpfeilern auch des schweizerischen Übernahmerechts, sodass einerseits die Anbieter die Inhaber von Beteiligungspapieren derselben Art einer Zielgesellschaft gleich zu behandeln haben (Art. 127 Abs. 2 FinfraG) und andererseits die Zielgesellschaft zur Gleichbehandlung mehrerer Anbieter verpflichtet ist (Art. 133 FinfraG i. V. m. Art. 49 UEV)¹³.

Da die Grundrechte nach Art. 35 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) „in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“ müssen und die Behörden (einschließlich der Gerichte) nach Art. 35 Abs. 3 BV dafür zu sorgen haben, „dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden“, könnte zudem das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) im Gesellschaftsrecht Wirkung entfalten¹⁴. Vor diesem Hintergrund bestehen auch im schweizerischen Recht das Konzept der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über die privatrechtlichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe¹⁵ sowie die Lehre von der Pflicht des Staates und seiner Einrichtungen zum Schutz der Grundrechte unter Privaten¹⁶. Das bedeutet jedoch nicht, dass Private unmit-

Kotierungsreglements der BX Swiss AG; näher dazu *Gruber/Huber*, Ad hoc-Publizität: Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht, Jusletter vom 27. Juni 2005.

¹² *Böckli/Bühler*, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005, 101, 109f.; *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 78.

¹³ Zur Gleichbehandlung mehrerer Anbieter durch die Zielgesellschaft im Hinblick auf die Gewährung einer due diligence-Möglichkeit siehe BGE 133 II 232; dazu näher *Emmenegger*, Gleichbehandlung bei konkurrierenden öffentlichen Übernahmeangeboten: Der Entscheid SIG Holding AG, in: *Kalss/Fleischer/Vogt* (Hrsg.), *Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten*, Tübingen 2016, S. 67ff.; *von der Crone*, Übernahmerechtliche Grundsätze: Transparenz, Gleichbehandlung und Lauterkeit, in: *Schweizerische Übernahmekommission* (Hrsg.), *Schweizerisches Übernahmerecht in der Praxis*, Zürich 2005, S. 1, 14.

¹⁴ So ausdrücklich etwa aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte *von Steiger* (Fn. 4), S. 300.

¹⁵ Siehe dazu nur allgemein BGE 143 I 217 E. 5.2: „L'application – sinon immédiate, du moins indirecte – des règles constitutionnelles aux relations entre les particuliers n'est pas exclue, s'agissant notamment de l'interprétation des clauses générales et des notions juridiques indéterminées du droit privé“; ferner BGE 111 II 245 E. 4b mit zahlreichen Nachweisen; *Rhinow/Schefer/Uebersax*, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016, N. 1166ff.; *Saladin*, Grundrechte und Privatrechtsordnung, Zum Streit um die sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte, SJZ 84 (1988), 373, 381ff.; *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002, S. 152ff.

¹⁶ BGE 126 II 300 E. 5.; *Egli* (Fn. 15), S. 155ff.; *G. Müller*, Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79 (1978), 233, 238ff.; *Schefer*, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 11 (2002), 1131, 1138; offengelassen in BGE 119 Ia 28 E. 2. speziell für das Gesellschaftsrecht *P. Jung*, in: *Handschin* (Hrsg.), *Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Art. 620–659b OR: Die Aktiengesellschaft – Allgemeine Bestimmungen*, Zürich 2016, Vor Art. 620 N. 43ff.

telbar an die Grundrechte gebunden wären¹⁷ oder auch nur der Staat für die faktische Gleichbehandlung zwischen Privaten zu sorgen hätte¹⁸. Im Privatverkehrsverkehr sollen letztlich allein die privat- und strafrechtlichen Normen zur Anwendung gelangen¹⁹. Insofern ist auch das Fehlen einer unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit spürbar, die auf die Beachtung der genannten verfassungsrechtlichen Vorschriften und Konzepte durch den Zivilgesetzgeber und die Zivilgerichte ein besonderes Augenmerk richten könnte. Dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot und den Diskriminierungsverböten von Art. 8 BV kommt daher in dem vom Grundsatz der Privatautonomie durchdrungenen Privatrecht und speziell im Gesellschaftsrecht trotz Art. 35 BV keine besondere Bedeutung zu²⁰. Das Bundesgericht nahm lediglich in einem Fall insofern auf Art. 8 BV Bezug, als es das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot von Art. 717 Abs. 2 OR, das sich an die Exekutivorgane einer Aktiengesellschaft richtet, als „vergleichbar mit der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Rechtsanwendung durch staatliche Organe“ bezeichnete²¹. Die Verwaltungsorgane hätten daher „ihr Ermessen in der Weise auszuüben, dass sie weder einzelnen Aktionären Sondervorteile verschaffen noch deren Partikularinteressen fördern“²². Bei den Entscheidungen des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft könnten „allerdings nebst den Unterschieden des Sachverhalts auch die im konkreten Einzelfall auf dem Spiel stehenden Gesellschaftsinteressen eine verschiedene Behandlung rechtfertigen“²³.

Bei prinzipieller Anwendbarkeit eines ausländischen Gesellschaftsrechts kann das Gleichbehandlungsgebot des schweizerischen Gesellschaftsrechts nur dann als international zwingende Eingriffsnorm nach Art. 18 IPRG zum Tragen kommen, wenn es nicht wie weitgehend im Personengesellschaftsrecht be-

¹⁷ Speziell zu Art. 8 BV BGer 5A_384/2018 E. 3: „Grundrechte entfalten ihre Schutzwirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Art. 8 BV hat keine unmittelbare Drittwirkung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen. Indessen sind bei der Auslegung der Vorschriften des Zivilrechts die besonderen Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus den Grundrechten ergeben (BGE 137 III 59 E. 4.1 S. 61 f.). Allerdings setzt dies voraus, dass sich der Beschwerdeführer konkret mit den zivilrechtlichen Normen auseinandersetzt und nicht einfach abstrakt auf Grundrechte beruft (...)“.

¹⁸ Waldmann, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 8 N. 24.

¹⁹ BGE 143 I 217 E. 5.2: „La reconnaissance de cet effet ‚horizontal‘ des droits fondamentaux n’empêche cependant pas que les rapports entre particuliers relèvent directement des seules lois civiles et pénales. C’est donc par celles-ci que l’individu est protégé contre les atteintes que d’autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels“.

²⁰ Für das Aktienrecht P. Jung (Fn. 16), Vor Art. 620 N. 46; vgl. dazu auch BGE 133 III 167 ff. (Vereinbarkeit der Beschränkung des Kreises der Begünstigten einer Familienstiftung auf die männlichen Nachkommen mit Art. 8 BV).

²¹ BGer 4C.242/2001 E. 3.1; zustimmend Liebi, Vorzugsaktien, Zürich/St. Gallen 2008, N. 148 sowie dort Fn. 615; vgl. auch Böckli (Fn. 6), § 13 N. 680a.

²² BGer 4C.242/2001 E. 3.3 in wörtlicher Anlehnung an Huguenin Jacobs (Fn. 6), S. 210.

²³ BGer 4C.242/2001 E. 3.1.

reits national dispositiv ist, der Sachverhalt einen genügenden Inlandsbezug aufweist²⁴ und wenn es darüber hinaus elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen der schweizerischen Rechtsordnung zur Geltung verhilft. Das ist etwa der Fall, soweit sich der Grundsatz mit dem Rechtsmissbrauchsverbot deckt, da dieses allgemein und auch im Gesellschaftsrecht als international zwingend angesehen wird²⁵. Im Übrigen wird die Rechtswahl der (Gründer-)Gesellschafter, die sich mit der Gründung einer Gesellschaft nach einem bestimmten Recht verbindet, hingenommen²⁶.

2. Funktionen

Das Gleichbehandlungsprinzip dient im schweizerischen Gesellschaftsrecht in erster Linie der Kompensation des durch das Mehrheitsprinzip bedingten Konsensmangels²⁷. Fehlt es im Geltungsbereich des Einstimmigkeitsprinzips oder bei einer Zustimmung der negativ betroffenen Gesellschafter an einem Konsensmangel, tritt der Gleichbehandlungsgrundsatz hinter demjenigen der Privatautonomie und insbesondere der Vertragsfreiheit zurück²⁸. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird folglich neben anderen Rechtsinstituten (Sachlichkeitsgebot²⁹, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁰) vor allem als Inhaltsschranke für Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter betrachtet³¹. Es handelt sich um ein zentrales Instrument des Minderheitenschutzes, mit dem ein Machtmissbrauch der Mehrheit zulasten der Minderheit in Form einer nicht dem Kopf- oder Proportionalitätsprinzip entsprechenden Zuweisung von Vor- und Nachteilen ver-

²⁴ Vgl. zu dieser ungeschriebenen Voraussetzung von Art. 18 IPRG BGE 128 III 201 E. 1d und *Mächler-Erne/Wolf-Mettier*, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 18 N. 14.

²⁵ Siehe zur international zwingenden Natur des Rechtsmissbrauchsverbots nur BGE 128 III 201 E. 1c; BGer 4A_692/2011 E. 4.1; BGer 4C.36/2000 E. 1.c und BGer 5C.255/1990.

²⁶ *Meier*, Eingriffsnormen im Gesellschaftsrecht – Ein Beitrag zur teleologischen Auslegung des Art. 18 IPRG unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, Zürich 2010, S. 162ff.

²⁷ Für die Personengesellschaften *von Steiger* (Fn. 4), S. 301 mit Fn. 14 und 15; für die Aktiengesellschaft *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 23ff. und 27; für die GmbH *Bäbler*, Die massgeschneiderte Gesellschaft – Ausgestaltungsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen am Beispiel der GmbH (unter Berücksichtigung der Revision des GmbH-Rechts), Bern 1999, S. 69f.

²⁸ *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 618ff.; *von Steiger* (Fn. 4), S. 299; speziell für die Ergebnisverteilung *Handschin/Vonzun* (Fn. 7), Art. 533 N. 64ff.

²⁹ Siehe dazu nur *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N. 87ff.; *von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 8 N. 40ff.

³⁰ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip (unter besonderer Betonung des Erforderlichkeitsgrundsatzes auch sog. Gebot der schonenden Rechtsausübung) siehe nur *Pelli*, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Zürich 1978; *von der Crone* (Fn. 29), § 8 N. 47ff.

³¹ Generell *von Steiger* (Fn. 4), S. 301 mit Fn. 15; speziell für das Personengesellschaftsrecht etwa *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 616 und N. 622; speziell für das Aktienrecht etwa *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 23ff. und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 24f.

hindert werden soll³². Im Anwendungsbereich des Drittorganschaftsprinzips, d.h. vor allem bei den in der Schweiz stark verbreiteten³³ Aktiengesellschaften³⁴, soll der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter durch die Exekutivorganmitglieder ebenfalls ein Konsensdefizit ausgleichen und vor Machtmissbräuchen schützen³⁵. In beiden Fällen geht es insbesondere um einen Schutz vor willkürlichen bzw. rechtsmissbräuchlichen Ungleichbehandlungen³⁶. In einer kapitalmarktrechtlichen Optik dient dieser durch den Gleichbehandlungsgrundsatz gewährleistete Minderheitenschutz auch der für die Investitionsbereitschaft notwendigen Vertrauensbildung³⁷.

Beziehen sich die den Grundsatz verletzenden Beschlüsse der Gesellschafter bzw. die Handlungen der Exekutivorganmitglieder auf den Gesellschaftsvertrag oder einen anderen Vertrag, bildet das Gebot der Gleichbehandlung der Gesellschafter zugleich eine Grenze der Vertragsabschluss- und/oder der Vertragsinhaltsfreiheit³⁸. Entfällt der Grund für eine im Gesellschaftsvertrag getroffene Differenzierung, kann das Gleichbehandlungsprinzip zudem in Einschränkung des Grundsatzes der negativen Vertragsänderungsfreiheit eine Vertragsanpassung gebieten³⁹.

