

Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten

Sechstes Deutsch-österreichisch-
schweizerisches Symposium,
Wien 21.–22. Mai 2015

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer
und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Susanne Kals ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Holger Fleischer ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-154819-2

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

Inhaltsverzeichnis

Holger Fleischer

Gesellschaftsrechts-Geschichten.

Annäherungen an die narrative Seite des Gesellschaftsrechts 1

Diskussion (*Sebastian Brehm*) 25

Frauke Wedemann

BGHZ 146, 341: ARGE Weißes Roß –

Rechtsfähigkeit der Außen-GbR..... 29

Diskussion (*Sebastian Brehm*) 42

Martin Winner

Übernahmeangebot bei Verschmelzung?

Die Entscheidung HypoVereinsbank / Bank Austria

der österreichischen Übernahmekommission45

Diskussion (*Georg Durstberger*) 64

Susan Emmenegger

Gleichbehandlung bei konkurrierenden öffentlichen

Übernahmeangeboten: Der Entscheid SIG Holding AG..... 67

Diskussion (*Julia Nicolussi*) 87

Jens Koch

Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH (BGHZ 135, 244).

Geschichte und Wirkungsgeschichte 91

Diskussion (*Christopher Cach*) 112

Inhaltsverzeichnis

Stefan Knobloch

Genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung – SBG gegen BK Vision AG.
Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat –
unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsschutzes 115

Diskussion (*Georg Durstberger*) 132

Walter Bayer

BGHZ 153, 47 – Macrotron

Die „Geschichte“ der Grundsatzentscheidung zum Delisting,
ihr überraschendes Ende durch „Frosta“ und ihre
„modifizierte Wiederbelebung“ durch den Gesetzgeber..... 137

Diskussion (*Julia Nicolussi*) 167

Martin Auer

OGH 4 Ob 2078/96h (Fehringer) –

Einlagenrückgewähr mit Dritten 171

Diskussion (*Thomas Barth*) 185

Peter V. Kunz

BGE 88 II 98 (1962) – oder:

Was der „Zirkus Knie“ für die Gleichbehandlung
der Aktionäre in der Schweiz bedeutet(e) 189

Diskussion (*Thomas Barth*) 200

Jan Thiessen

Sternbrauerei Regensburg (BGHZ 9, 157)..... 203

Diskussion (*Carmen Walser*) 221

Georg Eckert

Die Neutronics-Entscheidung des OGH..... 225

Diskussion (*Carmen Walser*) 234

Autorenverzeichnis 237

BGE 88 II 98 (1962) – oder: Was der „Zirkus Knie“ für die Gleichbehandlung der Aktionäre in der Schweiz bedeutet(e)

PETER V. KUNZ

I.	Vorbemerkungen	189
1.	Common Law vs. Civil Law	189
2.	Präzedenzfälle im Wirtschaftsrecht	190
II.	Zum „Knie“-Fall	191
1.	Sachverhalt	191
a)	Ausgangslage	191
b)	Familienzoff	192
c)	Prozessgeschichte	193
2.	Rechtliche Aspekte	194
a)	Gleichbehandlungsprinzip	194
b)	Bezugsrecht des Aktionärs	195
c)	Rechtsmissbrauchsverbot	196
III.	Bedeutung	197
1.	Wandel der Zeit(en)	197
2.	Ausgewählte Aspekte	197
IV.	Schlussbemerkungen	198

I. Vorbemerkungen

1. *Common Law vs. Civil Law*

Die *Rechtsvergleichung* unterscheidet¹ zwischen *Common Law*-Ordnungen einerseits (angelsächsische Rechtsordnungen, z.B. in den USA, in Grossbritannien oder in Australien) sowie *Civil Law*-Ordnungen andererseits (etwa in Deutschland, in Österreich oder in der Schweiz). Für das *Common Law* stil-

¹ Nach wie vor grundlegend: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 62 ff., S. 177 ff.

prägend sind *richterliche Präjudizien*; d.h. die Rechtsfindung basiert zwar nicht immer, aber oft stärker auf Richterrecht als auf Gesetzesrecht.²

Im *Civil Law* dominieren hingegen *generell-abstrakte Regeln*, also insbesondere Gesetze des Parlaments sowie Verordnungen der Regierung. Unter den Aspekten der Rechtsstaatlichkeit sowie der Demokratie hat, etwas trivialisiert, die *Legislative klaren Vorrang* gegenüber der Judikative; in der *Schweiz* erscheint dies besonders ausgeprägt.³ Nichtsdestotrotz sind Gerichtsurteile auch in *Civil Law*-Ordnungen bedeutsam.

