Urteilskopf

105 II 114

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Mai 1979 i.S. Togal AG gegen Schmidt (Berufung)
Regeste (de):
Art. 736 Ziff. 4 OR. Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen.

1. Schwere und anhaltende Missachtung der Kontrollrechte des Minderheitsaktionärs bejaht (E. 2, 3).

2. Schwere finanzielle Benachteiligung angenommen. Sie kann auch bei einer blossen Kürzung der Dividenden vorliegen (E. 4, 5).

3. a) Die Auflösungsklage ist nicht erst dann möglich, wenn die Gesellschaft finanziell ausgehöhlt ist (E. 6a).

b) Grundsatz der Subsidiarität bzw. der Verhältnismässigkeit der Auflösungsklage: Dass der klagende Minderheitsaktionär mit Hilfe des Richters seine Mitgliedschaftsrechte jeweils durchzusetzen vermochte oder vermocht hätte, schliesst die Auflösungsklage nicht aus, solange die missbräuchliche Haltung der Mehrheit andauert und zu erwarten ist, dass der Kläger auch künftig nur zu seinen Rechten kommt, wenn er regelmässig den Richter anruft (E. 6d).

4. a) Für die Frage, ob wichtige Gründe vorliegen, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (E. 6a, b). Diese hat von den konkreten Verhältnissen auszugehen (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 736 ch. 4 CO. Dissolution d'une société anonyme pour justes motifs.

1. Violation grave et persistante des droits de contrôle de l'actionnaire minoritaire (consid. 2, 3).

2. L'existence d'un grave préjudice financier peut également être admise en cas de simple réduction des dividendes (consid. 4, 5).

3. a) L'action en dissolution ne peut pas seulement être intentée lorsque la société est à bout de ressources financières (consid. 6a).

b) Principe de la subsidiarité ou de la proportionnalité de l'action en dissolution: cette action n est pas exclue du fait que l'actionnaire minoritaire a ou aurait toujours pu obtenir avec l'aide du juge le respect de ses droits de membre de la société; mais elle suppose que l'attitude abusive de la majorité persiste et qu'il faut s'attendre à ce que le demandeur doive régulièrement saisir le juge, à l'avenir aussi, pour faire triompher ses droits (consid. 6d).

4. a) L'admission de justes motifs dépend de l'appréciation des intérêts en présence (consid. 6a, b), sur le vu des circonstances concrètes (consid. 7c).

Regesto (it):
Art. 736 n. 4 CO. Scioglimento di una società anonima per gravi motivi.

1. Violazione grave e persistente dei diritti di controllo dell'azionista minoritario (consid. 2, 3).

2. Grave pregiudizio finanziario ammesso nella fattispecie. Tale pregiudizio può essere dato anche in caso di semplice riduzione dei dividendi (consid. 4, 5).

3. a) L'azione volta allo scioglimento può essere proposta anche prima che la società abbia perduto il proprio substrato finanziario (consid. 6a).

b) Principio della sussidiarietà o della proporzionalità dell'azione volta allo scioglimento; questa non è esclusa dalla circostanza che l'azionista minoritario ha potuto o avrebbe potuto far valere giudizialmente con successo i propri diritti di membro della società, ma presuppone che l'attitudine abusiva della maggioranza persista e che sia prevedibile che l'attore debba ricorrere anche in futuro regolarmente al giudice per poter esercitare i propri diritti sociali (consid. 6d).

4. a) Per decidere se siano dati gravi motivi occorre soppesare gli opposti interessi (consid. 6a, b) in base alle circostanze concrete (consid. 7c).

Sachverhalt ab Seite 116

Der Togalkonzern setzt sich zusammen aus der Togal AG und den Togalwerken Lugano, Wien und München. Die Togal AG war in den dreissiger Jahren mit Sitz in Zürich gegründet worden "zur dauernden Verwaltung von Beteiligungen samt Finanzierung von Betriebsgesellschaften auf pharmazeutischem Gebiet im allgemeinen und für das Togal im speziellen". Seit 1965 befinden sich 2/3 des Aktienkapitals der Togal AG in der Hand ihres Verwaltungsratspräsidenten Gerhard Smith, während dessen Bruder Günther Schmidt über den letzten Drittel verfügt. Die Togal AG ist Alleinaktionärin des Togalwerks Lugano sowie - teils mittelbar über das Togalwerk Lugano - des Togalwerks Wien, wogegen Günther Schmidt praktisch Alleinaktionär des Togalwerks München ist. Seit anfangs der sechziger Jahren kam es zwischen Günther Schmidt und Gerhard Smith zu Auseinandersetzungen, die ab 1965 vor allem die Frage betrafen, ob die Rechte des Minderheitsaktionärs der Togal AG, Günther Schmidt, ausreichend gewahrt seien. 1970 erhob Günther Schmidt beim Handelsgericht des Kantons Zürich gestützt auf Art. 736 Ziff. 4 OR Klage auf Auflösung der Togal AG. Mit Urteil vom 31. Oktober 1978 hiess das Handelsgericht die Klage gut. Die von der Beklagten eingelegte Berufung weist das Bundesgericht ab aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