Fehlt es an gesellschaftsvertraglichen Regelungen, kann dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine lückenfüllende Funktion zukommen⁴⁰. Verschiedentlich finden sich hierzu aber auch vorrangige gesetzliche Regelungen. So kann etwa bei einer vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 533 Abs. 1 OR abweichenden bloßen Gewinnverteilungsabrede für die im Gesellschaftsvertrag nicht geregelte Verlustverteilung nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (Kopfprinzip) zurückgegriffen werden. Vielmehr gilt nach dem in Art. 533 Abs. 2 OR ver-

³² BGer 4C.242/2001 E. 3.1; *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 56ff.; *von Greyerz* (Fn. 7), S. 175; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 25.

³³ Die letzte Statistik des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) sieht die Aktiengesellschaft mit 221.065 Einheiten immer noch an der Spitze der registrierten Gesellschaftsformen (die Statistik ist abrufbar unter: <https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/statistiken/2020-01-01-eingetr-Rechtseinheiten-Rechtsform.pdf>).

³⁴ Der Grundsatz der Drittorganschaft gilt im schweizerischen Recht nicht für die GmbH (Art. 809 Abs. 1 OR) und die Komplementäre einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 765 Abs. 1 OR); bei der Genossenschaft gilt zwar der Grundsatz der Drittorganschaft mit seinem Erfordernis der Bestellung auch der Genossenschafter, doch wird eine Kopplung an die Interessen der Genossenschafter dadurch sichergestellt, dass die Mehrheit der Verwaltungsmitglieder aus Genossenschaftern bestehen muss (Art. 894 Abs. 1 OR); näher zu den Grundsätzen der Selbstorganschaft und Drittorganschaft *P. Jung*, in: *Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2018, § 6 N. 4ff.

³⁵ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 23ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 26.

³⁶ BGE 95 II 157 E. 9.b; *von Steiger* (Fn. 4), S. 301 mit Fn. 14 und 15.

³⁷ *Bärtschi/Hirschi*, Vertrauen im Kapitalmarkt, SZW 2017, 771, 775 und 784f.

³⁸ Zur Begrenzung der Vertragsfreiheit der Gesellschaft näher *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 54ff. und 260ff.

³⁹ *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 620 (unter Hinweis auf *Ulmer*).

⁴⁰ *Handschin/Vonzun* (Fn. 7), Art. 530 N. 195; *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 621.

ankerten Symmetrieprinzip der vereinbarte Gewinnverteilungsschlüssel auch für die Verlustverteilung. Haben die Parteien im Gesellschaftsvertrag etwa das Proportionalitätsprinzip in Abhängigkeit vom Umfang und Wert der Beitragsleistungen festgelegt, muss auch dieses und nicht das Kopfprinzip zur Füllung von Vertragslücken herangezogen werden⁴¹. Der Gleichbehandlungsgrundsatz dient schließlich als Auslegungsmaxime, wenn der Wille zu einer zulässigen ungleichen Behandlung nicht klar genug zum Ausdruck gekommen ist⁴².

3. Anwendungsbereich

Als (teils ungeschriebener) Grundsatz gilt die Gleichbehandlung der Gesellschafter für alle Gesellschaftsformen⁴³. Er betrifft die gesellschaftsrechtlichen Vermögens-, Mitwirkungs- und Schutzrechte grundsätzlich genauso wie die Pflichten. Die Partizipationsscheininhaber sind als Beteiligte ohne Stimmrecht und den damit zusammenhängenden Rechten allerdings nur in vermögensmäßiger Hinsicht den Aktionären (zumindest der am wenigsten bevorzugten Kategorie) gleichgestellt (Art. 656f Abs. 1 und 2 OR). Eine Besonderheit ergibt sich zudem für die Verlusttragungspflicht durch Personengeschafter, die nach h.M. vertraglich nur zugunsten von Gesellschaftern ausgeschlossen werden kann, die ihren Beitrag zur Zweckverfolgung in Form von Arbeitsleistungen erbringen (arg. e Art. 533 Abs. 3 OR)⁴⁴. Außerdem differiert der Maßstab der Gleichbehandlung durchaus nach der Art des Rechts⁴⁵.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nach h.M. nur für die aktuellen Gesellschafter⁴⁶. Dritte bzw. ehemalige oder künftige Gesellschafter können sich

⁴¹ *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 621 (unter Hinweis auf *Ulmer*).

⁴² *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 621 (unter Hinweis auf *Hadding*).

⁴³ *von Steiger* (Fn. 4), S. 298; *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 5.

⁴⁴ BGE 26 II 241 E. 3 (Wesensnotwendigkeit der Verlusttragung durch grundsätzlich alle Gesellschafter); *Becker*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934, Art. 533 N. 11; teilweise wird immerhin eine analoge Anwendung von Art. 533 Abs. 3 OR auf alle einen Sozialschutz verdienenden Gesellschafter (so *Handschin*, in: *Honsell/Vogt/Watter* [Hrsg.], Basler Kommentar – Obligationenrecht II [Art. 530–964 OR], 5. Aufl., Basel 2016, Art. 533 N. 7f.) bzw. eine stark zurückgesetzte Stellung einnehmenden Gesellschafter (so *Siegwart*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften [Art. 530–619], Zürich 1938, Art. 533 N. 7ff.) befürwortet; krit. vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit mit eingehender Darstellung des Meinungsstands *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 533 N. 45 ff. m. w. N.; ferner *P. Jung*, in: *Roberto/Trüb* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 533 N. 3.

⁴⁵ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 32; dazu näher im Text bei Fn. 65 ff.

⁴⁶ Zum Erfordernis einer bereits bestehenden Aktionärs- bzw. Partizipantenstellung *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 28; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 34 ff.; zu Ausnahmen im Vereinsrecht *Riemer*, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band I: Einleitung und Personenrecht. 3. Abteilung: Die juristischen Personen. 2. Teilband: Die Vereine – Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, Art. 70 N. 67 ff. und

grundsätzlich nicht auf das Gleichbehandlungsprinzip berufen⁴⁷. Eine Ausnahme besteht jedoch zugunsten der Inhaber von Wandel- oder Optionsrechten, die durch die Erhöhung des Aktienkapitals, durch die Ausgabe neuer Wandel- oder Optionsrechte oder auf andere Weise nur beeinträchtigt werden dürfen, wenn der Konversionspreis gesenkt oder den Berechtigten auf andere Weise ein angemessener Ausgleich gewährt wird, oder wenn die gleiche Beeinträchtigung auch die Aktionäre trifft (Art. 653d Abs. 2 OR)⁴⁸. Im Genossenschaftsrecht kann es vor dem Hintergrund des Prinzips der offenen Tür⁴⁹ zur Anwendung des Grundsatzes auf eintrittswillige Personen kommen, wenn eine Eintrittsvoraussetzung in den Zeitraum wirkt, während dem die Eintrittswilligen Genossenschafter sein werden⁵⁰.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt sowohl bei Beschlüssen der Gesellschafter (z. B. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR) wie bei Beschlüssen und sonstigen Verhaltensweisen der Exekutivorgane (z. B. Art. 717 Abs. 2 OR) zum Tragen⁵¹. Er gilt auch bei Ermessensentscheidungen der Exekutivorgane⁵². Untereinander sind zumindest die Aktionäre grundsätzlich nicht zur Gleichbehandlung verpflichtet, weil die Aktionäre nach dem streng hochgehaltenen Grundsatz von Art. 680 Abs. 1 OR auch durch die Statuten nicht zu mehr als zur Leistung ihrer Einlage verpflichtet werden können⁵³. Nur wenn sie sich Exekutivorganfunktionen auf gewisse Dauer faktisch anmaßen (z. B. als aus dem Hintergrund die Gesellschaft steuernder Großaktionär), unterliegen sie wie die formell bestellten Organmitglieder der Gleichbehandlungspflicht nach Art. 717 Abs. 2 OR⁵⁴. Im

N. 150; generell für einen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützten Anspruch auf Aufnahme in einen Verband *H. Jung*, Über das Prinzip der offenen Türe im Recht der Verbände, Aarau 1956, S. 95 ff.

⁴⁷ Das gilt auch umgekehrt, sodass Privilegien für Nichtgesellschafter nicht gegen das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstoßen können (vgl. zur Zulässigkeit einer statutarischen Ausnahme von der Höchststimmllimite zugunsten institutioneller Stimmrechtsvertreter BGE 117 II 290 E. 6.b.bb).

⁴⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 34; *P. Jung* (Fn. 16), Art. 620 N. 51.

⁴⁹ Art. 839 OR; vgl. dazu (ohne Bezugnahme auf den Gleichbehandlungsgrundsatz) BGE 118 II 435 E. 3.

⁵⁰ *Courvoisier*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 854 N. 3; generell für einen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützten Aufnahmeanspruch in Verbände *H. Jung* (Fn. 46), S. 95 ff.

⁵¹ Zu unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen siehe aber noch im Text vor Fn. 97.

⁵² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 69 f.

⁵³ Näher dazu *P. Jung* (Fn. 16), Art. 620 N. 16 ff.

⁵⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 30 mit Fn. 11; *Bühler*, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Art. 698–726 und 731b OR: Die Aktiengesellschaft – Generalversammlung und Verwaltungsrat – Mängel in der Organisation, Zürich 2018, Art. 717 N. 252; *Hofstetter*, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften, SZW 1996, 222, 224.

Kapitalmarktrecht gelten zudem für die Inhaber größerer Aktienpakete Ausnahmen⁵⁵.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch im Verhältnis zwischen verschiedenen Beteiligungsarten bzw. -gattungen zu beachten, sodass etwa die Einführung unterschiedlicher Aktienarten (z.B. Inhaberaktien und vinkulierte Namenaktien) und Aktiengattungen (z.B. Stimmrechtsaktien bzw. Vorzugsaktien und Stammaktien) nur dann zulässig ist, wenn die Verfolgung des Gesellschaftszwecks und damit das überwiegende Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse aufgrund einer Interessenabwägung das Sonderopfer der betroffenen Aktionäre rechtfertigt⁵⁶. Eine Ungleichbehandlung innerhalb ein und derselben Aktienkategorie ist allerdings strenger zu beurteilen als eine solche zwischen verschiedenen Kategorien⁵⁷.

Fraglich ist, ob das Prinzip auf die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft beschränkt ist oder auch auf Drittverträge mit Gesellschaftern zur Anwendung gelangt. Das Bundesgericht hat nämlich in einer älteren Leitentscheidung festgehalten, dass das Gleichbehandlungsprinzip nur bei Beschlussfassungen „über die rechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären und der Gesellschaft“ einzuhalten sei und dass die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, grundsätzlich alle Aktionäre gleich zu behandeln, nicht auch für Geschäfte gelte, in denen sie der Gesellschaft wie Nichtaktionäre gegenüberträten⁵⁸. Die h.L. vertritt demgegenüber die Meinung, dass die Vertragsfreiheit der Gesellschaft durch das Gleichbehandlungsprinzip eingeschränkt werde, wenn der Drittvertrag einen – und sei es nur faktischen – Konnex zur Gesellschafterstellung aufweise (z.B. Erwerb eigener Aktien⁵⁹, Verkauf eigener Aktien an Aktionäre⁶⁰, Gewährung von Darlehen zu Sonderkonditionen an Aktionäre⁶¹)⁶². Anderenfalls könne das Gleichbehandlungs-

⁵⁵ Hofstetter (Fn. 54), S. 233; Bühler (Fn. 54), Art. 717 N. 252.

⁵⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 29), § 39 N. 39f.

⁵⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 29), § 39 N. 41; siehe auch noch unten im Text bei Fn. 92ff.

⁵⁸ BGE 88 II 98 E. 3 und Regeste 2; dazu näher Kunz, BGE 88 II 98 (1962) – oder: Was der „Zirkus Knie“ für die Gleichbehandlung der Aktionäre in der Schweiz bedeutet(e), in: Kalss/Fleischer/Vogt (Hrsg.), Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten, S. 189ff.

⁵⁹ Verfügung der Übernahmekommission der EBK vom 4. März 1998, EBK-Bulletin Nr. 36, S. 38ff.; näher von der Crone (Fn. 29), § 9 N. 76ff.

⁶⁰ A. A. BGE 88 II 105f.; mit Recht krit. unter Hinweis auf die wirtschaftliche Parallele zu Art. 652b Abs. 2 OR Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 29), § 39 N. 45 und N. 50; so auch Böckli (Fn. 6), § 4 N. 300.

⁶¹ Huguenin Jacobs (Fn. 6), S. 261 m.N. zu beispielhaften Fallkonstellationen in der Rechtsprechung.

