

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials in black ink, consisting of a vertical line with a loop at the top and a horizontal stroke extending to the right.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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

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

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR

PETER V. KUNZ: Prof. Dr. iur., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechts-
vergleichung an der Universität Bern

Inhaltsverzeichnis

I.	Persönliches	799
II.	Beispiel: Aktienrecht.....	800
	A. Bedeutung von aktienrechtlichen Klagen.....	800
	B. Freies Rechtsfolgeermessen?.....	801
III.	Einfluss der USA	802
	A. Entwicklungen.....	802
	B. Ausgewählte aktienrechtliche Klagen	803
	1. Auflösungsklage.....	803
	a) Herkunft und Praxis.....	803
	b) Einordnung	804
	2. Organisationsmängelklage	806
	a) Herkunft und Praxis.....	806
	b) Einordnung	807
	C. Ergebnisse und Folgerungen.....	808
	Literaturverzeichnis	809

I. Persönliches

Frau Prof. Dr. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ war für lange Zeit als *Ordinaria* für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Schweizerisches Zivilprozessrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie als *Co-Direktorin* am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der *Universität Bern* tätig. Wir kennen uns seit dem Jahr 2005, als ich ebenfalls nach Bern berufen wurde.

Im Verlauf der Jahre hatten wir beide eine Vielzahl von Kontakten, und es entwickelte sich ein *gegenseitiges Vertrauensverhältnis*. JOLANTA präsidierte beispielsweise eine Nachfolgekommission, in der ich mich ebenfalls als Mitglied betätigte, und gemeinsam waren wir aktiv als Herausgeber der Festschrift unserer Fakultät für den Schweizerischen Juristentag 2014 («Berner

Gedanken zum Recht»). Anlässlich eines Besuchs von *30 thailändischen Richtern*, die ich als Dekan im Jahr 2016 in Bern begrüßen durfte, spielte JOLANTA, die ein langjähriges *inniges Verhältnis zu Thailand* pflegt, eine zentrale Rolle, nicht allein als Referentin.

Frau Prof. Dr. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ wird nunmehr emeritiert; sie wird eine Lücke hinterlassen. Als Dekan unserer Fakultät ist es mir ein Bedürfnis, ein kleines *wissenschaftliches Geschenk* zu überreichen. Seit langem interessiert sich JOLANTA für den Einfluss ausländischen Rechts auf das schweizerische Recht. Die abzuhandelnde Thematik, die hoffentlich auf das Interesse von JOLANTA treffen wird, war für einen Wirtschaftsrechtler mit Spezialisierung im Aktienrecht fast naheliegend – alles Gute für die Zukunft, liebe JOLANTA!

II. Beispiel: Aktienrecht

A. Bedeutung von aktienrechtlichen Klagen

Bei aktienrechtlichen Klagen¹ scheint eine *versteckte Amerikanisierung* erkennbar zu sein, was im Folgenden zu untersuchen ist. Ansprüche aus dem Aktienrecht können – wie sämtliche Rechtsansprüche – mittels Klagen geltend gemacht werden. Zahlreiche Klagemöglichkeiten werden im Rahmen von Art. 620 ff. OR *explizit geregelt* (z.B. die Informationsklage: Art. 697 Abs. 4 OR; die Anfechtungsklage: Art. 706 f. OR; die Nichtigkeitsklage: Art. 706b OR bzw. Art. 714 OR; die Organisationsmängelklage: Art. 731b OR; die Auflösungsklage: Art. 736 OR; die Verantwortlichkeitsklage: Art. 754 ff. OR).²

Den meisten Klagemöglichkeiten des Aktienrechts kommt in der Schweiz – anders als oftmals im Ausland, insbesondere in den USA³ – in erster Linie eine *Präventivfunktion* zu, d.h. es wird meist eher gedroht als realiter prozessiert.⁴ Nichtsdestotrotz übernehmen die Klagen *weitere Funktionen* im Rahmen des Aktienrechts,⁵ beispielsweise für den Gesellschafterschutz, für den

¹ Übersicht: KUNZ, Klagen, *passim*.

² Das Aktienrecht enthält die *materielle* Basis, wohingegen sich die *formelle* Basis für entsprechende Klageverfahren aus der ZPO ergeben.