2. Präzedenzfälle im Wirtschaftsrecht

Zum schweizerischen Wirtschaftsrecht sind *Präzedenzfälle relativ selten*. Dies dürfte nicht zuletzt damit zu erklären sein, dass die Mehrzahl der gewichtigen Wirtschaftsstreitigkeiten (beispielsweise Verantwortlichkeitsklagen) *mittels Vergleich* beendet werden, und dass *Gerichte generell zurückhaltend* intervenieren; die sog. Business Judgment Rule wird zwar erst seit dem Jahr 2010 in der Schweiz „offiziell“ anerkannt,⁴ entspricht indes einer jahrzehntelangen Tradition im Aktienrecht.⁵

Intensivere richterliche Aktivitäten können immerhin beim *Konzernrecht* festgestellt werden, was angesichts des Fehlens einer Konzernrechtskodifikation (analog v.a. zu Deutschland)⁶ wenig überraschen kann. Die Gerichte haben sich gerade etwa betreffend *Konzernhaftung* als kreativ erwiesen.⁷ Konzern-

² *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), S. 250 ff.; dies trifft indes selbst in Common Law-Ordnungen meist weniger intensiv zu im Bereich des *Wirtschaftsrechts*, das sich regelmässig in diesen Ländern im Gesetzesrecht findet (Beispiele: Gesellschaftsrecht oder Finanzmarktrecht).

³ Die politische Angst vor einem „Richterstaat“ gelangt beispielsweise dadurch zum Ausdruck, dass in der Schweiz die Gerichte *keine Bundesverfassungsgerichtsbarkeit* wahrnehmen dürften, also können Bundesgesetze richterlich nicht auf ihre Verfassungskonformität überprüft werden (Art. 190 BV: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“); rechtspolitische Bestrebungen in eine andere Richtung scheitern seit vielen Jahren immer wieder.

⁴ Erstmals BGE 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 7.2.4.; detailliert: *Kunz*, SZW 86 (2014), 274 ff. und v.a. 276 ff. m.w.N.; eine solche Rechtsanwendungsregel wurde in einigen Ländern in Gesetze aufgenommen, nämlich etwa in *Deutschland* im Jahr 2005 (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) sowie in *Liechtenstein* im Jahr 2009 (Art. 182 Abs. 2 S. 2 PGR), und eine Regelung wird ebenfalls in *Österreich* diskutiert (*Schima*, RdW 2015, 288 ff. und 291 f.); in der *Schweiz* stellt eine solche Legiferierung hingegen kein Thema dar.

⁵ Zur Entwicklung der Praxis in der Schweiz und auf internationaler Ebene: *Kunz*, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, (Habil. Bern) 2001, § 6 Rn. 115 ff.

⁶ Die *konzernlegislative Vorreiterrolle* übernahm Deutschland bereits im Jahr 1965 – wahrlich ein bedeutsames Jahr (Geburtsjahr des Unterzeichners!): § 15 ff. AktG, § 291 ff. AktG.

⁷ Insbesondere wurde das sog. *Konzernvertrauen* von Gerichten „entdeckt“, und zwar im Jahr 1994: BGE 120 II 231; generell: *Kunz*, in: *Kalss/Fleischer/Vogt* (Hrsg.), *Gesell-*

rechtliche Präjudizien werden zudem vereinzelt sogar für Gesetzgebungen berücksichtigt, sodass *Urteile kodifiziert* werden.⁸

Das *Finanzmarktrecht* wird mit ständigen Gesetzesrevisionen eher vom Gesetzgeber als von Richtern beherrscht. Ganz ähnlich verhält es sich im *Gesellschaftsrecht*, obwohl gesellschaftsrechtliche Revisionen selten(er) vorkommen. Ein Zentralthema des Aktienrechts, nämlich der *Minderheiten- bzw. Gesellschafterschutz*, wurde im Lauf der Jahrzehnte legislativ immer wieder angepasst, und verschiedene Urteile reflektieren die Entwicklungen in diesem Bereich – dies trifft nicht zuletzt auf den „Knie“-Fall zu.⁹

II. Zum „Knie“-Fall

1. Sachverhalt

a) Ausgangslage

In der Schweiz werden bloss wenige *nationale Heiligtümer* anerkannt, wie beispielsweise die direkte Demokratie, das Matterhorn, die Romanfigur „Heidi“ oder – natürlich (und wohl zuoberst auf der Liste) – Roger Federer. Zum auserwählten Kreis solcher schweizerischen Ikonen gehört ebenfalls, und zwar seit vielen Jahrzehnten,¹⁰ der „Zirkus Knie“, um den es im bekannten BGE 88 II 98 aus dem Jahr 1962 geht.¹¹ Es handelte sich, etwas prosaischer, beim Streitfall um eine *jahrelange Familienfehde*.

Im Vordergrund standen damals selten aufgeworfene *Rechtsfragen des Minderheiten- bzw. Aktionärsschutzes*, nämlich die Gleichbehandlungspflicht gegenüber Gesellschaftern, das Bezugsrecht von Aktionären sowie das Rechtsmissbrauchsverbot.¹²

schafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, 2014, S. 49 ff. und S. 75 ff.

⁸ Das Einsichtsrecht von Aktionären der Muttergesellschaft in gewisse Unterlagen von Tochtergesellschaften (BGE 132 III 71) wird – als Beispiel – im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision aufgenommen.

⁹ Vgl. dazu sogleich Ziff. II.