⁶² Für die Aktiengesellschaft Huguenin Jacobs (Fn. 6), S. 54 und 256ff.; Kunz (Fn. 58), S. 198; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 29), § 39 N. 43ff.; P. Jung, (Fn. 16), Art. 620 N. 51; für die GmbH Watter/Roth-Pellanda, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 813 N. 9; für die Genos-

prinzip ohne große Schwierigkeiten umgangen werden, weil dann vertragsrechtlich gültig wäre, was gesellschaftsrechtlich verpönt sei⁶³. Einen durch strenge Voraussetzungen abgeschwächten Schutz bietet insofern auch die Regelung zur Rückgewähr von verdeckten Gewinnausschüttungen an Aktionäre oder an die mit ihnen familiär bzw. wirtschaftlich verbundenen Personen, die zu den von den Aktionären erbrachten Gegenleistungen und zur wirtschaftlichen Lage der Aktiengesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen (Art. 678 Abs. 2 OR). Die Bestimmung erfüllt eine Doppelfunktion, indem sie nicht nur die Voraussetzungen der Rückerstattungsklage, sondern auch die Bemessungskriterien des Gleichbehandlungsprinzips hinsichtlich der von der Aktiengesellschaft abgeschlossenen Verträge festlegt⁶⁴.

II. Inhalt des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

1. Absoluter und relativer Maßstab der Gleichbehandlung

Der Maßstab der Gleichbehandlung ist abhängig von der Gesellschaftsform und von der betroffenen Rechtsstellung. Bei den Personengesellschaften gilt zwar mit dem Kopfprinzip ein Grundsatz absoluter Gleichbehandlung. Abweichende gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen und (Mehrheits-)Beschlüsse können jedoch eine relative Gleichbehandlung (z.B. nach dem Umfang und Wert der Beitragsleistungen) und auch eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter vorsehen, sofern dies sachlich gerechtfertigt und nicht willkürlich ist⁶⁵.

Bei den Kapitalgesellschaften kommt grundsätzlich eine relative⁶⁶ Gleichbehandlung in Abhängigkeit von der Kapitalbeteiligung zum Tragen (sog. Proportionalitätsprinzip)⁶⁷, wobei im Gesetz teilweise auf die tatsächlich geleistete Einlage (Art. 661, 745 Abs. 1 OR) und teilweise auf den Nennwert der gehaltenen Anteile (Art. 692 Abs. 1 OR) abgestellt wird. Die Ausübung mancher Rechte ist an eine für alle Gesellschafter gleichermaßen geltende Beteiligungsquote

senschaft Nigg, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 854 N. 11 (Erfordernis eines Bezugs zur Verwirklichung des Genossenschaftszwecks und einer Grundlage der vertraglichen Beziehungen in den Statuten) und *Bernheimer* (Fn. 3), S. 51 f. (kein bloßes Gegenübertreten als beliebiger Dritter).

⁶³ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 260 f.

⁶⁴ *Liebi* (Fn. 21), N. 153.

⁶⁵ *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 617; *von Steiger* (Fn. 4), S. 301; speziell für die Ergebnisverteilung *Handschin/Vonzun* (Fn. 7), Art. 533 N. 67.

⁶⁶ In der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre ist missverständlich teilweise auch dann von einer relativen Gleichbehandlung die Rede, wenn es um mögliche Ausnahmen vom grundsätzlich geltenden absoluten oder relativen Gleichbehandlungsmaßstab (dazu noch im Text unter B. III.), also die Relativierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Einzelfall, geht.

⁶⁷ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 31; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 51 ff.

gebunden (Art. 699 Abs. 3, 736 Ziff. 4 OR). Die Schutzrechte (Informations- und Klagerechte) können jedoch nach dem Kopfprinzip von jedem Gesellschafter einzeln und unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung ausgeübt werden (z. B. Art. 678 Abs. 3, 696 f., 706 Abs. 1, 741 Abs. 2, 756 f. OR)⁶⁸. Teilweise finden sich wie bei der Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a f. OR) Kombinationen aus beidem. Schließlich sind auch einige Mitwirkungsrechte Individualrechte (Art. 689, 700 OR).

Die Rechtsnatur des Vereins bedingt hingegen grundsätzlich eine absolute Gleichbehandlung nach dem Kopfprinzip⁶⁹, wobei in grossem Umfang aber auch eine relative Gleichbehandlung vorgesehen werden kann⁷⁰. Das gilt nach Art. 854 OR grundsätzlich auch für die Genossenschaft⁷¹. So bestimmt das Gesetz nicht nur für die Schutzrechte (Art. 856, 891 OR)⁷², sondern auch für das Stimmrecht (Art. 885 OR), als Auffangregel für die Verteilung der Nachschüsse (Art. 871 Abs. 3 OR a. E.) und für die allfällige Verteilung eines Liquidationserlöses (nach dem ausdrücklich dispositiven Art. 913 Abs. 3 OR) die ausdrückliche Geltung des Kopfprinzips. Sofern ein Reinertrag der Genossenschaft jedoch aufgrund statutarischer Regelung ausnahmsweise nicht in das Genossenschaftsvermögen fällt, so erfolgt die Verteilung an die Genossenschafter vorbehaltlich abweichender statutarischer Regelung nach dem Maße der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die einzelnen Mitglieder (Art. 859 Abs. 2 OR)⁷³. Hat die Genossenschaft ausnahmsweise statutarisch ein Genossenschaftskapital gebildet und Anteilscheine ausgegeben, erfolgt ebenfalls verschiedentlich eine relative Gleichbehandlung nach dem Betrag der gehaltenen Genossenschaftsanteile (Art. 870 Abs. 2, 871 Abs. 2 und Abs. 3 OR). Möglich ist teilweise auch eine relative Gleichbehandlung nach Maßgabe der Mitgliederbeiträge (für die statutarisch vorgesehene Nachschusspflicht Art. 871 Abs. 2 OR).

⁶⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 29), § 39 N. 71 ff.; Huguenin Jacobs (Fn. 6), S. 38.

⁶⁹ Für das Stimmrecht ausdrücklich Art. 67 Abs. 1 ZGB; für die Beitragsleistung bis 31. Mai 2005 auch Art. 71 Abs. 2 ZGB a. F.

⁷⁰ Dazu näher Riemer (Fn. 46), Art. 70 N. 153 ff.

⁷¹ Im Schrifttum ist freilich umstritten, ob angesichts des letztlich bestehenden Nebeneinanders verschiedener Gleichbehandlungsmaßstäbe im Genossenschaftsrecht einem solchen der Vorrang zukommen soll; s. dazu nur Nigg (Fn. 62), Art. 854 N. 6 m. w. N.

⁷² Diese können auch bei der Genossenschaft allerdings noch an ein Quorum (z. B. Art. 906 Abs. 2, 961d Abs. 2 Ziff. 2 OR) gebunden sein.

⁷³ Zur Begründung dieses Verteilschlüssels und den Möglichkeiten abweichender statutarischer Regelung *Neubaus/Balkanyi*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 859 N. 4 ff.; bei Ausgabe von Anteilscheinen ist die auf jeden Genossenschafter entfallende Quote des Reinertrags allerdings noch nach Art. 859 Abs. 3 OR auf den landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten beschränkt.

2. Formelle und materielle Gleichbehandlung

Die formelle Gleichbehandlung nach dem jeweils gültigen Gleichbehandlungsmaßstab garantiert nur dann die materielle Gleichbehandlung, wenn sich die betroffenen Gesellschafter in einer wesentlich gleichen Lage befinden. Besonders augenfällig ist dies beim Kopfprinzip, weil es schon von seiner Natur her keine Unterschiede im Sachverhalt berücksichtigt. Aber auch das Proportionalitätsprinzip trägt nur einem bestimmten Differenzierungskriterium Rechnung (z. B. Aktiennennwertanteil, Anteil an der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen) und blendet alternative bzw. zusätzlich mögliche Differenzierungen aus. Insofern wurde in der schweizerischen Lehre⁷⁴ verschiedentlich die Frage aufgeworfen, ob die tatsächlichen Auswirkungen einer formal ordnungsgemäßen Gleichbehandlung und damit das Gebot materieller Gleichbehandlung nicht stärker betont werden müssten als dies herkömmlich in der Rechtsprechung⁷⁵ der Fall sei. In der Rechtsanwendung ist es allerdings durchaus angebracht, zunächst den gesetzlich bzw. vertraglich/statutarisch vorgegebenen formalen Maßstab der Gleichbehandlung zu ermitteln und schematisch anzuwenden. In einem zweiten Schritt kann dann die Zulässigkeit einer Abweichung vom einschlägigen formalen Gleichbehandlungsmaßstab im Einzelfall als Frage der Rechtfertigung einer ausnahmsweise gebotenen formalen Ungleichbehandlung geklärt werden. Bei der Rechtfertigungsprüfung können und müssen dann alle rechtlich relevanten tatsächlichen direkten und indirekten Auswirkungen der formalen Gleichbehandlung berücksichtigt werden. Die rechtliche Relevanz der tatsächlichen (Auswirkungs-)Unterschiede, das wesentlich Ungleiche, bestimmt sich dabei nach Gesichtspunkten wie dem (Norm-)Zweck der ausnahmsweise zu missachtenden formalen Gleichbehandlungsregelung, dem unmittelbaren und mittelbaren Gesellschaftszweck, den weiteren gesellschaftsvertraglichen bzw. statutarischen Regelungen sowie der (sonstigen) rechtlichen und realen Struktur der Gesellschaft. Insbesondere bei der materiellen Kontrolle von Mehrheitsbeschlüssen stellt sich schließlich noch die Frage, ob alle materiellen Gerechtigkeitserwägungen im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes berücksichtigt werden sollen oder ob hierfür auf andere anerkannte Grundsätze des Minderheitenschutzes wie das Sachlichkeitsgebot, das Gebot der schonenden Rechtsausübung oder das Rechtsmissbrauchsverbot zurückzugreifen ist⁷⁶.

⁷⁴ Vgl. dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 17 und N. 67f.; *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 35; gegen eine Berücksichtigung ungleicher Wirkungen, die sich „aus der Natur der Sache“ ergäben, allerdings *von Greyerz* (Fn. 7), S. 175 f.

⁷⁵ Charakteristisch BGE 102 II 267 E. 1: „(...) Darauf, dass die wirtschaftlichen Folgen für die Klägerin andere seien als für die Beklagten, kann es bei der Frage nach der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht ankommen. (...)“; BGE 117 II 290 E. 6. b. bb: „(...) L'égalité de traitement de tous les actionnaires n'implique, notamment, pas que les conséquences économiques soient les mêmes pour tous. (...)“.

⁷⁶ BGR 4C.242/2001 E. 3.1: „(...) Ob das neue Aktienrecht stattdessen auch eine materielle Gleichbehandlung fordert (...), kann nicht generell, sondern nur für bestimmte typische

3. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Ungleichbehandlungen, d. h. Abweichungen vom jeweils gesetzlich geltenden absoluten oder relativen Gleichbehandlungsmaßstab, können im Personengesellschaftsrecht privatautonom vereinbart oder einstimmig beschlossen werden, solange nicht gegen allgemeine Schranken privatautonomer Regelungen (zwingendes Gesetzesrecht und Sittenwidrigkeit⁷⁷, Übervorteilung⁷⁸, Willensmängel⁷⁹) verstoßen wird. Ein Mehrheitsbeschluss ist bei Beachtung des herrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes⁸⁰ wirksam, solange die Ungleichbehandlung nicht wegen einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung als willkürlich bzw. rechtsmissbräuchlich erscheint⁸¹.

Auch im GmbH-Recht ermöglicht die personalistische Struktur der Gesellschaft im Vergleich zur Aktiengesellschaft zusätzliche Ungleichbehandlungen zwischen den Gesellschaftern. So können die Statuten Sonderrechte und Sonderpflichten einzelner Gesellschafter vorsehen⁸². Insofern zeigt sich auch im Bereich des Gleichbehandlungsgebots die Mischnatur der GmbH als personalistisch strukturierte Kapitalgesellschaft⁸³.