³ Die zahlreichen Aktienrechtsprozesse im US-amerikanischen Gliedstaat *Delaware* erweisen sich als prägend für die gesamte Wirtschaft in den USA; in der Praxis überwiegen Prozessvergleiche («settlements»): MERKT HANNO, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Frankfurt 2013, N 1217 ff.

⁴ Ausgeprägt erscheint die Präventivfunktion bei der Sonderprüfungsklage (Art. 697a ff. OR).

⁵ Hierzu: KUNZ, Klagen, S. 34 ff.

Gläubigerschutz sowie – besonders wichtig – für den Aktionärsschutz.⁶ Ein nicht zu unterschätzender Grund für die in der Wirtschaftsrealität relativ seltenen aktienrechtlichen Verfahren stellen die *geringen richterlichen Interventionsmöglichkeiten* dar.

B. Freies Rechtsfolgeermessen?

Die Schweiz – als *demokratischer Rechtsstaat* – beruht auf der *Gewaltenteilung*. Die Gerichte spielen zwangsläufig (und traditionellerweise) eine zwar nicht untergeordnete, indessen *faktisch zurückhaltende* Rolle.⁷ Konzeptionell hat der Richter als Rechtsanwender nur, aber immerhin, die Rechtssetzungen zu *interpretieren*, notabene aufgrund einer spezifischen Methodik;⁸ eine «legislative» Rolle spielen Gerichte einzig bei «Rechtssetzungsunfällen».⁹ Unbestritten ist, dass der Richter *kein freies Rechtsfolgeermessen* hat.¹⁰

Doch welche Folgerungen ergeben sich daraus? Antworten: Sollte z.B. eine Anfechtungsklage gutgeheissen werden, wird der Beschluss der GV aufgehoben¹¹ – *mehr nicht*. Sollte eine Nichtigkeitsklage gutgeheissen werden, wird die Nichtigkeit des Beschlusses festgestellt – *mehr nicht*. Sollte eine Verantwortlichkeitsklage gutgeheissen werden, wird der Beklagte zum Ersatz des konkreten Schadens verurteilt – *mehr nicht*. Invasivere richterliche Interventionen, also m.a.W. «freie Rechtsfindungen», sind in der Schweiz *de lege lata* unzulässig.

Ein *a priori zurückhaltendes* Gerichtsverständnis in der Schweiz steht im Übrigen in bestem Einklang mit dem (europäischen) Verständnis zum *Civil Law*. Anders verhält es sich im *Common Law*, dem Recht des angelsächsischen Rechtskreises, der nach wie vor durch die USA dominiert wird. Das *Richterrecht* («case law») ist im Common Law bedeutsamer als das gesetzte Recht («statutory law»), und die US-amerikanischen Gerichte verfügen re-

⁶ Im Detail: KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 37 ff. m.w.H.

⁷ Ein *richterlicher Aktivismus* kommt in der schweizerischen Gerichtspraxis – anders als v.a. in den USA («judicial activism») – kaum jemals vor.

⁸ Das Bundesgericht wendet einen *pragmatischen Methodenpluralismus* an, der ebenfalls im Aktienrecht zu berücksichtigen ist.

⁹ Gerichte dürfen nur bei echten Lücken «als Gesetzgeber» tätig werden: Art. 1 Abs. 2 ZGB.

¹⁰ Nicht zuletzt aus diesem Grund sind ausserrechtliche Argumentationen durch Gerichte mit Bezug auf *Gerechtigkeit oder Ethik o.Ä.* ohne Rechtssetzungsbasis ausgeschlossen: KUNZ PETER V., Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 35 (2017), S. 153.

¹¹ Der Klage gemäss Art. 706 f. OR kommt m.a.W. ausschliesslich eine *kassatorische* und *keine reparatorische* Wirkung zu; hierzu statt vieler: KUNZ, Klagen, S. 102 ad FN 32.

gelmässig über *weit(er)gehende Kompetenzen*; dazu kann etwa das fast umfassende richterliche Rechtsfolgeermessen gezählt werden (Motto: «as the court may deem fit»¹²).

III. Einfluss der USA

A. Entwicklungen

Das *Wirtschaftsrecht* ist *internationales Recht*, dies war – selbst im national dominierten Gesellschaftsrecht – schon immer der Fall, und dürfte in Zukunft noch stärker ausgeprägt sein. Seit dem 19. Jahrhundert bis ins heutige 21. Jahrhundert gab es unterschiedliche *dominante Rechtssysteme*, die von verschiedenen Staaten nacheinander geprägt wurden (im Vordergrund stehend: Frankreich, Deutschland sowie die USA).¹³ Diese Staaten – und seit einiger Zeit nun v.a. die EU – *beeinflussen* nicht zuletzt das schweizerische Recht.

