

Hans-Ueli Vogt/Thomas Enderli

## Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR)

### Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff.<sup>1</sup>

Nach Art. 736 Ziff. 4 OR können Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, vom Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangen. Der Richter kann statt der Auflösung eine «andere sachgemässe Lösung» anordnen. In BGE 136 III 278 ff. macht das Bundesgericht deutlich, dass in der Aktiengesellschaft die Mehrheit das Sagen hat und dieses Fundamentalprinzip nur in schweren Fällen eines Machtmissbrauchs und wenn keine weniger weitgehende Massnahme in Frage kommt ausnahmsweise nicht gilt. Mit dieser Begründung weist das Gericht in casu die Auflösungsklage ab. Es äussert sich jedoch nicht dazu, welche Bedeutung die «anderen sachgemässen Lösungen» haben, wenn es an wichtigen Gründen für eine Auflösung fehlt, und demzufolge auch nicht zur Frage, wie in prozessualer Hinsicht eine «andere sachgemässe Lösung» überhaupt ins Spiel kommt. Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag nach.

#### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
  1. Tatsache, dass keine Dividenden ausgerichtet werden
  2. Auflösung aus wichtigen Gründen
    - 2.1 Überprüfung von Ermessensentscheiden durch das Bundesgericht
    - 2.2 Voraussetzungen einer Auflösung aus wichtigen Gründen
    - 2.3 Beurteilung im vorliegenden Fall
- III. Bemerkungen
  1. Grundsätzliches zur Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen
    - 1.1 Zweck von Art. 736 Ziff. 4 OR
    - 1.2 Die «wichtigen Gründe»
    - 1.3 Die «andere sachgemässe Lösung»
    - 1.4 Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge in Art. 736 Ziff. 4 OR
  2. Die «andere sachgemässe Lösung» aus der Sicht der Rechtsanwendung durch das Gericht und des Prozessrechts
    - 2.1 Das Rechtsfolgeermessen des Gerichts
    - 2.2 Der Anspruch des Klägers auf Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung»
    - 2.3 Die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» durch das Gericht
  3. Subsidiarität der Auflösungsklage gegenüber anderen Rechtsbehelfen
    - 3.1 Ausgangslage und Grundsatz
    - 3.2 Verhältnis zur Anfechtungsklage
    - 3.3 Verhältnis zur Klage auf Auskunft und Einsicht

### I. Sachverhalt

Die Y. SA ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf. Ihr Zweck besteht unter anderem in der Vermietung und Verwaltung von Liegenschaften sowie im Betrieb von Hotels. Das Aktienkapital der Y. SA ist eingeteilt in 100 Namenaktien à Fr. 1000.–. Aktionäre sind die X. und ihr Neffe A. mit einer Beteiligung von je 32% sowie B., der 36% der Aktien besitzt. A. ist alleiniges Verwaltungsratsmitglied. Die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ist gut. Die Y. SA ist zahlungsfähig und wies in den Geschäftsjahren 2005–2007 Gewinne aus. Die Summe der Eigenmittel steigt stetig an.<sup>2</sup>

Seit mehreren Jahren besteht zwischen der X. und A. ein Streit, welcher Anlass zu zahlreichen Prozessen gegeben hat. Die X. beschuldigte dabei den A., den B. zu seinen Gunsten zu manipulieren und sie so systematisch in die Minderheit zu versetzen.<sup>3</sup>

X. hat verschiedentlich Generalversammlungsbeschlüsse der Y. SA angefochten. Ein Beschluss der Generalversammlung vom 29. November 2002 wurde aufgehoben, und verschiedene Beschlüsse der Generalversammlung vom 14. November 2003 wurden auf Klage der X. hin für nichtig erklärt. Hingegen war die Anfechtung weiterer Beschlüsse vom 14. November 2003 und von Beschlüssen der Generalversammlung vom 22. November 2004 erfolglos. Auf eine Klage gegen einen Beschluss vom 26. August 2005 trat das Gericht nicht ein. Und die Beschlüsse der Jahre 2006 und 2007 hat X. nicht

Dr. Hans-Ueli Vogt, LL.M., MBA, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt (Homburger, Zürich); lic. iur. Thomas Enderli, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt.

<sup>1</sup> Urteil 4A\_475/2009 vom 5. März 2010.

<sup>2</sup> Urteil 4A\_475/2009, A.

<sup>3</sup> Siehe im Einzelnen das Urteil 4A\_475/2009, A.

angefochten. Auch eine behauptete Verletzung ihres Auskunftsrechts hat X. nicht gerichtlich geltend gemacht. Die W. SA, deren alleinige Aktionärin und einziges Verwaltungsratsmitglied die X. ist, hat zudem mehrere Zivilklagen gegen die Y. SA erhoben. Verschiedene im Zusammenhang mit dem Streit zwischen X. und A. eingereichte Strafanzeigen haben bis zum Zeitpunkt des vorliegend besprochenen bundesgerichtlichen Urteils zu keiner Verurteilung geführt.<sup>4</sup>

Seit mehreren Jahren hat die Y. SA keine Dividenden mehr an die Aktionäre ausgerichtet.<sup>5</sup>

Im Rahmen ihrer Auseinandersetzung haben sich X. und A. gegenseitig Fr. 38 000.– pro Aktie für die Übernahme der Beteiligung des anderen angeboten.<sup>6</sup>

Am 19. Februar 2009 verfügte das erstinstanzliche Genfer Gericht auf Klage der X. hin die Auflösung der Y. SA aus wichtigen Gründen, gestützt auf Art. 736 Ziff. 4 OR. Auf Berufung der Y. SA hin hob das Genfer Kantonsgericht das erstinstanzliche Urteil auf, weil die Situation in der Y. SA nicht derart schwerwiegend sei, dass die Gesellschaft aufzulösen wäre, namentlich weil A. und B. die Gesellschaft fortführen wollten. Dieses Urteil focht X. wegen willkürlicher Anwendung von kantonalem Recht sowie einer Verletzung von Art. 736 Ziff. 4 OR mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht an.<sup>7</sup>

## II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

### 1. Tatsache, dass keine Dividenden ausgerichtet werden

Das Kantonsgericht hatte das Argument, es seien in der Gesellschaft seit mehreren Jahren keine Dividenden mehr ausgerichtet worden, nicht berücksichtigt, weil die entsprechenden Tatsachen nach kantonalem Recht *zu spät geltend gemacht* worden waren.<sup>8</sup> Das Bundesgericht schützt diesen Standpunkt im Rahmen seiner Willkürprüfung. Im Kanton Genf müssen die Parteien nach Art. 126 der Zivilprozessordnung<sup>9</sup> Tatsachen im ersten Schriftenwechsel vor der Beweisaufnahme vorbringen bzw. bestreiten.<sup>10</sup> Das hatte X. versäumt, obschon sie um die Nichtausschüttung von Dividenden schon zu Beginn des Prozesses wusste. Ihr

entsprechendes Vorbringen wurde somit zu Recht nicht berücksichtigt.<sup>11</sup>

In *materiellrechtlicher* Hinsicht führt das Bundesgericht aus, dass die Nichtausschüttung von Dividenden nicht notwendigerweise die Rechte der Minderheitsaktionäre verletzt, denn der zurückbehaltene Gewinn steigert den Wert ihrer Aktien.<sup>12</sup> Nach der Auffassung der Lehre kann jedoch der Richter eine Verfügung gegenüber der Gesellschaft aussprechen (statt sie aufzulösen), wenn wiederholt keine Dividenden ausgerichtet werden.<sup>13</sup>

## 2. Auflösung aus wichtigen Gründen

### 2.1 Überprüfung von Ermessensentscheiden durch das Bundesgericht

Art. 736 Ziff. 4 OR räumt dem Richter bei seinem Entscheid über das Vorliegen wichtiger Gründe ein grosses Ermessen ein. Das Bundesgericht überprüft die Rechtsanwendung im Rahmen solcher Ermessensentscheide grundsätzlich frei, auferlegt sich dabei aber eine gewisse Zurückhaltung und greift nur ein, wenn das Urteil der kantonalen Instanz grundlos von den anerkannten Regeln abweicht, Tatsachen berücksichtigt, die für den konkreten Fall keine Bedeutung haben, oder umgekehrt Gegebenheiten ausser Acht lässt, die hätten berücksichtigt werden müssen. Zudem greift das Bundesgericht ein, wenn das kantonale Urteil im Ergebnis als stossend oder unbillig erscheint.<sup>14</sup>

### 2.2 Voraussetzungen einer Auflösung aus wichtigen Gründen

In der Aktiengesellschaft werden die wichtigsten Entscheidungen durch die Generalversammlung nach dem *Mehrheitsprinzip* gefasst, das gerade bei Meinungsverschiedenheiten und Konflikten zwischen den Aktionären den Ausschlag gibt. Dass Konflikte von Dauer sind oder sich wiederholen, rechtfertigt grundsätzlich keine Auflösung der Gesellschaft, denn die Minderheit muss sich den gültig gefassten Entscheidungen der Mehrheit unterwerfen. Das Recht einer Aktionärsminorität, aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, soll dem Mehrheitsprinzip etwas von seiner Strenge nehmen. Wenn die Anwendung des Mehrheitsprinzips zu einer unerträglichen Situation in einer Gesellschaft führt, soll die Gesellschaft –

<sup>4</sup> Urteil 4A\_475/2009, A.

<sup>5</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1.

<sup>6</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 1.1.

<sup>7</sup> Urteil 4A\_475/2009, B. und C.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_475/2009, B.

<sup>9</sup> Loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987 (LPC) (E 3 05).