Im schweizerischen Aktienrecht, das im internationalen Vergleich als besonders flexibel gelten kann, sind Ungleichbehandlungen hingegen nur gerechtfertigt, wenn sie zur Verfolgung des konkreten Gesellschaftsinteresses⁸⁴ tatsächlich⁸⁵ geeignet, erforderlich und angemessen sind⁸⁶. Die Voraussetzungen

Situationen beantwortet werden. Erweist sich dabei eine bloss formelle Gleichbehandlung für den Schutz von Minderheitsaktionären als ungenügend, sind auch die weiteren Beschränkungen zu berücksichtigen, welche sich aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung und dem Sachlichkeitsgebot sowie aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergeben. (...)

⁷⁷ Art. 20 Abs. 1 OR; nach h.M. bestehen insbesondere Grenzen für eine grob ungleiche Gewinn- und Verlustverteilung, welche e contrario aus Art. 533 Abs. 3 OR abgeleitet werden (dazu bereits bei und in Fn. 44).

⁷⁸ Art. 21 OR.

⁷⁹ Art. 23 ff. OR.

⁸⁰ Siehe dazu nur *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 534 N. 161 ff.

⁸¹ *Fellmann/Müller* (Fn. 1), Art. 530 N. 617; *von Steiger* (Fn. 4), S. 301; speziell für die Ergebnisverteilung *Handschin/Vonzun* (Fn. 7), Art. 533 N. 67.

⁸² *Bähler* (Fn. 27), S. 60 und 69 f.; *Watter/Roth-Pellanda* (Fn. 62), Art. 813 N. 4.

⁸³ Gegen eine Sonderstellung der GmbH allerdings *Bähler* (Fn. 27), S. 70.

⁸⁴ Nach h.M. ist das Gesellschaftsinteresse mit dem Interesse aller Aktionäre identisch; siehe dazu nur *P. Jung* (Fn. 16), Art. 620 N. 116 ff. m. w. N.

⁸⁵ Lediglich vorgeschobene Gesellschaftsinteressen können nach BGE 91 II 298 E. 6.b und E. 7 keine Rechtfertigung begründen.

⁸⁶ So in der Sache (Ungleichbehandlung als unumgängliches bzw. angemessenes Mittel zur Verfolgung des Gesellschaftszweckes im Interesse der Gesamtheit aller Aktionäre) BGE 91 II 298 E. 2; BGE 93 II 393 E. 7.a; BGE 95 II 157 E. 9.a; BGE 102 II 265 E. 1; im Schrifttum etwa *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 39 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 64; *Böckli* (Fn. 6), § 13 N. 680; für Art. 717 Abs. 2 OR *Watter/Roth-Pellanda* (Fn. 62), Art. 717 N. 23 und 25.

einer Rechtfertigung werden in Gesetz⁸⁷, Rechtsprechung⁸⁸ und Lehre⁸⁹ durchaus unterschiedlich formuliert, da diese letztlich von verschiedenen zusammenwirkenden Faktoren abhängt. Insbesondere wurden neben dem Gesellschaftsinteresse teilweise noch andere aner kennenswerte Zielsetzungen berücksichtigt⁹⁰ und zumindest sprachliche Differenzierungen beim Kontrollmaßstab vorgenommen⁹¹. Von Bedeutung für die Rechtfertigung ist zunächst, ob die Ungleichbehandlung im Gesetz als Möglichkeit vorgesehen ist oder nicht. Zwar bedarf auch die statutarische Einführung der ausdrücklich möglichen anteilsbezogenen (Vorzugsaktien⁹², Stimmrechtsaktien⁹³, Partizipationsscheine⁹⁴) und aktionärsbezogenen (Gründervorteile⁹⁵) Differenzierungen einer sachlichen Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft, doch sind die Anforderungen hieran auch wegen weiterer gesetzlicher Voraussetzungen und Schutzmechanismen geringer als bei anderen vergleichbar schwerwiegenden Ungleichbehandlungen⁹⁶. Ferner kommt es darauf an, ob die Ungleichbehandlung durch einen Beschluss der Generalversammlung oder durch ein Exekutivorgan erfolgt. Während die die Mehrheit bildenden Aktionäre nämlich bei der Beschlussfassung in den Grenzen des Rechtsmissbrauchs durchaus ihre

⁸⁷ So verlangen etwa Art. 652b Abs. 2 S. 3 OR und Art. 653c Abs. 3 OR speziell für eine aus der Aufhebung des Bezugsrechts bzw. Vorwegzeichnungsrechts folgende Begünstigung oder Benachteiligung einen sachlichen Grund, während die generelle Regelung in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR eine Rechtfertigung diskriminierender Generalversammlungsbeschlüsse durch den Gesellschaftszweck (gemeint ist auch hier das Gesellschaftsinteresse; vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* [Fn. 29], § 39 N. 64) voraussetzt.

⁸⁸ Teilweise muss die Ungleichbehandlung nur ein angemessenes bzw. sachlich vernünftiges (BGE 69 II 246 E. 1; BGE 93 II 393 E. 7.b; BGE 117 II 290 E. 6.b.bb), teilweise aber auch ein unumgängliches bzw. unerlässliches (BGE 91 II 298 E. 7; BGE 99 II 55 E. 2; BGE 102 II 265 E. 1; BGer 4C.242/2001 E. 3.1) Mittel zur Förderung der Gesellschaftsinteressen sein.

⁸⁹ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 86 und 90.

⁹⁰ So öffnend BGE 117 II 290 E. 6.b.bb: „(...) Un traitement différencié peut ainsi être licite à condition de ne pas être arbitraire, mais de constituer un moyen approprié pour atteindre un but justifié. (...)“; BGer 4A_205/2008 E. 4: „motifs économiques raisonnables“; in der Lehre etwa auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 65; *von der Crone* (Fn. 29), § 8 N. 36; *Böckli* (Fn. 6), § 13 N. 681 (allerdings Anwendung eines strengeren Rechtfertigungsmaßstabs, wenn nicht die Interessen der AG zur Ungleichbehandlung geführt hätten); vgl. auch speziell für die Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts Art. 652b Abs. 2 S. 3 OR und Art. 653c Abs. 3 OR (Verbot einer Ungleichbehandlung in lediglich „unsachlicher Weise“).

⁹¹ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 88.

⁹² Art. 654, 656 OR; dazu nur *Liebi* (Fn. 21) *passim*.

⁹³ Art. 693 OR; *von der Crone/Reiser/Plaksen*, Stimmrechtsaktien – Eine juristische und ökonomische Analyse, SZW 2010, 93 ff.; dazu auch noch unten bei Fn. 148 ff.

⁹⁴ Art. 656a ff. OR; dazu nur *Demarmels*, Die Genuss- und Partizipationsscheine nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich 1985.

⁹⁵ Nach Art. 628 Abs. 3 OR können den Gründern oder anderen Personen bei der Gründung einer Aktiengesellschaft persönlich sog. Gründervorteile gewährt werden, was in der Praxis aber kaum vorkommt; dazu nur *Küchler*, Besondere Vorteile nach Art. 628 Abs. 3 OR, in: Zindel et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, S. 49 ff.; *von Greyerz* (Fn. 7), S. 95.

⁹⁶ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 39 ff.; *P. Jung* (Fn. 16), Art. 620 N. 53.

eigenen Interessen denjenigen der Minderheit vorziehen dürfen, haben die Exekutivorgane die Interessen der Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter gleichermaßen zu berücksichtigen und am Gesamtinteresse der Gesellschaft zu messen⁹⁷. Eine Rolle spielen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zudem das Ausmaß der Ungleichbehandlung⁹⁸, der Umfang der Zustimmung zu einem diskriminierenden Beschluss⁹⁹ und die Realstruktur der Gesellschaft¹⁰⁰. Es bestehen sowohl hinsichtlich des genügenden Gesellschaftsinteresses als auch betreffend die Verhältnismäßigkeit Ermessensspielräume¹⁰¹. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Aktionär grundsätzlich auf die Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips verzichten kann¹⁰². Das gilt insbesondere für Ungleichbehandlungen durch die einstimmig festzustellenden Gründungsstatuten. Eine statutarische Vorschrift, welche den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung vom Gleichbehandlungsprinzip entbinden würde, wäre jedoch nach Art. 706b OR nichtig¹⁰³. Bei den Schutz- und Mitwirkungsrechten darf zudem der auch durch das Kopfprinzip geschützte Kerngehalt des jeweiligen Rechts nicht angetastet werden (vgl. Art. 706b Ziff. 1 und Ziff. 2 OR)¹⁰⁴. So ist insbesondere das individuelle Anfechtungsrecht nach Art. 706 OR aufgrund des Allgemeininteresses an der Rechtmäßigkeitskontrolle unverzichtbar¹⁰⁵.

Im Genossenschaftsrecht ist das Kopfprinzip vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen nach Art. 854 OR zwingend. Eine gesetzliche Ausnahme besteht aber nicht nur, wenn diese sich ausdrücklich aus dem Wortlaut einer Sonderregelung ergibt, sondern auch dann, wenn sie sich aus der Gesamtheit der Vorschriften oder einzelnen von ihnen ableiten lässt¹⁰⁶. Dennoch darf eine Genossenschaft

⁹⁷ BGer 4C.242/2001 E. 3.3; *Böckli* (Fn. 6), § 13 N. 680a; *Bühler* (Fn. 54), Art. 717 N. 257f.

⁹⁸ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 39f.; *Liebi* (Fn. 21), N. 152 (je gravierender die Ungleichbehandlung ausfalle, desto gewichtiger müssten die verfolgten Gesellschaftsinteressen sein).

⁹⁹ Dazu namentlich *Liebi* (Fn. 21), N. 152 mit Fn. 637 unter Hinweis auf BGE 69 II 246 E. 1, BGE 93 II 393 E. 7 und BGE 117 II 290 E. 6.b.bb einerseits (Anwendung des milderen Maßstabs der Angemessenheit bzw. sachlichen Vernünftigkeit des verwendeten Mittels, wobei in casu eine kleine Minderheit einer großen Mehrheit gegenüber gestanden habe) sowie BGE 91 II 298 E. 7, BGE 99 II 55 E. 2 und BGer 4C.242/2001 E. 3.1 andererseits (Anwendung des strengeren Maßstabs der Unumgänglichkeit bzw. Unerlässlichkeit der Ungleichbehandlung zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks, wobei in casu eine kleine Mehrheit einer großen Minderheit gegenüber gestanden habe).

¹⁰⁰ Zur Differenzierung zwischen personalistisch strukturierten Gesellschaften und Publikumsgesellschaften *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 18; eher krit. BGE 91 II 298 E. 6.b.

¹⁰¹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 64 (Ermessensentscheidung); *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 43 (Ermessensspielraum); ähnlich *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 63 (Handlungsspielraum).

¹⁰² *Liebi* (Fn. 21), N. 152 m. w. N. (Zulässigkeit bei Zustimmung aller Aktionäre).

¹⁰³ *Watter/Roth-Pellanda* (Fn. 62), Art. 717 N. 25.

¹⁰⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 111.

¹⁰⁵ Siehe nur *Tanner*, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Art. 698–726 und 731b OR: Die Aktiengesellschaft – Generalversammlung und Verwaltungsrat – Mängel in der Organisation, Zürich 2018, Art. 706 N. 11 ff.

¹⁰⁶ *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 3.

nur dann vom Gleichbehandlungsprinzip abweichen, wenn dessen uneingeschränkte Durchführung die Erfüllung des Zwecks erheblich erschweren oder gar verunmöglichen würde¹⁰⁷. Sofern das Gleichbehandlungsgebot dem im öffentlichen Interesse stehenden Zweck der Genossenschaft und nicht vorrangig den individuellen Interessen der Genossenschafter dient, kann auch mit Zustimmung aller Genossenschafter keine abweichende Regelung getroffen werden¹⁰⁸. Wird bei der Genossenschaft anstelle des Kopfprinzips für die Verteilung einzelner Rechte oder Pflichten ein relativer Maßstab zugrunde gelegt, muss dieser sich an zweckrelevanten Ungleichheiten orientieren und damit dem Wesen der jeweiligen Genossenschaft entsprechen¹⁰⁹. So kommt insbesondere bei Genossenschaften, die ein Genossenschaftskapital geschaffen und Anteilscheine ausgegeben haben, eine relative Gleichbehandlung nach dem Betrag der jeweils gehaltenen Anteilsscheine in Betracht (Art. 870 Abs. 2, 871 Abs. 2 und Abs. 3 OR). Möglich sind aber auch Verteilungen nach dem Maß der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen (ausdrücklich Art. 859 Abs. 2 OR) oder nach dem Mitgliedsbeitrag (ausdrücklich Art. 871 Abs. 2 OR). Ein Genossenschafter kann zudem im Einzelfall auf den Schutz durch Art. 854 OR verzichten, sofern das Gleichbehandlungsprinzip nicht krass verletzt oder zugleich gegen fundamentale Grundsätze des Genossenschaftsrechts verstoßen wird¹¹⁰.