¹⁰ Im Bundesgerichtsentscheid (BGE) erwähnte das oberste Gericht der Schweiz einleitend, dass die Gesellschaft im *Jahr 1934* gegründet wurde von Friedrich, Charles und Eugen Knie, die bereits damals der *vierten Generation* der „Artistenfamilie“ angehörten: BGE 88 II 99 Sachverhalt A.

¹¹ Die Fallbezeichnung lautete: Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. März 1962 i.S. Knie gegen Aktiengesellschaft Gebrüder Knie, Schweizer National-Circus und Knie; inwiefern bei einem *Privatunternehmen* – nämlich einer Aktiengesellschaft (AG) im Rahmen von Art. 620 ff. Obligationenrecht (OR) ohne staatliche Beteiligung – von einem „National-Circus“ gesprochen werden kann, bleibt einem liberalen Wirtschaftsverständnis (vorbehaltlich Marketing-Gedanken) gänzlich verschlossen.

¹² BGE 88 II 98: Regesten (Erw. 3/Erw. 4).

Wie dies bei Streitigkeiten unter Verwandten oft Tradition hat, war alles komplex.¹³ Bei der Gesellschaftsgründung wurden die total 550 Namenaktien (NA) in erster Linie auf die drei Gründer („4. Generation“) aufgeteilt:¹⁴ *Friedrich Knie* mit 201 NA, *Eugen Knie* mit 148 NA sowie *Charles Knie* mit 123 NA. Der Streit fand dann ein Vierteljahrhundert später zwischen Mitgliedern der „5. Generation“ statt, also den *Erben der Gründer* – eine Entwicklung, die in der freien Wirtschaftslaufbahn nicht selten zu beobachten ist.

b) *Familienzoff*

Die Aktienverteilung sah im Jahr 1958 schliesslich aus wie folgt:¹⁵ Während *Friedrichs* 201 NA seiner Witwe *Margit* (63 NA) sowie seinen beiden Söhnen *Fredy* (69 NA) und *Rolf* (69 NA) gehörten, hatte *Eugens* Tochter *Eliane* dessen 148 NA geerbt. Die 123 NA von *Charles* standen *Antoinette* zu, also seiner Witwe. Der Verwaltungsrat (VR) der Knie AG¹⁶ bestand damals aus *Fredy* (als VR-Präsident) sowie aus dessen Mutter *Margrit* und seiner Cousine *Eliane*, die an der Gesellschaft ebenfalls massgeblich beteiligt waren.¹⁷

Die *familiären Verstrickungen* (und Interessenkonflikte) waren offensichtlich. Die Witwe *Antoinette* hatte genug¹⁸ und verkaufte die von *Charles* geerbten 123 NA, und zwar an die *Gesellschaft selber*, also die Knie AG. Der Kauf erfolgte *treuhänderisch* („vorübergehend zu treuen Händen der Aktionäre“), und der VR der Knie AG wollte an einer Generalversammlung (GV) beschliessen lassen, was mit diesen 123 NA zu geschehen habe.¹⁹

Den *eigenen Aktien* kam (und kommt)²⁰ in der Schweiz *kein Stimmrecht* zu, d.h. die 123 eigenen NA der Knie AG durften in deren GV nicht vertreten werden. Da bei der Gesellschaft ein *statutarisches Quorum von zwei Dritteln*

¹³ Die folgenden Ausführungen stellen eine Zusammenfassung dar: BGE 88 II 99 – 102; ebenfalls (von „Dr. R. B.“): SAG 35 (1963), 250 ff.

¹⁴ 50 NA gehörten – wohl bereits bei der Gründung – *Fritz Geiser* (wer *Fritz Geiser* war, konnte nicht mehr festgestellt werden; noch einmal erwähnt: BGE 88 II 101 Sachverhalt A.); 28 NA wurden ausserdem zu je 50 % einerseits *Friedrich* und andererseits *Eugen* zugeteilt, wobei *Charles* die Nutzniessung daran hatte (ob diese Regelung bereits bei der „4. Generation“ oder erst bei der „5. Generation“ bestand, steht ebenfalls nicht fest).

¹⁵ BGE 88 II 99 Sachverhalt A.

¹⁶ Es gab keine Firma „Knie AG“, doch erfolgt diese Bezeichnung aus Gründen der Vereinfachung.

¹⁷ Geschäftsführer der Knie AG („Direktionskomitee“) waren die Brüder *Rolf* und *Fredy* sowie ihre Cousine *Eliane*: BGE 88 II 99 Sachverhalt A.

¹⁸ Zum weiteren Fortgang: BGE 88 II 100 Sachverhalt A.

¹⁹ Der VR diskutierte verschiedene Möglichkeiten, nämlich etwa einen Verkauf dieser Aktien an *alle Aktionäre* oder nur an die *Mitglieder des VR* oder die Vernichtung der Aktien durch Herabsetzung des Aktienkapitals; zwischen *Margrit* und *Fredy* einerseits und *Eliane* andererseits kam es zum Streit: BGE 88 II 100 Sachverhalt A.