1. Nach Art. 736 Ziff. 4 OR wird die Aktiengesellschaft durch Urteil des Richters aufgelöst, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens einen Fünftel des Grundkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Streitig ist vor Bundesgericht einzig, ob die vom Handelsgericht festgestellten Tatsachen als wichtige Gründe die Auflösung der Beklagten zu rechtfertigen vermögen. Das angefochtene Urteil stützt sich dabei einerseits auf Missachtung der Kontrollrechte des Klägers als Aktionär und der Vorschriften über die Einberufung der Generalversammlung und anderseits

auf Missbrauch der Mehrheitsstellung durch Gerhard Smith zu seinem finanziellen Nutzen und zum Nachteil des Klägers. In der einen wie in der andern Hinsicht handelt es sich um zahlreiche Vorfälle aus den Geschäftsjahren 1965 bis 1974. Die Beklagte bestreitet zu Recht nicht, dass das Handelsgericht dabei auch Vorkommnisse berücksichtigen durfte, die sich nach Prozesseinleitung im April 1970 zutrugen. Dagegen legt sie mehrere Zuschriften von Prof. W. Bürgi ins Recht, in welchen das angefochtene Urteil kritisiert wird. Diesen Äusserungen kommt lediglich die Bedeutung von Berufungsvorbringen zu, welche gegenüber den wissenschaftlichen Publikationen Bürgis in den Hintergrund treten.

2. Streitigkeiten entstanden einmal mit Bezuge auf die Einberufung der Generalversammlung und der in diesem Zusammenhang einzuhaltenden Formvorschriften, welche die Mitverwaltungs- und Kontrollrechte des Aktionärs berühren (Art. 699 und 700 OR). a) Da das Geschäftsjahr der Beklagten mit dem Kalenderjahr zusammenfiel, hätte die Generalversammlung gemäss Art. 699 Abs. 2 OR jeweils spätestens Ende Juni des folgenden Jahres stattfinden sollen. In den ersten Jahren nach dem Mehrheitserwerb durch Smith wurde dieser Vorschrift nicht nachgelebt, so dass es für die vier Geschäftsjahre 1965-1968 eines Einberufungsbegehrens an den Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich bedurfte. Während sich für die Geschäftsjahre 1969-1971 keine Beanstandung ergab, spitzten sich die Dinge für das Geschäftsjahr 1972 zu: Für eine erste Generalversammlung war nicht fristgerecht eingeladen worden, weshalb der Kläger beim Handelsgericht Anfechtungsklage erhob. Weil die Beklagte die in diesem Verfahren vereinbarte Wiederholung der Generalversammlung unterliess, ersuchte der Kläger den Einzelrichter um einen entsprechenden Befehl. Dieser erging, blieb jedoch wirkungslos, worauf der Einzelrichter im Vollstreckungsverfahren die Durchführung der Generalversammlung durch den zuständigen Notar anordnete und Smith in Fr. 100.- Ordnungsbusse verfällte. Die Beklagte rekurrierte sowohl gegen den Befehl wie gegen seine Vollstreckung an das Obergericht, führte dann aber die Generalversammlung durch; ihre Rekurse wurden teils zu ihren Lasten abgeschrieben, teils abgewiesen. Für die Geschäftsjahre 1973-1976 wurde die ordentliche Generalversammlung rechtzeitig abgehalten. Im

Geschäftsjahr 1974 ergaben sich aber Anstände mit der von der Beklagten beabsichtigten Sitzverlegung nach Lugano, wofür es dreier Generalversammlungen bedurfte. Die beiden ersten waren nicht formgerecht einberufen worden, was zu zwei Anfechtungsklagen des Klägers führte, von welchen die eine beim Friedensrichter anerkannt, die andere gegenstandslos wurde. In diesem Zusammenhang kam es zudem noch zu einem Begehren des Klägers, der Einzelrichter möge die Sitzverlegung vorläufig untersagen, das die Beklagte wiederum anerkannte. b) Im Zusammenhang mit nicht ordnungsgemässer Einberufung der Generalversammlung kam es so zu zwölf gerichtlichen Verfahren. Alle diese Verfahren gingen, wie das Handelsgericht festhält, zugunsten des Klägers aus, wenn nicht durch Gutheissung oder Anerkennung, so doch durch Gegenstandslosigkeit zulasten der Beklagten. Dabei handelte es sich um leichtere Verstösse, die für sich allein keine Auflösung der Beklagten rechtfertigen. Die Verhältnisse haben sich zudem seit 1969 deutlich gebessert, vom Geschäftsjahr 1972 abgesehen, für welches Smith allerdings eine ungewöhnliche Renitenz bekundete. Die Beklagte macht unter Berufung auf Bürgi geltend, in kleinen Familiengesellschaften werde mit Formvorschriften allgemein grosszügig umgegangen. Das mag zutreffen, denn wo ein Vertrauensverhältnis besteht, werden Förmlichkeiten oft als unnötig empfunden. In Fällen aber, in denen ein Vertrauensverhältnis fehlt, weil die persönliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftsmitgliedern getrübt sind, können und müssen die Formvorschriften eine Schutzfunktion erfüllen. Das trifft auch hier jedenfalls seit dem Mehrheitserwerb durch Smith im Jahre 1965 zu. Dass die Beklagte sich über die erwähnten Bestimmungen so leichtfertig hinwegsetzte, kann daher nicht ausser Acht gelassen werden.

