

Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht



ROLAND MÜLLER
Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, St. Gallen



LORENZ LIPP
lic. oec., dipl. Wirtschaftsprüfer, St. Gallen



ADRIAN PLÜSS
Dr. iur., TEP, MBA, Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht

1. Problemstellung
2. Grundsatz von Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauchsverbot
3. Gleichbehandlungsgebot
 - 3.1. Generalversammlungsbeschlüsse
 - 3.2. Entscheidungen des Verwaltungsrats
4. Informations- und Kontrollrechte
 - 4.1. Dreistufiges Konzept
 - 4.2. Grundinformationen
 - 4.3. Recht auf Einberufung einer Generalversammlung/Traktandierungsrecht
 - 4.4. Auskunfts- und Einsichtsrecht
 - 4.4.1. Geltendmachung
 - 4.4.2. Gegenstand
 - 4.4.3. Sonderfragen
 - 4.5. Sonderprüfung
 - 4.5.1. Voraussetzungen
 - 4.5.2. Verfahren
 - 4.6. Recht, die ordentliche Revision oder eine eingeschränkte Revision zu verlangen
5. Bezugsrecht
 - 5.1. Verbot statutarischer Einschränkungen
 - 5.2. Beschlussquorum für Einschränkungen
 - 5.3. Sachliche Begründung von Einschränkungen
 - 5.4. Einzelfragen
6. Beschlussfassungsquoren
7. Vinkulierungsregime
8. Klagerechte
 - 8.1. Anfechtungsklage
 - 8.2. Verantwortlichkeitsklage
 - 8.3. Klage auf Auflösung der Gesellschaft
9. Dividendenrecht
10. Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen im Verwaltungsrat
11. Reformvorschläge

1. Problemstellung

Die Beschlussfassungen in der Aktiengesellschaft beruhen auf dem Mehrheitsprinzip. Dies gilt insbesondere für die Generalversammlung, in der die Aktionäre grundsätzlich nach dem Nennwert ihrer Aktien¹ stimmberechtigt sind und so die Gesellschaftsstatuten festlegen, Verwaltungsrat und Revisionsstelle wählen, die Rechenschaftslegung (Jahresbericht, Jahresrechnung, Revisionsbericht) genehmigen und über die Gewinnverwendung entscheiden.

Das Mehrheitsprinzip birgt die Gefahr in sich, dass die Mehrheit ihre eigenen Interessen gegen diejenigen von Minderheiten willkürlich durchsetzt. Umgekehrt kann aber auch die Minderheit gesetzliche oder statutarische Schutzbestimmungen dazu missbrauchen, Sonderinteressen zulasten der Mehrheit zu verfolgen. Schliesslich sind die Aktionärsinteressen – auch jene der Mehrheit – nicht zwingend deckungsgleich mit den Interessen der Gesellschaft.

Das Spannungsfeld liegt der Minderheitenschutz², der im Folgenden aus der Sicht der Praxis im Überblick dargestellt werden soll. Die Schlussfolgerungen daraus erlauben auch eine erste, vorläufige Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen in der hängigen Aktienrechtsrevision.

2. Grundsatz von Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauchsverbot

Die Rechtsausübung in der Generalversammlung ist – wie sämtliche Rechtshandlungen im Privatrecht – an den Grundsatz von Treu und Glauben³ und an das Rechtsmissbrauchsverbot⁴ gebunden. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben wird das Gebot schonender Rechtsausübung abgeleitet; nach dieser Maxime hat der Berechtigte bei mehreren Möglichkeiten zur Ausübung seines Rechts jene zu wählen, die den Verpflichteten am wenigsten belastet⁵. Das Gebot schonender Rechtsausübung hat gerade im Minderheitenschutz

¹ Ausnahmen: Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR); Stimmrechtsbeschränkungen (Art. 692 Abs. 2 OR); Stimmrechtsausschlüsse (Art. 695 Abs. 1 OR).

² Vgl. zum Ganzen PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001.

³ Art. 2 Abs. 1 ZGB.

⁴ Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁵ Dazu allgemein HANS MERZ, Berner Kommentar, Band I/1, Bern 1962, Nachdruck 1966, N 393 zu Art. 2 ZGB; MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, Band I/1, Zürich 1998, N 295 ff. zu Art. 2 ZGB; BGE 131 III 459 ff., 462 f. E. 5.3.

ein weites gesellschaftsrechtliches Anwendungsgebiet⁶. Das Bundesgericht hat den Grundsatz in einem *leading case* ausdrücklich anerkannt⁷; dieser Fall betraf eine Kapitalerhöhung, für welche der Verwaltungsrat der Generalversammlung eine teilweise Aufhebung des Bezugsrechts und des Vorwegzeichnungsrechts der bisherigen Aktionäre vorgeschlagen hatte. Zur Festlegung der Modalitäten einer Kapitalerhöhung besteht in aller Regel ein grosser Ermessensspielraum, so dass der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung besonders zum Tragen kommt.

Zum Rechtsmissbrauchsverbot haben Lehre und Rechtsprechung zahlreiche Fallgruppen entwickelt⁸. In Gesellschaftsverhältnissen kann widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*)⁹ als rechtsmissbräuchlich erscheinen. Eine aktienrechtliche Anfechtungsklage nach Art. 706 OR muss als Institutsmissbrauch¹⁰ qualifiziert werden, wenn das Ziel des Klägers einzig darauf gerichtet ist, der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen oder sich das Anfechtungsrecht gegen die Gewährung von Sondervorteilen abkaufen zu lassen¹¹. Der «Durchgriff» stellt ebenfalls einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots dar¹².

3. Gleichbehandlungsgebot

Art. 717 Abs. 2 OR verpflichtet den Verwaltungsrat sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, die Aktionäre unter gleichen Umständen gleich zu behandeln. Ein entsprechendes Prinzip, die Beschlüsse der Generalversammlung betreffend, gilt seit langem als ungeschriebenes Recht¹³.

Es handelt sich um ein Gebot relativer Gleichbehandlung («unter gleichen Voraussetzungen»). Um die Einhaltung des Gebots zu beurteilen, ist vorfrageweise zu prüfen, ob alle oder nur einzelne Aktionäre betroffen sind, welches die rele-

vanten Vergleichskriterien sind und ob die Aktionäre in diesen Kriterien gleich betroffen sind. Sind nur einzelne oder wenige betroffen, verlangt das Bundesgericht eine Gleichbehandlung, die auch dem (strengerem) Massstab für das Handeln von Staatsorganen entspricht¹⁴.

Das Gleichbehandlungsgebot ist bei nachstehenden Beschlüssen relevant:

3.1. Generalversammlungsbeschlüsse

- über Kapitalveränderungen (Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung); zu denken ist hier an Beschlüsse über den Entzug des Bezugsrechts, die Festsetzung des Ausgabe-preises neuer Aktien¹⁵ u.ä.;
- über Fusionen; hier kann sich die Festlegung des Umtauschverhältnisses oder einer Barabfindung nachteilig auswirken¹⁶;
- über Stimmrechtsbeschränkungen, die bei börsenkotierten Gesellschaften zur Abwehr unerwünschter Aktionäre eingesetzt werden können.

3.2. Entscheidungen des Verwaltungsrats

- über den Rückkauf oder die Veräusserung eigener Aktien¹⁷; naheliegend ist eine Veräusserung an sämtliche kaufwilligen Aktionäre proportional zu den bisherigen Beteiligungsverhältnissen und zum Verkehrswert¹⁸;
- über Geschäfte der Gesellschaft mit Organpersonen oder Aktionären (soweit die Beteiligung des Aktionärs Einfluss auf die Ausgestaltung der Konditionen haben kann)¹⁹;
- über Auskunfts- und Einsichtsbegehren von Aktionären; bei börsenkotierten Gesellschaften sind alsdann die diesbezüglichen Informationspflichten des Kapitalmarktrechts zu beachten²⁰;
- über die Eintragung oder Ablehnung von Erwerbenden von Aktien gestützt auf eine Vinkulierungsordnung; dies aktualisiert sich namentlich dann, wenn dem Verwaltungs-

⁶ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 95; ARTHUR MEIER-HAYOZ/MARTIN ZWEIFEL, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, Festschrift Harry Westermann, Karlsruhe 1974, 383 ff.