²⁰ Art. 659a Abs. 1 OR: „Das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte eigener Aktien ruhen“.

bestand, war absehbar, dass die *GV blockiert* würde, weil keine entsprechenden Mehrheiten möglich waren. Was danach folgte, war ein *klassisches „Buebe-Trickli“* schweizerischer Provenienz:

Eine halbe Stunde vor der *GV* beschloss der *VR* (konkret: *Fredy* und *Margrit*, notabene gegen den Widerstand von *Eliane*) die 123 *NA* durch die *Knie AG* zu verkaufen, und zwar an *Rolf*, also den Bruder von *Fredy* bzw. den Sohn von *Margrit*. Nach dem Motto: „Vorbereitet sein, ist alles!“ hatte *Rolf* den Kaufpreis schon bezahlt, die Aktien wurden sogleich indossiert und übertragen, und im Aktienregister erfolgte die Eintragung. In der Folge stimmte *Rolf* in der *GV* mit „*seinen*“ sämtlichen Aktien,²¹ und *Eliane* unterlag stets.²²

c) Prozessgeschichte

Es kam, wie es wohl kommen musste: *Eliane* klagte im Jahr 1959 beim *Handelsgericht* des Kantons St. Gallen²³ gegen die *Knie AG* sowie gegen *Rolf*, *Fredy* und *Margrit*.²⁴ Es wurde u.a. beantragt, die *GV*-Beschlüsse „ungültig bzw. nichtig zu erklären“ sowie *Rolf Knie* richterlich zu verpflichten, die „widerrechtlich und bösgläubig erworbenen“ 123 *NA* wieder an die *Knie AG* „herauszugeben bzw. zurückzuindossieren“.²⁵

Im Jahr 1961 erfolgt eine *Abweisung* der Klage durch das St. Galler *Handelsgericht* in allen Punkten („entsprechend dem Antrage der Beklagten“). Bereits 11 Monate später (sic!)²⁶ fällte schliesslich das *Bundesgericht* sein Urteil, mit dem die Berufung abgewiesen und somit das Urteil des *Handelsgerichts* bestätigt wurde.²⁷ Dabei ging das Gericht in Lausanne auf interessante Rechtsfragen²⁸ zum Minderheits- bzw. Aktionärschutz ein.²⁹

²¹ *Rolf Knie* stimmte also in der *GV* mit 192 *Aktien* (unbestritten davon: 69 *NA*, die er von seinem Vater *Friedrich* geerbt hatte; umstritten: 123 *NA*, die er einige Minuten vor der *GV* von der *Knie AG* für 184.500 Schweizer Franken erwarb); *Antoinette Knie*, die Witwe von *Charles*, war nicht anwesend, so dass die 28 *NA* mit Nutzniessung in der *GV* nicht vertreten waren; allg.: BGE 88 II 101 f. Sachverhalt A.

²² *Eliane* schien tapfer gekämpft zu haben und stellte viele Anträge (z.B. Vernichtung der 123 *NA* oder eventualiter Verkauf von 41 *NA* an sie persönlich), die alle mit 374 *Stimmen* abgelehnt wurden: BGE 88 II 101 Sachverhalt A. (die 374 *NA* dürften sich wie folgt ergeben haben: 201 *NA* von *Friedrich* [also: *Margrit*: 63 *NA*; *Fredy*: 69 *NA*; *Rolf*: 69 *NA*], 123 *NA* aus dem Verkauf der *Knie AG* an *Rolf* sowie 50 *NA* von *Fritz Geiser*).

²³ In der Schweiz sind *Handelsgerichte* selten; es gibt solche Spezialgerichte nur in vier *Kantonen*, nämlich in Bern, in Zürich, im Aargau und in St. Gallen.

²⁴ BGE 88 II 102 B. (Vorinstanz)/C. (Bundesgericht).

²⁵ BGE 88 II 102 B.

²⁶ Heute würde das *Bundesgericht* m.E. sicherlich *mehr als zwei Jahre* für ein solches Urteil benötigen.

²⁷ BGE 88 II 110 (Dispositiv); anders als heutzutage üblich wurden vom Gericht weder die Gerichtskosten noch die Parteientschädigungen offengelegt.

²⁸ Vgl. dazu sogleich Ziff. II.2.

2. Rechtliche Aspekte

a) Gleichbehandlungsprinzip

Das *Gleichbehandlungsprinzip* spielt seit je eine gewichtige Rolle beim Minderheitenschutz.³⁰ Unter Berufung auf die damalige Praxis hielt das höchste Gericht in „Knie“ fest: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben die Aktionäre Anspruch, bei Beschlüssen der Gesellschaftsorgane über ihre rechtlichen Beziehungen zur Gesellschaft gleich behandelt zu werden, soweit nicht im Interesse der Gesamtheit der Aktionäre an der Verfolgung des Gesellschaftszweckes Ausnahmen nötig sind (BGE 69 II 248ff.)“.³¹