Das *US-amerikanische Recht* prägte – und prägt weiterhin – seit der Mitte des 20. Jahrhunderts weite Teile des Schweizer Rechts,¹⁴ gerade des Wirtschaftsrechts.¹⁵ Insofern kann sogar von einer (mehr oder weniger offenen) *Amerikanisierung* gesprochen werden.¹⁶ Angesichts des momentanen Fokus auf die EU dürften die Amerikanisierungstendenzen zwar aktuell etwas abnehmen, können indessen nach wie vor festgestellt werden, und zwar in *Rechtsanwen-*

¹² Übersetzung: «wie es dem Gericht als angemessen erscheinen kann»; insofern können (und sollen) in der *Rechtsanwendung zum Common Law Gerechtigkeitsüberlegungen* («equity») bewusst einfließen, was dem Civil Law fremd ist: KUNZ PETER V., Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht, FG zum Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 224 f.

¹³ Hinweise: KUNZ PETER V., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 30 (2012), S. 37 ff. und v.a. 43 ff.

¹⁴ BÖCKLI PETER, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law, in: The International Practice of Law, Basel 1997, S. 9 ff.; BAUDENBACHER CARL, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 131 II (2012), S. 589 ff.; daran ändert der Umstand nichts, dass das Recht der USA zum Common Law und das Recht der Schweiz zum Civil Law zu zählen sind.

¹⁵ Im Folgenden steht das *Aktienrecht* (als Beispiel) im Vordergrund.

¹⁶ Generell: WIEGAND, Rezeption, *passim*; DERS., Americanization of Law: Reception or Convergence?, in: Legal Culture and the Legal Profession, Oxford 1996, S. 137 ff.; DERS., Europäisierung – Globalisierung – Amerikanisierung, Jusletter vom 11. Februar 2002, *passim*; KIENER REGINA/LANZ RAPHAEL, Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen (...), ZSR 119 I (2000), S. 155 ff.

dungen einerseits¹⁷ sowie in *Rechtssetzungen* andererseits; m.E. finden sich zwei legislative Fussabdrücke im Aktienrecht:¹⁸ Art. 736 Ziff. 4 OR¹⁹ sowie Art. 731b OR.²⁰

B. Ausgewählte aktienrechtliche Klagen

1. Auflösungsklage

a) Herkunft und Praxis

Art. 736 Ziff. 4 OR sieht die sog. *Auflösungsklage aus wichtigen Gründen* vor: «Die Gesellschaft wird aufgelöst (...) durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen». Wenn die beiden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind,²¹ erfolgt somit – im Prinzip – eine gerichtliche Gesellschaftsauflösung. Doch es besteht ein *richterliches Rechtsfolgeermessen*, notabene sogar ohne Antrag des Klägers.²²

Mit dieser Regelung hat der Rechtssetzer dem Rechtsanwender viel Macht – Stichwort: *potentielle Richterwillkür* – sowie wenig Orientierung gegeben. Legislativ unbeantwortet bleiben beispielsweise die folgenden *Rechtsfragen*: Wann ist eine Gesellschaftsauflösung und wann eine «andere sachgemässe (...) Lösung» zu verfügen?²³ Welche «andere sachgemässe (...) Lösung»

¹⁷ Allg.: AEMISEGGER HEINZ, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte – am Beispiel des Bundesgerichts, AJP 17 (2008), S. 18 ff.; als aktienrechtliches Beispiel kann die «*Business Judgment Rule*» erwähnt werden – generell: CHRISTEN ALEX, «Quo vadis, BJR?» (...), AJP 24 (2015), S. 123 ff.

¹⁸ Das deutsche Gesellschaftsrecht wird ebenfalls stark durch die USA beeinflusst: VON HEIN JAN, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (Habil. Hamburg 2007) *passim*.

¹⁹ KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 313 ad FN 788/§ 17 N 53.

²⁰ Auf diese *zwei Aktienrechtsklagen* wird im Folgenden eingegangen.

²¹ Der Entscheid zur Frage, ob die *10%-Schwelle* erreicht wird, stellt eine simple Rechenaufgabe dar; anspruchsvoller erscheint hingegen die Antwort auf die Frage, ob *wichtige Gründe* gegeben sind.