<sup>10</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1.

<sup>11</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1.

<sup>12</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1.

<sup>13</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1, mit Hinweis auf *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 207; *François Rayroux*, in: *Pierre Tercier/Marc Amstutz* (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, Art. 736 CO N 21.

<sup>14</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.1, S. 279.

als *ultima ratio* – aufgelöst werden; dies im Wesentlichen dann, wenn die Mehrheit systematisch entgegen den Gesellschaftsinteressen oder den Rechten und legitimen Interessen der Minderheitsaktionäre handelt.<sup>15</sup>

Grundsätzlich ist die Aktiengesellschaft *kapitalbezogen*. Bei der Beurteilung, ob wichtige Gründe vorliegen, sind darum die finanziellen Interessen der Beteiligten entscheidend. Bei kleinen Familiengesellschaften können jedoch in einem gewissen Mass auch die persönlichen Beziehungen mitberücksichtigt werden.<sup>16</sup>

Die Auflösung der Gesellschaft ist eine *subsidiäre Massnahme*, das heisst, sie soll nicht angeordnet werden, wenn die legitimen Interessen der Minderheitsaktionäre mit weniger einschneidenden Mitteln gewahrt werden können, zum Beispiel durch die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses oder mittels einer Klage auf Auskunftserteilung.<sup>17</sup>

Die Auflösung muss überdies *verhältnismässig* sein, was eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen voraussetzt. Zu beachten ist dabei nicht nur das Interesse des klagenden Aktionärs, sondern auch das der übrigen Aktionäre am Fortbestand der Gesellschaft. Die Situation in der Gesellschaft muss derart gravierend sein «qu'il en résulte que la société a perdu son droit à l'existence et doit disparaître».<sup>18</sup>

Als *typische Umstände*, die zu einer Auflösung aus wichtigen Gründen führen können, nennt das Gericht in erster Linie das systematische Ausnützen der Mehrheitsmacht entgegen den Interessen der Gesellschaft oder den Rechten und legitimen Interessen der Minderheitsaktionäre, sodann Fälle der Misswirtschaft, die wiederholte Verletzung der Rechte von Minderheitsaktionären, die Vereitelung des Gesellschaftszwecks, die Verfolgung von Zielen, die vom Gesellschaftszweck nicht gedeckt sind, eine Situation der Blockierung der Organe oder eine finanzielle Aushöhlung der Gesellschaft.<sup>19</sup>

### 2.3 Beurteilung im vorliegenden Fall

Das Bundesgericht weist die Beschwerde der X. ab und stellt fest, dass die Voraussetzungen für eine Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen nicht erfüllt sind. X. hat zwar die Aufhebung bzw. Nichtigerklärung verschiedener Generalversammlungsbeschlüsse durch entsprechende Klage erwirkt, sie ist jedoch später mit verschiedenen Klagen unterlegen und hat es auch unterlas-

sen, die Generalversammlungsbeschlüsse der letzten Jahre anzufechten und ihr Recht auf Auskunft gerichtlich durchzusetzen (wobei eine Verletzung dieses Rechts nicht bewiesen war). Aus der Nichtanfechtung und der nicht erfolgreichen Anfechtung verschiedener Generalversammlungsbeschlüsse folgert das Bundesgericht, dass sich nicht sagen lässt, die Mehrheit habe mit Nachdruck das Ziel verfolgt, die Rechte der Minderheitsaktionäre zu verletzen. Auch die zahlreichen zivil- und strafrechtlichen Verfahren zwischen X. und A. bzw. von ihnen beherrschten juristischen Personen lassen keine Schlüsse auf allfällige Verletzungen von Aktionärsrechten zu. Die Behauptung der X., B. sei durch A. manipuliert worden und zum Zeitpunkt der Generalversammlungen nicht urteilsfähig gewesen, ist nicht bewiesen und das daraus abgeleitete Argument nicht stichhaltig, weil B. jeweils entsprechend seinen eigenen Interessen abgestimmt hat.<sup>20</sup>

Zudem ist nicht bewiesen, dass die Y. SA schlecht geführt wäre – was in einer kapitalbezogenen Gesellschaft und angesichts der damit für die Beurteilung vorrangigen finanziellen Aspekte wesentlich ist. Die Y. SA erwirtschaftet jedes Jahr Gewinne, ihr Vermögen wächst und die Gesellschaft kommt ihren verschiedenen Zahlungsverpflichtungen nach. Die finanziellen Interessen der X. sind somit nicht gefährdet.<sup>21</sup>

Punktuelle Rechtsverletzungen kann X. mittels der für solche Fälle zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe geltend machen. Die Beteiligungsverhältnisse sind zudem nicht dergestalt, dass die Konflikte zwischen den Aktionären zu einer Pattsituation und damit einer Lähmung der Geschäftsführung führen würden.<sup>22</sup>

Mit dem Angebot von A., X. die Aktien abzukufen, ist ihr zudem ein Ausstieg aus der Gesellschaft zu angemessenen Bedingungen angeboten worden.<sup>23</sup>

Schliesslich berücksichtigt das Bundesgericht auch das Interesse der Aktionäre A. und B. – und damit von zwei der drei Aktionäre – am Fortbestand der Gesellschaft.<sup>24</sup>

Die Voraussetzungen einer Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen waren somit nicht erfüllt, und die Beschwerde der X. war abzuweisen.

<sup>15</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280 f.

<sup>16</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.

<sup>17</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.

<sup>18</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.

<sup>19</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280 f.

<sup>20</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 281.

<sup>21</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>22</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>23</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>24</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

### III. Bemerkungen

#### 1. Grundsätzliches zur Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen

##### 1.1 Zweck von Art. 736 Ziff. 4 OR

Gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR kann eine Aktiengesellschaft durch Urteil des Richters aufgelöst werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt die Gesellschaft aufzulösen kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen.

Der Hauptzweck dieser Bestimmung ist der *Schutz einer qualifizierten Aktionärsminorität vor schwerem Machtmissbrauch durch die Aktionärsmehrheit*.<sup>25</sup> Mit der Auflösungsklage will die Minorität den Machtmissbrauch mittels gerichtlicher Anordnung der Beendigung der Gesellschaft stoppen. Das sonst im Aktienrecht vorherrschende Mehrheitsprinzip wird gegebenenfalls um den Preis des Fortbestandes der Gesellschaft ausser Kraft gesetzt.<sup>26</sup>

Mit der Gutheissung einer Auflösungsklage tritt die Gesellschaft ins Liquidationsstadium. Angesichts dieser schwerwiegenden Rechtsfolge unterliegt eine richterliche Auflösung strengen Voraussetzungen.

##### 1.2 Die «wichtigen Gründe»

Eine Auflösungsklage wird nur gutgeheissen (und eine «andere sachgemässe Lösung» nur angeordnet), wenn «wichtige Gründe» vorliegen. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Gemäss Art. 4 ZGB muss das Gericht in einem solchen Fall nach «*Recht und Billigkeit*» entscheiden. Es muss auf alle Umstände des Einzelfalls abstellen, die aus objektiver Sicht relevant sind, mögen sie auch nicht unbedingt typisch sein.<sup>27</sup>

Die Methodik der Entscheidung im Rahmen eines Billigkeitsentscheids ist die *Interessenabwägung*.<sup>28</sup> Bezogen auf die Auflösung einer Gesellschaft sind die für die Auflösung und die für den Fortbestand der Gesellschaft sprechenden Inter-

essen zu bestimmen, zu bewerten und dann gegeneinander abzuwägen.<sup>29</sup> Im Vordergrund stehen das Interesse der Minderheitsaktionäre am Schutz vor Machtmissbrauch und das Interesse der Gesellschaft bzw. der Aktionärsmehrheit am Fortbestand der Gesellschaft.<sup>30</sup> Die Interessen des Kollektivs sind dabei nicht generell dem Individualinteresse der Minorität vorzuziehen, sondern ihm im Ausgangspunkt gleichwertig; ein quantitatives Element der Interessenabwägung ist mit dem Beteiligungsquorum von zehn Prozent des Aktienkapitals bereits berücksichtigt.<sup>31</sup> Es kann darum – aber auch schon aufgrund des Zwecks des Minderheitenschutzes schlechthin – bei der Interessenabwägung nicht darauf ankommen, dass die Mehrheit der Aktionäre (natürlicherweise) den Fortbestand der Gesellschaft will.<sup>32</sup>

Stellt man die «wichtigen Gründe» in einen *funktionalen Zusammenhang* zu der in Art. 736 Ziff. 4 OR primär vorgesehenen Rechtsfolge der Auflösung, so liegen wichtige Gründe vor, wenn die Gesellschaft als Rechtsverhältnis ihre grundlegende Funktion als ein Rahmen für die Organisation, Führung und Finanzierung einer in der Regel unternehmerischen Tätigkeit nicht mehr erfüllen kann; dann verliert die Gesellschaft, wie das Bundesgericht sagt, «son droit à l'existence».<sup>33</sup> Diese funktionale Betrachtungsweise macht deutlich, dass es auf die gesamthafte Tragweite der Umstände ankommt und jedenfalls im Ansatz nicht darauf, ob objektive, sachliche oder aber subjektive, in der Person eines Aktionärs liegende Gründe geltend gemacht werden.<sup>34</sup>

Auch bei Billigkeitsentscheiden sind die in einem bestimmten Rechtsgebiet *massgeblichen Grundprinzipien und Wertungen* zu berücksichtigen. Aus ihnen ergibt sich, welche Interessen rechtlich geschützt und wie sie gegebenenfalls zu gewichten sind. Die Bedeutung der aktienrechtlichen Grundprinzipien und Wertungen zeigt sich zum einen daran, dass als wichtige Gründe, die eine Auflösung der Gesellschaft oder eine «andere sachgemässe Lösung» rechtfertigen können, hauptsächlich *sachliche Gründe* in Frage kommen, und das sind in einer Aktiengesellschaft vor allem Gründe, die sich auf die vermögensmässige Stellung der Aktionäre und die finanzielle Situation der Gesellschaft beziehen.<sup>35</sup> Das ist im Lichte der vorn

<sup>25</sup> BGE 105 II 114 E. 6b, S. 125; Böckli (Fn. 13), § 16 N 191; Philipp Habegger, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996, S. 10 f.; Christoph Stäubli, in: Heinrich Honseil/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 736 OR N 17.