Dieser relativ offene Grundsatz wurde *zusätzlich eingeschränkt* dadurch, dass eine Gleichbehandlung nur erforderlich sein sollte für Beschlussfassungen „über die rechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären und der Gesellschaft“, die im konkreten Fall nicht vorgelegen seien, denn: „[Der VR der Knie AG] machte nichts grundsätzlich anderes, *als wenn* er einen *Nichtaktionär als Käufer ausgewählt* hätte“³². Das Gericht folgerte: „Die Beklagte [sc. Knie AG] hat diesen Grundsatz nicht verletzt“.³³

Dadurch wurde vom Bundesgericht ignoriert, dass *in casu* eben nicht ein Nichtaktionär, sondern ein *Aktionär* „ausgewählt“ wurde (also *Rolf*, der Bruder und Sohn von zwei Mitgliedern des VR), dessen Interessenkonflikt bereits eine halbe Stunde nach dem Verkauf der 123 NA der Knie AG offen zum „Ausbruch“ kam.³⁴ Das Gericht versteckte sich hinter einem angeblichen Grundsatz, wonach das Gleichbehandlungsprinzip *nicht* gelte für „Geschäfte, in denen [Aktionäre] der Gesellschaft wie Nichtaktionäre gegenüberreten“.³⁵

²⁹ Das Bundesgericht behandelte noch *zwei weitere Themen*: Erstens hatte *Eliane* vor dem Handelsgericht behauptete, dass die drei VR-Mitglieder (also: *Fredy*, *Margrit* und sie selber) eine *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) gebildet hätten, um die Aktien von *Antoinette* zu erwerben, mit der Konsequenz, dass ein späterer Verkauf – erneut durch diese angebliche einfache Gesellschaft – *Einstimmigkeit vorausgesetzt* hätte; da es für diese Behauptung keine Anhaltspunkte in den Akten gab, ging das Bundesgericht materiell nicht darauf ein: BGE 88 II 102 f. Erw. 1.; zweitens hielt das Bundesgericht fest, dass *VR-Beschlüsse widerrufen* werden können: „Der Verwaltungsrat als Organ der Aktiengesellschaft bildet im Rahmen seiner Zuständigkeit deren Willen frei (Art. 55 Abs. 1 ZGB) und kann ihn daher an sich auch frei jederzeit abändern“ (BGE 88 II 104 Erw. 2.).

³⁰ Vgl. dazu Ziff. III.1., unten S. 197.

³¹ BGE 88 II 105 Erw. 3. am Anfang (es wurden *alle Gesellschaftsorgane* angesprochen, also VR und GV); dieselbe Ordnung ergibt sich heute explizit aus dem Gesetz: Vgl. dazu hinten Ziff. III.1. a.E.

³² BGE 88 II 105 Erw. 3.; Hervorhebungen hinzugefügt.

³³ BGE 88 II 105 Erw. 3.

³⁴ Vgl. dazu Ziff. II.1.b), oben S. 192.

³⁵ Diese apodiktische Aussage ergibt sich nicht aus dem eigentlichen Urteilstext (BGE 88 II 105 ff. Erw. 3.), sondern vielmehr aus der (angeblich) zusammenfassenden Regeste 2: BGE 88 II 98; m.E. *ist und bleibt* ein Aktionär gegenüber dem VR ein Aktionär

b) Bezugsrecht des Aktionärs

Aktionären stehen – nebst Mitwirkungsrechten – verschiedene Vermögensrechte (z.B. Dividendenanspruch oder Anspruch auf Liquidationsanteil) zu, darunter insbesondere das *Bezugsrecht an Aktien*. Damit sollten die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, eine „Verwässerung“ infolge Erhöhung des Aktienkapitals zu verhindern.³⁶ In „Knie“ wird dieses Bezugsrecht durch das Bundesgericht als Prinzip bestätigt.³⁷

Zum *Bezugsrecht der Aktionäre* wurde indes klargestellt: „Nur wenn *neue* Aktien *ausgegeben* werden, ist der Aktionär berechtigt, davon einen seinem bisherigen Aktienbesitz entsprechenden Teil zu beanspruchen [...]“³⁸ oder m.a.W.: „Die Aktionäre haben nicht ein Recht auf Bezug von Aktien, welche die Gesellschaft erworben hat und wieder veräussern will“.³⁹ Insofern stimmt die Rechtslage mit dem Status quo überein, denn m.E. sind die *Bezugsrechtsregeln nicht analog* anwendbar auf bereits *ausgegebene* Aktien.⁴⁰

Interessant erscheint, dass das Bundesgericht das Fehlen eines Bezugsrechts extensiv als *Immunitätsaspekt zur Gleichbehandlung* interpretierte, sozusagen als „carte blanche“ für den VR in Bezug auf die Veräusserung eigener Aktien: „Hatten die Aktionäre [z.B. *Eliane*] der Beklagten somit nicht das Recht, die 123 Aktien zu beziehen, so hatte der einzelne [erneut: *Eliane*] auch nicht Anspruch darauf, beim Angebot gleich behandelt zu werden“.⁴¹

unbesehen des „Huts“, den er trägt; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 39 Rn. 49 sprechen von „Konnex zur Aktionärsstellung“ als Voraussetzung; Hinweis: *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaft, 2006, S. 154 Fn. 236.