⁷ BGE 121 III 219 ff., 238 E. 3.

⁸ Vgl. dazu weiterführend HEINRICH HONSELL, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 24 ff. zu Art. 2 ZGB mit Belegen.

⁹ Dazu HONSELL (FN 8), N 43 zu Art. 2 ZGB mit einer Übersicht.

¹⁰ Dazu HONSELL (FN 8), N 56 f. zu Art. 2 ZGB.

¹¹ BGE 117 II 290 ff.

¹² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 62 N 52 und die in Fn. 28 zitierten Bundesgerichtsentscheide.

¹³ Dazu PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 679 und die in Fn. 1728 zitierte Literatur und Rechtsprechung; grundlegend WALTER R. SCHLUEP, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955; HEINRICH STOCKMANN, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, Festgabe Wolfhart F. Bürgi, Zürich 1971, 387 ff.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, E. 3.1.; dazu BÖCKLI (FN 13), § 13 N 680.

¹⁵ Weiterführend BÖCKLI (FN 13), § 2 N 251 ff., insbesondere zur Entwicklung der Rechtsprechung.

¹⁶ Das Fusionsgesetz versucht denn auch, durch verfahrensrechtliche Bestimmungen die Benachteiligung von Minderheitsaktionären möglichst zu verhindern. Vgl. dazu neustens NICCOLO GOZZI, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2009.

¹⁷ Vgl. dazu STEPHAN WEIBEL, Verkauf eigener Aktien an ausgewählte Aktionäre, SZW 2009, 353 ff.

¹⁸ Vgl. BÖCKLI (FN 13), § 4 N 300 ff., 303 ff., 309.

¹⁹ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 690a und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 39 N 48/49.

²⁰ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 679 und 694 ff.

rat ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, Ausnahmen zuzugestehen²¹;

- über die Auskunftserteilung an besonders «wichtige» Aktionäre; der Verwaltungsrat darf erläuternde, vertiefende und verdichtende Informationen zu an sich bekannten oder bekannt gegebenen Tatsachen auf Anfrage weitergeben, nicht aber Geschäftsgeheimnisse oder kursrelevante Informationen²².

4. Informations- und Kontrollrechte

4.1. Dreistufiges Konzept

Die im Folgenden beschriebenen Informations- und Kontrollrechte sind als Elemente eines dreistufigen gesetzlichen Konzepts zu sehen:

- Verpflichtung zu Grundinformationen für die Aktionäre;
- Recht der Aktionäre zur Beschaffung weiterführender Informationen;
- Institut des Sonderprüfers (um einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Aktionäre an Transparenz und dem Interesse der Gesellschaft an Geheimhaltung kritischer Informationen zu schaffen).

Im Zusammenhang mit den Informations- und Kontrollrechten ist zu beachten, dass die Aktionäre unabhängig von ihrem Stimm- und Kapitalanteil gleich behandelt werden müssen. Das vorstehend erörterte Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 717 Abs. 2 OR dient deshalb gleichzeitig als Schutz, dass die Informations- und Kontrollrechte der Mehrheitsaktionäre nicht zu Lasten der Minderheitsaktionäre ausgenutzt werden können²³.

4.2. Grundinformationen

Die Grundinformationen, auf die jeder Aktionär Anspruch hat, ergeben sich v.a. aus Art. 696 Abs. 1 OR. Danach sind der Geschäftsbericht (bestehend aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang sowie dem Jahresbericht und gegebenenfalls der Konzernrechnung) und der Revisionsbericht (gegebenenfalls auch der Konzernrechnungsprüferbericht) den Aktionären verfügbar zu halten²⁴. Für börsennotierte Gesellschaften gel-

ten zusätzlich kapitalmarktrechtliche Informationspflichten; neben der Zwischenberichterstattung (Halbjahresbericht)²⁵ und Meldepflichten²⁶ ist die Ad-hoc-Publizität²⁷ von grosser Bedeutung.

Transparenz in diesen Informationen wird durch folgende Vorschriften geschaffen:

- Buchführungsgrundsätze (Art. 662a OR);
- Mindestgliederung (Art. 663 und 663a OR);
- Vergleich mit den Vorjahreszahlen (Art. 662a OR);
- zusätzliche Angaben im Anhang (Art. 663b OR);
- Konzernrechnung (Art. 663e ff.);
- Berichterstattung der Revisionsstelle (bei ordentlicher und bei eingeschränkter Revision) (Art. 728 Abs. 2 und Art. 729 OR).

Börsennotierte Gesellschaften an der SIX ist eine Rechnungslegung nach dem Grundsatz «true and fair view» gemäss den International Financial Reporting Standards (IFRS) oder US GAAP (bzw. Swiss GAAP FER am Nebensegment) vorgeschrieben²⁸. Solche Gesellschaften haben im Anhang weitergehende Angaben zu machen²⁹ und darin auch bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen sowie die Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechte der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung anzugeben³⁰.

Dem Schutz vor heimlichen Mehrheitsverschiebungen dienen auch Offenlegungspflichten für Vertretungsverhältnisse an der Generalversammlung (Art. 689e und 702 Abs. 2 OR).

4.3. Recht auf Einberufung einer Generalversammlung/Traktandierungsrecht³¹

Das Recht, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen, steht auch Aktionären zu, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von mindestens 1 Mio. Franken vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands verlangen³².

²¹ Dazu eingehend CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994.

²² Vgl. die Darstellung bei BÖCKLI (FN 13), § 13 N 700 ff.

²³ Vgl. ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für die Praxis, 3. A., Zürich 2007, 238.

²⁴ Nach Art. 696 Abs. 1 OR sind «spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung ... der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht den Aktionären am Gesellschaftssitz zur Einsicht aufzulegen. Jeder Aktionär kann verlangen, dass ihm unverzüglich eine Ausfertigung dieser Unterlagen zugestellt wird.».

²⁵ Vgl. Art. 50 KR und dazu BÖCKLI (FN 13), § 7 N 41 ff. mit Hinweisen.

²⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG und weiterführend BÖCKLI (FN 13), § 7 N 51 ff.

²⁷ Heute in Art. 53 KR; dazu BÖCKLI (FN 13), § 7 N 86 ff.

²⁸ Vgl. Art. 51 KR i.V.m. Art. 6 RLR.

²⁹ Art. 663b^{bis} OR schreibt namentlich Angaben zu Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats und die Geschäftsleitung vor.

³⁰ Art. 663c OR.

³¹ Das Traktandierungsrecht nach Art. 699 Abs. 3 OR ist vom Recht jedes Aktionärs zu unterscheiden, vor oder an der Generalversammlung Anträge zu einem bestehenden Traktandum zu stellen.

³² Dass beide Kriterien (Prozentzahl und Nennwert) je alternativ für beide Rechte (Einberufungsrecht und Traktandierungsrecht) geltend müssen, weist BÖCKLI (FN 13), § 12 N 60 ff. überzeugend nach.

Das Begehren muss den Verhandlungsgegenstand wie auch die Anträge des Antragstellers dazu enthalten³³.

Führt der Antrag zu einem rechtswidrigen Beschluss, gilt sinnvollerweise Folgendes³⁴:

- Ist der Beschluss nichtig, muss der Verwaltungsrat das Begehren ablehnen (d.h. darf die verlangte Generalversammlung nicht abhalten oder das Traktandum nicht in die Traktandenliste aufnehmen und darüber keine Beschlussfassung durchführen).
- Ist der Beschluss anfechtbar, muss der Verwaltungsrat das Begehren entgegennehmen (d.h. die verlangte Generalversammlung abhalten oder das Traktandum in die Traktandenliste aufnehmen und darüber eine Beschlussfassung durchführen). Er hat dann selbst auf die Rechtswidrigkeit hinzuweisen und einen Ablehnungsantrag zu stellen.