III. Rechtsfolgen bei unzulässigen Ungleichbehandlungen

Bei den Kapitalgesellschaften (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3, 764 Abs. 2, 808c OR), den Genossenschaften (Art. 891 OR) und Vereinen (Art. 75 ZGB) sind Beschlüsse der General-, Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlung, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, zumindest innerhalb einer Frist von zwei Monaten bzw. einem Monat anfechtbar¹¹¹. Mit vorsorglichen Maßnahmen gegen die Gesellschaft kann dann auch die Umsetzung des Beschlusses durch den Verwaltungsrat verhindert werden¹¹². Führt die Ungleichbehandlung zum Entzug oder zu einer maßgeblichen Beschränkung unentziehbarer Schutz- bzw.

¹⁰⁷ So ausdrücklich *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 3; ferner *Bernheimer* (Fn. 3), S. 34f.; unter Verzicht auf das Erheblichkeitserfordernis auch BGE 69 II 41 E. 3 (S. 48).

¹⁰⁸ *Courvoisier* (Fn. 50), Art. 854 N. 2 und *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 3 und N. 16; beide unter Hinweis auf BGE 80 II 271 E. 1b, wo anhand dieses Kriteriums (öffentliche/private Interessen) allerdings zunächst nur die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit einer mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Statutenänderung vorgenommen wird.

¹⁰⁹ *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 7ff.

¹¹⁰ *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 16.

¹¹¹ Für die AG: *Tanner* (Fn. 105), Art. 706 N. 182ff.; für die GmbH: *Truffer/Dubs*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht II* (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 808c N. 5; für die Genossenschaft: *Nigg* (Fn. 62), Art. 854 N. 16.

¹¹² Näher dazu *Walter*, *Gedanken zum einstweiligen Rechtsschutz gegen pflichtwidriges Handeln von Verwaltungsräten*, SZW 2018, 531, 533.

Mitverwaltungsrechte oder widerspricht sie elementaren Grundsätzen der jeweiligen Gesellschaftsform, ist der Beschluss in seltenen Fällen sogar nichtig, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist und was auf Klage von jedermann jederzeit gerichtlich festgestellt werden kann¹¹³. Das gilt hinsichtlich der Nichtigkeit¹¹⁴ auch für Beschlüsse des Exekutivorgans¹¹⁵. Inwieweit die gesetzlichen Regelungen des Körperschaftsrechts zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung auch im Personengesellschaftsrecht analoge Anwendung finden oder allein die allgemeinen Gründe der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften maßgeblich sind, ist umstritten¹¹⁶. Die erfolgreiche Anfechtungsklage lässt als Gestaltungsklage den vorübergehend wirksamen und lediglich unter der Resolutivbedingung der wirksamen Anfechtung stehenden Beschluss ex tunc unwirksam werden. Das Gericht kann den Beschluss wegen einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung allerdings nur (teilweise) aufheben und nicht abändern, sodass mit der Anfechtungsklage keine positive Gleichstellung erreicht werden kann¹¹⁷. Bei Nichtigkeit des Beschlusses ist die von Anfang an bestehende Unwirksamkeit des Beschlusses auf Klage von jedermann hin gerichtlich festzustellen bzw. als Einwendung von Amts wegen zu berücksichtigen.

Verstoßen Exekutivorganmitglieder einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aufgrund eigenen Entschlusses gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, sind sie den negativ betroffenen Gesellschaftern für den daraus entstandenen unmittelbaren Individualschaden haftbar (Art. 754 ff., 764 Abs. 2, 827, 916 ff. OR)¹¹⁸. Sofern es nicht um nichtige Beschlüsse geht, können die benachteiligten Aktionäre allerdings nicht gegen die Ungleichbehandlung von Seiten der Lei-

¹¹³ Für die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft ergibt sich das ausdrücklich aus dem Gesetz (Art. 706b, 764 Abs. 2 OR; dazu etwa *Böckli* [Fn. 6], § 13 N. 679a); obwohl sich der Verweis im GmbH-Recht (Art. 808c OR) seinem Wortlaut nach nur auf die Anfechtung nach Art. 706f. OR bezieht, wird er nahezu allgemein auch auf Art. 706b OR erstreckt (siehe nur *Truffer/Dubs* [Fn. 111], Art. 808c N. 9 ff. m. w. N.); für die Genossenschaft (*Moll*, in: *Honsell/Vogt/Watter* [Hrsg.], *Basler Kommentar – Obligationenrecht II* [Art. 530–964 OR], 5. Aufl., Basel 2016, Art. 891c N. 18) und den Verein (*Riemer* [Fn. 46], Art. 75 N. 113 ff.) wird auf die Nichtigkeit von gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften (Art. 20 OR) bzw. das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 Abs. 2 ZGB) zurückgegriffen.

¹¹⁴ Zur Unanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen siehe nur *Bühler* (Fn. 54), Art. 714 N. 1 ff. m. w. N.

¹¹⁵ Auch insoweit ergibt sich das für die Kapitalgesellschaften aus dem Gesetz (Art. 714, 764 Abs. 2, 816 OR); für die anderen Gesellschaftsformen kann auf die Nichtigkeit von gesetz- bzw. sittenwidrigen (Art. 20 OR) oder das Persönlichkeitsrecht verletzenden (Art. 27 Abs. 2 ZGB) Rechtsgeschäften zurückgegriffen werden.

¹¹⁶ Dazu näher *P. Jung*, Die mangelhafte Beschlussfassung in der Personengesellschaft, in: *Kunz/Arter/Jörg* (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, S. 179, 191 ff. m. w. N., der sich selbst gegen die von der h. L. befürwortete Analogie ausspricht.

¹¹⁷ *Böckli* (Fn. 6), § 16 N. 131; *von Büren*, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens (SPR VIII/6), 2. Aufl., Basel 2005, S. 134; zu allenfalls möglichen begrenzten Ausnahmen *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 75.

¹¹⁸ *Bühler* (Fn. 54), Art. 717 N. 266.

tungsorgane selbst vorgehen, sondern nur den daraus entstehenden Schaden ersetzt verlangen. Damit fehlt es in diesen Fällen auch an einem Verfügungsanspruch, der Grundlage einer vorsorglichen Maßnahme gegen das autonome Vorgehen des Verwaltungsrats sein könnte¹¹⁹. Nach der auch im schweizerischen Schadensrecht geltenden Differenztheorie können die benachteiligten Aktionäre aber auch den Schaden aus entgangenen Vermögensmehrungen geltend machen und insofern positiv eine vermögensmäßige Gleichstellung mit den privilegierten Gesellschaftern erreichen. Wurde einem Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person vertraglich ein ungerechtfertigter Sondervorteil eingeräumt, kann die auf Erfüllung verklagte Gesellschaft den Rechtsmissbrauchseinwand erheben¹²⁰. Mögliche Folgen einer Ungleichbehandlung durch die Exekutivorgane sind auch die Abberufung von Organmitgliedern¹²¹ und die Verweigerung einer erneuten Wahl¹²². Führt die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund einer bestehenden Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen zur Nichtanerkennung eines Anteilserwerbers als Gesellschafter, kann dieser auf Anerkennung und damit auch positiv auf Gleichbehandlung klagen¹²³.

Ist die Ungleichbehandlung bei einer Kapitalgesellschaft mit offenen oder vor allem verdeckten¹²⁴ Gewinnausschüttungen, die ungerechtfertigt und bösgläubig bezogen wurden, verbunden, können die benachteiligten Aktionäre die Rückerstattung dieser Leistungen an die Gesellschaft verlangen (Art. 678, 764 Abs. 2, 800 OR). Der seiner Natur nach bereicherungsrechtliche Anspruch kann aber nur in-

¹¹⁹ Walter (Fn. 112), S. 534 ff.

¹²⁰ Böckli (Fn. 6), § 13 N. 683 unter Hinweis auf BGer 4C.402/1998.

¹²¹ Im schweizerischen Recht der Aktiengesellschaft ist die Abberufung gesellschaftsrechtlich ohnehin nicht rechtfertigungsbedürftig (Art. 705 Abs. 1 OR), wobei allerdings noch ein Vorbehalt in Bezug auf den auftragsrechtlichen (bei reinen Verwaltungsräten und Delegierten führt eine Kündigung des Auftrags zur Unzeit zur Schadensersatzpflicht nach Art. 404 Abs. 2 OR) bzw. arbeitsrechtlichen (bei Direktoren führt die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne wichtigen Grund zum Schadensersatz nach Art. 337c OR) Aspekt des Organisationsverhältnisses besteht (Art. 705 Abs. 2 OR); zur Abberufung von GmbH-Geschäftsführern (hier gilt im schweizerischen Recht der Grundsatz der Selbstorganschaft) ist nach Art. 815 Abs. 1 und Abs. 2 OR entweder ein Beschluss der Gesellschafterversammlung (dann jederzeit auch ohne wichtigen Grund) oder eine gerichtliche Entscheidung (dann Erfordernis eines wichtigen Grundes, der insbesondere in einer groben Pflichtverletzung liegen kann).

¹²² Für die Aktiengesellschaft: Böckli (Fn. 6), § 13 N. 683; für die Genossenschaft: Nigg (Fn. 62), Art. 854 N. 18.

¹²³ Für die Aktiengesellschaft: Böckli (Fn. 6), § 13 N. 683; für die GmbH: *du Pasquier/Wolf/Oertle*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 786 N. 12; vgl. auch für die Übertragung der Mitgliedschaft bzw. die Aufnahme in eine Genossenschaft (Art. 849 i. V. m. Art. 840 Abs. 3 OR): *H. Jung* (Fn. 46), S. 95 ff.

¹²⁴ Verdeckte Gewinnausschüttungen an Aktionäre oder an mit ihnen familiär bzw. wirtschaftlich verbundene Personen sind nach Art. 678 Abs. 2, 764 Abs. 2, 800 OR von ihren bösgläubigen Empfängern nur dann als ungerechtfertigt zu erstatten, wenn die Leistungen der Gesellschaft zu den von den Gesellschaftern erbrachten Gegenleistungen und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen.

nerhalb der besonderen Verjährungsfrist von fünf Jahren nach Empfang der Leistung (Art. 678 Abs. 4 OR) die Folgen der Ungleichbehandlung im Gesellschaftsvermögen rückgängig machen. Er begründet weder einen Anspruch auf Leistung des Ausgleichs in das Privatvermögen von Gesellschaftern noch gar einen positiven Anspruch auf die Gewährung vergleichbarer Gewinnausschüttungen.

Ein Austritt der ungerechtfertigt benachteiligten Gesellschafter aus der Gesellschaft ist nur bedingt möglich. Dem schweizerischen Aktienrecht sind ein gesetzliches und nach h. L. auch ein statutarisches Austrittsrecht unbekannt¹²⁵. Dieses besteht nur im GmbH- (Art. 822 f. OR), Genossenschafts- (Art. 842 ff. OR), Vereins- (Art. 70 Abs. 2 ZGB) und (bei Vereinbarung einer Fortsetzung) im Personengesellschaftsrecht (vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6, 7 und Abs. 2, 546, 576 OR), wobei der Austritt gesetzlichen bzw. statutarischen Beschränkungen (Frist, wichtiger Grund¹²⁶, Zahlung eines Austrittsgeldes etc.) unterliegt. Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, können lediglich die gerichtliche Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund verlangen, wobei das Gericht anstelle der Auflösung als ultima ratio auch auf eine andere sachgemäße und den Beteiligten zumutbare Lösung wie beispielsweise eine Gleichbehandlung der Gesellschafter erkennen kann (Art. 736 Ziff. 4 OR)¹²⁷. Die Alternativlösung steht im Ermessen des Gerichts, sodass sie einerseits nicht beantragt sein muss und andererseits fraglich ist, ob sie direkt und ausschließlich von den Klägern beantragt werden kann¹²⁸.