³⁶ De lege lata findet sich das Bezugsrecht bei *ordentlichen* sowie bei *genehmigten* Kapitalerhöhungen geregelt in Art. 652b OR; bei *bedingten* Kapitalerhöhungen besteht ein „wesensverwandtes“ Vorwegzeichnungsrecht (Art. 653b OR); de lege ferenda sollen grundlegende Änderungen im Rahmen einer anstehenden „grossen“ Aktienrechtsrevision mit der Einführung eines sog. *Kapitalbandes* vorgenommen werden.

³⁷ BGE 88 II 105 f. Erw. 3.

³⁸ BGE 88 II 105 Erw. 3.; Hervorhebungen hinzugefügt; der Bezugsrechtsschutz stelle somit einen Schutzmechanismus nicht beim derivativen, sondern beim *originären* Aktienwerb dar; nichts anderes ergibt sich aus dem *aktuellen* Aktienrecht mit Art. 652c Abs. 1 OR („Teil der neu ausgegebenen Aktien“).

³⁹ BGE 88 II 98 Regeste 3.

⁴⁰ So auch *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 4 Rn. 301; *von der Crone*, Aktienrecht, 2014, § 9 Rn. 76; *Weibel*, SZW 81 (2009), 358 ff.; a.M.: *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, (Habil. Zürich) 1994, S. 119 ad Fn. 178.

⁴¹ BGE 88 II 106 Erw. 3.; zumindest *methodisch fragwürdig* zog das Bundesgericht eine nicht anwendbare Ordnung (sc. Bezugsrecht des Aktionärs) zur „Untermauerung“ eines bestimmten Auslegungsergebnisses bei einer anderen Thematik heran, ohne bloss ansatzweise dieses Junktim zu erklären.

c) *Rechtsmissbrauchsverbot*

Das „Argument“ eines angeblichen Rechtsmissbrauchs wird, wie die Lebenserfahrung zeigt, oft von jungen Juristen oder von schlechten Rechtsanwälten angeführt und ist selten zielführend. Das *Rechtsmissbrauchsverbot* als Generalklausel des Privatrechts ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 ZGB („Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz“) und findet nicht zuletzt *Anwendung im Aktienrecht*; de facto wird das Rechtsmissbrauchsverbot jedoch häufiger angerufen als de iure bestätigt.⁴²

Art. 2 ZGB wurde auch von *Eliane* gegen ihre Verwandten vorgebracht,⁴³ ohne dass dies – soweit ersichtlich⁴⁴ – detailliert oder überzeugend begründet wurde. Dass das Bundesgericht sich vor diesem Hintergrund nicht auf den dünnen Ast von Art. 2 ZGB hinaus wagte, muss verstanden werden. Kaum nachzuvollziehen (für einen minderheitenschutzsensibilisierten Leser im Jahr 2015) ist hingegen die „Begründung“ des Bundesgerichts:

Ein Verkauf der Aktien an *Rolf* „zum Zwecke der Machtkonzentration bei der Gruppe *Friedrich Knie*“ könne *nicht rechtsmissbräuchlich* sein, weil damit eine *GV-Blockade verhindert* wurde.⁴⁵ Sozusagen ein Argument „zum höheren Wohl“ oder einen „übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund“ (er-)fand das Bundesgericht wie folgt: „Wesentlich ist, dass der dem *Gedeihen der Gesellschaft* und ihres Unternehmens *hinderliche Zustand* tatsächlich bestand. Die Übertragung der 123 Aktien an *Rolf Knie* beseitigte ihn. Sie verstieß daher nicht gegen Treu und Glauben, war gegenteils *sachlich gerechtfertigt* [...]“.⁴⁶

⁴² Dies trifft nicht zuletzt beim Minderheitenschutz zu: *Kunz* (Fn. 5), § 8 Rn. 5 ff.

⁴³ BGE 88 II 107 Erw. 4. am Anfang: „Die Klägerin macht geltend, der Verkauf der 123 Aktien an *Rolf Knie* sei jedenfalls rechtsmissbräuchlich (Art. 2 ZGB)“.

⁴⁴ BGE 88 II 107 ff. Erw. 4.

⁴⁵ Zwar behauptete das Bundesgericht nicht, dass *Eliane* eine entsprechende (Aktionärs-) Pflicht gehabt hätte, doch es wurde ihr nichtsdestotrotz vorgeworfen, dass sie angeblich „kein schützenswertes Interesse“ hatte: BGE 88 II 108 f. Erw. 4., was schon fast ein *Pflichtenheft für Aktionäre* nahelegen müsste (notabene in Widerspruch zu Art. 680 Abs. 1 OR: „Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag“).

⁴⁶ BGE 88 II 108 Erw. 4.; Hervorhebungen hinzugefügt; ebenso erneut: a.a.O. 110 Erw. 4. a.E.