Das Traktandierungsrecht ist sodann in das Vorbereitungsverfahren der Generalversammlung eingebunden; es muss geltend gemacht werden, bevor die Einberufung mit der Traktandenliste bereits erfolgt ist. Um den Aktionären das Vorgehen zu erleichtern, machen Publikumsgesellschaften häufig vorgängig einen Zeitpunkt bekannt, bis zu dem Aktionäre allfällige Traktandierungsbegehren für die Generalversammlung einzureichen haben.

4.4. Auskunfts- und Einsichtsrecht

4.4.1. Geltendmachung

Jeder Aktionär ist berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen.

Der Aktionär hat sein Auskunfts- und Einsichtsrecht im Rahmen der Generalversammlung auszuüben, d.h. vorgängig schriftlich oder während der Generalversammlung mündlich geltend zu machen. Der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle sind nur dort auskunftspflichtig³⁵. Das Einsichtsrecht hängt von einem zustimmenden Beschluss des Verwaltungsrats oder der Generalversammlung ab³⁶. Wird die Auskunft oder die Einsicht ungerechtfertigterweise ver-

weigert, kann der abgewiesene Aktionär sein Recht klageweise geltend machen³⁷.

4.4.2. Gegenstand

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht soll dem Aktionär ermöglichen, seine Aktionärsrechte (d.h. v.a. das Antrags- und Stimmrecht in der Generalversammlung) *en connaissance de cause* ausüben zu können³⁸. Gegenstand des Auskunfts- und Einsichtsrechts können daher sämtliche Themen (und die diesbezüglichen Dokumente) sein, die unmittelbar oder mittelbar die gegenwärtige oder künftige Geschäftstätigkeit, die wirtschaftliche und finanzielle Lage, Rechnungslegung und Risikokontrolle, die Organisation, Kapital und Kapitalveränderungen, Statuten und Reglemente oder die Rechtsstellung der Aktionäre (Vinkulierungspraxis, Umstrukturierungen) betreffen³⁹.

Die Grenze des Auskunfts- und Einsichtsrecht liegt dort, wo sonst Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft verletzt würden. Dies ist sicher dann der Fall, wenn bekannt gemachte Informationen von Konkurrenten verwertet werden könnten und die Wettbewerbsposition der Gesellschaft dadurch Schaden nehmen könnte. Die Gesellschaft kann sich dann auf die «Schutzklausel» in Art. 663h OR berufen⁴⁰. Nach heutiger Auffassung ist die Auskunftsverweigerung eine Ausnahme, die der Verwaltungsrat begründen muss⁴¹.

4.4.3. Sonderfragen

Das Aktienbuch gilt nicht als Geschäftsbuch⁴².

In Konzernverhältnissen besteht das Auskunfts- und Einsichtsrecht (nur) gegenüber der Gesellschaft, an welcher der

gend nach; ebenso FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 23 N 27; DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 23 zu Art. 699 OR; abweichend PETER V. KUNZ (FN 2).

³³ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 64 und 67a.

³⁴ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 71c und 71d.

³⁵ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 149.

³⁶ Art. 697 Abs. 3 OR. Die Generalversammlung ist – wie vorne erwähnt – an das Willkürverbot gebunden, muss ihren Entscheid aber nicht begründen, BÖCKLI, (FN 13), § 12 N 150; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 5 zu Art. 697 OR.

³⁷ Art. 697 Abs. 4 OR. Im Einzelnen BÖCKLI (FN 13), § 12 N 162 ff. unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung.

³⁸ Vgl. die Beispiele bei BÖCKLI (FN 13), § 12 N 152.

³⁹ Vgl. dazu BÖCKLI (FN 13), § 12 N 151b; WEBER (FN 36), N 16 ff. zu Art. 697 OR; LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2006, 150 ff.

⁴⁰ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 160.

⁴¹ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 156 mit Hinweis auf PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP/PJA 2001, 883 ff., 887; WEBER (FN 36), N 11 zu Art. 697 OR; ROLF WATTER, Die Informationsversorgung des Aktionärs, in: Christoph B. Bühler (Hrsg.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern 2003, 3 ff., 42; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2005, N 942 ff.

⁴² Hinweise auf die Literatur und Rechtsprechung bei BÖCKLI (FN 13), § 12 N 158. Eine Minderheit befürwortet allerdings die Offenlegung der Aktienbucheinträge, LEONARDO CEREGHETTI, Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen, Diss. St. Gallen 1995, 103 ff.; HANS-PETER KLÄY, Die Vinkulierung, Diss. Basel 1996, 421 ff. Zu Einzelfragen vgl. BÖCKLI (FN 13), § 6 N 365 ff., 373 ff.

anfragende Aktionär beteiligt ist. Ein allgemeines Recht auf die Jahresabschlüsse von Tochtergesellschaften steht dem Aktionär nicht zu⁴³.

4.5. Sonderprüfung

Die Sonderprüfung ist als Instrument gedacht, um die Handlungen des Verwaltungsrats nachträglich hinterfragen zu können («Tatsachenermittlung») und gegebenenfalls vom Richter beurteilen zu lassen⁴⁴.

4.5.1. Voraussetzungen

Die Sonderprüfung knüpft an ein thematisch entsprechendes⁴⁵ Auskunfts- oder Einsichtsbegehren in der Generalversammlung an⁴⁶. Für das weitere Verfahren ist nicht entscheidend, ob das Begehren abgewiesen oder die Auskunft oder Einsicht zwar gewährt wurde, aber den Aktionär nicht befriedigt hat⁴⁷. Ebenso darf sich der Initiant einer Sonderprüfung auf ein Auskunfts- oder Einsichtsbegehren eines anderen Aktionärs stützen⁴⁸.

4.5.2. Verfahren

Gestützt auf das Auskunfts- oder Einsichtsbegehren kann der Initiant der Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung stellen. Der Antrag ist auch ohne eine Traktandierung in der Einladung zur Generalversammlung möglich⁴⁹; er kann sogar erst in der Generalversammlung gestellt werden⁵⁰. Inhaltlich muss sich der Antrag

- auf gesellschaftsinterne «Sachverhalte» beziehen (Rechts- oder Zweckmässigkeitsfragen können nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein⁵¹, ebenso wenig Marktuntersuchungen⁵²),
- die auch «bestimmt» sind (eine *fishing expedition* ist ebenfalls unzulässig)⁵³ und
- woraus sich Aufschlüsse ergeben, die für die Ausübung der Aktionärsrechte (Stimmverhalten, Klagerechte, «Exit») von Bedeutung sind⁵⁴.

Stimmt die Generalversammlung dem Antrag auf Sonderprüfung zu, kann der Initiant, jeder andere Aktionär oder die Gesellschaft innert dreissig Tagen beim zuständigen Gericht die Einsetzung des Sonderprüfers beantragen⁵⁵. Wird der Antrag abgelehnt, können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 2 Mio. vertreten, innert drei Monaten an das zuständige Gericht gelangen⁵⁶. Das Gericht muss die Sonderprüfung anordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, «dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben»⁵⁷. Wegen der bestehenden – und gerade aufzulösenden – Informationsasymmetrie zwischen den Aktionären und den Gesellschaftsorganen dürfen an diese materielle Voraussetzung keine hohen Anforderungen gestellt werden.

Das Gericht muss den Untersuchungsgegenstand umschreiben⁵⁸ und den Sonderprüfer bestimmen⁵⁹. Der Prüfungsbericht entsteht alsdann in einem mehrstufigen Verfahren⁶⁰ (Untersuchung und Erstellen des Entwurfs durch den Sonderprüfer, Anhörung der Gesellschaftsorgane, Weiterleitung des Entwurfs an das Gericht; Stellungnahme der Gesellschaft an das Gericht; Entscheidung über Änderungen durch

⁴³ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 159 (unter Verweisung auf das gegenteilige Urteil des Obergerichts Zürich vom 28. Juni 1967, publiziert in SAG 1973, 49). Im Einzelfall kann sich ein punktuelles Einsichtsbegehren als gerechtfertigt erweisen; der Aktionär hat die Gründe zu substantizieren und zu belegen (BGE 132 III 71 ff.). Vgl. dazu auch MATTHIAS NÄNNI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auskunft und Einsicht im Konzern, SZW 2006, 150 ff.