IV. Einzelfragen

1. Ungleiche Information der Aktionäre

Im schweizerischen Aktienrecht ist noch nicht abschließend geklärt, ob das informationelle Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre absolut oder relativ zu verstehen ist. Das Gesetz sieht bei den Informationsrechten nach Art. 696 f. OR keine Abstufung nach der Beteiligungshöhe vor¹²⁹. Lediglich die Sonderprü-

¹²⁵ Siehe nur *Böckli* (Fn. 6), § 16 N. 203 ff. m. w. N.; für ein statutarisches Austrittsrecht aber etwa *Kunz* (Fn. 7), § 4 N. 98 ff.

¹²⁶ Zum fortgesetzten Macht- und Vertrauensmissbrauch als wichtigem Grund *Stäubli*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht II* (Art. 530–964 OR), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 822 N. 3.

¹²⁷ Dazu näher *Habegger*, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen*, Bern 1996; *Vogt/Enderli*, *Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer „anderen sachgemässen Lösung“* (Art. 736 Ziff. 4 OR) – *Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff.*, recht 2010, 238, 242 ff.

¹²⁸ Zu den prozessualen Fragen etwa *Böckli* (Fn. 6), § 16 N. 210 ff.; *Handschin*, *Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen*, SZW 1993, 43 ff.; *Heinzmann*, *Die Herabsetzung des Aktienkapitals*, Zürich 2004, N. 573.

¹²⁹ Dazu auch BGE 132 III 71 E. 1.3.4.

fung kann nach Ablehnung des zunächst möglichen Individualantrags eines Aktionärs (Art. 697a OR) durch die Generalversammlung nur von Aktionären gerichtlich erzwungen werden, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. CHF vertreten (Art. 697b Abs. 1 OR). Vor diesem Hintergrund hat sich ein Teil der Lehre für die absolute Gleichbehandlung der Aktionäre ohne eine Möglichkeit der Differenzierung ausgesprochen. Nur so sei eine sachgerechte Ausübung der Mitverwaltungs- und anderen Schutzrechte möglich¹³⁰. Beim Beteiligungsumfang handele es sich um ein quantitatives Kriterium, das eine Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen vermöge¹³¹. Informationsprivilegien für Großaktionäre könnten nur gerechtfertigt werden, wenn diese Aktionäre auf der anderen Seite einer Treuepflicht gegenüber der Aktiengesellschaft unterlägen¹³², was aber von der ganz h. M. im schweizerischen Aktienrecht vor dem Hintergrund von Art. 680 Abs. 1 OR abgelehnt wird¹³³.

In der Lehre werden aber auch vielfach Relativierungen befürwortet. Das ist unproblematisch, sofern die informationelle Ungleichbehandlung nach den oben beschriebenen allgemeinen Grundsätzen ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann. Das ist allerdings streng anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen, sodass die Ungleichbehandlung nur zulässig ist, wenn diese im Interesse der Gesellschaft als sachlichem Grund liegt sowie zur Verwirklichung dieses Interesses geeignet, erforderlich und nicht übermäßig ist¹³⁴. Ob damit im Ergebnis „gewissen Aktionären aufgrund ihrer speziellen Verbindung zur Gesellschaft unweigerlich mehr Informationen zur Verfügung stehen müssen als anderen Aktionären“¹³⁵, ist fraglich. Jedenfalls kann ein pauschaler Rechtfertigungshinweis auf die höhere Beteiligung nicht als Rechtfertigung dienen, weil dies die gesetzliche Entscheidung für einen grundsätzlich absoluten Gleichbehandlungsmaßstab unterliefe. Außerdem muss die Gesellschaft darauf achten, dass sie für die preisgegebene zusätzliche Information entschädigt wird, oder sichergestellt ist, dass der Aktionär den Informationsvorsprung nicht zum Nachteil der anderen Aktionäre ausnützen kann, damit die übrigen Aktionäre durch die Preisgabe von zusätzlichen Informationen keinen zusätzlichen Nachteil erleiden¹³⁶. Ent-

¹³⁰ *Huguenin Jacobs* (Fn. 6), S. 191 f.

¹³¹ *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 77; *ders.*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, *AJP* 2011, 883, 897 f.; mit Einschränkungen („in der Regel“) auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 39 N. 73 mit Fn. 25a.

¹³² *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 79.

¹³³ Dazu nur *P. Jung* (Fn. 16), Art. 620 N. 26 ff. m. w. N.

¹³⁴ Ähnlich *Böckli/Bühler* (Fn. 12), S. 109; *Daeniker/Dettwiler*, Selektive Information von Grossaktionären – Aktien-, kapitalmarkt- und strafrechtliche Aspekte, in: *Sethe et al.* (Hrsg.), *Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, S. 19, 27.

¹³⁵ *Daeniker/Dettwiler* (Fn. 134), S. 26.

¹³⁶ *Daeniker/Dettwiler* (Fn. 134), S. 27.

gegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht¹³⁷ kann die Ungleichbehandlung auch nicht allein damit gerechtfertigt werden, dass sie plausibel eine Mehrung des langfristigen Unternehmenswerts verspricht und die anvisierte Unternehmenswertsteigerung nicht ebenso gut mittels einer Gleichbehandlung aller Aktionäre realisiert werden kann. Zu prüfen bleibt immer auch noch das Übermassverbot.

Gerechtfertigt kann insbesondere eine Privilegierung der Muttergesellschaft im Konzern sein¹³⁸. Seit der Aufgabe des sog. Leitungs- zugunsten des Kontrollprinzips im Konzernrechnungslegungsrecht und der von der h.L. befürworteten Verallgemeinerung dieser gesetzgeberischen Entscheidung kann sich die Muttergesellschaft zur Rechtfertigung einer informationellen Bevorzugung allerdings nicht mehr ohne weiteres auf ihre Pflicht zur Leitung des Konzerns berufen. Unbestritten sollte aber auch sein, dass die Muttergesellschaft ihren zunehmenden Pflichten, für die Einhaltung etwa von wettbewerbs-, arbeits-, gewerbe-, finanzmarkt-, umweltschutz- und menschenrechtlichen Standards durch die Tochtergesellschaft zu sorgen¹³⁹, nur nachkommen kann, wenn sie sich die hierfür notwendigen Informationen beschaffen kann. In besonderer Weise gilt dies für die gesetzlich angeordnete Konsolidierungspflicht bei der Konzernrechnungslegung. Sie erfordert einen Fluss der entsprechenden finanziellen Informationen von der Tochter- zur Muttergesellschaft.

Besonderheiten gelten für Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren¹⁴⁰. In Übereinstimmung mit internationalen Standards bestehen hier namentlich aufgrund der Ad hoc-Publizität, der periodischen Finanzberichterstattung und der Offenlegung von Management-Transaktionen Informationsmöglichkeiten für alle Marktteilnehmer, die über das Aktienrecht hinausgehen und zu erhöhter Transparenz führen¹⁴¹. Dass die entsprechenden Pflichten im schweizerischen Recht nicht gesetzlich geregelt, sondern Teil der Börsenselbstregulierung sind¹⁴², ändert daran nichts. Ganz überwiegend wird

¹³⁷ Hofstetter, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften, SZW 1996, 222, 230.

¹³⁸ Kunz, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 7 N. 667 ff. und insb. N. 680 f.; ders., Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, § 12 N. 669 ff.

¹³⁹ Vgl. dazu aktuell etwa die sog. Konzernverantwortungsinitiative (Initiativtext mit Erläuterungen abrufbar unter <https://konzern-initiative.ch>); siehe ferner: Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt – Stand der Umsetzung 2017–2019 und Aktionsplan 2020–2023; https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Gesellschaftliche_Verantwortung_der_Unternehmen/CSR.html; krit. etwa Böckli/Bühler, Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, S. 145 ff.

¹⁴⁰ Kunz (Fn. 138 [Wirtschaftsrecht]), § 7 N. 681; ders. (Fn. 138 [Konzernrecht]), § 12 N. 671.

¹⁴¹ Daeniker/Dettwiler (Fn. 134), S. 24 f. und 30.

¹⁴² Zur Börsenselbst- bzw. -koregulierung der SIX Swiss Exchange näher Straub, Wirtschaftsaufsicht durch private Selbst- und Koregulierung – Das Beispiel des Schweizer Finanz-

zudem angenommen, dass für Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren strengere Maßstäbe für die Rechtfertigung einer informationellen Ungleichbehandlung gelten¹⁴³. Das wird zum einen mit der besonderen Bedeutung der Gleichbehandlung für das Vertrauen der Anleger und die Funktionsfähigkeit des Marktes begründet, weshalb diese auch bereits im Zweckartikel des einschlägigen Rahmengesetzes (Art. 1 Abs. 2 FinfraG) prominent herausgestellt werde¹⁴⁴. Zum anderen wird auf die erhöhten Gefahren der eigennütigen Verwertung von Informationen über den Börsenhandel verwiesen¹⁴⁵.

2. Abweichungen vom kapitalproportionalen Stimmgewicht der Aktionäre

a) Ausgabe von stimmrechtslosen Partizipationsscheinen

Die Statuten einer Aktiengesellschaft¹⁴⁶ können ein in Partizipationsscheine mit Nennwert zerlegtes Partizipationskapital vorsehen (Art. 656a Abs. 1, 656b OR). Der Partizipant ist gegen Leistung einer Einlage (Art. 656a Abs. 1 S. 2 OR) an diesem Partizipationskapital beteiligt und erhält hierfür vermögensmäßige Rechte (Beteiligung am Bilanzgewinn und Liquidationserlös sowie Rechte auf Bauzinsen, auf Benutzung von gesellschaftlichen Anlagen und auf Vorzeichnung), die zumindest der am wenigsten bevorzugten Aktienkategorie entsprechen (Art. 656f OR). Der Partizipant verfügt jedoch über kein Stimmrecht und grundsätzlich auch nicht über die damit verbundenen Mitverwaltungs- und Informationsrechte (Art. 656c OR). Ihm verbleibt lediglich die Möglichkeit, die ohne seine Mitwirkung gefassten Beschlüsse anzufechten (Art. 706 OR) oder mit mindestens 10 % des Partizipationskapitals die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu beantragen (Art. 736 Ziff. 4 OR). Die Statuten können den Partizipanten Einberufungs-, Teilnahme-, Antrags- und Informationsrechte (Art. 656c OR) sowie einen Anspruch auf einen Vertreter im

marktrechts, in: Jung (Hrsg.), Die private Durchsetzung von öffentlichem Wirtschaftsrecht, Tübingen 2017, S. 69ff.; *Zulauf*, Koregulierung statt Selbstregulierung, in: Jung/Schwarze (Hrsg.), Finanzmarktregulierung in der Krise, Tübingen 2013, S. 83ff.

¹⁴³ Für die h.L. siehe neben den Nachweisen in den folgenden Fußnoten etwa *Böckli/Bühler* (Fn. 12), S. 109f. und *Kunz* (Fn. 7), § 8 N. 79; a.A. allerdings *Watter/Dubs*, Anchor Shareholders und Grossaktionäre: Ihr Einstieg, ihre vertragliche Einbindung und ihre Information, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010, S. 1, 29.

¹⁴⁴ *Bärtschi/Hirschi* (Fn. 37), S. 784f.

¹⁴⁵ *Daeniker/Dettwiler* (Fn. 134), S. 31.

¹⁴⁶ Bei der GmbH hat der Gesetzgeber ausdrücklich von einer entsprechenden Möglichkeit abgesehen (siehe dazu die Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht] vom 19. Dezember 2001, BBl 2001, 3148, 3248ff.); auch eine Genossenschaft kann nach BGE 140 III 206 kein Partizipationskapital schaffen, da der Nichtregelung des Partizipationskapitals im Genossenschaftsrecht wie im GmbH-Recht ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zugrunde liege, weil der Gesetzgeber ein solches nur bei Gesellschaftsformen habe zulassen wollen, deren Struktur für die Aufnahme von Eigenkapital über den Kapitalmarkt geeignet sei.