<sup>26</sup> Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738 OR, Zürich 1969, Art. 736 OR N 39.

<sup>27</sup> Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Art. 1 und 4 ZGB, Bern 1966, Art. 4 ZGB N 46.

<sup>28</sup> Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 4 ZGB N 47; siehe hierzu und zum Folgenden auch Lukas Beeler/Hans Caspar von der Crone, Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 2010 329 ff., 332 f.

<sup>29</sup> Wilfried Bertsch, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, 98.

<sup>30</sup> BGE 105 II 114 E. 6a und b, S. 124 f.

<sup>31</sup> BGE 105 II 114 E. 7c, S. 128 f.

<sup>32</sup> Anders aber BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>33</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.

<sup>34</sup> Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993 37 ff., 41.

<sup>35</sup> Siehe etwa BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280; 67 II 162 E. b, S. 164 f. Statt von «sachlichen» würde man besser von «sachbezogenen» Gründen sprechen, denn auch die «persönlichen» Gründe, um deren Ausschluss es geht, müssen, um rechtlich massgeblich zu sein, «sachlich», bei objektiver Betrachtung relevant sein.



angesprochenen funktionalen Konkretisierung der «wichtigen Gründe» im Prinzip konsequent, weil (und soweit) es für das Funktionieren einer Aktiengesellschaft als einer kapitalbezogenen Gesellschaft auf persönliche Umstände nicht ankommt.<sup>36</sup> Vor allem in seiner Toga-Entscheidung (BGE 105 II 114 ff.) hat das Bundesgericht jedoch schon festgestellt, dass bei einer kleinen Familienholdinggesellschaft ohne eigenes Personal ein anderer Massstab anzulegen ist als bei einer Publikumsgesellschaft.<sup>37</sup> Auch *persönliche Umstände* können darum bei der Beurteilung einer Auflösungsklage eine Rolle spielen. Entscheidend sind ihre Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.<sup>38</sup>

Die aktienrechtlichen Grundprinzipien und Wertungen spielen zum andern insofern in die Billigkeitsentscheidung gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR hinein, als der Aktionär – und grundsätzlich auch ein Mehrheitsaktionär – keiner Treuepflicht gegenüber den Mitaktionären und der Gesellschaft unterliegt (vgl. Art. 680 Abs. 1 OR).<sup>39</sup> Diese Fundamentalnorm des Aktienrechts darf nicht dadurch ausgehebelt werden, dass die Aussicht auf eine gerichtlich leicht zu erwirkende Auflösung oder «andere sachgemässe Lösung» den Mehrheitsaktionär in ein Rechtsverhältnis mit den Minderheitsaktionären zwingt, das strengere Treuepflichten begründet als Art. 2 ZGB. Die Auflösung aus wichtigen Gründen ist Ausdruck des Gebots, nach Treu und Glauben zu handeln; sie bezweckt nicht, einen diesbezüglich strengeren Massstab aufzustellen.<sup>40</sup>

Die wichtigen Gründe müssen die Auflösung der Gesellschaft *rechtfertigen*. Eine Auflösung ist darum nicht angezeigt, wenn dem Missbrauch der Mehrheitsmacht, den die Minderheitsaktionäre geltend machen, auch mit einer mildereren, weniger weitgehenden Massnahme wirksam entgegengetreten werden kann. Die hiermit angesprochene Subsidiarität bezieht sich einerseits auf das Verhältnis der Auflösungsklage zu anderen Rechtsbehelfen, andererseits auf das Verhältnis zwischen der Auflösung und einer «anderen sachgemässen Lösung».<sup>41</sup>

Die Auflösung der Gesellschaft darf schliesslich, auch wenn mit ihr dem Subsidiaritätsprinzip entsprochen würde, *nicht unverhältnismässig* sein.<sup>42</sup>

Sie muss – angesichts der Benachteiligungen, welche die Minderheitsaktionäre erlitten haben, aber auch mit Rücksicht auf die Auswirkungen einer Auflösung namentlich für die übrigen Aktionäre – als angemessene Rechtsfolge erscheinen. Insofern muss auch die Auflösung den Beteiligten zuzumuten sein, gleich wie das Gesetz dies für eine «andere sachgemässe Lösung» verlangt.

### 1.3 Die «andere sachgemässe Lösung»

#### a. Voraussetzungen einer «anderen sachgemässen Lösung»

Der Richter kann die Auflösungsklage nicht nur gutheissen oder abweisen, sondern stattdessen auch auf eine «andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung» erkennen (Art. 736 Ziff. 4 OR). Das Bundesgericht spricht diese Möglichkeit im vorliegenden Urteil in zwei Zusammenhängen an: zum einen ausdrücklich, indem es die in der Lehre vertretene Auffassung referiert, wonach der Richter im Fall einer wiederholten Weigerung der Gesellschaft, eine Dividende auszurichten, eine Verfügung gegenüber der Gesellschaft aussprechen kann,<sup>43</sup> zum andern implizit, wenn es bei seiner Überprüfung der Ermessensentscheidung der Vorinstanz darauf hinweist, dass A. der X. angeboten habe, ihr die Aktien abzukaufen und ihr so den Ausstieg zu ermöglichen.<sup>44</sup> Eine Auseinandersetzung mit der Bedeutung der «anderen sachgemässen Lösung» im Kontext einer Auflösungsklage bietet das Bundesgericht jedoch nicht.

Eine «andere sachgemässe Lösung» setzt voraus, dass auch mit ihr die Interessen der klagenden Minderheitsaktionäre in ausreichendem Mass geschützt werden, auch wenn die Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Die Alternativlösung muss *geeignet* sein, den konkret beanstandeten Machtmissbrauch der Mehrheitsaktionäre zu beenden und die Minderheitsaktionäre entsprechend zu schützen. In diesem Sinn muss die Alternativlösung *sachgemäss* sein.<sup>45</sup>

Die «andere sachgemässe Lösung» muss für die Beteiligten *zumutbar* sein. Zumutbarkeit bedeutet Verhältnismässigkeit, beurteilt aus der Optik der übrigen Aktionäre und der Gesellschaft. Zumutbar ist eine Alternativlösung, wenn ihre Auswirkungen auf die Interessen der übrigen Aktionäre und der Gesellschaft in einem angemessenen Verhältnis zum Interesse der Minderheitsaktionäre am Schutz vor dem Machtmissbrauch durch die Mehrheit stehen.

<sup>36</sup> Das Bundesgericht erklärt, die Aktiengesellschaft sei «une société de capitaux et non une société de personnes» (BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280). Das trifft zu, ist vorliegend aber nicht das massgebliche Gegensatzpaar: Es ist die Kapitalbezogenheit der Mitgliedschaft, die im Prinzip dagegen spricht, andere als finanzielle Interessen im Rahmen eines Auflösungsbegehrens zu berücksichtigen, nicht der Charakter der Kapitalgesellschaft.

<sup>37</sup> BGE 105 II 114 E. 7b, S. 127 f.

<sup>38</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 N 81; Habegger (Fn. 25), S. 60 ff., 69 f.

<sup>39</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 38), § 39 N 142 f.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 67 II 162 E. c, S. 165.

<sup>41</sup> Siehe hinten III.1.3.c. bzw. III.3.

<sup>42</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.

<sup>43</sup> Urteil 4A\_475/2009, E. 2.1.

<sup>44</sup> Siehe BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>45</sup> Christoph Lüscher, Die Auflösung von Handelsgesellschaften aus wichtigen Gründen, Diss. Basel 1992, 180.