²² Zur *prozessualen Geltendmachung*: HABEGGER, Auflösung, S. 289 ff.; HANDSCHIN, Auflösung, S. 44; KUNZ, Auflösungsklage, S. 240; VOGT/ENDERLI, Auflösung, S. 247.

²³ Obwohl VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 269 a.A. die Auflösung der AG als *primäre* Rechtsfolge bezeichnet, wird sie als *subsidiär* gegenüber der «anderen sachgemässen Lösung» bezeichnet (a.a.O.); ähnlich zum Verhältnis der alternativen Rechtsfolgen: HANDSCHIN, Auflösung, S. 44; KUNZ, Auflösungsklage, S. 242;

kommt überhaupt in Frage?²⁴ Welche(s) Interesse(n) hat das Gericht seinem Urteil zugrunde zu legen?²⁵ Angesichts dieser offenen Themen kann kaum überraschen, dass Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR bis anhin im Wesentlichen *toter Buchstabe* blieb.²⁶

Diese *alternative Rechtsfolge* der Auflösungsklage aus wichtigen Gründen ist vom US-amerikanischen Prinzip «as the court may deem fit» *inspiriert* worden,²⁷ ohne dass sich dies explizit mit den Materialien belegen lässt.²⁸ Der legislative Vorschlag zur alternativen Rechtsfolge stammte nicht vom BR, sondern aus dem Parlament.²⁹ Mit der Einführung von Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR waren (zu) hohe Erwartungen betreffend *Verbesserung des Aktionärschutzes* verbunden.³⁰ Das Bundesgericht hat sich nur selten mit Auflösungsklagen aus wichtigen Gründen zu beschäftigen (jüngere Ausnahme: BGE 136 III 278).³¹

b) Einordnung

In der Schweiz – und damit anders als v.a. in den USA – besteht in der *Tradition des Civil Law* eine starke Zurückhaltung der Rechtssetzung, die Rechtsanwendung bzw. den Rechtsanwender (zu) mächtig werden zu lassen. Aus Gründen der Gewaltenteilung sowie der Rechtsstaatlichkeit kann dies kaum beanstandet werden. Eine «freie Rechtsfindung» steht in der Schweiz nicht

VOGT/ENDERLI, Auflösung, S. 243 und 244; die Gerichte müssen u.a. das bundesverfassungsrechtliche *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV) berücksichtigen, d.h. eine Gesellschaftsauflösung stellt nur, aber immerhin, «ultima ratio» dar.

²⁴ Als mögliche «Lösungen» werden z.B. ein «Austritt» gegen Abfindung, ein Ausschüttungszwang bzw. eine Dividendengarantie, eine Unternehmensteilung, eine Statutenänderung, Änderungen oder Aufhebungen von GV- oder VR-Beschlüssen diskutiert.

²⁵ VOGT/ENDERLI, Auflösung, S. 242; VON DER CRONE, Aktienrecht, § 8 N 257 f.; STÄUBLI, Kommentar, N 23 zu Art. 736 OR.

²⁶ Generell: STÄUBLI, Kommentar, N 18 zu Art. 736 OR.

²⁷ Allerdings war sich der Parlamentarier, der Satz 2 von Art. 736 Ziff. 4 OR im Rahmen der Beratungen vorschlug (StR HEFTI: Amtl. Bull. StR 1988, S. 518), dieser Ordnung anscheinend überhaupt *nicht bewusst*: HABEGGER, Auflösung, S. 172 FN 55.

²⁸ Allg. die Botschaft zum Aktienrecht: BBl 1983 II, S. 745 ff.; die Materialien erweisen sich ohnehin als wenig ergiebig: KUNZ, Auflösungsklage, S. 239.

²⁹ Der BR wollte die *Auflösungsklage erleichtern* (vgl. Botschaft zum Aktienrecht: BBl 1983 II, S. 768 sowie 934); generell: Amtl. Bull. StR 1988, S. 518; Amtl. Bull. NR 1990 1389.

³⁰ HABEGGER, Auflösung, S. 72 ff.; zudem: KUNZ, Klagen, S. 45; STÄUBLI, Kommentar, N 17 zu Art. 736 OR.