3. a) Hinsichtlich der Kontrollrechte des Aktionärs insbesondere im Sinne von Art. 696 und 697 OR kam es

seit 1965 ebenfalls zu zahlreichen Gerichtsverfahren. So wandte sich der Kläger für die Geschäftsjahre 1965, 1966, 1967, 1969, 1970, 1972 und 1973 an den zuständigen Einzelrichter, um Auskünfte zu erhalten, die ihm an den Generalversammlungen nicht oder nur ungenügend erteilt wurden. Für die Jahre 1965, 1966, 1967 und 1969 waren wegen Nichtbefolgung richterlicher Befehle besondere Vollstreckungsverfahren nötig, wobei es in zwei Fällen zur Bestrafung von Smith wegen Ungehorsams durch das

BGE 105 II 114 S. 119

Statthalteramt kam. Weitere Verfahren ergaben sich für 1967, 1968 und 1972 zur Erlangung von Protokollabschriften oder Einsicht in Protokolle und andere Akten. Die Beklagte ihrerseits gelangte in diesen Verfahren mit mehreren Rekursen an das Obergericht, so für die Geschäftsjahre 1965, 1966, 1967, 1969 und 1972. Einzelrichter und Obergericht gingen dabei von Anfang an einlässlich auf die Einwendungen der Beklagten ein, doch liess sich diese dadurch nicht nachhaltig beeindrucken. Auseinandersetzungen dieser Art unterblieben für die Geschäftsjahre 1971 und 1974, weil der Kläger mit Rücksicht auf gerichtliche Vergleichsverhandlungen auf Auskünfte verzichtete, bzw. nicht an der Generalversammlung vertreten war. Für die Geschäftsjahre 1975 und 1976 ist streitig, ob an den Generalversammlungen in Lugano Fragen der Tessiner Anwälte des Klägers gehörig beantwortet wurden. Das Handelsgericht lässt offen, ob der Kläger auf weitere Anrufung des Richters nur deshalb verzichtete, weil nun der Sitz der Beklagten in den Kanton Tessin verlegt war. Einen derartigen Zusammenhang bestreitet die Beklagte. Immerhin erklärt sie selbst, es wären ihr allerhand Schwierigkeiten - offenbar mit den Zürcher Gerichten - erspart geblieben, wenn sie die Sitzverlegung schon früher vorgenommen hätte. b) Für die Geschäftsjahre 1965-1973 kam es so zu 21 weiteren gerichtlichen Verfahren. Alle diese Verfahren gingen wiederum zu Ungunsten der Beklagten aus. Schon diese Häufung ist eindrücklich, und besondere Widersetzlichkeit zeigte sich jeweils dort, wo es ausser zu erfolglosen Rekursverfahren auch noch zu Vollstreckungsmassnahmen und Bussen kommen musste. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass dieses Verhalten der Beklagten bzw. ihres Mehrheitsaktionärs als schwere und anhaltende Missachtung der Rechte des Klägers zu betrachten ist. Smith fühlte sich offenbar angegriffen, weil der Kläger namentlich nach seinen persönlichen Bezügen in den verschiedenen Gesellschaften forschte. Die hartnäckig abwehrende Haltung kann aber weder als blosse Zurückhaltung bezeichnet noch mit Einwänden gerechtfertigt werden, die vom Einzelrichter und vom Obergericht bereits widerlegt wurden. Ebensowenig hilft der Hinweis auf zurückhaltende Auskunftspolitik schweizerischer Handels- und Industrieunternehmungen, nachdem der Kläger sich mit solcher Zurückhaltung nicht abfand und seine Rechte wahren wollte. Darin erblickt die

BGE 105 II 114 S. 120

Beklagte ein kleinliches Verhalten, ja ein systematisches Vorgehen des Klägers zur Diffamierung von Smith; Smith habe dann ebenso kleinlich reagiert, sei übertrieben verschlossen und misstrauisch geworden, und diese erheblichen Ungeschicklichkeiten habe der Kläger ausnützen können. Auf den Bruderzwist zwischen dem Kläger und Smith wird zurückzukommen sein (nachfolgend E. 7b). Es geht aber nicht an, dem Kläger seine verschiedenen rechtlichen Schritte vorzuwerfen und damit die Widersetzlichkeit der Beklagten zu rechtfertigen, nachdem, wie der jeweilige Verfahrensausgang zeigt, alle seine Rechtsschutzgesuche begründet waren, ihnen also Verstösse der Beklagten vorausgingen, und ihre Häufung sich nicht zuletzt daraus erklärt, dass die richterlichen Befehle und Belehrungen die Beklagte nicht von weiteren ähnlichen Verstössen abhielten.