Verwaltungsrat einräumen (Art. 656e OR). Die Vorrechte und die statutarischen Mitwirkungsrechte von Partizipanten (Art. 656c Abs. 1 OR) können nur mit Zustimmung einer Sonderversammlung der betroffenen Partizipanten beschränkt oder aufgehoben werden (Art. 656f Abs. 4 OR).

Das Partizipationskapital kann wie Aktienkapital bei der Gründung und durch alle Formen der Kapitalerhöhung begründet werden. Wird ein Partizipationskapital geschaffen, haben die Aktionäre grundsätzlich ein Bezugsrecht wie bei der Ausgabe neuer Aktien, um eine Verwässerung ihrer Vermögensrechte abwenden zu können (Art. 656g OR). Sofern die Aktiengesellschaft Vorzugsaktien ausstehend hat, können Partizipationsscheine mit einer gegenüber der untersten Aktienkategorie privilegierten Ausstattung an Vermögensrechten nur mit Zustimmung einer Sonderversammlung der Vorzugsaktionäre geschaffen werden (Art. 654 Abs. 2 OR). Das Partizipationskapital darf bei dessen Schaffung bzw. Erhöhung maximal das Doppelte des Aktienkapitals betragen (Art. 656b Abs. 1 OR), womit der Stimmkrafthebel beschränkt wird. Es ist allerdings unschädlich, wenn der Anteil des Partizipationskapitals später infolge von Aktienkapitalherabsetzungen auf über zwei Drittel steigt¹⁴⁷. Möglich ist auch die kombinierte Ausgabe von Partizipationsscheinen und Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR), sodass die Inhaber von Stimmrechtsaktien hierdurch den für sie möglichen maximalen Stimmrechtshebel von zehn noch maximal verdreifachen können.

b) Ausgabe von Stimmrechtsaktien

Das schweizerische Aktienrecht kennt keine echten Mehrstimmrechte, dafür aber das Institut der Stimmrechtsaktie¹⁴⁸, die ihrem Inhaber indirekt ein bis zu zehnfaches Stimmgewicht verleihen kann (Art. 693 OR). Hierzu setzen die Statuten der Aktiengesellschaft zum einen das Stimmrecht abweichend von Art. 692 Abs. 1 OR unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der jedem Aktionär gehörenden Aktien fest (sog. Stückstimmrecht nach Art. 693 Abs. 1 OR) und sehen zum anderen Aktienkategorien mit unterschiedlichen Nennwerten vor, wobei die Stimmrechtsaktien nur als voll zu liberierende¹⁴⁹ Namenaktien ausgegeben werden dürfen und der Nennwert der Stammaktien maximal das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien betragen darf, um den Stimmkrafthebel zu begrenzen (Art. 693 Abs. 2 OR).

Die Schaffung von Stimmrechtsaktien untersteht dem qualifizierten Quorum von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Zum Schutz der über-

¹⁴⁷ Böckli (Fn. 6), § 5 N 42.

¹⁴⁸ Näher von der Crone/Reiser/Plaksen (Fn. 93), S. 93 ff.

¹⁴⁹ Mit der Pflicht zur vollständigen Liberierung wird eine Vergrößerung des maximal möglichen Stimmkrafthebels durch Kombination mit einer Teilliberierung verhindert.

proportional am Kapital beteiligten Stimminderheit ist das Stückstimmrecht und damit der Stimmkrafthebel der Stimmrechtsaktien zudem nicht anwendbar bei der Wahl der Revisionsstelle, der Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung, der Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung und der Beschlussfassung über die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage (Art. 693 Abs. 3 OR). Bei wichtigen Beschlüssen i. S. v. Art. 704 OR kommt der Stimmkrafthebel der Stimmrechtsaktien zwar bei der Berechnung des qualifizierten Quorums von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen zum Tragen, doch ist daneben auch noch die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte erforderlich. Da die Stamm- und Stimmrechtsaktien unterschiedliche Aktienkategorien bilden, müssen die Statuten jeder Kategorie einen Anspruch auf Wahl mindestens eines Vertreters im Verwaltungsrat einräumen, wodurch die Stammaktionäre geschützt werden (Art. 709 Abs. 1 OR). In der Praxis sind Stimmrechtsaktien sehr verbreitet, wobei der maximale Stimmkrafthebel allerdings nur selten ausgenutzt wird¹⁵⁰. Trotz einer intensiv geführten rechtspolitischen Diskussion soll das traditionelle Institut der Stimmrechtsaktien auch in der aktuellen Aktienrechtsrevision beibehalten werden¹⁵¹.

c) Einführung eines Höchststimmrechts

Nach schweizerischem Recht können die Statuten einer Aktiengesellschaft die Stimmenzahl der Inhaber mehrerer Aktien beschränken (Art. 692 Abs. 2 S. 2 OR). Das gilt auch für Aktiengesellschaften, deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert sind. Die Festlegung eines solchen Höchststimmrechts im Errichtungsakt ist wegen der erforderlichen Zustimmung aller Gründer auch dann mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar, wenn hierdurch Aktionäre über und unter der Höchststimmchwelle ungleich behandelt werden. Die nachträgliche Einführung eines Höchststimmrechts ist nur dann unproblematisch möglich, wenn keiner der Aktionäre im Zeitpunkt der Statutenänderung die festgelegte Schwelle mit seiner Beteiligung überschreitet. Anderenfalls müssen die betroffenen Aktionäre entweder zustimmen oder ihr Sonderopfer durch überwiegende Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt sein, was nur selten der Fall sein dürfte¹⁵².

¹⁵⁰ Im Jahr 2002 (Tendenz fallend; dazu *von der Crone/Reiser/Plaksen* [Fn. 93], S. 95) hatten noch 69 der 283 schweizerischen Publikumsgesellschaften (24 %) Stimmrechtsaktien ausstehend (Aktienführer 2002/2003, S. 468f.); in der Sika-AG beträgt der Stimmkrafthebel beispielsweise 1:6 (siehe dazu den Sachverhalt der Verfügung des Übernahmeyausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 4. Mai 2015).

¹⁵¹ Siehe dazu die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399, 539.

¹⁵² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 29), § 24 N. 66ff. (Rechtfertigung eines Sonderopfers nur bei Erforderlichkeit „zum Schutz eines intensiven Gesellschaftsinteresses“); *Böckli* (Fn. 6), § 12 N. 477f.

d) Statutarisches Recht des Generalversammlungsvorsitzenden zur Stichentscheidung

Im schweizerischen Recht ist seit langem umstritten, ob die Statuten einer Aktiengesellschaft dem Vorsitzenden der Generalversammlung, d. h. in der Regel dem Verwaltungsratspräsidenten, das Recht zur Stichentscheidung einräumen dürfen, da es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz des nennwertproportionalen Stimmrechts (Art. 692 Abs. 1 OR) handelt und anders als für Beschlussfassungen im Verwaltungsrat (Art. 713 Abs. 1 S. 2 OR) oder in der Generalversammlung einer GmbH (Art. 808a OR) keine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorhanden ist¹⁵³. In der Genossenschaft ist das Stichentscheidungsrecht vor dem Hintergrund des dort geltenden Kopfprinzips (Art. 854 und 885 OR) und einer ebenfalls fehlenden gesetzlichen Regelung ähnlich umstritten¹⁵⁴.

Das Bundesgericht hat die Frage für die Aktiengesellschaft erstmals in einer Leitentscheidung vom 7. Oktober 1969 bejaht¹⁵⁵. Die Vorinstanz hatte sich in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre¹⁵⁶ noch für die Unwirksamkeit einer derartigen Stichentscheidungsklausel ausgesprochen, da sie dem Wesen der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft widerspreche und in der paritätischen Zweipersonen-AG eine Missbrauchsfahr gegeben sei. In einer Aktiengesellschaft beruhe das Stimmrecht nämlich auf der Kapitalbeteiligung, so dass weder Raum für ein Stimmrecht nach Köpfen noch für eine von der Kapitalbeteiligung unabhängige persönliche Stimme des Vorsitzenden bestehe. Das Bundesgericht wies diese Ansicht, die auf der Vorstellung beruhe, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Aktienrechts die sogenannte Publikums-Aktiengesellschaft als Leitbild im Auge gehabt, mit der Begründung zurück, dass angesichts zahlreicher auf die personalistische Aktiengesellschaft gemünzter Regelungen nicht von einem solchen einheitlichen Leitbild des Gesetzgebers ausgegangen werden könne. Zwar sei es denkbar, dass der statutarische Stichentscheid in einzelnen Fällen dauernd zu Mehrheitsbeschlüssen führen könne, doch bräuchten solche Beschlüsse durchaus nicht rechtsmissbräuchlich zu sein. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung nach dem Nennwertprinzip sei nicht gegeben, da eine Statutenvorschrift, welche die Beschlussfähigkeit der Generalversammlung und damit auch den Bestand der Gesellschaft gewährleisten solle, nicht als unsachlich bezeichnet werden könne, zumal

¹⁵³ *Vischer*, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, *GesKR* 2017, 81 ff.; *Zysset/Galli*, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, *recht* 2017, 125, 129 m. w. N.; vgl. *Kunz*, Wirtschaftsrecht (Fn. 138), § 2 N. 243; ablehnend *ders.* (Fn. 7), § 12 N. 84.

¹⁵⁴ *Moll* (Fn. 113), Art. 888 N. 10 m. w. N.

¹⁵⁵ BGE 95 II 555.

¹⁵⁶ Siehe z. B. *Frei*, Zur Frage des Stichentscheides des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, *SAG* 23 (1950/51), 225, 230 f.

das Gesetz insbesondere mit dem Institut der Stimmrechtsaktie noch sehr viel weiter reichende Ausnahmen von diesem Grundsatz ermögliche¹⁵⁷.

Kürzlich hat das Bundesgericht diese Leitentscheidung – teilweise ist sogar trotz der abweichenden Meinungen von einer zum Gewohnheitsrecht verdichteten Praxis die Rede¹⁵⁸ – im Grundsatz bestätigt¹⁵⁹. Es hat das Recht zur Stichtentscheidung aber noch dahingehend eingeschränkt, dass es bei einer Aktiengesellschaft, die Stimmrechtsaktien ausstehend habe, nicht bei Beschlüssen der Generalversammlung gemäß Art. 693 Abs. 3 OR zur Anwendung kommen dürfe. Für die dort genannten Beschlüsse (Wahl der Revisionsstelle, Ernennung von Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung, Einleitung einer Sonderprüfung sowie Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage) solle es nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers zum Schutz elementarer Minderheitsinteressen zwingend beim Grundsatz der Nennwertproportionalität bleiben. Hiermit wäre eine Stichtentscheidung des Präsidenten der Generalversammlung, welcher mit der Mehrheit der Stimmen (nicht des Kapitals) und damit dem entsprechenden Übergewicht der Stimmrechtsaktien gewählt worden sei, unvereinbar. Die bislang in den Statuten für Pattsituationen bei Wahlen vorgesehene Losentscheidung könne die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft ebenso sicherstellen wie eine Stichtentscheidung. Der Beschluss über die entsprechende Statutenänderung könne daher wegen eines Verstoßes gegen das Gebot schonender Rechtsausübung von der mit Nein gestimmten Minderheitsaktionärin erfolgreich angefochten werden (Art. 706 Abs. 2 OR). Ob ein Stichtscheidungsrecht auch überhaupt allein dann vorgesehen werden könne, wenn die Statuten abweichend von Art. 703 OR das relative Mehr der Stimmen verlangen würden, ließ das Bundesgericht ebenso offen wie die Frage, ob es auch dann zulässig ist, wenn der ausübungsberechtigte Vorsitzende kein Aktionär ist und die Gesellschaft damit bei Uneinigkeit zwischen den Aktionären fremdbestimmt würde. In der laufenden Aktienrechtsrevision ist keine Regelung des Rechts des Vorsitzenden der Generalversammlung zur Stichtentscheidung geplant¹⁶⁰.

3. Privilegierung von langfristigen und aktiven Aktionären

Im schweizerischen Aktienrecht wird ebenfalls intensiv darüber diskutiert, ob und wie ein Anreiz für Groß- wie Kleinaktionäre gegeben werden kann bzw.

¹⁵⁷ BGE 95 II 555 E. 4.