³¹ Noch seltener sind Gutheissungen solcher Klagen; allg. zu BGE 136 III 278: VOGT/ENDERLI, Auflösung, S. 238 ff. (mit grundsätzlichen Bemerkungen); BEELER LUKAS/VON DER CRONE HANS C., Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 82 (2010), S. 329 ff.

zur Debatte. Vor diesem Hintergrund dürfte nicht überraschen, dass die Einführung von Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR nicht allein Unterstützung fand:

«Ich möchte einfach den Hinweis darauf geben, dass sich der schweizerische Zivilgesetzgeber bis anhin immer sehr gehütet hat, dem Richter allzu grosse Möglichkeiten des Eingriffs in Verträge und Gesellschaftsverhältnisse in die Hand zu geben. Dies wird auch der Grund sein, weswegen anno 1936 diese Ziffer 4 von Artikel 736 nicht in dem von Herrn Hefti beantragten Sinne redigiert worden ist, sondern den Richter vor die Wahl gestellt hat, entweder die Gesellschaft aufzulösen oder sie nicht aufzulösen».³²

M.E. stellt Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR einen *legislativen Fussabdruck* des *Common Law* und damit ein Beispiel der Amerikanisierung dar,³³ selbst wenn dies nicht die ausdrückliche Absicht der Gesetzgebung war. Eine *Rezeption* kann sich nicht zuletzt *unbewusst «in den Köpfen»* entwickeln, etwa bei von in den USA ausgebildeten Politikern oder Bundesverwaltungsjuristen. Diese *US-amerikanische Inspiration* zu Art. 736 Ziff. 4 OR bedeutet nicht automatisch, dass das Recht oder die Gerichtspraxis der USA für die schweizerische Rechtsanwendung nutzbar gemacht werden kann, worauf noch eingegangen wird.

Wie soll die Auflösungsklage – wenn überhaupt – *de lege ferenda* weiterentwickelt werden? Beim *ersten Anlauf* zur momentanen «grossen» Aktienrechtsrevision sollte einzig die Tatbestandseite revidiert werden,³⁴ hingegen nicht die Rechtsfolgeseite, d.h. es wurde zwar eine andere Struktur,³⁵ jedoch keine materielle Änderung vorgeschlagen.³⁶ Im Rahmen des aktuellen *zweiten Anlaufs* für eine solche Aktienrechtsrevision³⁷ wird – erneut – keine inhaltliche Überarbeitung der Regelung von Art. 736 Ziff. 4 OR thematisiert.³⁸

³² Votum des ständerätlichen Berichterstatters zur Aktienrechtsrevision im Hinblick auf den Antrag von StR HEFTI: Amtl. Bull. StR 1988, S. 518 (StR SCHMID).

³³ GLM. bereits BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N 198: «Was wir (mit Art. 736 Ziff. 4 OR) vor uns haben, ist eine weitere Übernahme *angelsächsischer Rechtsvorstellungen*. Ein Richter, der in jenen Traditionen steht, erschrickt nicht, wenn die Kläger von ihm verlangen: «or such other remedy as he may deem fit» (...)» (Hervorhebung im Original); a.M.: HABEGGER, Auflösung, S. 172 (immerhin wird eine «starke Verwandtschaft» mit der angelsächsischen Ordnung auch von diesem Autor eingeräumt: a.a.O.); HANDSCHIN, Auflösung, S. 44 («etwas gesucht»).

³⁴ Botschaft zum OR 2007: BBl 2008, S. 1610 sowie 1692 f.; zudem: GERHARD FRANK, Die Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund, GesKR Sondernummer 2008, S. 143 ff.

³⁵ Konkret: Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4/Abs. 2 E-OR 2007 (BBl 2008, S. 1786).

³⁶ Dabei wird die richterliche Freiheit in Bezug auf die alternative Rechtsfolge hervorgehoben, ohne damit irgendwelche Orientierungen zu verbinden (Botschaft zum OR 2007: BBl 2008, S. 1693); generell: Art. 736 Abs. 2 E-OR 2007 (BBl 2008, S. 1786).

³⁷ Vgl. die Botschaft zum OR 2016: BBl 2017, S. 399 ff.

