

# Aktionärbindungsverträge

PETER FORSTMOSER

Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

- I. Das Bedürfnis, die aktienrechtliche Ordnung vertraglich zu ergänzen
- II. Wesen, Qualifikation und Terminologie
  1. Der Begriff
  2. Abgrenzung und Charakterisierung
  3. Form und Qualifikation
  4. Aktionärbindungsverträge und Körperschaftsrecht
- III. Dauer und Beendigung von Aktionärbindungsverträgen
  1. Das Problem
  2. Dauerverträge und ihre Beendigung im allgemeinen
  3. Schuldrechtlich gestaltete Verträge
  4. Gesellschaftsrechtlich gestaltete Verträge
  5. Häufig anzutreffende Bestimmungen über die Dauer
- IV. Die Sicherung der Durchsetzung von Aktionärbindungsverträgen
  1. Das Recht auf Realerfüllung und die Möglichkeiten seiner Durchsetzung
  2. Faktische Sicherungsmassnahmen
- V. Gültigkeit und Schranken von Stimmbindungen
  1. Grundsatz: Gültigkeit von Abstimmungsvereinbarungen
  2. Verbot der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen
  3. Verbot der Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen
  4. Weitere Schranken
- VI. Aktionärbindungsverträge und Aktienrechtsreform

Zwei Schwerpunkte des vielfältigen Wirkens von WALTER SCHLUEP liegen im Aktienrecht auf der einen, im Vertragsrecht auf der anderen Seite.

Einem *aktienrechtlichen* Thema war bereits die Dissertation gewidmet, noch heute die einschlägige Monographie zu den Aktionärsrechten<sup>1</sup>. Zu Fragen des

<sup>1</sup> Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.

Aktienrechts verfasste WALTER SCHLUEP zahlreiche Aufsätze<sup>2</sup>, in diesem Gebiet wirkte und wirkt er als Redaktor<sup>3</sup>, als Lehrer an verschiedenen Universitäten und Hochschulen, als nicht nur wissenschaftlich kompetenter, sondern auch praktisch versierter Experte bei den Bemühungen um eine Teilrevision des schweizerischen Rechts.

Ebenso fruchtbar war und ist sein Wirken im Bereich des *Vertragsrechts*. Erinnerung sei nur an die als Lehrmittel konzipierte Darstellung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts<sup>4</sup>, die längst auch zu einem Standardwerk für die Praxis geworden ist, sodann an die Monographie über Innominatverträge<sup>5</sup>.

Für diese Sammelschrift zu seinen Ehren sei daher ein Thema gewählt, das an der Schnittstelle zwischen Aktien- und Vertragsrecht liegt und Verbindungen zwischen den beiden schafft: das der *Aktionärbindungsverträge*. Aufgezeigt wird zunächst, weshalb überhaupt ein Bedürfnis nach einer vertraglichen Ergänzung der aktienrechtlichen Ordnung bestehen kann (Ziff. I). Sodann wird auf das Wesen und die Qualifikation solcher Verträge eingetreten (Ziff. II), und in der Folge werden drei für die Praxis wichtige Fragen angeschnitten: Welches ist die längst mögliche Dauer von Bindungen in Aktionärsverträgen? (Ziff. III). Wie kann ihre Durchsetzung gewährleistet werden? (Ziff. IV). In welchen Schranken sind Stimmbindungen rechtens? (Ziff. V). Ein abschliessender Exkurs (Ziff. VI) weist auf Postulate de lege ferenda hin.

## I. Das Bedürfnis, die aktienrechtliche Ordnung vertraglich zu ergänzen

a) Die schweizerische Aktiengesellschaft – das zeigt eine Durchsicht ihrer gesetzlichen Ordnung – ist auf das Leitbild der *Publikumsgesellschaft* ausgerichtet, einer Gesellschaft «mit relativ grossem Grundkapital und relativ grossem Geschäftsvolumen, die sich aus einer veränderlichen Vielzahl selbst-

<sup>2</sup> Vgl. etwa: Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 54 (1958) 209f.; Vinkulierung, SAG 48 (1976) 122ff.; Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichen Interessen, in Festgabe BÜRGI, Zürich 1971, 311ff. (auch als Separatdruck erschienen).

<sup>3</sup> Seit ihrer Neugestaltung im Jahre 1973 ist WALTER SCHLUEP Mitglied des Herausgeberkollegiums der Zeitschrift Schweizerische Aktiengesellschaft; bis 1983 war er dessen Vorsitzender.