⁴⁴ Vgl. BÖCKLI (FN 13), § 16 N 1 ff., der auch auf das Drohpotential der Sonderprüfung verweist (§ 16 N 4); vgl. auch die Umschreibung von ANDREAS CASUTT, Das Institut der Sonderprüfung, ST 1991, 574 ff. («Der Zweck der Sonderprüfung besteht ... darin, die Aktionäre über bestimmte Vorfälle in der Gesellschaft besser zu informieren, damit sie in der Lage sind, ihre Rechte sinnvoll zu nutzen.»).

⁴⁵ Vgl. dazu BGE 123 III 261 E. 3a; 133 II 133 E. 3.2.

⁴⁶ Art. 697a Abs. 1 OR: «... sofern ... und er [der Aktionär] das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat».

⁴⁷ Allerdings musste der Verwaltungsrat die Möglichkeit haben, die gestellten Fragen abzuklären und zu beantworten (vgl. BGer vom 30.7.2004, 4C.165/2004 E. 3.4).

⁴⁸ BGE 133 III 133 E. 3.2.

⁴⁹ Das ergibt sich aus Art. 700 Abs. 3 OR. Für einen solchen Antrag ist deshalb auch kein Quorum nach Art. 699 Abs. 3 OR erforderlich.

⁵⁰ «Überfallsartig»; BÖCKLI (FN 13), § 16 N 31.

⁵¹ Vgl. BGE 123 III 261 E. 4a; JEAN-NICOLAS DRUEY, Urteilsbesprechung, SZW 1997, 34 ff., 41; WEBER (FN 36), N 11, 17 zu Art. 697a OR.

⁵² BGE 123 III 261 E. 2a.

⁵³ «Mögliche Verantwortlichkeitstatbestände» wäre etwa ein zu weites Feld, da kaum eine sinnvolle Abklärung dazu vorstellbar ist; das Sonderprüfungsthema wird auch durch das vorausgehende Auskunfts- oder Einsichtsbegehren abgegrenzt; BGE 120 II 393 ff.

⁵⁴ Daran fehlt es etwa, wenn der Initiant wegen Verjährung oder Verwirkung gar nicht mehr in der Lage ist, mit den angestrebten Informationen die angerufenen Rechte durchzusetzen (BGer. vom 6.9.2006, 4C.190/2005 E. 3.2; BGer. vom 30.7.2004, 4C.165/2004 E. 5.3).

⁵⁵ Art. 697a Abs. 2 OR.

⁵⁶ Art. 697b Abs. 1 OR.

⁵⁷ Art. 697b Abs. 2 OR.

⁵⁸ Art. 697c Abs. 2 OR. – Dabei ist zu bedenken, dass die Sonderprüfung eine «zweckgerichtete Tatsachenforschung» (BÖCKLI [FN 13], § 16 N 53) und keine rechtliche Würdigung oder gar eine Zweckmässigkeitsprüfung sein soll.

⁵⁹ Art. 697c Abs. 2 OR.

⁶⁰ Für Einzelheiten vgl. Art. 697d ff. OR. sowie BÖCKLI (FN 13), § 16 N 61 ff. mit weiteren Hinweisen und Belegen.

das Gericht und nochmalige Stellungnahme der Gesuchsteller und der Gesellschaft; Verabschiedung des definitiven Berichts durch das Gericht; Vorlage des Berichts anlässlich der nächsten Generalversammlung durch den Verwaltungsrat).

4.6. Recht, die ordentliche Revision oder eine eingeschränkte Revision zu verlangen

Mit der neuen gesetzlichen Differenzierung zwischen ordentlicher oder eingeschränkter Revision bzw. dem Verzicht auf die Revision sind neue Minderheitsrechte eingeführt worden. Danach können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen⁶¹. Hat die Generalversammlung auf die eingeschränkte Revision verzichtet, hat dennoch jeder Aktionär das Recht, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen⁶². Die Generalversammlung muss diesfalls eine Revisionsstelle wählen⁶³.

5. Bezugsrecht

Das Bezugsrecht vermittelt dem Aktionär nicht nur neue Vermögensrechte, sondern auch Mitwirkungs- und Schutzrechte⁶⁴. Die Beteiligungsquote ist entscheidend für die Bemessung der Rechte des einzelnen Aktionärs. Wird neues Kapital geschaffen, hat der Aktionär ein eminentes Interesse, daran im Verhältnis zu seiner bisherigen Beteiligung zu partizipieren, um seine Beteiligungsquote wahren zu können. Wird dem Aktionär dies versagt, verliert er an Einfluss.

5.1. Verbot statutarischer Einschränkungen

Statutarische Einschränkungen des Bezugsrechts sind grundsätzlich unzulässig⁶⁵. Zulässig muss aber sein, bei verschiedenen Aktienkategorien mit unterschiedlicher Rechtsstellung (bspw. Vorzugs-/Stammaktien) das Bezugsrecht entsprechend zu «kanalisieren»⁶⁶ oder aber Richtlinien für diesbezügliche Beschlüsse der Generalversammlung festzulegen⁶⁷.

⁶¹ Art. 727 Abs. 2 OR.

⁶² Art. 727a Abs. 4 OR.

⁶³ Art. 727a Abs. 4 OR.

⁶⁴ So auch BÖCKLI (FN 13), § 2 N 272.

⁶⁵ Art. 652b Abs. 1 und 2 OR.

⁶⁶ BÖCKLI (FN 13), § 2 N 264.

⁶⁷ BÖCKLI (FN 13), § 2 N 265.

5.2. Beschlussquorum für Einschränkungen

Beschlüsse der Generalversammlung, die das Bezugsrecht einschränken, bedürfen zu ihrer Gültigkeit eines qualifizierten Quorums: «zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte»⁶⁸.

5.3. Sachliche Begründung von Einschränkungen

Einschränkungen sind zulässig «aus wichtigen Gründen»⁶⁹; wichtige Gründe sind in diesem Zusammenhang insbesondere «die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer»⁷⁰. Zudem darf dadurch «niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden»⁷¹. Mit zwei formalen Bestimmungen ist für Transparenz gesorgt: So muss in der öffentlichen Urkunde über die Beschlüsse der Generalversammlung über die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts und die Zuweisung nicht ausgeübter oder entzogener Bezugsrechte informiert werden⁷²; der Verwaltungsrat muss im Kapitalerhöhungsbericht Rechenschaft dazu geben⁷³.

Die sachliche Begründung ist ebenfalls Gültigkeitserfordernis für den Beschluss der Generalversammlung⁷⁴.

Eine Delegation des Entscheids über einen Bezugsrechtsausschluss ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁷⁵ – bei der genehmigten Kapitalerhöhung – möglich (und auch notwendig⁷⁶). Die materiellen Voraussetzungen – der «Rahmen»⁷⁷ – müssen im Beschluss der Generalversammlung festgelegt sein.

5.4. Einzelfragen

Nach Art. 652b Abs. 3 OR kann die Gesellschaft dem Aktionär, der sein Bezugsrecht ausübt, allfällige statutarische Beschränkungen der Übertragbarkeit von Namenaktien nicht entgegenhalten. Dies muss auch für den Aktienerwerb in einer indirekten Kapitalerhöhung (Festübernahme der neuen Aktien durch Intermediäre und anschliessende Veräusserung

⁶⁸ Art. 704 Abs. 1 OR.

⁶⁹ Art. 652b Abs. 2 OR.

⁷⁰ Art. 652b Abs. 2 OR.

⁷¹ Art. 652b Abs. 2 OR.

⁷² Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

⁷³ Art. 652e Ziff. 4 OR.

⁷⁴ Die fehlende sachliche Begründung wird nicht durch das erreichte Quorum geheilt, und ein nicht erreichtes Quorum nicht durch die überzeugendste sachliche Begründung.

⁷⁵ BGE 121 III 228 ff. (*BK Vision/SBG*).