Die Auflösung ist subsidiär gegenüber jeder sachgemässen, zumutbaren anderen Lösung; gibt es eine solche Lösung, ist die Auflösung der Gesellschaft nicht verhältnismässig. Das *Subsidiaritäts-* und das *Verhältnismässigkeitsprinzip* gelten aber auch für die «anderen sachgemässen Lösungen» und damit im Verhältnis zwischen verschiedenen solchen Alternativlösungen: Eine bestimmte Alternativlösung muss angesichts des Machtmissbrauchs erforderlich und verhältnismässig sein; sie ist subsidiär gegenüber jeder anderen Massnahme, die gegenüber der Gesellschaft und den anderen Aktionären weniger weit geht, aber den Zweck gleichwohl erfüllt.

b. Mögliche Inhalte einer «anderen sachgemässen Lösung»

Was das Gericht statt der Auflösung der Gesellschaft für eine «andere sachgemässe Lösung» anordnen soll, hängt entscheidend vom *konkret vorgeworfenen und bewiesenen Machtmissbrauch der Mehrheitsaktionäre* ab; denn die Alternativlösung hat den Zweck und muss geeignet sein, diesen Missbrauch zu beenden.<sup>46</sup>

Als «andere sachgemässe Lösungen» kommen namentlich aktienrechtliche und schuldvertragliche Geschäfte in Betracht, die es den Minderheitsaktionären erlauben, *aus der Gesellschaft auszuscheiden*: der Rückkauf der Aktien durch die Gesellschaft oder, wenn die Vorschriften über die eigenen Aktien es erfordern,<sup>47</sup> eine (wirtschaftliche) Teilliquidation im Wege der Kapitalherabsetzung.<sup>48</sup> Weiter ist an Anordnungen zu denken, die sich *gegen konkrete (Mehrheits-)Beschlüsse der Generalversammlung* richten und an deren Stelle treten sollen, etwa an die Anordnung der Aufnahme eines Vertreters der Minderheitsaktionäre in den Verwaltungsrat (verbunden mit einer Regelung der Amtsdauer und der Abberufungsmöglichkeiten)<sup>49</sup> oder die Anordnung einer bestimmten Gewinnverwendung, wenn eine Gesellschaft andauernd und systematisch keine Gewinne ausschüttet.<sup>50</sup> Schliesslich kann eine Pattsituation dadurch beendet werden, dass die *Gesellschaft aufgespaltet* oder ein Teil ihres Vermögens und Geschäfts *abgespaltet* wird.<sup>51</sup> Bei all diesen Varianten

der Rechtsgestaltung setzen indessen die zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften der richterlichen Gestaltungsautonomie Grenzen.

Im vorliegenden Fall kam der Suche nach einer «anderen sachgemässen Lösung» im Rahmen des bundesgerichtlichen Verfahrens unter anderem deswegen keine entscheidende Bedeutung zu, weil der (an sich zutreffende) Vorwurf, die Y. SA habe schon seit mehreren Jahren keine Dividende mehr ausgerichtet, im Prozess zu spät vorgebracht worden war und weil verschiedene andere Vorwürfe der X. gegenüber A. sich als nicht bewiesene Behauptungen herausstellten.<sup>52</sup> Unterstellt man die Richtigkeit der Behauptungen von X., so wäre als eine «andere sachgemässe Lösung» eine *Anordnung des Gerichts betreffend die Gewinnverwendung* in Frage gekommen, nachdem X. sich über die Nichtausschüttung von Dividenden beklagte.

Weiter wäre im Prinzip auch die Anordnung eines *Rückkaufs der Aktien* der X. durch die *Gesellschaft*, die Y. SA, in Frage gekommen. Damit wäre jedoch die Obergrenze betreffend eigene Aktien (Art. 659 Abs. 1 OR) deutlich überschritten worden. Auch wenn sie nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat,<sup>53</sup> darf ein Gericht bei seiner Umgestaltung aktienrechtlicher Verhältnisse die einschlägigen Regeln nicht einfach missachten; die 20-Prozent-Grenze gemäss Art. 659 Abs. 2 OR (Übernahme eigener Aktien im Zusammenhang mit einer Vinkulierung) zeigt wohl das Äusserste an, was angeordnet werden kann.<sup>54</sup> Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass X. ein (offenbar angemessenes) Kaufangebot von B. abgelehnt hat;<sup>55</sup> eine gerichtliche Anordnung des Rückkaufs durch die Gesellschaft würde dem Willen der X. widersprechen.<sup>56</sup>

Zu erwägen gewesen wäre angesichts der Schranke betreffend eigene Aktien ein Ausscheiden im Rahmen einer *Kapitalherabsetzung* im Umfang der Beteiligung von X. (oder in einem geringeren, ebenfalls ausreichenden Umfang). Eine verbindliche Schranke, die das Gericht bei einer entsprechenden Anordnung zu beachten hätte, stellen die Vorschriften von Art. 732 ff. OR dar.

X. hätte theoretisch auch dadurch aus der Gesellschaft ausscheiden können, dass B. ihre Aktien übernimmt (*Übernahme der Aktien durch andere Aktionäre*). Mit einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung würde jedoch der Wille der X. missachtet.<sup>57</sup> Vor allem aber stösst eine Übernahme-

<sup>46</sup> Zu dem hier angesprochenen Zusammenhang zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge in Art. 736 Ziff. 4 OR ausführlicher nachstehend III.1.4.

<sup>47</sup> Siehe Art. 659 Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Siehe zum Ganzen *Böckli* (Fn. 13), § 16 N 200 ff., 204 f.; *Stäubli*, Basler Kommentar, Art. 736 OR N 27.

<sup>49</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 249 f.

<sup>50</sup> *Jakob Höhn*, Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR, in: *Walter R. Schluep/Peter R. Isler* (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zürich 1993, 113 ff., 126 f.

<sup>51</sup> *Böckli* (Fn. 13), § 16 N 207.

<sup>52</sup> Siehe vorn II.2.3.

<sup>53</sup> *Christian Lenz/Andreas von Planta*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Watter* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 659 OR N 11.

<sup>54</sup> Siehe auch *Lukas Handschin*, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen, SZW 1993 43 ff., 45.

<sup>55</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 282.

<sup>56</sup> Siehe zu diesem Gesichtspunkt auch hinten III.2.3.

<sup>57</sup> Siehe zu diesem Gesichtspunkt auch hinten III.2.3.

verpflichtung zu Lasten der nicht am Prozess beteiligten Aktionäre auf fast unüberwindbare prozessrechtliche Hindernisse (die übrigens ähnlich auch bestehen, wenn die Gesellschaft zum Rückkauf der Aktien verpflichtet würde mit der Auflage, sie den übrigen Aktionären oder Dritten zu verkaufen).<sup>58</sup>

Diese Hindernisse könnten *prima vista* dadurch umgangen werden, dass das Gericht die *Auflösung der Gesellschaft* unter der *Bedingung* ausspricht, dass die Aktien nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von den anderen Aktionären oder Dritten zu mindestens dem wirklichen Wert übernommen werden. Das Verbot, den Aktionär zu etwas anderem zu verpflichten als zur Leistung des Ausgabebetrages der Aktien (Art. 680 Abs. 1 OR), schliesst ein solches Vorgehen jedoch aus. Zwar wäre die mit der bedingten Auflösung faktisch verbundene Pflicht, die Aktien des Ausscheidungswilligen zu übernehmen, dann mit Art. 680 Abs. 1 OR vereinbar, wenn den Aktionären andernfalls aufgrund der Auflösung ohnehin droht, dass sie die Aktien übernehmen müssen, wenn sie die Gesellschaft fortführen wollen.<sup>59</sup> Sind aber die Voraussetzungen einer Auflösung gegeben, dann muss das Gericht sie anordnen (es sei denn, die Minderheitsaktionäre hätten nur auf Anordnung einer anderen sachgemässen Lösung geklagt);<sup>60</sup> sind die Voraussetzungen nicht gegeben, darf die Auflösung auch nicht unter einer Bedingung ausgesprochen werden, und die faktische Übernahmeverpflichtung würde gegen Art. 680 Abs. 1 OR verstossen.

c. Verhältnis zwischen der Auflösung und einer «anderen sachgemässen Lösung»

Wegen ihrer Subsidiarität darf das Gericht eine Auflösung grundsätzlich nicht anordnen, wenn dem Machtmissbrauch der Mehrheitsaktionäre auch mittels einer «anderen sachgemässen Lösung» begegnet werden könnte. Damit aber kommt eine *Gutheissung einer Auflösungsklage* ohne Auseinandersetzung des Gerichts mit möglichen Alternativlösungen nicht in Betracht.<sup>61</sup> Ausnahmen können sich aus Grundsätzen des Prozessrechts ergeben.<sup>62</sup> Eine andere Frage ist es, ob das Gericht eine *Auflösungsklage abweisen* darf, ohne die Möglichkeit einer «anderen sachgemässen Lösung» zu prüfen. Bei der Beantwortung dieser Frage spielt das Prozessrecht eine bedeutende Rolle.<sup>63</sup>

Auch eine «andere sachgemässe Lösung» kommt nur in Betracht, wenn *wichtige Gründe* vorliegen. Es ist jedoch nicht vorausgesetzt, dass die wichtigen Gründe auch die Auflösung rechtfertigen würden;<sup>64</sup> sie müssen (nur) die konkrete sachgemässe Lösung rechtfertigen. Der Zweck der «anderen sachgemässen Lösung» ist es, den berechtigten Interessen der Minderheitsaktionäre zum Durchbruch zu verhelfen gegenüber den einer Auflösung entgegenstehenden Mehrheitsinteressen. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn auch eine «andere sachgemässe Lösung» die hohe Hürde der wichtigen Gründe für eine Auflösung passieren müsste.<sup>65</sup>

Sind indes die *Voraussetzungen einer Auflösung erfüllt* – einschliesslich ihrer Subsidiarität und Verhältnismässigkeit –, dann *muss* das Gericht dem Auflösungsbegehren stattgeben. In diesem Fall verfügt es über kein Auswahlmessen bezüglich der Rechtsfolge, auch dann nicht, wenn der Kläger *eventualiter* eine andere sachgemässe Lösung beantragt hat.<sup>66</sup> Das bringt die Formulierung von Art. 736 Ziff. 4 OR zwar nicht zum Ausdruck; man könnte aus ihr schliessen, die «andere sachgemässe Lösung» stehe als Alternative auf gleicher Stufe und unter den gleichen Voraussetzungen wie eine Auflösung. Nach dem Zweck der Bestimmung und dem mit ihr verbundenen Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsgrundsatz trifft dies jedoch nicht zu.