³⁸ Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4/Abs. 2 E-OR 2016 (BBl 2017, S. 727) entsprechen materiell Art. 736 Ziff. 4 OR, der mit diesem Entwurf – wie bereits mit Art. 736 Abs. 1

2. Organisationsmängelklage

a) Herkunft und Praxis

Im Rahmen der vor einem Jahrzehnt erfolgten GmbH-Rechtsrevision³⁹ wurde ebenfalls das Aktienrecht angepasst,⁴⁰ und zwar u.a. im Zusammenhang mit den *Organisationsmängeln*, die umfassend geregelt werden sollten.⁴¹ Diese Gesellschaftsrechtsrevision trat im Jahr 2008 in Kraft. Art. 731b OR führte die sog. *Organisationsmängelklage* ein,⁴² notabene – wie bei Art. 736 Ziff. 4 OR – mit weitgehenden richterlichen Kompetenzen:⁴³

«Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines der Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen» (Art. 731b Abs. 1 a.A. OR). Den Tatbestandsvoraussetzungen (v.a. Fehlen eines Organs oder seine nicht rechtmässige Zusammensetzung)⁴⁴ steht die Rechtsfolge (konkret: das Ergreifen der «erforderlichen Massnahmen») gegenüber. Einige *Beispiele* von solchen «erforderlichen Massnahmen» werden in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 – Ziff. 3 OR⁴⁵ erwähnt.⁴⁶ Im Übrigen steht dem Gericht jeweils ein *umfassendes Rechtsfolgeermessen* zu.

Anders als bei Art. 736 Ziff. 4 OR steht die *Auflösung* der Gesellschaft *nicht im Vordergrund*, sondern wird als explizite «erforderliche Massnahme» überhaupt erst an dritter und letzter Stelle (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) erwähnt. Im Hinblick auf die richterlich anzuordnende Massnahme muss das *Verhält-*

Ziff. 4/Abs. 2 E-OR 2007 (BBl 2008, S. 1786) – nur, aber immerhin, formell «gesplittet» wird; vgl. ausserdem die Botschaft zum OR 2016: BBl 2017, S. 458.

³⁹ Botschaft zum GmbH-Recht: BBl 2002, S. 3148 ff.

⁴⁰ Botschaft zum GmbH-Recht: BBl 2002, S. 3226 ff.

⁴¹ Hierzu die Botschaft zum GmbH-Recht: BBl 2002, S. 3231 ff.; es wurde eine «einheitliche Ordnung» angestrebt (a.a.O. S. 3231).

⁴² Es handelt sich um eine der wenigen aktienrechtlichen Klagen, die (auch) als *Gläubigerklage* ausgestaltet ist; generell: WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 11 ff. zu Art. 731b OR; SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 326 ff.

⁴³ SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 45 ff. sowie 185 ff.; zudem: TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel, S. 472; das Gericht hat sein breites Ermessen *pfllichtgemäss* wahrzunehmen: BÜRGE/GUT, Behebung, S. 159.

⁴⁴ Die Anwendbarkeit von Art. 731b OR ist auf *Pflichtorgane* beschränkt (Botschaft zum GmbH-Recht: BBl 2002, S. 3231); vgl. WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 5 zu Art. 731b OR; SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 59 ff.

⁴⁵ Statt aller: SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 201 ff. m.w.H.

⁴⁶ Dass diese gesetzliche Aufzählung *nicht abschliessend* zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Begriff «insbesondere»; hierzu: WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 16 zu Art. 731b OR; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel, S. 470; MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel, S. 54 f.; JÖRG, Entscheide, S. 312.

nismässigkeitsprinzip berücksichtigt werden,⁴⁷ d.h. die «erforderlichen Massnahmen» des Gerichts haben ein eigentliches *Stufenverhältnis* abnehmender Interventionsintensität zu beachten,⁴⁸ also mit der Auflösung als «ultima ratio».⁴⁹

In der Doktrin sowie in der Praxis werden nebst den ausdrücklich erwähnten «erforderlichen Massnahmen» (u.a. die Auflösung der Gesellschaft) weitere *richterliche Massnahmen* diskutiert und z.T. durch Gerichte angeordnet,⁵⁰ also beispielsweise die Abberufung von Mitgliedern des VR oder die Einberufung von GV. Wohl keine andere aktienrechtliche Norm hat das Bundesgericht in den letzten Jahren *so häufig beschäftigt* wie Art. 731b OR.⁵¹

b) Einordnung

Der Rechtssetzer hat beim Erlassen von Art. 731b OR und im Zusammenhang mit dem entsprechenden Rechtsfolgeermessen für den Rechtsanwender das US-amerikanische *Prinzip* «*as the court may deem fit*» nicht explizit erwähnt.⁵² Der Gesetzgeber hat indessen ausdrücklich (sowie spezifisch unter Anrufung von Art. 736 Ziff. 4 OR) betont, dass dem «*Gericht ein hinreichender Handlungsspielraum* gewährt» werden soll.⁵³ M.E. liegt somit bei Art. 731b OR eine Anlehnung an das Common Law vor,⁵⁴ zumindest versteckt.