⁷⁶ BÖCKLI (FN 13), § 2 N 295 ff.

⁷⁷ BÖCKLI (FN 13), § 2 N 298.

an die Aktionäre) gelten⁷⁸, nicht aber für einen derivativen Erwerb (Erwerb von Aktien durch Kauf von Bezugsrechten im Bezugsrechtshandel).

Einem vergleichbaren Zweck wie das Bezugsrecht dient auch das Vorwegzeichnungsrecht bei der bedingten Kapitalerhöhung⁷⁹. Das Gesetz sieht einen ähnlichen Schutz vor⁸⁰.

6. Beschlussfassungsquoten

Art. 704 OR sieht für verschiedene Beschlüsse der Generalversammlung zwingend⁸¹ qualifizierte Mehrheiten vor. Dieses Quorum wirkt sich dadurch als Massnahme des Minderheitenschutzes aus, dass eine genügend starke Minderheit Beschlüsse der Mehrheit zu Fall bringen kann.

Das Quorum beträgt «mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte»⁸². Das Kapitalquorum hat nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn Stimmrechtsaktien ausgegeben sind⁸³ oder Höchststimmrechte bestehen⁸⁴.

Folgende Beschlüsse unterliegen diesem Quorum:

- die Änderung des Gesellschaftszwecks,
- die Einführung von Stimmrechtsaktien,
- die Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien,
- eine genehmigte oder eine bedingte Kapitalerhöhung,
- die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme und die Gewährung von besonderen Vorteilen,
- die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts,
- die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft,
- die Auflösung der Gesellschaft.

Zusätzlich ist festgelegt, dass «Namenaktionäre, die einem Beschluss über die Zweckänderung oder die Einführung von Stimmrechtsaktien nicht zugestimmt haben», «während sechs Monaten nach dessen Veröffentlichung im Schweize-

rischen Handelsamtsblatt an statutarische Beschränkungen der Übertragbarkeit der Aktien nicht gebunden» sind⁸⁵ (und damit ihre Aktien – auch unter einem allfälligen Vinkulierungsregime – frei veräussern können).

7. Vinkulierungsregime

Während bei börsenkotierten Gesellschaften mit Namenaktien ein Erwerber als Aktionär nur abgelehnt werden kann, wenn die Statuten eine prozentmässige Begrenzung für Namenaktien vorsehen und diese durch den Erwerb überschritten würde⁸⁶, können in den Statuten von anderen Gesellschaften sachliche/personenbezogene Ablehnungsgründe aufgestellt werden⁸⁷.

Als zulässige wichtige Gründe gelten «Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen»⁸⁸.

Dies wird ergänzt durch die grundsätzliche Möglichkeit, den Erwerber abzulehnen, wenn ihm die Übernahme seiner Aktien zum «wirklichen Wert» angeboten wird⁸⁹.

Ein Vinkulierungsregime kann in zweierlei Hinsicht als Schutz der Minderheit verstanden werden:

- Zum einen obliegt es dem zuständigen Organ (in der Regel dem Verwaltungsrat), das Vinkulierungsregime auch entsprechend der statutarischen Regelungen durchzusetzen⁹⁰. Der Minderheitsaktionär darf daher erwarten, dass Aktienerwerber mit «Schädigungspotential» auch tatsächlich ferngehalten werden⁹¹. Dies bringt ihm eine gewisse Verlässlichkeit in der Zusammensetzung des Aktionariats und namentlich der Mehrheitsaktionäre.

⁷⁸ BÖCKLI (FN 13), § 2 N 291; PETER ISLER/GAUDENZ ZINDEL, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 27 zu Art. 652b OR.

⁷⁹ Auf die fundamentalen Unterschiede zwischen ordentlicher oder genehmigter und bedingter Kapitalerhöhung weist BÖCKLI (FN 13), § 2 N 304 ff. hin; vgl. auch ISLER/ZINDEL (FN 78), N 11 zu Art. 653c OR.

⁸⁰ Dazu weiterführend BÖCKLI (FN 13), § 2 N 304 ff., ISLER/ZINDEL (FN 78), zu Art. 653c OR.

⁸¹ Diese Quoren können statutarisch auf andere Beschlüsse ausgedehnt oder verschärft (bspw. Stimmquorum von drei Viertel statt zwei Drittel der vertretenen Stimmen), nicht aber erleichtert oder eingeschränkt werden. Ein Einstimmigkeitserfordernis wäre nach BÖCKLI (FN 13), § 2 N 364, unzulässig. Vgl. auch BGE 117 II 313.

⁸² Art. 704 Abs. 1 OR.

⁸³ Dazu vgl. Art. 693 OR.

⁸⁴ Dazu vgl. Art. 692 Abs. 2 OR.

⁸⁵ Art. 704 Abs. 3 OR.

⁸⁶ Art. 685d OR.

⁸⁷ Art. 685b OR.

⁸⁸ Art. 685b Abs. 2 OR. Denkbar sind etwa Bestimmungen, wonach Aktionäre einer Gesellschaft mit einem aufsichtspflichtigen Tätigkeitsbereich (Banken, Versicherungen, Revision) entsprechende Qualifikationen erfüllen oder Inhaber eines Fähigkeitsausweises sein müssen; verbreitet sind auch Bestimmungen zur Fernhaltung von Konkurrenten. Einzelheiten dazu bei BÖCKLI (FN 13), § 6 N 257 ff. mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

⁸⁹ Art. 685b Abs. 1 OR.

⁹⁰ Trotz der üblichen «Kann»-Vorschrift («die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung [zur Übertragung der Aktien] ablehnen, wenn ...») hat das zuständige Organ den mit der statutarischen Ordnung angestrebten Zweck umzusetzen und muss daher über jeden gemeldeten Erwerb einen sachgerechten Entscheid fällen.

⁹¹ Allerdings gibt es keine Möglichkeit für einen Minderheitsaktionär, die Genehmigung eines missliebigen Dritten als Aktionär rechtlich zu verhindern.

- Zum anderen setzt das Vinkulierungsregime auch den Möglichkeiten der Mehrheit Schranken, einen verkaufswilligen Minderheitsaktionär in seiner Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen und ihn mittelbar (oder unmittelbar) zu nötigen, seine Aktien an die Mehrheit zu einem von ihr diktierten Preis zu veräussern.

8. Klagerechte

Dass sich Generalversammlung oder Verwaltungsrat über die Rechte von Minderheitsaktionären hinwegsetzen, lässt sich nicht ausschliessen. Für betroffene Minderheitsaktionäre ist es daher wichtig, gegen solche Beschlüsse auch gerichtlich vorgehen zu können. Dazu stehen die nachstehend beschriebenen Klagerechte zur Verfügung.

8.1. Anfechtungsklage

Art. 706 OR legitimiert sowohl den Verwaltungsrat (als Gremium)⁹² als auch jeden Aktionär⁹³, Beschlüsse der Generalversammlung⁹⁴ gerichtlich anzufechten, wenn sie gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen.

Ausdrücklich als anfechtbar werden Beschlüsse qualifiziert, die

- unter Verletzung von Gesetz und Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken⁹⁵,
- in unsachlicher Weise Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken,
- eine durch den Gesellschaftszweck⁹⁶ nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken,

- die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben^{97,98}.

Die Frist zur Anfechtung beträgt zwei Monate⁹⁹ (Verwirkungsfrist). Führt der angefochtene Beschluss zu Änderungen von Tatsachen, die im Handelsregister eingetragen sind, kann die Umsetzung des Beschlusses und die Änderung der Einträge mit einer Registersperre blockiert werden¹⁰⁰.

Als nichtig werden Beschlüsse der Generalversammlung¹⁰¹ bezeichnet, die

- das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung, das Mindeststimmrecht, die Klagerechte oder andere vom Gesetz zwingend gewährte Rechte des Aktionärs entziehen oder beschränken¹⁰²,
- Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzlich zulässige Mass hinaus beschränken¹⁰³, oder
- die Grundstrukturen der Aktiengesellschaft missachten oder die Bestimmungen zum Kapitalschutz verletzen¹⁰⁴.