4. Aufgrund der unter Ausübung seines Auskunftsrechtes beschafften Angaben über Eigenbezüge des Mehrheitsaktionärs der Beklagten behauptet der Kläger, Smith habe durch übermässige Bezüge und andere Vorteile

seine Machtstellung auf finanziellem Gebiet fortgesetzt und schwer missbraucht, während der Kläger als Minderheitsaktionär erheblich benachteiligt worden sei. Die Beklagte bestreitet zu Recht nicht mehr, dass in dieser Hinsicht ausser ihren eigenen Leistungen auch jene der von ihr beherrschten Togalwerke Lugano und Wien zu berücksichtigen und dass dabei Smith auch die verhältnismässig bescheidenen Vergütungen an seine Angehörigen anzurechnen sind. a) In tatsächlicher Hinsicht stehen folgende Bezüge aufgrund des angefochtenen Urteils unwidersprochen fest: - Das Togalwerk Lugano richtete von 1965 bis 1973 an Smith Fr. 700'000.- an festen Vergütungen und Fr. 440'000.- an Tantiemen aus. Es richtete der Beklagten als Alleinaktionärin vorerst keine Dividende, seit 1968 eine solche von jährlich Fr. 3'200.- (4%) aus. - In den gleichen Jahren 1965 bis 1973 schüttete die Beklagte (ausgenommen 1967) insgesamt Dividenden von Fr. 575'000.- oder durchschnittlich Fr. 64'000.- jährlich aus, wovon ordnungsgemäss zwei Drittel an Smith und ein Drittel an den Kläger fielen. Ausserdem bezog Smith von der Beklagten 1970 bis 1973 Tantiemen von insgesamt Fr. 250'000.-.

- Das Togalwerk Wien zahlte Smith von 1969 bis 1973 feste Vergütungen von insgesamt rund Fr. 181'000.-. - Die Bezüge Smiths aus den drei Konzerngesellschaften beliefen sich in den letzterfassten vier Jahren 1970-1973 auf insgesamt Fr. 1'004'600.- oder pro Jahr durchschnittlich Fr. 251'150.-. Nicht berücksichtigt sind die Dividendenleistungen an Smith und ebensowenig die Spesenvergütungen der drei Gesellschaften an Smith mit einem Jahresdurchschnitt von Fr. 15'000.- und jährliche Verwaltungsvergütungen der Beklagten an Smith, die nur für 1972 mit Fr. 6'000.- bekannt sind. - Die Verhältnisse nach 1973 sind nur ungenügend bekannt und daher nicht berücksichtigt worden. b) Nach der Berufung kann von schwerer finanzieller Benachteiligung nur dann die Rede sein, wenn infolge unangemessener Bezüge der geschäftsführenden Mehrheitsaktionäre ein Reingewinn und damit auch eine Dividende entfällt und die Minderheit deshalb leer ausgeht. Die Beklagte beruft sich dafür auf den grundlegenden BGE 67 II 162 ff., welcher diesen Fall jedoch ausdrücklich (S. 165) nur als Beispiel anführt, und gleiches gilt für die von der Beklagten zitierte Literatur. Die Minderheit kann wie durch Wegfall auch durch Kürzung der Dividenden benachteiligt werden, wenn dies missbräuchlich erfolgt und insbesondere auf übermässige Bezüge der Mehrheit zurückzuführen ist (vgl. a. FUNK, Komm. des Obligationenrechtes, II, N. 5 zu Art. 736 Mitte). Hier geht der Hinweis in der Korrespondenz Bürgis fehl, dass sich ein Aktionär zulasten seiner Dividende Abschreibungen und Rückstellungen gefallen lassen muss; bemängelt werden nicht Reservebildungen im Interesse der Gesellschaft, sondern es geht um den Vorwurf persönlicher Bereicherung des geschäftsführenden Mehrheitsaktionärs. Die Beklagte richtete fast immer eine beträchtliche Dividende aus, an welcher der Kläger anteilsgemäss partizipierte; diese Zahlungen sind daher nicht weiter zu berücksichtigen. Dagegen ist von Bedeutung, dass sich die persönlichen Bezüge Smiths als Verwaltungsvergütungen und Tantiemen auf den Reingewinn der Unternehmungen und letztlich auf die Dividendenausschüttung der Beklagten auswirkten. So richtete das Togalwerk Lugano, wie erwähnt, seit 1967 an Smith allein an Tantiemen total Fr. 440'000.- aus, während für Dividenden

nur total Fr. 19'200.- verblieben, und nur daran war der Kläger indirekt beteiligt. Zu Recht beanstandet das Handelsgericht sodann auch, wie vorher schon wiederholt der Revisor des Togalwerks Lugano, dass dieses in den Jahren 1967 und 1969-1971 zwischen 50 und 90% des Reingewinns als Tantiemen an Smith auszahlte. Für die Verwaltung der drei Unternehmungen zusammen bezog denn auch Smith in den letzterfassten vier Jahren 1970-1973 durchschnittlich mehr als Fr. 250'000.- pro Jahr, während als Dividende zugunsten der beiden Aktionäre in dieser Zeit jährlich nicht mehr als Fr. 60'000.- verblieben.
c) Derartige Vergütungen an Mitglieder der Verwaltung müssen ausser durch die finanzielle Lage der Gesellschaft auch durch die Tätigkeit der Verwaltungsräte gerechtfertigt sein (BGE 86 II 163, BGE 84 II 553 E. 2).