Wie soll die Organisationsmängelklage – wenn überhaupt – *de lege ferenda* weiterentwickelt werden? Im Rahmen des *ersten Anlaufs* zur «grossen» Revi-

⁴⁷ SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 189 ff.; WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 16 zu Art. 731b OR; MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel, S. 54 f.; BÜRGE/GUT, Behebung, S. 159 f.; JÖRG, Entscheide, S. 314 ff.

⁴⁸ Das Bundesgericht bestätigt die h.L.: «Die Lehre geht zutreffend davon aus, dass die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen» (BGE 138 III 298 f. Erw. 3.1.4.; Hervorhebung des Originals weggelassen).

⁴⁹ TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel, S. 471; MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel, S. 55; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 493; zudem: BÜRGE/GUT, Behebung, S. 159.

⁵⁰ Hinweise: SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage, S. 303 ff.; WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 16 zu Art. 731b OR; JÖRG, Entscheide, S. 271 ff. sowie 311 ff.

⁵¹ Zu verschiedenen Urteilen: LÜTHY ROLAND, Mängel in der Organisation der Gesellschaft (...), GesKR 2012, S. 596 ff.; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel, *passim*; KUNZ, 2010/2011, S. 112 ff.; weitere Rezensionen: DERS., ZBJV 151 (2015), S. 124 bzw. 136 ff.; DERS., ZBJV 154 (2018), S. 4/FN 8 sowie S. 15 ff./FN 68.

⁵² Botschaft zum GmbH-Recht: BBI 2002, S. 3231 ff.

⁵³ Botschaft zum GmbH-Recht: BBI 2002, S. 3232 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵⁴ In diesem Sinn: KUNZ, 2010/2011, S. 114.

sion des Aktienrechts wurde mit Art. 731b E-OR 2007⁵⁵ keine Änderung betreffend die «erforderlichen Massnahmen» vorgeschlagen; es ging um eine Definitionserweiterung der Organisationsmängel.⁵⁶ Beim *zweiten Anlauf* der Aktienrechtsrevision bleibt Art. 731b OR sogar gänzlich unverändert,⁵⁷ immerhin mit der Ausnahme, dass «Richter» durch «Gericht» ersetzt werden soll.⁵⁸

C. Ergebnisse und Folgerungen

M.E. liegen im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR auf der einen Seite sowie von Art. 731b OR auf der anderen Seite *verdeckte Amerikanisierungen* vor:⁵⁹ «Die (aktienrechtliche) Rechtsetzung sieht seit einigen Jahren vermehrt richterliche Interventionsmöglichkeiten vor, die an das angelsächsische Common Law gemahnen».⁶⁰ Solche *Rezeptionen* dürften allenfalls auch unbewusst erfolgt sein, nämlich «in den Köpfen» der massgeblichen Juristen (beispielsweise durch gerade bei Wirtschaftsrechtlern verbreitete *LL.M. Studien* in den USA).⁶¹

In einem *demokratischen Rechtsstaat* – wie der Schweiz – sind infolge des Gewaltenteilungsprinzips zwar ein freies Rechtsfolgeermessen sowie eine «freie Rechtsfindung» der Rechtsanwender ausgeschlossen. Unbesehen dessen müssen die Gerichte die durch die Rechtssetzung gewährten *aktienrechtlichen richterlichen Möglichkeiten* nutzen.⁶²

Es stellt sich schliesslich die Rechtsfrage: Kann das *Recht der USA* bei der *Auslegung* von Art. 736 Ziff. 4 OR oder von Art. 731b OR berücksichtigt werden? Die Frage muss i.c. klarerweise *verneint* werden, weil *kein (qualifiziertes) legislatives Einfallstor* (Beispiele: Staatsvertrag oder autonomer Nachvollzug von internationalem Recht)⁶³ in das schweizerische Aktienrecht

⁵⁵ BBl 2008, S. 1786.

⁵⁶ Das Fehlen eines *Rechtsdomizils* sollte explizit als organisatorischer Mangel erwähnt werden (Botschaft zum OR 2007: BBl 2008, S. 1692); zudem: WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N 29 zu Art. 731b OR.