<sup>4</sup> Gemeinsam mit PETER GAUCH, 4. Aufl., Zürich 1987.

<sup>5</sup> Schweizerisches Privatrecht, Bd VII, 2. Halbband, Basel/Stuttgart 1979, auch als eigene Publikation erschienen.

ständig handelnder Personen zusammensetzt»<sup>6</sup>. Besonders konsequent ist ihre *Kapitalbezogenheit*: Die Rechte des Aktionärs bestimmen sich grundsätzlich nach seinem Kapitaleinsatz<sup>7</sup>, seine Pflichten sind ausschliesslich finanzieller Natur<sup>8</sup>, und auf die Person des Mitglieds soll typischerweise nichts ankommen<sup>9</sup>. Zwar sieht das Gesetz Möglichkeiten einer stärker personenbezogenen Ausgestaltung vor<sup>10</sup>. Doch bleiben diese eng begrenzt, im Gegensatz etwa zur GmbH<sup>11</sup> oder gar der Genossenschaft<sup>12</sup>.

An dieser Ausrichtung der AG auf das Leitbild der kapitalbezogenen Publikumsgesellschaft will auch die *Aktienrechtsreform* nichts ändern. Die Grosszahl der Reformvorschläge ist an ihr orientiert<sup>13</sup>, und nur eine geringere Zahl von Postulaten betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft<sup>14,15</sup>.

b) Die *Rechtswirklichkeit* sieht anders aus: Der gewaltige Aufschwung, den die Rechtsform der AG in den letzten Jahrzehnten erlebt hat<sup>16</sup>, ist zum grössten Teil auf das Anwachsen *kleiner und mittlerer, personenbezogener Gesellschaft-*

<sup>6</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ: Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 2./3. Aufl., Bern 1980/83, § 2 N 7.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Art. 692 Abs. 1, 661 OR.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 680 Abs. 1 OR.

<sup>9</sup> Dies zeigt sich in der leichten Übertragbarkeit der aktienrechtlichen Mitgliedschaft, solange diese in Inhaber- oder gewöhnlichen Namenaktien verkörpert ist.

<sup>10</sup> So etwa durch die Einführung von Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR) und von Vorzugsaktien (Art. 656 OR), durch Übertragungsschwierigkeiten (Art. 686 OR) und die Einschränkung der Vertretungsmöglichkeiten (Art. 689 Abs. 2 OR).

<sup>11</sup> Verankerung der Selbstorganschaft in Art. 811 Abs. 1 OR.

<sup>12</sup> Diese ist in ihrer ganzen Struktur personenbezogen ausgestaltet, so schon in der Legaldefinition, die das Element der gemeinsamen Selbsthilfe enthält (Art. 828 OR), ferner etwa durch das Kopfstimmprinzip (Art. 885 OR), die explizite Verankerung einer Treuepflicht (Art. 866 OR), die Möglichkeit der persönlichen Haftung und Nachschusspflicht (Art. 869ff. OR), die Limitierung rein finanzieller Vorteile der Gesellschafter (Art. 859, 913 Abs. 4 OR).

<sup>13</sup> So etwa die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung, den Partizipationsschein, die Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung, die Organisation des Verwaltungsrates.

<sup>14</sup> So etwa die Bestimmungen über die Vinkulierung und die Kontrollrechte des Aktionärs sowie vor allem die Sonderprüfung.

<sup>15</sup> Zur Kritik an der m.E. ungenügenden Rücksichtnahme auf die Anliegen personenbezogener Gesellschaften im Zuge der Aktienrechtsreform vgl. PETER FORSTMOSER, Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Reform des Aktienrechts, SAG 56 (1984) 50ff. sowie ders., Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSW 74) 109ff.

<sup>16</sup> Ende 1935 – kurz vor dem Inkrafttreten des geltenden Aktienrechts – gab es in der Schweiz 18'231 Aktiengesellschaften, Ende 1955 25'614, Ende 1970 64'379 und Ende 1986 136'135. (Diese und die in den folgenden Anmerkungen aufgeführten Zahlen sind teils verschiedenen Jahrgängen des Statistischen Jahrbuchs der Schweiz entnommen, teils basieren sie auf Auskünften des Bundesamtes für Statistik.)