Zu Recht sind die Gerichte in der Erkennung auf Nichtigkeit zurückhaltend und betonen, dass diese Rechtsfolge nur in Ausnahmefällen angemessen ist¹⁰⁵.

sellschaftsinteresse sein muss; ebenso DUBS/TRUFFER (FN 32), N 10 zu Art. 706.

⁹⁷ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1–4 OR.

⁹⁸ Weitere Anfechtungsgründe sind in Art. 689e Abs. 1, 689e Abs. 2, 691 Abs. 3 und 729c Abs. 2 genannt.

⁹⁹ Art. 704a Abs. 1 OR.

¹⁰⁰ Dazu vgl. Art. 162 HRV und weiterführend MICHAEL GWELESIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008, zu Art. 162 HRV. – BÖCKLI (FN 13), § 16 N 134 ff. weist darauf hin, dass dadurch – und durch das Gerichtsverfahren über die Anfechtungsklage überhaupt – für die betroffene Gesellschaft eine jahrelange Phase der Unsicherheit und Lähmung entstehen kann.

¹⁰¹ Zur Nichtigkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrats vgl. im Einzelnen BÖCKLI (FN 13), § 13 N 263 ff. mit Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung. Vgl. auch MIRJAM SIMONE RHEIN, Die Nichtigkeit von Verwaltungsrats-Beschlüssen, Diss. Zürich 2000.

¹⁰² Nichtig wäre bspw. ein statutarischer Ausschluss jeder Art von Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung (BÖCKLI [FN 13], § 16 N 161; zustimmend DUBS/TRUFFER (FN 32), N 11 zu Art. 706b OR).

¹⁰³ Nichtig wären bspw. Statutenbestimmungen, die das Recht auf Auskunft und Einsicht oder die Sonderprüfung einschränken wollten.

¹⁰⁴ Vgl. dazu die zahlreichen Beispiele für nichtige statutarische Gestaltungen bei BÖCKLI (FN 13), § 16 N 168 und 171; nichtig ist auch etwa die Wahl einer Person ohne die erforderlichen Zulassungen (als Revisionsexperte oder als staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen) als Revisionsstelle. – Daneben können auch formelle Mängel – bspw. die Einberufung der Generalversammlung durch ein unzuständiges Organ – zur Nichtigkeit führen; BGE 115 II 473.

¹⁰⁵ Vgl. BÖCKLI (FN 13), § 16 N 157, DUBS/TRUFFER (FN 32), N 7/8 und 20 zu Art. 706b OR; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 und dazu CATHERINE

⁹² Ficht der Verwaltungsrat einen Generalversammlungsbeschluss an, bestellt der Richter zur Vermeidung von Interessenkonflikten einen Vertreter für die Gesellschaft; Art. 706a Abs. 3 OR.

⁹³ Der Kläger muss nicht an der Generalversammlung teilgenommen haben, BGE 99 II 57; wenn er teilgenommen hat, darf er dem Beschluss nicht zugestimmt haben, BGE 74 II 42; kritisch dazu BÖCKLI (FN 13), § 16 N 107b und DUBS/TRUFFER (FN 32), N 6 zu Art. 706 OR. Veräussert der Aktionär während des Prozesses seine Aktien, verliert er die Aktivlegitimation; an seiner Stelle kann der Erwerber in den Prozess eintreten. Aktivlegitimiert sind auch «Aktionäre ohne Stimmrecht» und Partizipanten; BÖCKLI (FN 13), § 16 N 105, DUBS/TRUFFER (FN 32), N 4 zu Art. 706 OR, BRIGITTE TANNER, Zürcher Kommentar, Band V/5/b, Zürich 2003, N 44 zu Art. 706 OR. Bezüglich Genussscheininhaber vgl. BGE 115 II 473. – Erforderlich ist ein Rechtsschutzinteresse; dazu BGE 122 III 279 ff., 133 II 453 und Urteil des Bundesgerichts 4C.45/2006 vom 26. April 2007, E. 5.

⁹⁴ Nicht aber Verwaltungsratsbeschlüsse.

⁹⁵ Bsp.: Verletzung der Traktandierungspflicht; BGE 103 II 141.

⁹⁶ BÖCKLI (FN 13), § 16 N 115 weist darauf hin, dass Beurteilungsmassstab nicht der Gesellschaftszweck, sondern das Ge-

Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten¹⁰⁶ und kann jederzeit durch Einrede oder Feststellungsklage geltend gemacht werden. Aktivlegitimiert ist jeder, der ein Interesse an der Geltendmachung der Nichtigkeit hat¹⁰⁷.

8.2. Verantwortlichkeitsklage

Nach Art. 754 OR sind «die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen ... sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen». Eine gleiche Verantwortlichkeit trifft nach Art. 755 OR «alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen». Ähnliche Regelungen treffen Art. 753 OR («Gründungs haftung») und Art. 752 OR («Prospekthaftung»).

Haftbar sind zunächst die formellen Organe, d.h. die Mitglieder des Verwaltungsrats, die Liquidatoren, die Revisionsstelle. Die Haftung wird zudem auf sog. materielle Organe ausgedehnt, d.h. auf Personen, die – ohne ein entsprechendes Mandat – organtypische Funktionen ganz oder teilweise ausüben^{108,109}. Bejaht wird auch die Haftung von sog. Organen infolge Kundgabe¹¹⁰.

Im Zentrum der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit steht die Geschäftsführungshaftung. Die dort festgelegte Haftung umfasst die eigentliche Geschäftstätigkeit, zum einen die «äussere» Tätigkeit (im Verkehr mit Vertragspartnern, Behörden, der Öffentlichkeit usw.), zum anderen die «innere» Tätigkeit (innerhalb des Verwaltungsrats, im Verhältnis zu Aktionären, Partizipanten, der Revisionsstelle usw.)¹¹¹.

Die Haftung wird durch die Verletzung der Organpflichten ausgelöst. Analysiert man die veröffentlichte Rechtsprechung, zeigt sich, dass Verantwortlichkeitsansprüche namentlich mit Blick auf folgende Pflichtwidrigkeiten geltend gemacht werden:

- allgemein kriminelle Machenschaften (Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen, ungetreue Geschäftsführung, Konkursdelikte, Scheinliberierung);
- Entzug von Vermögenswerten (unzulässige Ausschüttungen, übermässige oder unangemessene Aktionärsdarlehen) und unsorgfältige Vermögensanlagen;
- Vernachlässigung von Überwachungspflichten gegenüber Delegierten, Direktoren usw.;
- Verstösse gegen Pflichten im Rahmen der Finanzverantwortung (Rechnungswesen, Finanzkontrolle, Finanzplanung);
- Verstösse gegen Pflichten bei drohender Überschuldung.

8.3. Klage auf Auflösung der Gesellschaft

Im Gegensatz zum Gesellschafter einer Personengesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) kann der Aktionär seine Beteiligung an einer Aktiengesellschaft nicht kündigen und es gibt im schweizerischen Aktienrecht kein Austrittsrecht. Immerhin können Aktionäre, die mindestens 10 % des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen auf Anordnung der Auflösung mit Liquidation klagen¹¹².

Die Auflösung ist als ultima ratio gedacht, weshalb das Klagerecht voraussetzt, dass die Minderheit zuvor weniger weit gehende Handlungsmöglichkeiten genutzt hat¹¹³ oder aber solche nicht vorhanden sind oder von vornherein aussichtslos erscheinen. Die Folgen der Auflösung für den Minderheitsaktionär sind gegen jene für die übrigen Beteiligten abzuwägen.

Der angerufene Richter kann – statt der Auflösung – auch andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Anordnungen treffen. Als solche fallen bspw. der Auskauf der klagenden Minderheit¹¹⁴, ein Recht auf ihre Vertretung

CHAMMARTIN/HANS-CASPAR VON DER CRONE, Der Déchargebeschluss, SZW 2005, 329 ff.

¹⁰⁶ BGE 100 II 387.