⁵⁷ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017, S. 583 f., 662.

⁵⁸ BBl 2017, S. 683 («Ersatz von Ausdrücken»).

⁵⁹ KUNZ, Instrumente, S. 46 ad FN 117.

⁶⁰ KUNZ, 2010/2011, S. 114 (Hervorhebung des Originals weggelassen).

⁶¹ Vgl. WIEGAND, Rezeption, S. 237 f.

⁶² Dies scheint in der Wirtschaftsrealität nicht immer der Fall zu sein; KUNZ, 2010/2011, S. 114 fordert: «Obwohl in der Schweiz kaum jemals «Judicial Activism» wie in den USA zum Thema werden dürfte, bleibt m.E. zu hoffen, dass sich in Zukunft die Rechtsanwender nicht um Verantwortungen «drücken», die ihnen vom Gesetzgeber «delegiert» worden sind» (Hervorhebungen im Original).

⁶³ Allg.: KUNZ, Instrumente, S. 39 ff. m.w.H.

vorliegt. Es handelt sich ausschliesslich um legislative Inspirationen,⁶⁴ um einen Aspekt der *Rechtssetzung*, der für die *Rechtsanwendung bedeutungslos* zu bleiben hat.⁶⁵

Literaturverzeichnis

Die im Verzeichnis aufgeführten Werke werden jeweils mit dem bzw. den *Autoren* sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert. Werke, die bloss für eine Belegstelle herangezogen werden, sind in den entsprechenden Fussnoten des Textes vollständig angezeigt.

BÖCKLI PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht)

BÜRGE STEFAN/GUT NICOLAS: Richterliche Behebung von Organisationsmängeln (...), SJZ 105 (2009), S. 157–166 (zit. BÜRGE/GUT, Behebung)

HABEGGER PHILIPP: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996 (zit. HABEGGER, Auflösung)

HANDSCHIN LUKAS: Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 65 (1993), S. 43–45 (zit. HANDSCHIN, Auflösung)

JÖRG FLORIAN S.: Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 257–348 (zit. JÖRG, Entscheide)

KUNZ PETER V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001 (zit. KUNZ, Minderheitenschutz)

KUNZ PETER V.: Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (zit. KUNZ, Klagen)

KUNZ PETER V.: Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010/2011: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 149 (2013), S. 99–144 (zit. KUNZ, 2010/2011)

KUNZ PETER V.: Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), S. 31–82 (zit.: KUNZ, Instrumente)

⁶⁴ Zu eklektische Anregungen der Rechtssetzung: KUNZ, Instrumente, S. 44 ff.

⁶⁵ KUNZ, Instrumente, S. 47: «Es resultieren (...) keine automatischen Folgen für die Rechtsanwendung. D.h. die «anregenden» Normen der ausländischen Rechtsordnungen finden nicht ipso iure Einfluss in der Schweiz, solange bzw. sofern kein Einfallstor (z.B. eine echte Gesetzeslücke) vorhanden ist».

- KUNZ PETER V.: Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: Aktienrecht 1992–1997 (...), Bern 1998, S. 235–248 (zit. KUNZ, Auflösungsklage)
- MÜLLER LUKAS/MÜLLER PASCAL: Organisationsmängel in der Praxis, AJP 25 (2016), S. 42–58 (zit. MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel)
- SCHÖNBÄCHLER MARCEL: Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013 (zit. SCHÖNBÄCHLER, Organisationsklage)
- STÄUBLI CHRISTOPH: Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 4. Aufl. Basel 2012 (zit. STÄUBLI, Kommentar, N [...] zu Art. 736 OR)
- TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR: Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 84 (2012), S. 461–476 (zit. TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel)
- VON DER CRONE HANS CASPAR: Aktienrecht, Bern 2014 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht)
- VOGT HANS-UELI/ENDERLI THOMAS: Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR), recht 28 (2010), S. 238–250 (zit. VOGT/ENDERLI, Auflösung)
- WATTER ROLF/PAMER-WIESER CHARLOTTE: Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 4. Aufl. Basel 2012 (zit. WATTER/PAMER-WIESER, Kommentar, N [...] zu Art. 731b OR)
- WIEGAND WOLFGANG: Die Rezeption amerikanischen Rechts, ZBJV 124^{bis} (1988), S. 229–262 (zit. WIEGAND, Rezeption)