Das angefochtene Urteil hebt zu Recht diesen Gesichtspunkt besonders hervor. Die Verwaltung der Beklagten wird durch das Togalwerk Lugano geführt und stellt offenbar keine grossen Anforderungen; Smith bezog dafür eine zusätzliche Verwaltungsentschädigung, die vorstehend mangels genügender Zahlen unberücksichtigt blieb. Die Tätigkeit konzentriert sich offensichtlich beim Togalwerk Lugano, bei dem es sich aber ebenfalls um einen Kleinbetrieb mit nur etwa zehn vollbeschäftigten Angestellten handelt und bei welchem die Bezüge von Smith allein zwei Drittel der Gesamtlohnsumme ausmachen. Wie stark Smith als Verwaltungsrat und Geschäftsführer durch das Togalwerk Wien beansprucht wurde, ist weder von der Vorinstanz festgestellt noch mit der Berufung dargelegt; nachdem seine Bezüge dort erheblich geringer waren als im Togalwerk Lugano, kann angenommen werden, sein dortiger Einsatz halte sich in einem bescheideneren Rahmen. Nach Meinung der Beklagten waren die festgestellten Bezüge Smiths für die Führung der drei Unternehmungen nicht übermässig; verglichen mit den üblichen Bezügen der Leiter schweizerischer Unternehmungen seien jährliche Durchschnittsbezüge von Fr. 174'000.- nicht übersetzt. Der genannte Durchschnitt trifft zwar für die neun Jahre ab 1965 zu, doch ergibt sich ein wesentlich höherer Jahresdurchschnitt von über Fr. 250'000.-, wenn nur die letzterfassten vier Jahre 1970-1973 berücksichtigt werden. Vergleiche mit andern Unternehmungen scheitern sodann schon daran, dass die Berufung alle konkreten Angaben vermissen lässt, die einen Vergleich erlauben

würden; im übrigen könnte sich dieser ohnehin nur auf Unternehmungen beziehen, die hinsichtlich der Inanspruchnahme und Anforderungen an die Geschäftsführung im gleichen bescheidenen Rahmen liegen.

5. Die persönlichen Bezüge von Smith waren daher weder durch die Abschlüsse der verbundenen Gesellschaften noch durch seine persönliche Tätigkeit in diesen gerechtfertigt. Indem er sie sich gleichwohl zuhielt, missbrauchte er seine Mehrheitsstellung. Das gilt nach Ansicht der Vorinstanz auch für weitere Smith gewährte Vergünstigungen. a) Smith bewohnt mit seiner Familie die der Togalwerk Lugano gehörende Villa Maria-Luisa in Lugano-Massagno, welche elf Zimmer mit Nebenräumen enthält und in einem Park von 6273 m2 liegt. Dass die Jahresmiete von Fr. 13'800.- dafür bescheiden ist, wird vom angefochtenen Urteil verbindlich festgestellt und kann nicht mit dem Hinweis widerlegt werden, die Eidg. Steuerverwaltung habe diese Bewertung anerkannt. Eine Vergünstigung liegt sodann unbestritten darin, dass der genannte Mietzins von 1965 bis 1976 unverändert blieb. Als schwerwiegend betrachtet aber offenbar auch die Vorinstanz dieses Mietverhältnis nicht. b) Nach dem angefochtenen Urteil liess sodann Smith 1965 seine persönliche Bankschuld von 2,4 Millionen Franken durch die Beklagte übernehmen. Diesem Vorgang kommt heute keine Bedeutung mehr zu, nachdem Smith auf Einspruch des Klägers den entsprechenden Kredit schon 1966 zurückzahlte. c) Dagegen schuldet Smith der Beklagten seit 1965 Fr. 123'300.- bzw. seit 1967 Fr. 267'100.- zum (damals) vorteilhaften Zinsfuss von 4 1/2%. Obschon an der Generalversammlung über das Geschäftsjahr 1967 eine Reduktion dieser Position in Aussicht gestellt wurde, unterblieb diese, und es wurde seither gegenteils auch der Zins jeweils zum Kapital geschlagen, das sich bis Ende 1973 bereits auf Fr. 363'300.- belief. Dieses Darlehen verstösst nach Ansicht des Handelsgerichts gegen den statutarischen Zweck der Beklagten und bedeutet einen finanziellen Vorteil, den Smith dank seiner Mehrheitsstellung erlangte. Die Beklagte hält eine solche Darlehensgewährung unter den gegebenen Umständen für durchaus üblich, und auch der Kläger misst ihr mehr nur "als Teil des Mosaiks" Bedeutung zu. Auch hier kann nicht von einem schwerwiegenden Verhalten gesprochen werden, doch lässt dieses

Darlehen wie schon die Miete der Villa erkennen, dass Smith nicht nur durch die ausgewiesenen Bezüge aus

seiner Stellung in dieser Unternehmung persönlichen Nutzen zog.