¹⁰⁷ Nach BGE 115 II 473 bspw. auch ein Gläubiger.

¹⁰⁸ Dazu vgl. statt vieler MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 23), 290, mit Hinweisen und Belegen.

¹⁰⁹ Namentlich die Rechtsprechung hat die Haftung nach Art. 754 ff. OR immer mehr auf untergeordnete mit der Geschäftsführung befasste Personen ausgedehnt. Besonders eindrücklich BGE 117 II 441 ff., wo die Prokuristin einer Kleinbank erbarmungslos als faktisches Organ qualifiziert wurde (wohl weil der fehlbare Delegierte des Verwaltungsrats «unter Mitnahme der auf dem Postcheck-Konto ... liegenden liquiden Mittel geflüchtet war» und nicht belangt werden konnte).

¹¹⁰ Dazu vgl. HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 94 ff.; ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997, 332 f.

¹¹¹ Ausführlicher ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE KUNZ, in: Schwärzler/Wagner (Hrsg.), Organverantwortlichkeit nach schweizerischem Recht, in Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, o.O. 2007, 199 ff., 204.

¹¹² Art. 736 Ziff. 4 OR. Vgl. dazu JAKOB HÖHN, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, 113 ff.; LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 1993, 43 ff.; PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund, Diss. Zürich 1996.

¹¹³ Ist die Gesellschaft wegen Quorumsbestimmungen für Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats beschlussunfähig, müsste zuerst versucht werden, diese Quorumsbestimmungen abzuändern (BÖCKLI [FN 13], § 17 N 12).

¹¹⁴ Indem die Gesellschaft diese Aktien von den Minderheitsaktionären erwirbt und sie dann entweder in einer Kapitalherabsetzung vernichtet oder an einen anderen Aktionär weiterveräussert. Der Mehrheitsaktionär kann nicht zur Übernahme verpflichtet werden, da nur die Gesellschaft beklagte Partei ist.

im Verwaltungsrat oder die Aufspaltung der Gesellschaft in Betracht¹¹⁵. Der klagende Aktionär kann auch nur auf solche andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Anordnungen klagen; umgekehrt darf der Richter nicht nur dann solche Anordnungen treffen, wenn der klagende Aktionär sie in seinem Rechtsbegehren abstrakt oder konkret verlangt¹¹⁶.

9. Dividendenrecht

Jeder Aktionär hat nach Art. 660 OR Anspruch auf einen «verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist» (sowie bei der Auflösung der Gesellschaft auf einen «verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation»). Art. 675 Abs. 2 OR bestimmt, dass Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven» ausgerichtet werden dürfen.

Das Dividendenrecht aktualisiert sich dann, wenn die Generalversammlung einen Mehrheitsbeschluss fasst, wonach keine oder nur eine sehr geringe Dividende ausgeschüttet wird. Während sich die Gerichte früher grosse Zurückhaltung auferlegten¹¹⁷, setzt sich heute die Auffassung durch, dass der Verwaltungsrat einen Dividendenantrag «nach vernünftigen Überlegungen»¹¹⁸ festsetzen muss. Ein Generalversammlungsbeschluss, der diesen Anforderungen nicht entspricht, ist anfechtbar¹¹⁹.

10. Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen im Verwaltungsrat

Bestehen mehrere Kategorien von Aktien¹²⁰, «so ist durch die Statuten den Aktionären jeder Kategorie die Wahl wenigstens eines Vertreters im Verwaltungsrat zu sichern»¹²¹. Eine solche statutarische Regelung kann auch – auf andere Gruppen oder Minderheiten von Aktionären bezogen – eingeführt werden¹²².

¹¹⁵ Zu den «Abwicklungsproblemen» vgl. BÖCKLI (FN 13), § 16 N 208 ff., 211.

¹¹⁶ CHRISTOPH STÄUBLI, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 18 und 26/27 zu Art. 736 OR.

¹¹⁷ Vgl. die Aussage des Obergerichts des Kantons Zürich in einem Urteil vom 10. Juni 1974: «Er [der Aktionär] muss es hinnehmen, dass keine Dividende ausgeschüttet wird.».

¹¹⁸ Ebenda.

¹¹⁹ BÖCKLI (FN 13), § 12 N 514a; PETER FORSTMOSER, Corporate Governance – eine Aufgabe auch für KMU? in Festschrift Dieter Zobl, Zürich 2004, 475 ff., 482/83.

¹²⁰ Dazu im einzelnen MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 23), 27; BÖCKLI (FN 13), § 12 N 66, 73, 73a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 27 N 80; MARTIN WERNLI, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 9 zu Art. 709 OR.

¹²¹ Art. 709 Abs. 1 OR.

¹²² Art. 709 Abs. 2 OR.

Wie die statutarische Regelung aussehen soll, wird im Gesetz nicht präzisiert. Die Rechtsprechung hat folgende Leitlinien entwickelt¹²³:

- Die Aktionärsgruppen haben kein direktes Entscheide-recht, sondern nur ein Vorschlagsrecht an die General-versammlung.
- Das Vorschlagsrecht ist verbindlich. Eine Ablehnung des vorgeschlagenen Kandidaten ist nur aus wichtigen Gründen¹²⁴ zulässig.
- Die Aktionärsgruppen können den Vorgeschlagenen in einer Sonderversammlung frei bestimmen. Es ist nicht erforderlich, dass der Vorgeschlagene selber Aktionär in der betroffenen Aktionärsgruppe ist¹²⁵.

Generalversammlungsbeschlüsse, die das Vorschlagsrecht missachten, sind anfechtbar¹²⁶.

11. Reformvorschläge

Der vorstehende Überblick zeigt einen ausgebauten, differenzierten und funktionierenden Minderheitenschutz. Dennoch bedürfen die gesetzlichen Regelungen – um wirksam umgesetzt werden zu können – vielfach entsprechender Ausführungsbestimmungen in den Statuten¹²⁷. Die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007 verweist auf «Erfahrungen der letzten Jahre», die gezeigt haben, «dass die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Interessen – namentlich in Grossgesellschaften mit stark zersplittertem Aktionariat – häufig nicht gebührend wahrnehmen können»¹²⁸; es bestehe oft «ein gewisses faktisches Machtgefälle zwischen der Unternehmensführung und den Eigentümerinnen und Eigentümern der Gesellschaft». Die Stärkung der Aktionärsrechte und insbesondere die Verbesserung des Minderheitsschutzes sind denn auch Hauptziele der gegenwärtigen Aktienrechtsreform. (Die Stärkung der Aktionärsrechte durch Schaffung zwingender, prozessual durchsetzbarer Rechtsansprüche sei in erster Linie Sache des Gesetzgebers.)

¹²³ BGE 66 II 43 ff., 107 II 179 ff. Vgl. auch BGE 120 II 50 ff. Das Vertretungsrecht besteht (und kann durchgesetzt werden) auch dann, wenn eine statutarische Grundlage fehlt.

¹²⁴ Solche wichtigen Gründe müssen sich auf Gesellschaftsinteressen beziehen (bspw. negative geschäftliche Verbindungen oder mangelhafte persönliche Fähigkeiten des Vorgeschlagenen); BGE 66 II 52.

¹²⁵ ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990, 16.

¹²⁶ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 70, § 16 N 113; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 27 N 84; WERNLI (FN 120), N 15 zu Art. 709 OR.

¹²⁷ Darauf weisen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 3 N 60 hin.

¹²⁸ BBl 2008 1589, 1607.