ten zurückzuführen<sup>17</sup>. Diese überwiegen heute zahlenmässig bei weitem: Fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften weist nur gerade das *gesetzliche Mindestkapital* von Fr. 50'000.– aus<sup>18</sup>, nur jede zwanzigste hat ein Aktienkapital von mehr als Fr. 1 Mio. Aus dem Betriebs- und Unternehmungsregister geht sodann hervor, dass mehr als ein Drittel aller Aktiengesellschaften überhaupt keine Angestellten hat<sup>19</sup> und dass nur bei 333 Gesellschaften mehr als 500 Beschäftigte tätig sind.

c) Den Anforderungen dieser personalistischen Kapitalgesellschaften mit einigen wenigen, oft aktiv in der Gesellschaft mitwirkenden Aktionären vermag das schweizerische Aktienrecht trotz seiner freiheitlichen Ausgestaltung nicht gerecht zu werden. Hingewiesen sei nur auf dreierlei:

- Auch in der personenbezogenen AG hat der Aktionär nach absolut herrschender Lehre und Praxis *keine* besondere *Treuepflicht*<sup>20</sup>.
- Schon gar nicht besteht eine Treue- oder Loyalitätspflicht eines Aktionärs gegenüber einem andern, ja es *fehlen* überhaupt *Rechtsbeziehungen der Aktionäre untereinander* und damit auch eine «*actio pro socio im Sinne eines Anspruches jedes Gesellschafters gegenüber den andern auf Erbringen gesellschaftsvertraglicher Leistungen*»<sup>21</sup>.
- Endlich untersagt zwingendes Recht<sup>22</sup> irgendwelche über die Liberierung hinausgehende Aktionärspflichten.

d) Diese Lücken werden häufig durch Verträge von Aktionären unter sich, *Aktionärbindungsverträge* (nachstehend ABV) geschlossen. In ihnen sollen gegenseitige Rechte und Pflichten der Aktionäre sowie – indirekt – personenbezogene Obliegenheiten und Möglichkeiten der Gesellschaft gegenüber verankert werden.

Typischer *Inhalt* von ABV sind Stimmbindungen und Erwerbsberechtigungen, aber auch Treuepflichten und insbesondere Konkurrenzverbote, Pflichten zu Arbeitsleistungen, Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen und -rechte,

<sup>17</sup> Auf diese Entwicklung hat schon vor zwanzig Jahren ARTHUR MEIER-HAYOZ hingewiesen: Der Zug zur personalistischen Kapitalgesellschaft in der Schweiz, in: Festschrift GSCHNITZER, Aachen 1969, 303 ff.

<sup>18</sup> 66'106 von 136'135 Gesellschaften – die Höhe des Grundkapitals ist freilich kein schlüssiger Beweis für den Geschäftsumfang einer AG, wie das Gegenbeispiel von Hoffmann La Roche (Grundkapital Fr. 50'000.–) zeigt, aber immerhin ein Indiz hierfür.

<sup>19</sup> Nach Angaben des Bundesamtes für Statistik hatten Ende November 1987 nur gerade 84'772 der 148'370 schweizerischen Aktiengesellschaften Angestellte.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 105 II 128; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 6); differenzierend immerhin HERBERT WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, passim.

<sup>21</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 6) § 2 N 18.

<sup>22</sup> Art. 680 Abs. 1 OR, dazu statt vieler SCHLUEP (zit. Anm. 1) 194 ff. und F. WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Aktienrecht, Art. 660-697 (Zürich 1957) Art. 680 N 1 ff.

Nachschuss- und Zuzahlungspflichten sowie die Übernahme einer persönlichen Haftung für Verpflichtungen der Gesellschaft<sup>23</sup>.

e) Für den im Bereich des Handelsrechts tätigen Juristen gehören Redaktion und Auslegung von ABV zum täglichen Brot. Ziemlich *reichhaltig* ist auch das schweizerische *Schrifttum*<sup>24</sup>, denkbar *dürftig* dagegen die Ausbeute von Recherchen in der *Judikatur*<sup>25</sup>. Zahlreiche zentrale Fragen sind zwar in der Doktrin ausgiebig diskutiert, aber gerichtlich nicht geklärt worden<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> In der Literatur wird durchwegs zu Recht die *Vielfalt* in der Ausgestaltung von Aktionärbindungsverträgen betont, so etwa von GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 172a, 194a; PATRY, Travaux Capitant (zit. Anm. 24) 225; PETER JÄGGI in ZSR 78 (1959) II 733a; STUBER (zit. Anm. 24) 3; ferner von FROMER in SAG 30 (1957/58) 124ff., 129f., mit einer Übersicht über einige häufige Klauseln.