III. Bedeutung

1. Wandel der Zeit(en)

Der *aktienrechtliche Minderheitenschutz* erweist sich – nicht allein in der Schweiz – seit Jahrzehnten als zentral,⁴⁷ u.a. im Hinblick auf Eigenkapitalfinanzierungen von AG. Bei den allgemeinen Grundsätzen in diesem Zusammenhang wird insbesondere das *Gleichbehandlungsprinzip* hervorgehoben, nicht zuletzt durch Habilitationen.⁴⁸ BGE 88 II 98 wurde (und wird) in der Doktrin, unter verschiedenen Aspekten,⁴⁹ teils heftig kritisiert.⁵⁰

In der Zwischenzeit haben sich die *Rechtssetzungen* auf der einen Seite sowie die *Rechtsanwendungen* auf der anderen Seite fortentwickelt und teils gegenseitig beeinflusst. Dem Urteil i.S. „Knie“ kommt ebenfalls eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu, und in mehr als einem halben Jahrhundert hat sich einiges bewegt.

Das Gleichbehandlungsprinzip gegenüber Aktionären – als Beispiel – ergab sich ehemals aus der Praxis,⁵¹ d.h. die *Rechtsprechung begründete* diesen Schutzmechanismus zugunsten der Gesellschafter. In der Zwischenzeit wurde die (relativ offene) Praxis in diesem Zusammenhang *legifert*: „Sie [sc. die Mitglieder des VR] haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln“ (Art. 717 Abs. 2 OR).⁵²

2. Ausgewählte Aspekte

BGE 88 II 98 setzte sich mit *zwei Schutzmechanismen* des Aktionärsschutzes auseinander: dem Gleichheitsprinzip sowie dem Rechtsmissbrauchsverbot. Das Urteil scheint – zumindest aus heutiger Perspektive – jedoch aus dem *Steinzeitalter des Minderheitenschutzes* zu stammen. Die Interessen von (Minderheits-)Aktionären wurden fix subordiniert, und der Entscheid sprach

⁴⁷ Hierzu: Kunz (Fn. 5), *passim*.

⁴⁸ Als Beispiel erwähnt: Huguenin Jacobs (Fn. 40), *passim*.

⁴⁹ Huguenin Jacobs (Fn. 40), S. 119 Fn. 178 sowie 288 (die Autorin spricht sich für eine Teilungültigkeit des Kaufvertrags der Knie AG mit Rolf aus wegen Verletzung eines „Proportionalitätsprinzips“: a.a.O. 288).

⁵⁰ Statt aller: Verse (Fn. 35), S. 154 m.w.N. in Fn. 235 („einhellig abgelehnt“); fast einmütig zeigt(e) sich die Lehre, dass in der Gegenwart das Urteil „wohl anders ausfallen“ würde: Nobel/Groner, Aktienrechtliche Entscheide, 3. Aufl., 2006, S. 336.

⁵¹ Nicht zuletzt aus BGE 88 II 98: Vgl. dazu Ziff. II.2.a), oben S. 194.

⁵² Art. 717 Abs. 2 OR betrifft den VR, doch das Prinzip gilt ebenfalls in Bezug auf die GV; eine Verletzung des Grundsatzes macht entsprechende GV-Beschlüsse anfechtbar: „Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse, die [...] eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung [...] der Aktionäre bewirken“ (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR).

sich im Ergebnis für ein *absolutes Primat des Gesellschaftsinteresses* aus⁵³, was nicht im Einklang mit dem damaligen oder dem aktuellen Aktienrecht steht.

M.E. muss – entgegen „Knie“ (sc. BGE 88 II 105 ff. Erw. 3.) – der VR, der eigene Aktien an *Aktionäre* veräussern möchte, den Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen von Art. 717 Abs. 2 OR beachten.⁵⁴ Sollten nicht Gesellschafter, sondern *Nicht-Aktionäre* als Erwerber angesprochen werden, geht es um die Treue- und Sorgfaltspflichten des VR;⁵⁵ ein *Bezugsrecht* der Aktionäre steht indes (auch analog) *nicht* zur Diskussion.⁵⁶

Eine der letzten „heiligen Kühe“ des schweizerischen Aktienrechts „muht“ seit Jahrzehnten, dass *private Aktionäre keine Pflichten* (ausser der Einzahlungs- bzw. Liberierungspflicht beim originären Aktienerwerb) haben.⁵⁷ Insofern ist kein Aktionär verpflichtet, sich „sachlich richtig“ – was immer dies bedeuten mag – zu verhalten. Insbesondere ist *kein Aktionär verpflichtet* (auch nicht *Eliane*), eine GV-Blockierung zu verhindern; „Gegenmassnahmen“ der Mehrheitsaktionäre können durchaus *rechtsmissbräuchlich* sein.⁵⁸

IV. Schlussbemerkungen

Mit gutem Grund wird darauf hingewiesen, dass *narratives Gesellschaftsrecht* an strukturellen Hindernissen scheitern mag⁵⁹: spärliche Sachverhalts schilderungen, fehlende Parteibezeichnungen, abstrakte Leitsätze, nüchterner Urteilsstil sowie anonyme Richter. Bei „Knie“ trifft diese Beobachtung sicherlich *nicht* zu, handelt es sich doch um einen *plastischen Fall*, was vermutlich auch dessen „Popularität“ erklären dürfte.⁶⁰

⁵³ Es gibt a priori weder ein Primat des Gesellschaftsinteresses noch ein Primat des Gesellschafterinteresses, vielmehr bedarf es einer *Interessenabwägung im Einzelfall*; (notabene im Sinne einer „Saldo-Methode“) detailliert: Kunz (Fn. 5), § 9 Rn. 97 ff.