Die Botschaft schlägt deshalb zur Verbesserung des Minderheitenschutzes insbesondere Folgendes vor:

1. Verbessertes Auskunfts- und Einsichtsrecht
 - a) Jeder Aktionär einer nicht kotierten Gesellschaft soll vom Verwaltungsrat jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können, soweit dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft entgegenstehen (Art. 697 Abs. 2 und 3 E-OR).
 - b) Neu soll im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden, dass die Aktionäre einer Konzernobergesellschaft in die Geschäftsunterlagen einer Konzernuntergesellschaft Einsicht nehmen können¹²⁹ (Art 697^{bis} Abs. 3 E-OR).
 - c) Den Aktionären nicht kotierter Gesellschaften soll das Recht eingeräumt werden, die Höhe der Entschädigungen des Verwaltungsrats (sowie Darlehen und Kredite) zu erfahren (Art. 697^{quinquies} E-OR). Diese Regelung soll dadurch ergänzt werden, dass die Generalversammlung Kompetenzen erhält, auf die Entschädigungspolitik der Gesellschaft Einfluss nehmen zu können.
 - d) Die Schwellenwerte für das Einberufungs- und Traktandierungsrecht sollen herabgesetzt werden; zudem sind teils unterschiedliche Schwellenwerte für kotierte und nicht kotierte Gesellschaften vorgesehen.
Für das Einberufungsrecht sind folgende Schwellenwerte vorgeschlagen:
 - bei kotierten Gesellschaften 2,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder 1 Mio. Franken Nennwert;
 - bei nicht kotierten Gesellschaften 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder 1 Mio. Franken Nennwert.
 Das Traktandierungsrecht soll bei folgenden Schwellenwerten geltend gemacht werden können:
 - bei kotierten Gesellschaften 0,25 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder CHF 1 Mio. Nennwert,
 - bei nicht kotierten Gesellschaften 2,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder 250'000 Franken Nennwert.
 - e) Der bisherige Schwellenwert für eine Auflösungsklage wird auf 5 % des Aktienkapitals (oder 5 % der Stimmen oder 1 Mio. Franken Nennwert) gesenkt.
 - f) Ähnlich sollen künftig die Schwellenwerte für die Anordnung einer Sonderprüfung (neu Sonderuntersuchung) ausgestaltet werden:
 - bei kotierten Gesellschaften 0,5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder 1 Mio. Franken Nennwert,
 - bei nicht kotierten Gesellschaften 5 % des Aktienkapitals oder der Stimmen oder 250'000 Franken Nennwert.

2. Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen
Vorgesehen ist auch eine Neuregelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 OR). Künftig sollen auch die Mitglieder der Geschäftsleitung zur Rückerstattung verpflichtet sein und soll die Rückerstattungspflicht nicht mehr von der Gutgläubigkeit des Empfängers abhängig sein.

3. Erhöhte Transparenz der Rechnungslegung

Eine zuverlässige Information über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft bzw. des Konzerns ist für die Aktionäre eine unabdingbare Voraussetzung für eine sachgerechte Ausübung ihrer gesetzlichen Rechte. Die Aktionäre sollen durch die Rechnungslegung der Gesellschaft einen verlässlichen Überblick über die Vermögens-, Finanzierungs- und Ertragslage der Gesellschaft bzw. des Konzerns erhalten. Während bei den Publikumsgesellschaften aufgrund der Kotierungsvorschriften bereits heute eine «fair presentation» verlangt wird, soll mit der Revision der Rechnungslegungsvorschriften auch für die nicht börsenkotierten Gesellschaften diesbezüglich eine Verbesserung der Transparenz erreicht werden. Eine Verbesserung der Transparenz wird allerdings nur beschränkt erreicht, solange die Gesellschaften die Möglichkeit haben, in extensivem Rahmen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen zu bilden. Dies soll auch künftig möglich sein. Insofern stellen vor allem steuerliche Überlegungen ein Hindernis zur verbesserten Transparenz dar.

Als Ausweg aus diesem Dilemma sieht der Entwurf vor, dass Aktionäre, die mindestens 20 % des Aktienkapitals vertreten, das Recht erhalten sollen, neben dem steuerrechtlich relevanten Jahresabschluss nach den Vorschriften des Obligationenrechts zusätzlich einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung (z.B. Swiss GAAP FER, IFRS, US GAAP) zu verlangen. Dabei bliebe dieser Abschluss steuerrechtlich unbeachtlich und diene lediglich einer höheren Transparenz für die Aktionäre. Diese Erzwingung eines zusätzlichen Abschlusses nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard bezeichnet BÖCKLI als ein «drakonisches» Minderheitsrecht. Obwohl er grundsätzlich anerkennt, dass dieser Vorschlag ein Problem aufgreift, das einer Lösung bedarf, weist er – insbesondere mit Hinweis auf die anfallenden Kosten – auf die Gefahr hin, dass dieses Recht von der Minderheit missbräuchlich beansprucht wird¹³⁰.

Nach dem geltenden Aktienrecht kann jede konsolidierungspflichtige Gesellschaft ihre eigenen Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze aufstellen. Künftig soll die Konzernrechnung zwingend nach einem vom Bundesrat anerkannten Rechnungslegungsstandard (z.B. Swiss GAAP

¹²⁹ Das Bundesgericht anerkennt dies bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts: BGE 132 III 71 ff.

¹³⁰ BÖCKLI (FN 13), § 8 N 88 ff. Ein solcher Abschluss wäre freilich dann nicht erforderlich, wenn ein Konzernabschluss – nach anerkannten Rechnungslegungsstandards – erstellt würde.

FER, IFRS, US GAAP) zu erstellen sein. Dies bedeutet das Ende der «selbstgestrickten» Lösung. Die vollständige Einhaltung eines anerkannten Rechnungslegungsstandards, die auch durch die Revisionsstelle zu bestätigen wäre, führte in der Praxis zu einer besseren Aussagekraft, Vergleichbarkeit und Kontinuität in der Konzernrechnungslegung und stellte letztlich eine markante Verbesserung des Minderheitenschutzes dar.

Die gesamte Reform wurde in – bisher – drei Bereiche aufgeteilt. Die parlamentarische Beratung im Bereich 2 («Rechnungslegungsrecht»; Art. 957–963 OR) und im Bereich 3 (Art. 728 OR, Anpassung des auf den 1.1.2008 geänderten Revisionsrechts, Erhöhung der Schwellenwerte für die ordentliche Revision) sind weit fortgeschritten. Die bestehenden Differenzen in diesen Bereichen dürften demnächst bereinigt werden. Insgesamt haben die Räte einige Vorschläge des Bundesrates zur Verbesserung des Minderheitenschutzes im Bereich der Rechnungslegung wieder relativiert und die Hürden zur Geltendmachung von Minderheitenrechten im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag eher erhöht. Gesamthaft sind die Vorschläge zu begrüßen¹³¹. Es ist eher mit einer sanften Renovation zu rechnen, die zumindest für Aktiengesellschaften keine umwälzenden Auswirkungen zeigen dürfte. – Die Beratungen im Bereich 1 (Aktienrecht, «Corporate Governance») haben sich aus verschiedenen Gründen («Abzockerinitiative») stark verzögert.

Dans la société anonyme, les décisions sont prises sur la base du principe de majorité. Ceci s'applique tant à l'assemblée générale qu'au conseil d'administration. Le principe de majorité, ainsi que les dispositions légales protectrices, recèlent de nombreux risques de collision d'intérêts et d'exécution arbitraire d'intérêts de la majorité ou d'intérêts spécifiques.

Outre les principes d'application générale tels que la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit, le principe de l'égalité de traitement et celui de l'exercice raisonnable d'un droit ont pour but d'équilibrer quelque peu les intérêts. Le droit de la société anonyme met en outre à disposition des actionnaires, pour leur permettre de défendre leurs intérêts, des droits d'information et de contrôle ainsi que différents droits d'action. Il convient enfin de mentionner le droit, pour certaines catégories d'actions, de désigner un administrateur, ainsi que les possibilités de restreindre le transfert d'actions (Vinkulierung) et de soumettre certaines décisions à un quorum particulier.

Le domaine de la protection des actionnaires minoritaires est également touché par les actuels projets de réforme en droit de la société anonyme. Dans l'optique actuelle, il y a lieu de partir du principe que seule une rénovation en douceur aura lieu, sans grand bouleversement pour les sociétés anonymes.

(trad. LT LAWTANK, Berne)

¹³¹ Vgl. aber die kritischen Bemerkungen von BÖCKLI (FN 13), § 1 N 149 zum allgemeinen Auskunftsrecht in Gesellschaftsangelegenheiten.