1.4 Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge in Art. 736 Ziff. 4 OR

Die Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR ist ein komplexer Vorgang. Das liegt zuerst einmal daran, dass sowohl die Tatbestandsvoraussetzung der «wichtigen Gründe» als auch die (alternative) Rechtsfolge der «anderen sachgemässen Lösung» mit einem *unbestimmten Rechtsbegriff* umschrieben sind. Zusätzlich erschwert wird die Rechtsanwendung dadurch, dass der Tatbestand und die Rechtsfolge *wechselseitig voneinander abhängen*: Der Tatbestand bestimmt nicht einfach, was, wenn er erfüllt ist, die Rechtsfolge ist, sondern die Frage, ob er erfüllt ist, ist gerade mit Blick auf die Rechtsfolge zu entscheiden. Das hat sich bei den vorstehenden Ausführungen zu den je nach Rechtsfolge unterschiedlichen Anforderungen an die «wichtigen Gründe» gezeigt.<sup>67</sup> Und schliesslich wird die Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR dadurch noch kom-

<sup>58</sup> Siehe zu den hier angesprochenen prozessrechtlichen Hindernissen auch hinten III.2.3.

<sup>59</sup> So *Habegger* (Fn. 25), S. 179.

<sup>60</sup> Siehe hinten III.1.3.c.

<sup>61</sup> *Böckli* (Fn. 13), § 16 N 194, 210.

<sup>62</sup> Siehe hierzu hinten III.2.3.

<sup>63</sup> Dazu hinten III.2.2.

<sup>64</sup> Wenn sie es tun, muss das Gericht die Auflösung aussprechen; siehe hierzu sogleich im Text.

<sup>65</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 164; im gleichen Sinn auch *Stäubli*, *Basler Kommentar*, Art. 736 OR N 23; anderer Meinung *Lüscher* (Fn. 45), 179; zu dem hier angesprochenen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ausführlicher hinten III. 1.4.

<sup>66</sup> Vgl. auch *Habegger* (Fn. 25), S. 43.

<sup>67</sup> Siehe vorn III.1.3c.

plexer, dass die in der Norm angeordnete Rechtsfolge aus einem ganzen *Katalog von Rechtsfolgen* besteht: die Auflösung der Gesellschaft oder eine «andere sachgemässe Lösung», wobei die in diesem Zusammenhang bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen unbegrenzt sind. Richterliche Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung ist unter solchen Umständen ausserordentlich schwierig; richterliches Ermessen spielt hier beim Tatbestand, bei der Rechtsfolge und bei ihrer Abstimmung aufeinander eine herausragende Rolle.<sup>68</sup> Mit ihrem Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge dürfte die Norm von Art. 736 Ziff. 4 OR im schweizerischen Aktienrecht einzigartig sein.

Etwas konkreter bedeutet dies, dass bei der Interessenabwägung, die unter dem Titel der wichtigen Gründe vorzunehmen ist, eine *vorläufig ins Auge gefasste Rechtsfolge* – namentlich eine bestimmte «andere sachgemässe Lösung» – und ihre Auswirkungen auf die übrigen Aktionäre und die Gesellschaft zu den Benachteiligungen der Minderheitsaktionäre in Bezug zu setzen sind. Im Lichte der konkreten, als Massnahme gegen den Machtmissbrauch ausgestalteten Rechtsfolge ist zu beurteilen, ob wichtige Gründe vorliegen.

Soll beispielsweise den Minderheitsaktionären das Ausscheiden mittels einer Kapitalherabsetzung ermöglicht werden, ist – innerhalb des ohnehin zu beachtenden Rahmens von Art. 732 ff. OR – zu prüfen, ob der für diese Lösung erforderliche Mittelabfluss bei der Gesellschaft ihr (und den verbleibenden Aktionären) aus betriebswirtschaftlicher Sicht zuzumuten ist. Sollen Aktien innerhalb der Schranken gemäss Art. 659 OR übernommen werden, sind die Aussichten einer Veräusserung der Aktien innert nützlicher Frist und unter Beachtung der einschlägigen aktienrechtlichen Regeln zu prüfen und in die Interessenabwägung einzubeziehen. Wenn sodann der Machtmissbrauch nur die Gewinnverwendung betrifft und im Besonderen darin besteht, dass andauernd und systematisch keine Dividenden ausgerichtet werden, wird eine Auflösung fast immer als unverhältnismässig erscheinen, sodass es insofern an wichtigen Gründen fehlt. Und allgemein spielt schliesslich bei Anordnungen, die nicht mit einem Ausscheiden der Minderheitsaktionäre verbunden sind, der konkret vorgesehene Eingriff im Rahmen der Interessenabwägung eine entscheidende Rolle, etwa der Anteil an Verwaltungsratssitzen, den die Minderheitsaktionäre erhalten, oder die Dauer, während der Anordnungen über die Gewinnverwendung gelten sollen.

## 2. Die «andere sachgemässe Lösung» aus der Sicht der Rechtsanwendung durch das Gericht und des Prozessrechts

Die Möglichkeit der Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» ist Ausdruck des Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips. Darum scheint es eigentlich unumgänglich zu sein, dass eine solche Alternativlösung in einem Verfahren aufgrund einer Auflösungsklage geprüft wird. Das ist *in casu* – jedenfalls gemäss den Ausführungen im Urteil des Bundesgerichts – nicht geschehen: Weder hat die Klägerin eine «andere sachgemässe Lösung» beantragt – sie verlangte die Auflösung der Gesellschaft bzw. die Aufhebung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils und eine Entscheidung gemäss der ersten, die Auflösungsklage gutheissenden Instanz –,<sup>69</sup> noch hat eines der Gerichte eine solche Lösung von sich aus angeordnet oder, wie es scheint, auch nur erwogen. Im Folgenden werden einige der Fragen angesprochen, die sich dem Gericht, das die Regelung betreffend die «andere sachgemässe Lösung» anwenden muss, und die sich aus der Sicht des Prozessrechts stellen.

### 2.1 Das Rechtsfolgeermessen des Gerichts

#### a. Ermessen und Pflicht zur Ermessensausübung

Art. 736 Ziff. 4 OR bestimmt in Satz 2, dass der Richter, statt die Auflösung anzuordnen, «auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen *kann*»<sup>70</sup>. Nach dem Gesetzeswortlaut verfügt der Richter somit bei der Anordnung der Rechtsfolge über ein Auswahlermessen: Er kann zwischen der Auflösung der Gesellschaft und einer Alternativlösung wählen.<sup>71</sup> Wie bereits ausgeführt besteht dieses Ermessen (wenn man den Begriff im technischen Sinn versteht) jedoch nicht: Wenn die Voraussetzungen für eine Auflösung, einschliesslich ihrer Subsidiarität und Verhältnismässigkeit, gegeben sind, ist die Gesellschaft aufzulösen; wenn sie es nicht sind, darf die Gesellschaft nicht aufgelöst werden.<sup>72</sup> Praktisch betrachtet und untechnisch ausgedrückt trifft das Gericht aber in jedem Fall eine *Ermessensentscheidung*, indem es beurteilen muss, ob wichtige Gründe vorliegen, die eine Auflösung rechtfertigen, ob solche wichtigen Gründe vorliegen, die eine (bestimmte) «andere sachgemässe Lösung» als angezeigt erscheinen lassen, oder ob es an wichtigen Gründen schlechthin fehlt.

<sup>68</sup> Urteil 4A\_475/2009, B. und C.

<sup>70</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>71</sup> Siehe *Habegger* (Fn. 25), S. 43.

<sup>72</sup> Siehe vorn III. 1.3a.

<sup>68</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Beeler/von der Crone* (Fn. 28), 336 f.



Den so umschriebenen *Ermessensspielraum* muss das Gericht vollumfänglich *ausschöpfen*. Es muss den ihm bei einer Entscheidung «nach Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB) eingeräumten Entscheidungsfreiraum voll beanspruchen. Dies bedeutet bezogen auf Art. 736 Ziff. 4 OR, dass der Richter *verpflichtet* ist, wenn die Voraussetzungen einer Auflösung nicht erfüllt sind, *andere sachgemässe Lösungen zu erwägen*, also Möglichkeiten zu prüfen, die Interessen der Minderheitsaktionäre anders als durch Auflösung der Gesellschaft in geeigneter, verhältnismässiger Weise zu schützen.<sup>73</sup> Schöpft der Richter den Ermessensspielraum nicht aus, begeht er eine Rechtsverletzung. Immerhin ergeben sich aus der Verhandlungs- und der Dispositionsmaxime prozessrechtliche Schranken einer freien Intervention des Richters in aktienrechtliche Strukturen.<sup>74</sup>