6. Zusammenfassend erklärt das Handelsgericht auf dieser Grundlage zu Recht, dass Smith seine Stellung als Mehrheitsaktionär der Beklagten sowohl hinsichtlich des Kontrollrechts des Klägers und seines Rechts auf gesetzmässige Einberufung der Generalversammlung als auch in finanzieller Hinsicht schwer und andauernd missbraucht und den Kläger als Minderheitsaktionär in krasser Weise benachteiligt hat. Was Smith sich während vieler Jahre zuschulden kommen liess, kann nach Ansicht des Handelsgerichts mit Rechtsbehelfen, die den Bestand der Beklagten unberührt lassen, nicht behoben werden. Das verleihe dem Interesse des Klägers an der Auflösung der Beklagten ein Gewicht, welches das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft deutlich überwiege. Das Vorliegen wichtiger Gründe im Sinn von Art. 736 Ziff. 4 OR sei daher zu bejahen. a) Die Beklagte hält dem entgegen, dass es sich bei der Auflösungsklage um ein ganz ausserordentliches Rechtsmittel handle. Wie sich aus dem von ihr angerufenen BGE 67 II 162 ff. ergibt, ist damit nichts anderes gemeint, als dass an das Erfordernis wichtiger Gründe mit Rücksicht auf die entgegenstehenden Interessen ein strengen Massstab anzulegen ist, was auch der Kläger gelten lässt, und dass dabei der Grundsatz der Subsidiarität oder der Verhältnismässigkeit des Mittels zu wahren ist. Wenn der genannte Entscheid zudem vom Verlust der inneren Existenzberechtigung einer AG spricht (S. 165), wird das nicht zur selbständigen Auflösungsvoraussetzung erhoben, sondern werden damit Gesellschaften beurteilt, in welchen ausschliesslich oder vorwiegend Privatinteressen der Mehrheit verfolgt werden. Es braucht deshalb mit einer Auflösungsklage auch nicht zugewartet zu werden, bis die Gesellschaft finanziell bereits ausgehöhlt ist; wichtige Gründe müssen nach Art. 736 Ziff. 4 OR nicht auf finanziellem Gebiet liegen. Es kommt daher auch nichts darauf an, welche Reserven die Beklagte noch besitzt. Wie bei anderen gesetzlichen Bestimmungen, die auf das Vorliegen wichtiger Gründe abstellen, ist der Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu beurteilen (Art. 4 ZGB); dabei bedarf es nach zutreffender Ansicht der Vorinstanz stets der

Interessenabwägung (F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., S. 335; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweiz. Aktienrecht, S. 276, N. 18; TERCIER, La dissolution de la société anonyme pour justes motifs, in SAG 46/1974, S. 67 ff., insbes. S. 69). b) Für diese Interessenabwägung ist von besonderer Bedeutung, dass Art. 736 Ziff. 4 OR schon nach seiner Entstehungsgeschichte vor allem den Schutz der Minderheit gegen Machtmissbrauch der Mehrheit gewährleisten soll (BGE 67 II 165; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 275, N. 14; BÜRGI, N. 39 zu Art. 736 OR). Unter diesem Gesichtspunkt fallen auch Individualinteressen eines Minderheitsaktionärs in Betracht. Dass das Minderheitsinteresse nicht allzu geringfügig ist, wird vom Gesetz selbst durch die Einführung eines Quorums (Fünftel des Aktienbesitzes) sichergestellt. Umso weniger darf durch allzu restriktive Auslegung diese Form des Minderheitsschutzes praktisch um die ganze Wirksamkeit gebracht werden, worauf namentlich TERCIER zutreffend hinweist (a.a.O., insbes. S. 70 und 72). c) Diesem Minderheitsinteresse an der Auflösung steht ein gewichtiges Interesse der Gesellschaft bzw. ihrer Mehrheit am Fortbestand gegenüber. Zutreffend geht auch das Handelsgericht davon aus, dass eine Auflösung regelmässig nur in Betracht kommt, wenn der Kläger den Missstand nicht durch andere, weniger einschneidende Mittel beheben kann, so durch die Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage. In diesem Sinn bezeichnen Lehre und Rechtsprechung die Auflösung als "ultima ratio", unterstellen sie der Subsidiarität oder setzen für sie Verhältnismässigkeit voraus (BGE 67 II 165 f., BGE 84 II 47, BGE 104 II 35; für Verhältnismässigkeit insb. TERCIER, a.a.O., S. 73). Dem trägt das Handelsgericht nach der Berufung zu wenig Rechnung, weil der Kläger die Generalversammlungsbeschlüsse über die Gewinnverteilung und über die Entlastung hätte anfechten und die Verwaltung auf Schadenersatz hätte belangen können. Die geschilderte Rechtsprechung verzichtet aber mit guten Grund auf ein absolutes Erfordernis, sondern formuliert nur eine Regel, die Ausnahmen durchaus zulässt; das ergab sich schon aus BGE 67 II 166, wurde dann in BGE 84 II 47 ausdrücklich hervorgehoben und wird namentlich von BÜRGI betont (N. 43, a.a.O.). Auch dieser bezeichnet zwar die Auflösungsklage als "ultima ratio", sieht darin aber "den fast