¹⁵⁸ So für das Aktienrecht *Böckli* (Fn. 6), § 12 N. 358 und ihm folgend für die Genossenschaft *Moll* (Fn. 113), Art. 888 N. 10.

¹⁵⁹ BGE 143 III 120; näher zu diesem Urteil u. a. *Cabannes/von der Crone*, Der Stichtscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, SZW 2017, 381 ff.; *Schnewly/Vetter*, Der Stichtscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, 266 ff.

¹⁶⁰ Dazu näher *Vischer* (Fn. 153), S. 93 f.

soll, sich längerfristig und aktiv an einer Aktiengesellschaft zu beteiligen¹⁶¹. Unter dem Stichwort der Loyalitätsaktien stehen Vorschläge im Raum, wonach den Inhabern länger gehaltener Aktien bzw. aktiven Aktionären verschiedene Privilegien eingeräumt werden¹⁶². Es geht in der schweizerischen Diskussion um erweiterte Vermögens- und Bezugsrechte, ein größeres Stimmgewicht, gestufte Vinkulierungsregelungen und um an Haltefristen geknüpfte Optionsrechte. Der fragliche Nutzen sowie die Umsetzungs- und Folgeprobleme solcher Privilegierungen (z. B. sinkender Börsenwert der Gesellschaft, Erschwerung der Desinvestition, Feststellung der Loyalitätskriterien)¹⁶³ werden dabei stärker thematisiert als die Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁶⁴.

De lege lata kann eine dem schweizerischen Recht unterstehende Aktiengesellschaft den langfristig beteiligten und/oder aktiven Aktionären nicht ohne weiteres Privilegien einräumen. Ein höheres Stimmgewicht könnte einzelnen Aktionären nur über das Instrument der Stimmrechtsaktie eingeräumt werden¹⁶⁵, doch könnte deren ursprünglich an Loyalitätskriterien orientierte Zuteilung danach nicht mehr einfach an veränderte Umstände angepasst werden, wenn der bislang treue Stimmrechtsaktionär desinvestiert oder ein Stammaktionär die maßgebliche Haltefrist überschreitet. Entschließt sich die Aktiengesellschaft zur Einführung von Vorzugsaktien und damit einer durch besondere Loyalitätsmerkmale gekennzeichneten Aktienkategorie mit besonderen Vermögensvorteilen, muss dies entweder mit der Zustimmung aller Gründer im Errichtungsakt oder nachträglich durch Umwandlung bzw. Zerlegung von Stammaktien oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung erfolgen. Die im zweiten Fall notwendige Statutenänderung bedarf nach der gesetzlichen Regellage nur eines mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen zu fassenden Beschlusses (Art. 647, 703 OR). Problematisch ist dabei angesichts der prinzipiellen gesetzlichen Anerkennung von Vorzugsaktien weniger die Vereinbarkeit der Differenzierung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz als die Vereinbarkeit der Loyalitätsmerkmale mit Art. 680 Abs. 1 OR, wonach die Aktionäre auch durch die Statuten nicht zu mehr als ihrer Einlageleistung verpflichtet werden können. Halte-, Teilnahme- und Stimpflichten liegen aber nun gerade im Wesen von Loyalitätsaktien als gesonderter Aktienkategorie. Auch einer im Ein-

¹⁶¹ Dazu demnächst rechtsvergleichend *P. Jung*, in: Festschrift für Werner F. Ebke zum 70. Geburtstag, München 2020.

¹⁶² *Daeniker*, Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit, in: Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XVII*, Zürich 2015, S. 139ff.; *Wohlmann/Zeller*, Nachhaltige Geschäftsführung durch Bindung der Aktionäre?, *SJZ* 113 (2017), 229ff.; *Forstmoser*, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, *Law & Economics – FS Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Bern 2015, S. 163, 178ff.

¹⁶³ Aufschlussreich dazu *Wohlmann/Zeller* (Fn. 162), S. 230ff.

¹⁶⁴ Dazu aber etwa *Daeniker* im Zusammenhang mit Loyalitätsoptionen (Fn. 162), S. 164f.

¹⁶⁵ Dazu oben unter D. II. 2.

zelfall unter bestimmten Voraussetzungen persönlich gewährten Treue- bzw. Aktivitätsprämie, deren erwünschte Anreizwirkung mit Art. 680 Abs. 1 OR vereinbar sein dürfte¹⁶⁶, stünden Hindernisse entgegen. So würde eine Superdividende nach geltendem Recht eine entsprechende Statutenregelung voraussetzen (vgl. Art. 661 OR), die nach h. M. die Schaffung einer gesonderten Aktienkategorie erfordern soll, auch wenn dies so im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist¹⁶⁷. Außerdem wäre die damit verbundene Ungleichbehandlung der Aktionäre nur zulässig, wenn diese trotz negativer Begleiterscheinungen (Aufwand für die Gesellschaft, ggf. sinkender Börsenwert) insbesondere wegen der Sicherung des langfristigen Gedeihens im Interesse der Gesellschaft läge und wenn die Privilegierung hierzu geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein sollte¹⁶⁸. Wie schon erwähnt, werden aber bereits an der Eignung Zweifel geäußert¹⁶⁹. Der ständige Wechsel zwischen den Aktienkategorien wird zudem zumindest für Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren als nicht praktikabel angesehen¹⁷⁰.

Vor diesem Hintergrund ist die Einführung von Loyalitätsaktien vor allem ein Thema der seit längerer Zeit geplanten Revision des schweizerischen Aktienrechts¹⁷¹. So hat der Nationalrat im laufenden Gesetzgebungsverfahren am 15. Juni 2018 angeregt, dass Aktionären, die seit mindestens zwei Jahren mit Stimmrecht im Aktienbuch eingetragen sind, eine bis zu 20 % höhere Dividende bzw. Rückzahlung von Kapitalreserven, ein bis zu 20 % tieferer Ausgabebetrag beim Bezug neuer Aktien und ein gesamthafes Vorzugsrecht auf bis zu 20 % der beziehbaren jungen Aktien gewährt werden können¹⁷². Hierzu sollen die Statuten die Grundsätze und der Verwaltungsrat die Einzelheiten in einem Reglement bestimmen. Dabei sollen auch Beteiligungsgrenzen für die Berechtigung festgelegt werden können. Der Ständerat bzw. die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates hat diese Vorschläge jedoch am 11. Dezember 2018 bzw. 16. Januar 2020 abgelehnt¹⁷³. Der Bundesrat wurde vom Ständerat am 19. Juni

¹⁶⁶ Es handelt sich allenfalls um Obliegenheiten, nicht aber um durch Art. 680 Abs. 1 OR ausgeschlossene (verkappte) Leistungs- oder Treuepflichten; so auch für Loyalitätsoptionsrechte *Daeniker* (Fn. 162), S. 164.

¹⁶⁷ *Böckli* (Fn. 6), § 12 N. 510f.; *Daeniker* (Fn. 162), S. 162f.

¹⁶⁸ Vgl. dazu generell oben bei Fn. 84ff.

¹⁶⁹ *Wohlmann/Zeller* (Fn. 162), S. 230ff.

¹⁷⁰ *Daeniker* (Fn. 162), S. 168; *Forstmoser*, Die Nachhaltigkeitsprämie, Schweizer Monat 1012 (Dezember 2013/Januar 2014), 53, 57.

¹⁷¹ *Forstmoser* (Fn. 170), S. 57 unter Hinweis auf ausländische Regelungen und Überlegungen.

¹⁷² Siehe dazu insbesondere Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3^{bis} und Ziff. 9^{bis}, Art. 652b Abs. 5, Art. 652b^{bis}, Art. 661a Abs. 1 des vom Nationalrat am 15. Juni 2018 verabschiedeten Entwurfs (zu den Entwurfstexten und den Positionen der Räte im Gesetzgebungsverfahren siehe die Übersicht unter <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-5%20D.pdf>).

¹⁷³ Siehe dazu die Übersicht über den Stand der parlamentarischen Beratungen (Fn. 172).

2019 damit beauftragt, in einem auf der Grundlage einer Regulierungsfolgenabschätzung und einer rechtsvergleichenden Analyse erstellten Bericht die möglichen Vor- und Nachteile sowie die Auswirkungen der Vorschläge des Nationalrats aufzuzeigen¹⁷⁴. In der parlamentarischen Schlussvereinbarung fielen die allein auf vermögensrechtliche Privilegien zielenden Vorschläge unter den Tisch und wurden zumindest erst einmal nicht Gesetz¹⁷⁵.

4. Besonderheiten im Konzernverhältnis

Das Konzernverhältnis rechtfertigt keine prinzipielle Abkehr vom Gleichbehandlungsgrundsatz, weil die Gleichbehandlung in der jeweiligen konzernverbundenen Gesellschaft gesondert zu verwirklichen und das den Maßstab für Differenzierungen bildende Gesellschaftsinteresse zunächst einmal das jeweilige Eigeninteresse der betroffenen Gesellschaft ist¹⁷⁶. Noch nicht völlig geklärt ist jedoch, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit das Eigeninteresse einer konzernverbundenen Gesellschaft durch das Konzerninteresse beeinflusst wird. Nach einer im schweizerischen Recht verbreiteten Auffassung soll das insbesondere dann der Fall sein, wenn in der Zweckbestimmung der Statuten ausdrücklich auf das Konzerninteresse Bezug genommen wird¹⁷⁷. Nach der h.L. vom sog. doppelten Pflichtenexus können auch die von der Muttergesellschaft in eine Tochtergesellschaft entsandten Verwaltungsräte dort die Konzerninteressen im Rahmen ihres Ermessensspielraums wahren¹⁷⁸. Teilweise wird auch ein Vorteilsausgleich befürwortet¹⁷⁹, sodass eine Privilegierung der Mut-

¹⁷⁴ Postulat 18.4092 „Auswirkung von ‚Loyalitätsaktien‘“ der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 16. Oktober 2018.

¹⁷⁵ Siehe dazu den Schlussabstimmungstext der Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5573.

¹⁷⁶ *Kunz* (Fn. 138 [Wirtschaftsrecht]), § 7 N. 281 mit Fn. 804; *ders.* (Fn. 138 [Konzernrecht]), § 4 N. 283 f. mit Fn. 973; *Künzler*, Konzernübertragung im Privat- und Steuerrecht, Zürich 2006, S. 81 ff.

¹⁷⁷ Näher *Käch*, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Zürich 2001, S. 87 ff. m. w. N.; generell zu den Möglichkeiten und Grenzen der Zweckkoordination im Konzern *Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 92 ff.; a. A. *von Planta*, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel 1981, S. 25.

¹⁷⁸ *Gautschi*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI.2.4: Der einfache Auftrag, Bern 1960, Art. 397 OR N. 13c; *Lazopoulos*, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats, Zürich 2004, S. 70 ff.; *von Büren* (Fn. 117), S. 171 und *Böckli* (Fn. 6), § 13 N. 619a sprechen von einer Interessenabwägung des Verwaltungsrats der Untergesellschaft, in die die Konzerninteressen (relativ großzügig) einbezogen werden müssten; einschränkend im Hinblick auf einen drohenden Ermessensfehlgebrauch *Käch* (Fn. 177), S. 97 f. und *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 24 N. 54.

¹⁷⁹ Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten der Tochtergesellschaft *von Büren* (Fn. 117), S. 171 mit Fn. 553 unter Hinweis auf einen unveröffentlichten Tagungsbeitrag von *Handschin*, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Tochtergesellschaften, Dokumentation der Weiterbildungsveranstaltung der HSG vom

tergesellschaft auch dann gerechtfertigt sein könnte, wenn sie dadurch kompensiert worden sein sollte, dass der Tochtergesellschaft aufgrund der Konzernierung Vorteile entstanden sind. Eine informationelle Bevorzugung der Konzernmuttergesellschaft kann schließlich dadurch gerechtfertigt sein, dass sie erheblich beteiligt ist und vor allem verschiedene Pflichten auch im Geschäftskreis der Tochtergesellschaft wahrzunehmen hat (Überwachungspflichten, Konsolidierungspflicht), wozu sie besonderer Informationen bedarf¹⁸⁰.

15. Juni 1995; einschränkend dazu *P. Jung*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktien- und GmbH-Recht (Mai 2008 bis April 2009), in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, S. 145, 157 f.

¹⁸⁰ Dazu bereits oben im Text bei Fn. 138 f.