Ob das Gericht in einem konkreten Fall seinen *Ermessensspielraum ausgeschöpft* hat oder nicht, lässt sich praktisch nur indirekt, nämlich aufgrund des von ihm letztlich gefällten Urteils entscheiden. Dass es weder die Auflösung noch eine «andere sachgemässe Lösung» angeordnet hat, kann bedeuten, dass es seinen Spielraum nicht ausgeschöpft hat; es kann aber auch bedeuten, dass das Gericht aufgrund einer Prüfung aller Gestaltungsmöglichkeiten – womit es sein Ermessen vollumfänglich ausgeübt hat – zum Schluss gekommen ist, dass weder eine Auflösung noch eine Alternativlösung am Platz ist. Damit aber erschöpft sich die Überprüfung eines gestützt auf Art. 736 Ziff. 4 OR ergangenen Urteils im Prinzip auf die Frage, ob das Gericht sein Ermessen in vertretbarer Weise ausgeübt hat; die Frage, ob es seinen Ermessensspielraum ausgeschöpft hat oder nicht, lässt sich davon praktisch nicht abschichten.<sup>75</sup>

b. Zurückhaltende Überprüfung von Ermessensentscheiden durch das Bundesgericht

Eine Beschränkung der richterlichen Pflicht zur Ermessensausübung ergibt sich aus der Zurückhaltung, die sich das Bundesgericht bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden auferlegt. Es schreitet nur ein, wenn die kantonale Instanz grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Regeln abgewichen ist, rechtserhebliche Tatsachen ausser Acht gelassen hat, Umstände berücksichtigt hat, die für die Entscheidung im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder einen «offensichtlich unbilligen» Ermessensentscheid getroffen hat. Das höchste Gericht will nicht in Ermessensentscheide kantonaler Instanzen eingreifen,

die mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut sind.<sup>76</sup>

Die Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden unterer Gerichte bedeutet, dass eine Rechtsmittelinstanz, namentlich das Bundesgericht, nur ganz ausnahmsweise die Auflösung der Gesellschaft statt der von der unteren Instanz verfüzten «anderen sachgemässen Lösung» anordnen oder eine «andere sachgemässe Lösung» statt die Auflösung verfügen wird. In diesen Fällen wird die Ermessensausübung durch die Vorinstanzen vom Bundesgericht zu Recht grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Die Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden ist dann jedoch *problematisch*, wenn die Vorinstanz *weder die Auflösung noch eine «andere sachgemässe Lösung» angeordnet* hat. Stellt die Rechtsmittelinstanz nämlich fest, dass die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR nicht ausgeschöpft hat – wofür das Fehlen jeglicher diesbezüglicher Erwägungen trotz entsprechender Vorbringen des Klägers ein Indiz ist –, so liegt darin eine *Rechtsverletzung*, die nicht mit dem Hinweis auf die Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden zu rechtfertigen ist. Ein Gericht, das «andere sachgemässe Lösungen» nicht erwägt und prüft, verletzt Art. 736 Ziff. 4 OR (es sei denn, es habe aufgrund der Verhandlungsmaxime kein Anlass zu einer solchen Prüfung bestanden)<sup>77</sup>. Das gilt nicht nur für Gerichte, die in der Würdigung des Sachverhalts und in der Rechtsanwendung frei sind, sondern auch für Rechtsmittelinstanzen, die sich bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden Zurückhaltung auferlegen, denn auch sie müssen gegen Rechtsverletzungen einschreiten. Insbesondere ist das Bundesgericht berechtigt und verpflichtet, sämtliche Rechtsfehler des angefochtenen Entscheides zu korrigieren.<sup>78</sup>

Damit die hier angesprochenen Fälle einer möglichen Rechtsverletzung nicht unter dem Deckel der zurückhaltenden Überprüfung von Ermessensentscheiden verschwinden, sollte ein Gericht, das eine Auflösungsklage abweist und auch nicht auf eine «andere sachgemässe Lösung» erkennt, *begründen*, wie es zu seinem Urteil gekommen ist, damit für den unterlegenen Kläger ersichtlich wird, ob das Gericht sein Ermessen vollumfänglich betätigt hat. Von Fällen der Offensichtlichkeit abgesehen sollte im Urteil wenigstens indirekt zum Ausdruck kommen, warum das Gericht der Auffassung ist, dass

<sup>76</sup> Zum Ganzen BGE 136 III 278 E. 2.2.1, S. 279; 133 III 201 E. 5.4, S. 211; 130 III 213 E. 3.1, S. 220; Leo Engler, Die Überprüfung von Ermessensentscheiden gemäss Art. 4 ZGB in der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Freiburg 1974, 9.

<sup>77</sup> Siehe hierzu hinten III.2.2.

<sup>78</sup> Siehe Markus Schott, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Ueberrax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 95 BGG N 33–35.

<sup>73</sup> Böckli (Fn. 13), § 16 N 194, 210; Näheres hinten III.2.2.

<sup>74</sup> Dazu hinten III.2.2.

<sup>75</sup> Zu einer Ausnahme hierzu sogleich nachstehend III.2.1b.

auch eine «andere sachgemässe Lösung» nicht am Platz sei. Fehlt demgegenüber jeglicher Hinweis darauf, dass das Gericht eine «andere sachgemässe Lösung» erwogen hat, bringt es zum Ausdruck, dass es seinen Ermessensspielraum in Verletzung von Bundesrecht nicht ausgeschöpft hat.

Das Bundesgericht kann die ihm damit obliegende Aufgabe, gegen Urteile einzuschreiten, die ohne Begründung «andere sachgemässe Lösungen» gar nicht erst erwägen, dadurch erfüllen, dass es eine *Begründung nachliefert* und im Ergebnis erklärt, die Abweisung des Auflösungsbegehrens ohne Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» bewege sich im Rahmen des dem Gericht eingeräumten Ermessens. *In casu* liefert das Bundesgericht nur ganz am Rande eine Begründung: Indem es das der X. von A. unterbreitete Kaufangebot anspricht, bringt es zum Ausdruck, dass eine Alternativlösung im Raum gestanden hat. Demgegenüber ist der Hinweis auf das Interesse der anderen Aktionäre, von A. und B., am Fortbestand der Gesellschaft keine taugliche (implizite) Begründung dafür, warum «andere sachgemässe Lösungen» nicht erwogen werden; gerade dann, wenn das Interesse an der Fortführung der Gesellschaft überwiegt, sind alternative Gestaltungsmöglichkeiten zu prüfen. Im Übrigen sieht das Bundesgericht offenbar angesichts des in vielen Punkten nicht bewiesenen bzw. zu spät vorgetragenen Sachverhalts keinen Anlass, selber «andere sachgemässe Lösungen» in Erwägung zu ziehen. Hingegen musste das Genfer Obergericht – das den Ermessensentscheid des erstinstanzlichen Gerichts aufgehoben hat – alle in Frage kommenden «anderen sachgemässen Lösungen» erwägen und prüfen (unter Beachtung der prozessrechtlichen Rahmenbedingungen), etwa die Möglichkeit eines Ausscheidens im Rahmen einer Kapitalherabsetzung.

## 2.2 Der Anspruch des Klägers auf Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung»

Der Kläger kann dem Gericht nicht nur die Auflösung der Gesellschaft beantragen, sondern auch Anträge bezüglich «anderer sachgemässer Lösungen» stellen. Es ist, mit anderen Worten, unbestritten, dass der Kläger selber ein Begehren um Anordnung einer Alternativlösung stellen kann. Eine «andere sachgemässe Lösung» kann insbesondere auch Gegenstand des *Hauptantrags* sein; sie ist nicht notwendigerweise der Gegenstand eines Eventualantrags zur hauptsächlich beantragten Auflösung der Gesellschaft. Denn Art. 736 Ziff. 4 OR bezweckt einen verhältnismässigen, den Bestand der Gesellschaft möglichst wahrenen Minderheitenschutz, weswegen es keinen Grund gibt, vom Kläger zu verlangen, primär auf Auflösung zu klagen. Zudem wäre die Notwendigkeit eines Haupt-

antrags auf Auflösung ein Hindernis einer Klage, weil sich der Streitwert nach dem Liquidationswert der Gesellschaft und damit aufgrund einer vom Kläger gar nicht gewollten Rechtsfolge berechnet.<sup>79</sup>

Unklar ist, ob eine «andere sachgemässe Lösung» aus Gründen des Prozessrechts ein entsprechendes *Begehren des Klägers voraussetzt* und *wie genau* ein solches gegebenenfalls *umschrieben* sein muss. Nach den Regeln des (im Moment noch ungeschriebenen, ab dem 1. Januar 2011 dann kodifizierten) Bundeszivilprozessrechts muss ein Rechtsbegehren so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage den Gegenstand des richterlichen Urteils bilden kann.<sup>80</sup> Diese Regel hat ihren Grund unter anderem in der *Dispositionsmaxime*, nach der der Streitgegenstand im Prozess vom Kläger bestimmt wird und das Gericht ihm nicht mehr zusprechen darf, als er fordert. Zudem muss es dem Beklagten im Rahmen seines Anspruchs auf rechtliches Gehör möglich sein, zu den Forderungen des Klägers Stellung zu nehmen.<sup>81</sup> Die strenge Beachtung dieser prozessrechtlichen Grundsätze hätte zur Folge, dass die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» durch das Gericht nur möglich ist, wenn der Kläger die Alternativlösung in seinem Antrag hinreichend genau umschreibt.

Das Zivilprozessrecht darf jedoch die *Verwirklichung des aktienrechtlich gebotenen Minderheitenschutzes* nicht vereiteln.<sup>82</sup> Der materiellrechtlichen Pflicht zur Ermessensausübung entspricht das Gericht darum am besten einerseits dadurch, dass es von seiner Fragepflicht<sup>83</sup> Gebrauch macht, und andererseits, indem es einen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft im Lichte der vorgetragenen und bewiesenen Tatsachen auslegt und so beispielsweise zum Schluss kommt, dass das Begehren im Grunde genommen (nur) auf eine Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft abzielt. Innerhalb dieses prozessrechtlichen Rahmens kommt die Pflicht des Richters, das ihm durch Art. 736 Ziff. 4 OR eingeräumte Ermessen auszuüben und «andere sachgemässe Lösungen» zu erwägen und zu prüfen, vollumfänglich zum Tragen.<sup>84</sup>

Immerhin ist es aufgrund der *Verhandlungsmaxime* Sache des Klägers, den Sachverhalt dem Gericht vorzutragen. Eine «andere sachgemässe Lösung» braucht das Gericht nur zu erwägen, wenn

<sup>79</sup> Böckli (Fn. 13), § 16 N 212; Habegger (Fn. 25), S. 289 f.; anders Höhn (Fn. 50), 119 f.