einzigen Schutz des geltenden Gesetzes gegen missbräuchliche Anwendung einer Machtposition gegenüber der Minderheit" (N. 39 und 49, a.a.O.; entsprechend auch GUHL/MERZ/KUMMER, S. 642, und näher WILFRIED BERTSCH, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich, S. 49-51). d) Nach diesen Grundsätzen ist zu prüfen, ob dem Kläger Rechtsbehelfe offen gestanden hätten und zuzumuten waren, die geeignet waren, die genannten Missstände ohne Auflösung der Beklagten zu beseitigen. Dass der Kläger alles Zumutbare getan hat, um sein Auskunftsrecht und seinen Anspruch auf gehörige Einberufung der Generalversammlung durchzusetzen, bestreitet zu Recht auch die Beklagte nicht; wie dargelegt, kam es zu über dreissig Gerichtsverfahren, darunter zu drei Anfechtungsklagen. Die Beklagte verneint aber einen Auflösungsgrund, weil die Anrufung des Richters dem Kläger jeweils zu seinen Rechten verholfen habe. Dieses Argument verkennt die Intention des Art. 736 Ziff. 4 OR. Die Auflösungsklage soll dann eingesetzt werden, wenn die untragbaren Verhältnisse in der Aktiengesellschaft anders praktisch nicht zu beseitigen sind. Untragbar ist vorliegend die Einstellung der Mehrheit der Beklagten, welche durch eine langjährige Rechtsverweigerung eine missbräuchliche Haltung an den Tag legt. Wohl konnten die einzelnen Verstösse mit Hilfe des Richters behoben werden, dagegen vermochten diese Prozesse infolge einer aussergewöhnlichen Uneinsichtigkeit des Mehrheitsaktionärs an der grundsätzlichen Einstellung der Beklagten ihrem Minderheitsaktionär gegenüber offensichtlich nichts zu ändern. Nichts rechtfertigt daher die Erwartung, der Kläger werde künftig zu seinem Recht kommen, ohne Jahr für Jahr richterliche Hilfe zu beanspruchen. Das ist ihm nicht zuzumuten. Ähnlich liegen die Dinge im Zusammenhang mit den Bezügen des Mehrheitsaktionärs. Hier möchte die Beklagte den Kläger auf die Anfechtung von Gewinnverteilungs- und Entlastungsbeschlüssen und auf Schadenersatzklagen verweisen, wovon der Kläger bisher nicht Gebrauch gemacht hat. Nun belegt aber das Verhalten der Beklagten zum Auskunftsrecht des Klägers eindrücklich, dass sie sich auch durch ihr ungünstige Gerichtsentscheide nicht nachhaltig beeindrucken und belehren lässt. Rechtsschritte gegen die Bezüge von Smith hätten daher ebensowenig einen bleibenden Erfolg erzielt, sondern

hätten wohl Jahr für Jahr wiederholt werden müssen. Der hartnäckige und anhaltende Machtmissbrauch als solcher hätte auf diese Weise nicht wirksam auch für die Zukunft unterbunden werden können. Dem Kläger blieb deshalb nur die Auflösungsklage, um tatsächlich Abhilfe zu schaffen (vgl. auch BERTSCH, a.a.O., S. 53, 59 und 61). Es gilt dies umso mehr, als der Kläger für derartige Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklagen gerade jener Angaben bedurfte, welche die Beklagte ihm so systematisch vorenthielt; damit wurde ihm die Einhaltung der zweimonatigen Klagefrist des Art. 706 Abs. 4 OR meist verunmöglicht (BERTSCH, a.a.O., S. 56). Schliesslich ist auch zu bedenken, dass der Kläger nur Aktionär der Beklagten ist und ihm daher ein Vorgehen gegen die Tochtergesellschaften, bei denen diese Vergütungen aufgetreten sind, versagt oder doch erschwert ist (Art. 706 und 755 OR; vgl. SIEGWART, Einleitung, N. 155 und 175 f.).

7. Die Auflösung der Beklagten entscheidet sich auf dieser Grundlage in Abwägung der konkreten auf dem Spiele stehenden Interessen. Der Freundschaftsvertrag von 1953 zwischen den verschiedenen Togal-Gesellschaften, an dem auch der Kläger und Smith beteiligt waren, steht dem, wie das Handelsgericht zu Recht annahm, nicht entgegen; weder konnte er Art. 736 Ziff. 4 OR wegbedingen, noch wollte er den Beteiligten unzumutbare Ver-

pflichtungen auferlegen. a) Die Beklagte verteidigt ihren Mehrheitsaktionär mit der Behauptung, dieser habe als Laie und von seinem Recht Überzeugter fest daran geglaubt, er werde in dem im Tessin anhängigen Prozess mit seiner Darstellung obsiegen, dass der Kläger ihm seinen Aktienanteil verkauft habe; auch wenn das nach dem Prozessausgang nicht zutreffe, habe er sich dem Kläger gegenüber, den er nicht mehr als Aktionär anerkannt habe, doch weitgehend frei gefühlt, sei daher gutgläubig gewesen. Ein solcher Einwand wurde indessen bereits im ersten Auskunftsverfahren zum Geschäftsjahr 1965 zurückgewiesen. Der behauptete Kaufvertrag konnte Smith keinen berechtigten Anlass geben, sich vor einer entsprechenden Gutheissung seiner im Tessin hängigen Klage als Eigentümer der Aktien des Klägers zu gebärden. b) Das Handelsgericht lehnt zwar zu Recht eine "Culpa-Kompensation" ab, doch lässt sich das Verhalten der Mehrheit ohne Rücksicht auf dasjenige der Minderheit nicht abschliessend