⁵⁴ So auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 35), § 39 Rn. 42 ff. und v.a. Rn. 50; *Böckli* (Fn. 40), § 4 Rn. 301.

⁵⁵ Art. 717 Abs. 1 OR: „Die Mitglieder des Verwaltungsrates [...] müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren“.

⁵⁶ Vgl. dazu Ziff. II.2.b), oben S. 195.

⁵⁷ Art. 680 Abs. 1 OR; der Unterzeichner versucht seit Jahren, diese Regelung zu relativieren, *Kunz* (Fn. 5), § 8 Rn. 31 ff., Rn. 35 ff. – bis anhin ohne jeglichen Erfolg.

⁵⁸ Vgl. dazu Ziff. II.2.c), oben S. 196.

⁵⁹ Hierzu insbesondere der Beitrag von *Holger Fleischer* in diesem Sammelband, S. 1 ff.

⁶⁰ Beispielsweise befand sich das Urteil im Vorlesungsplan von *Hans-Ueli Vogt* zum Gesellschaftsrecht II (Frühlingsemester 2013) an der Universität Zürich; der Unterzeichner geht hingegen auf das Urteil in den gesellschaftsrechtlichen Vorlesungen an der Universität Bern nicht ein; der Entscheid wird nach wie vor aufgeführt bei *Nobel/Groner* (Fn. 50), 331 ff.

M.E. war der „Knie“-Fall inhaltlich ein *judikativer Kniefall* vor der *Mehrheitsmacht* im Aktienrecht;⁶¹ es gelangte das Primat des Gesellschaftsinteresses vor den Gesellschafterinteressen zum Ausdruck.⁶² BGE 88 II 98 vermochte indes nicht, den sich wandelnden Zeitgeist während des letzten halben Jahrhunderts aufzuhalten, d.h. „Knie“ erscheint heute irrelevant. Für die *aktienrechtliche Archäologie* der Schweiz bleibt das Urteil spannend.

Die vom „Knie“-Fall betroffenen Personen im Besonderen sowie die „Familie Knie“ im Allgemeinen waren damals (und sind teils nach wie vor) vermutlich den meisten Lesern – seit Kindheitstagen – bekannt oder mindestens vertraut.⁶³ Insofern entsteht bei diesem Urteil ein bei wirtschaftsrechtlichen Entscheiden fast nie vorkommender *emotionaler Bezug*: Der Leser lebt beim *Intrigenspiel um Aktien und Macht* der „nationalen Zirkus-Familie“ mit.

Selbst das (ansonsten: zurückhaltende) Bundesgericht des Jahres 1962 fand – wenn auch ohne Rechtsfolgen – Anlass zu *erheblicher Kritik* am Verhalten des VR der Knie AG sowie der Mehrheitsaktionärsgruppe:⁶⁴ „Auf Förderung des guten Einvernehmens bedachte Geschäftsleute wären *anders vorgegangen* als *Fredy und Margrit Knie*“⁶⁵. Dies stellten tatsächlich „väterliche Ermahnungen aus Lausanne“ dar.⁶⁶

⁶¹ Es galt, etwas trivialisiert, anscheinend das *Motto*: „*Wer hat, dem wird gegeben*“.

⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.

⁶³ v. Steiger, ZBJV 99 (1963), 414 bezeichnete *Rolf Knie* als „der mit den Elefanten – Ref.“.

⁶⁴ BGE 88 II 109 f. Erw. 4.: „Es fällt auf, dass *Fredy und Margrit Knie* sich zum Verkauf der 123 Aktien an *Rolf Knie* entschlossen und der Erwerber den Kaufpreis zahlte, ohne dass dieses Geschäft mit der Klägerin erörtert worden wäre. Das Vorgehen zeigt, dass *Fredy und Margrit Knie* nicht beabsichtigten, Einwendungen und Gegenvorschläge, welche die Klägerin unter dem Eindruck der neuen Lage allenfalls machen würde, zu prüfen. Die Klägerin wurde in der Sitzung [...] mit einem unabänderlichen Entschluss überrascht“.

⁶⁵ BGE 88 II 110 Erw. 4.; Hervorhebung hinzugefügt.

⁶⁶ Zitat aus einer zeitnahen Einschätzung eines Rezensenten von BGE 88 II 98: v. Steiger (Fn. 63), 416; der Autor outete sich als „grosser Freund des Zirkus K.“ und hoffte, dass die Knie AG die Hinweise aus Lausanne in Zukunft „beherzigen“ würde: a.a.O.