<sup>80</sup> Vgl. Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, 7. Kapitel N 5 und 5a; Art. 221 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) und dazu Sylvia Frei/Daniel Willisegger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 221 ZPO N 4.

<sup>81</sup> Siehe zum Ganzen Vogel/Spühler (Fn. 80), 7. Kapitel N 5 ff.

<sup>82</sup> Siehe allgemein Vogel/Spühler (Fn. 80), 1. Kapitel N 14.

<sup>83</sup> Art. 56 ZPO.

<sup>84</sup> Ähnlich Böckli (Fn. 13), § 16 N 210.

der behauptete und bewiesene Sachverhalt – allenfalls ergänzt durch Tatsachen, die auf Nachfrage des Gerichts hin vorgetragen werden – eine solche Alternativlösung als möglicherweise sinnvoll erscheinen lässt.

### 2.3 Die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» durch das Gericht

Innerhalb der Grenzen aufgrund der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime ist der Richter zu *gestalterischer Tätigkeit* und konkret dazu aufgefordert, die von ihm als richtig erkannte «andere sachgemässe Lösung» in die Form eines Gestaltungsurteils zu kleiden. Ihm stellt sich eine schwierige Aufgabe: Die Lösung bzw. das Urteil muss sachgemäss und zielführend, subsidiär und zumutbar und schliesslich auch praktikabel und vollstreckbar sein.

Die verschiedenen aktien- und zum Teil auch vertragsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen den Minderheitsaktionären ein Ausscheiden aus der Gesellschaft ermöglicht werden kann,<sup>85</sup> lassen sich indessen im Rahmen eines Zivilprozesses als einem stark formalisierten, auf die Behandlung konkreter Begehren zentrierten Verfahren nicht leicht verwirklichen. Das betrifft die Festlegung der anzuordnenden Alternativlösung ebenso wie die Form und das Verfahren der Einkleidung der gewählten Lösung in ein Urteil. Im Fall einer Kapitalherabsetzung fragt sich etwa: Um welchen Betrag soll das Aktienkapital herabgesetzt werden? Bis wann muss die Generalversammlung einen entsprechenden Beschluss fassen? (Was, wenn sie es nicht tut?) Wie lautet das Urteilsdispositiv?

Um die richterliche Verfahrensleitung und Gestaltungsautonomie im Sinne der Dispositionsmaxime einzugrenzen, aber auch, um die Aufgabe des Gerichts überhaupt erfüllbar zu machen, wäre es sinnvoll, wenn das Gericht im Rahmen der Erfüllung seiner Prozessleitungs- und Fragepflicht den Parteien die *Grundzüge* der seines Erachtens sachgemässen Lösung aufzeigen und dann die Parteien anhalten würde, auf dieser Basis eine *Vereinbarung* auszuarbeiten. Deren Vereinbarkeit mit den vom Gericht skizzierten Grundzügen und dem Gesetz vorausgesetzt, würde das Gericht die Vereinbarung sodann zum Bestandteil seines *Urteils* machen. Ein solches Verfahren wäre – nicht zufällig – ähnlich dem der Genehmigung einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen durch das Gericht (Art. 140 ZGB).

Im Rahmen der gerichtlich zu genehmigenden Vereinbarung könnten einzelne Inhalte festgelegt werden, die ansonsten einen Generalversammlungsbeschluss erfordern würden. In der Möglich-

keit eines solchen Eingriffs des Gerichts in den (von den Mehrheitsaktionären missbräuchlich eingesetzten) aktienrechtlichen Beschlussfassungsmechanismus liegt der eigentliche Kern der «anderen sachgemässen Lösung». Das Gericht und die Parteien sind jedoch ans Aktienrecht gebunden.<sup>86</sup> Das trifft insbesondere mit Bezug auf allgemein geltende Regelungen zu, die einer *generell-abstrakten statutarischen Grundlage* bedürfen. So muss eine dauerhafte Anordnung zur Dividendenpolitik – als Massnahme, mit der das systematische Zurückhalten der Gewinne adressiert werden soll – in den Statuten festgehalten werden. Das Urteil kann das Erfordernis einer statutarischen Grundlage nicht ersetzen;<sup>87</sup> in der mit dem Urteil genehmigten Vereinbarung kann sich die Gesellschaft aber verpflichten (und sie muss es, wenn das Gericht dies im Rahmen der von ihm skizzierten Grundzüge einer «anderen sachgemässen Lösung» verlangt), der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag zu unterbreiten (wobei in den Statuten selbstverständlich keine voraussetzungslose Ausschüttung von Dividenden rechtswirksam festgeschrieben werden kann)<sup>88</sup>. Ähnliches gilt für eine statutarisch zu regelnde Vertretung der Minderheitsaktionäre im Verwaltungsrat.

Im Fall einer *individuell-konkreten Anordnung* vermag das Urteil den Generalversammlungsbeschluss zu ersetzen,<sup>89</sup> etwa wenn ein Vertreter der Minderheitsaktionäre in den Verwaltungsrat aufgenommen werden soll (allenfalls verbunden mit einer Regelung zu seiner Amtsdauer und den Möglichkeiten der Abberufung).

Ungeachtet des hier vorgeschlagenen Verfahrensmodells sind die folgenden *Grenzen der Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung»* zu beachten: Das Urteil kann nicht am Verfahren beteiligte Dritte nicht verpflichten; es kann darum nicht die übrigen Aktionäre (wohl aber die Gesellschaft) verpflichten, den Minderheitsaktionären die Aktien abzukaufen.<sup>90</sup> Und nach der Dispositionsmaxime fallen als «andere sachgemässe Lösungen» Anordnungen ausser Betracht, die von keiner Partei gewollt sind; wenn, wie *in casu*,<sup>91</sup> die Minderheitsaktionäre nicht ausscheiden wollen, darf das Gericht auch nicht in diesem Sinn rechts-gestaltend eingreifen.

<sup>86</sup> Siehe hierzu auch schon vorn III.1.3b.

<sup>87</sup> Anderer Meinung *Habegger* (Fn. 25), S. 245.

<sup>88</sup> Siehe Art. 674 f. OR.

<sup>89</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 251 f.

<sup>90</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 55 N 96; siehe zu den Möglichkeiten einer Anordnung gegenüber den Mehrheitsaktionären, wenn sie am Prozess beteiligt sind, *Beeler/von der Crone* (Fn. 28), 338 f.

<sup>91</sup> Siehe vorn III.1.3b.

### 3. Subsidiarität der Auflösungsklage gegenüber anderen Rechtsbehelfen

#### 3.1 Ausgangslage und Grundsatz

Bevor X. die Auflösungsklage gegen die Y. SA erhob, hatte sie mehrere Generalversammlungsbeschlüsse aus den Jahren 2002 und 2003 erfolgreich angefochten. Verschiedene Klagen wurden aber auch abgewiesen, oder es wurde auf sie nicht eingetreten. Die Beschlüsse aus den Jahren 2006 und 2007 hatte X. nicht angefochten. Zudem hat sie sich nie rechtlich gegen die von ihr behauptete Verletzung ihres Auskunftsrechts gewehrt.<sup>92</sup> Diese Tatsachen würdigt das Bundesgericht in seinen Erwägungen zu Ungunsten der X.<sup>93</sup> Damit ist das Verhältnis der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR zu anderen Rechtsbehelfen des Aktionärsschutzes angesprochen.

Grundsätzlich muss der Kläger die von ihm behaupteten Rechtsverletzungen durch die Aktionärsmehrheit zunächst mittels *weniger einschneidender Rechtsbehelfe* als der Auflösungsklage geltend machen. Die Auflösung der Gesellschaft durch das Gericht ist ein radikaler, definitiver Eingriff in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, der nur eine *ultima ratio* sein kann. Die Auflösung ist damit nicht nur subsidiär gegenüber einer «anderen sachgemässen Lösung»,<sup>94</sup> sondern auch gegenüber weniger weit gehenden, aber gleichwohl geeigneten Rechtsbehelfen, wie etwa einer Anfechtungsklage.<sup>95</sup> Man könnte die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses zufolge Anfechtung als eine «andere sachgemässe Lösung» ansehen, die nach dem Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsgrundsatz der Auflösung der Gesellschaft vorgeht. Daran zeigt sich aber auch, dass die Subsidiarität der Auflösungsklage gegenüber anderen Rechtsbehelfen jedenfalls dann nicht uneingeschränkt gelten kann, wenn mit der Auflösungsklage eine «andere sachgemässe Lösung» angebeht wird oder das Gericht eine solche erwägt und prüft.