beurteilen. Dabei können auch persönliche Aspekte in Betracht fallen, wenngleich sie in einer Aktiengesellschaft grundsätzlich in den Hintergrund treten (BGE 67 II 164; BGE 91 II 306 f.). Im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR dürfen sie aber insbesondere dann nicht völlig ignoriert werden, wenn es um eine kleine Familiengesellschaft geht (BGE 84 II 50 Nr. 6; BÜRGI, a.a.O., N. 47; TERCIER, a.a.O., S. 70, Ziff. 3; W. VON STEIGER, ZBJV 103/1967, S. 127/8). In diesem Sinne beruft sich die Beklagte auf das Zugeständnis des Klägers, er strebe - in extremis über die Liquidation der Beklagten - die Wiederherstellung der ehemaligen Firmeneinheit an; sie leitet daraus ab, dass es ihm gar nicht um seinen Schutz als Minderheit gehe, sondern um die Zerstörung der Beklagten im Hinblick auf einen Ausbau seiner Konkurrenzgesellschaft in München. Das erkläre die Kampfhaltung Smiths, seine verzweifelte Abwehr im Rahmen des Bruderkampfes, dem einige menschliche Tragik zukomme. Auch wenn den Aktionär grundsätzlich keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft trifft (BGE 91 II 305; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, a.a.O., S. 254 f., N. 5/6), ist dieser Einwand im Rahmen der hier vorzunehmenden Interessenabwägung doch zu prüfen. Ein Vorwurf kann dem Kläger allerdings nicht aus der Absicht gemacht werden, die Beklagte zu zerstören, denn das ist das Ziel jeder Auflösungsklage. Sodann spricht nichts dafür, dass die von ihm vorgebrachten Auflösungsgründe lediglich vorgeschoben sind, gegenteils machen sie durchaus verständlich, dass er ihretwegen der unhaltbaren Situation ein Ende setzen will. Seine genannte Äusserung will dartun, dass durch eine Auflösung der Beklagten das väterliche Erbe nicht vernichtet, sondern eher gerettet würde. Der Kläger als Inhaber des Togalwerkes München ist denn auch nicht einfach ein Konkurrent der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaften, sondern so gut wie sein Bruder Smith Nachfolger des Firmengründers. c) Dem Auflösungsinteresse des Klägers steht das Interesse der Beklagten oder zutreffender ihrer Mehrheit am Fortbestand der Gesellschaft gegenüber. Dabei sind die wirtschaftlichen und sozialen Folgen einer Auflösung zu berücksichtigen, von welchen allenfalls auch Dritte betroffen werden können (BGE 104 II 35, BGE 95 II 164). Dieses Kollektivinteresse ist aber nicht generell dem Individualinteresse der Minderheit vorzuziehen, sondern diesem im Prinzip gleichwertig (so namentlich

BÜRGI, N. 86 ff., insb. 89 vor Art. 698 OR; DERS. in SAG 38/1966, S. 70 ff. und SAG 29/1956/57, S. 89 ff.). Bei der Interessenabwägung ist sodann auf die konkreten Verhältnisse der Beklagten abzustellen und nicht auf jene bei grossen Publikumsgesellschaften, wo, auch wenn das erforderliche Aktienquorum erreicht werden sollte, die Interessen der Unternehmung und der beteiligten Dritten, namentliche der Arbeitnehmer, eine Auflösung praktisch ausschliessen (TERCIER, a.a.O., S. 73; JOHN NENNINGER, Der Schutz der Minderheit

in der Aktiengesellschaft nach schweiz. Recht, Diss. Basel 1974, S. 53). Die Beklagte ist dagegen eine kleine Familiengesellschaft, die unstreitig über kein eigenes Personal verfügt. Es fehlt an konkreten Behauptungen darüber, welche wirtschaftlichen und sozialen Interessen durch ihre Auflösung beeinträchtigt würden. Weshalb die Zugehörigkeit zu einem Konzern die Folgen besonders bedenklich machen soll, ist ebensowenig dargetan. Da die Auflösung der Beklagten als Holdinggesellschaft die Existenz der Tochtergesellschaften nicht zu tangieren braucht (Art. 743 Abs. 1 OR), liegen solch schwerwiegende Folgen jedenfalls nicht auf der Hand. Als unbegründet ist auch das Argument zurückzuweisen, die Auflösung einer Gesellschaft aufgrund solcher Unkorrektheiten würde der schweizerischen Wirtschaft grössten Schaden zufügen und die Grundstruktur des geltenden Aktienrechtes in Frage stellen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der eher zurückhaltende Schutz der Minderheit durch die Praxis des Bundesgerichts in der Doktrin verschiedentlich Kritik hervorgerufen hat (vgl. insbes. KUMMER, in ZBJV 114/1978, S. 227 ff. zu BGE 102 II 265 und DERS. in ZBJV 111/1975, S. 137 ff. zu BGE 99 II 55 ff.). Auch nach BÜRGI ist der Minderheitenschutz, im geltenden Recht nur schwach ausgebildet, durch die bundesgerichtliche Interessenabwägung noch erheblich vermindert worden (SAG 38/1966, S. 70); nach ihm liesse das geltende Recht einen vermehrten Schutz der Minderheit zu (N. 49 zu Art. 736 OR). Wo das Schutzbedürfnis der Minderheit, wie hier, ausgewiesen ist, rechtfertigt es sich jedenfalls nicht, zum vornherein ein entscheidendes Bestandesinteresse der Gesellschaft allein aufgrund genereller Überlegungen anzunehmen. Nachdem feststeht, dass Smith seine Stellung als Mehrheitsaktionär in der beklagten Gesellschaft in mehrfacher Hinsicht

und während rund zehn Jahren schwer missbraucht und den Kläger als Minderheitsaktionär krass benachteiligt hat, und eine Besserung der Verhältnisse nicht erwartet werden kann, muss als Ergebnis der Interessenabwägung die Auflösungsklage geschützt und das angefochtene Urteil bestätigt werden.