#### 3.2 Verhältnis zur Anfechtungsklage

Zwischen der Anfechtungs- und der Auflösungsklage kann ein *Konkurrenzverhältnis* bestehen (was Voraussetzung dafür ist, dass der Subsidiaritätsgrundsatz überhaupt ins Spiel kommt). Denn anfechtbar sind nach Art. 706 OR insbesondere auch Beschlüsse, die gegen das Prinzip der Gleichbehandlung (Art. 717 Abs. 2 OR), das Sachlichkeitsgebot oder das Rechtsmissbrauchsverbot verstossen – alles Grundsätze, die für das Verhältnis von

Aktionärsmehrheit und -minderheit bestimmend sind und auf die sich der Kläger im Rahmen einer Auflösungsklage oftmals beziehen wird.<sup>96</sup>

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss eine Auflösungsklage abgewiesen werden, wenn die Minderheitsaktionäre auch mittels einer Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen geschützt werden können. Folglich könnten anfechtbare, aber nicht angefochtene Generalversammlungsbeschlüsse nicht zur Begründung eines Auflösungsbegehrens herangezogen werden. Und ohnehin könnten Beschlüsse, die nicht anfechtbar sind, weil sie an keinem Mangel im Sinne von Art. 706 OR leiden, keinen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft darstellen.<sup>97</sup>

Dieser Standpunkt folgt unabweislich aus einer strikten, formellen Anwendung des Grundsatzes der *Subsidiarität der Auflösungs- gegenüber der Anfechtungsklage*.<sup>98</sup> Damit kann es aber nicht sein Bewenden haben, man muss hier differenzieren. Der Ausgangspunkt ist dabei die Pflicht des Richters aufgrund von Art. 736 Ziff. 4 OR, einen Entscheid nach «Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB), also unter Würdigung sämtlicher Umstände zu treffen. Bei seiner Ermessensentscheidung muss sich der Richter an die grundsätzlichen Entscheidungen und Wertungen des Gesetzgebers halten, er ist also in seinem Urteil nicht völlig frei. Aber er soll sich nicht stur auf formale Prinzipien abstützen, wie etwa eine apodiktische Aussage über das Verhältnis zwischen Auflösungs- und Anfechtungsklage; er muss eine Entscheidung treffen, die der gesamten Prinzipien- und Werteordnung des Aktienrechts entspricht.<sup>99</sup> Darum müssen auch *unangefochtene Generalversammlungsbeschlüsse im Rahmen der Billigkeitsentscheidung im Auflösungsprozess berücksichtigt* werden. Die Tatsache, dass sie nicht angefochten wurden, rechtfertigt nicht, ein Auflösungsbegehren rundweg abzuweisen.

Das Gewicht, das nicht angefochtenen Generalversammlungsbeschlüssen im Rahmen der Ermessensentscheidung gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zukommt, ist unterschiedlich, je nachdem, ob ein Beschluss überhaupt *anfechtbar*, also gesetz- oder statutenwidrig war oder nicht. War er anfechtbar, so sollte die Tatsache, dass keine Klage erhoben wurde, unter dem Titel von Art. 736 Ziff. 4 OR nicht ausschlaggebend sein. Die zweimonatige Verwirkungsfrist,<sup>100</sup> die einer Aufhebung des Beschlusses im Zeitpunkt des Auflösungsbegehrens in der Regel entgegensteht, dient der Verkehrssicherheit

<sup>96</sup> Siehe zum hier angesprochenen Konkurrenzverhältnis *Bertsch* (Fn. 29), 52.

<sup>97</sup> Siehe BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280; 104 II 32 E. 1a, S. 35; vgl. auch BGE 84 II 44 E. 1, S. 47; 67 II 162 E. c, S. 166.

<sup>98</sup> Siehe auch *Bertsch* (Fn. 29), 52.

<sup>99</sup> Vgl. allgemein *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Art. 4 ZGB N 12.

<sup>100</sup> Art. 706a Abs. 1 OR.

<sup>92</sup> Siehe im Einzelnen vorn II.2.3.

<sup>93</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 281.

<sup>94</sup> Siehe vorn III.1.3a und 3c.

<sup>95</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.2, S. 280.



und gewährleistet, dass die Schwebelast, in der sich der Beschluss während der Anfechtungsfrist befindet, nicht allzu lange dauert.<sup>101</sup> Dieser Zweck der Befristung schliesst es nicht aus, dass die Rechtswidrigkeit des Beschlusses und die Umstände seines Zustandekommens später im Rahmen einer Auflösungsklage gewürdigt werden, wird doch damit der Bestand des Beschlusses nicht unmittelbar in Frage gestellt. Rechtsverletzungen im Rahmen nicht angefochtener Generalversammlungsbeschlüsse gehören darum zu den nach Art. 736 Ziff. 4 OR massgeblichen Umständen. Das gilt erst recht dann, wenn der später auf Auflösung klagende Aktionär begründeten Anlass hatte, trotz der Anfechtbarkeit des Beschlusses keine Klage zu erheben, etwa, weil die Konsequenzen des Beschlusses innerhalb der Anfechtungsfrist noch nicht erkennbar waren<sup>102</sup> oder der hohe Streitwert zu einer negativen Beurteilung des Prozessrisikos unter finanziellen Aspekten führte.<sup>103</sup> Der Anfechtungsverzicht sollte dem Kläger nicht als Argument gegen eine Auflösung und schon gar nicht gegen eine «andere sachgemässe Lösung» entgegengehalten werden.

Aber selbst *nicht anfechtbare (und nicht angefochtene) Generalversammlungsbeschlüsse* können bei der Beurteilung eines Auflösungsbegehrens eine Rolle spielen (sodass das Begehren nicht mit dem schlichten Hinweis auf die Subsidiarität der Auflösungsklage abgewiesen werden kann). Zu denken ist etwa an die von *Max Kummer*<sup>104</sup> beschriebene Situation einer Gesellschaft, in der die Mehrheitsaktionäre wiederholt gezielt Beschlüsse fassen, die gegen die Interessen der Minderheit gerichtet und für sich allein zwar gesetz- und statutenkonform sind, in ihrer Summe jedoch einen Machtmissbrauch darstellen. Würde das Gericht sich hier, obwohl zu einer Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls aufgerufen, strikt an das Dogma von der Subsidiarität der Auflösungsgegenüber der Anfechtungsklage halten, könnte dieser Machtmissbrauch nicht berücksichtigt werden, was nicht als richtig erscheint.<sup>105</sup>

Ganz allgemein setzt eine Gesetzesauslegung, nach der die Nichtanfechtung bedeutet, dass ein Beschluss auch im Rahmen einer später erhobenen Auflösungsklage nicht mehr beanstandet werden kann, einen *kaum erwünschten Anreiz*: Der Minderheitsaktionär, der die Option einer Auflösungsklage wahren will, wäre bei einer solchen Gesetzesauslegung gut beraten, jeden Beschluss vorsorglich anzufechten (und auch sonst von allen seinen Rechts-

behelfen Gebrauch zu machen), damit ihm aus der Nichtanfechtung später kein Nachteil erwächst. Damit aber würde gerade diejenige Gesetzesbestimmung, die Rechtsfolgen für den Fall eines Funktionszusammenbruchs in einer Aktiengesellschaft vorsieht, zu einem Verhalten verleiten, das die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft gefährdet.

### 3.3 Verhältnis zur Klage auf Auskunft und Einsicht

Im Unterschied zur Anfechtungsklage kann mit der Klage auf Erteilung von Auskunft und Gewährung von Einsicht (Art. 697 Abs. 4 OR) nicht ein gesetz- oder statutenwidriger Zustand beseitigt werden. Mit der Informationsklage sollen vielmehr Informationen erlangt werden, die die Grundlage für eine anschliessende Geltendmachung von Aktionärsrechten sind. Es besteht insoweit *kein Konkurrenzverhältnis* zwischen der Informations- und der Auflösungsklage, die Subsidiaritätsfrage stellt sich demnach nicht.<sup>106</sup>

Davon zu unterscheiden ist die Feststellung, dass eine *dauernde ungerechtfertigte Verweigerung von Auskünften* im Rahmen der Würdigung aller wesentlichen Umstände unter dem Titel der «wichtigen Gründe» gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR durchaus von Bedeutung ist. Im vorliegenden Fall konnte das Bundesgericht aufgrund der Tatsache, dass X. ihr Auskunftsrecht nie gerichtlich durchzusetzen versucht hatte, nicht feststellen, ob ihre Rechte verletzt wurden.<sup>107</sup> Falls auch im Auflösungsprozess keine Tatsachen vorgebracht wurden, die auf eine dauernde ungerechtfertigte Auskunftsverweigerung hätten schliessen lassen, ist gegen die Begründung des Bundesgerichts nichts einzuwenden. Falls die Auskunftsverweigerung indessen im Rahmen der Auflösungsklage behauptet und bewiesen wird, darf daraus, dass der betreffende Minderheitsaktionär keine Klage auf Erteilung von Auskunft erhoben hat, nichts zu seinen Ungunsten mit Bezug auf sein Auflösungsbegehren abgeleitet werden. Die Überlegungen, die für das Verhältnis von Anfechtungs- und Auflösungsklage bestimmend sind,<sup>108</sup> sind sinngemäss auch hier einschlägig.<sup>109</sup> Wenn der Machtmissbrauch der Mehrheitsaktionäre einzig mit der Auskunftsverweigerung begründet wird, ist eine Auflösung freilich in aller Regel wegen Unverhältnismässigkeit abzulehnen; in einem solchen Fall besteht die «andere sachgemässe Lösung» in der Informationserteilung, die der Aktionär, wenn nicht ein Fall einer dauernden ungerechtfertigten Informationsverweigerung vorliegt, gestützt auf Art. 697 OR durchsetzen muss.

<sup>101</sup> *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 38), § 25 N 57 f.

<sup>102</sup> *Bertsch* (Fn. 29), 55 f.

<sup>103</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 138.

<sup>104</sup> *Max Kummer*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, ZBJV 1980 41 ff., 42 f.

<sup>105</sup> Ebenso *Bertsch* (Fn. 29), 54 f.; *Bürgi*, Zürcher Kommentar, Art. 736 OR N 43.

<sup>106</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 144.

<sup>107</sup> BGE 136 III 278 E. 2.2.4, S. 281.

<sup>108</sup> Siehe vorn III.3.2.

<sup>109</sup> *Habegger* (Fn. 25), S. 144.