<sup>24</sup> Aus Platzgründen muss auf eine vollständige *Bibliographie* verzichtet werden und sind hier nur die wichtigeren schweizerischen Publikationen angeführt: PETER BÖCKLI, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel 1961, 59ff.; BÜRGI (zit. Anm. 22 und 27) Art. 692 N 27ff., Art. 680 N 20ff. und Art. 708 N 67; JÜRGEN DOHM, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand, Thèse Genève 1971; HANS GLATTFELDER, Die Aktionärbindungsverträge, ZSR 78 (1959) II 141a ff.; ERIC HAYMANN, Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären..., Diss. Zürich 1973 = SSHW 2; FRITZ KOEBEL, Stimmrechtsbindungsverträge, Diss. Basel 1938, MaschSchr; OTHMAR LEHNER, Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SAG 26 (1953/54) 189ff., 218ff.; ders., Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SJZ 50 (1954) 73ff.; ROBERT PATRY, Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 78 (1959) II la ff.; ders., Stimmrechtsvereinbarungen von Aktionären, SJK Nr. 413 (1972); ders., Les accords entre actionnaires en droit suisse, Schweiz. Treuhänder 40 (1966) 208ff.; ders., Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit suisse, in: Travaux de l'association HENRY CAPITANT 10, Paris 1959, 213ff.; HANS-CONRAD PEYER, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1963 = ASR 352, 74ff.; ERIKA SALZGEBER-DÜRIG, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970 = ZBR 345; CARL A. SPAHN, Der Poolvertrag, SAG 22 (1949/50) 1ff., 48ff.; BERND STAUER, De l'exécution forcée des conventions préalables de vote, SAG 40 (1968) 169ff.; RUDOLF STUBER, Aktionär-Consortien, Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte..., Diss. Zürich 1944; HANS-ALBRECHT VOGEL, Die Familienkapitalgesellschaft, Diss. Zürich 1974 = SSHW 4, 64ff., insb. 73ff., 80ff., 127ff.; P. ZIHLMANN, Abstimmungsvereinbarungen im schweizerischen Aktienrecht, SAG 44 (1972) 237ff. – Bei der ausländischen Literatur sei insb. hingewiesen auf HARTMUT LÜBBERT, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritanniens, Baden-Baden 1971; ferner auf HANS-PETER OVERRATH, Die Stimmrechtsbindung, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, und JAN SCHRÖDER, Stimmrechtskonsortien unter Aktionären: Gesellschafts- und erbrechtliche Probleme, ZGR 7 (1978) 578ff.

<sup>25</sup> Aus der Bundesgerichtspraxis sind einschlägig BGE 109 II 43ff., 88 II 172ff., 81 II 534ff., 31 II 896ff. sowie zwei unveröffentlichte Entscheide, referiert bei PATRY in ZSR (zit. Anm. 24) 100a ff. und 102a sowie bei LÜBBERT (zit. Anm. 24) 244f., erster Entscheid auch referiert bei ALFRED WIELAND in SAG 21 (1948/49) 77ff. und GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 270a. Aus der kantonalen Judikatur seien erwähnt ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 139ff., ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 260ff., ZR 39 (1940) Nr. 96 S. 205ff., AGVE 1950 54ff., Semjud 100 (1978) 521 und Repertorio 110 (1977) 193ff.

<sup>26</sup> Aus diesem Grund sollten m.E. im Zuge der pendenten Aktienrechtsreform einige Grundfragen der ABV gesetzlich geregelt werden, vgl. dazu nachstehend Ziff. VI.

f) Unbestritten ist heute in der schweizerischen Lehre und Praxis, dass für Aktionärbindungsverträge das Prinzip der *Vertragsfreiheit* gilt, dass diese also in den von Art. 19f. OR und weiterem zwingenden Recht gesetzten Schranken *frei vereinbart* werden können<sup>27</sup>. Wichtige Fragen sind dagegen noch heute nicht oder zumindest nicht endgültig geklärt, so schon die *Rechtsnatur*, weiter die längstmögliche *Dauer* von ABV, ihre reale *Durchsetzbarkeit*, das Schicksal beim *Subjektswechsel*, insb. im Erbgang, ferner etwa verschiedene Einzelfragen hinsichtlich von *Erwerbsberechtigungen* sowie die Abgrenzung der rechtlich zulässigen *Stimmbindung* vom Stimmenkauf und der Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen.

Auf einige dieser Themen soll im folgenden eingetreten werden. Dabei beschränke ich mich aus Platzgründen darauf, die Probleme aufzuzeigen und mögliche Lösungen zu skizzieren. Die gründliche Auseinandersetzung und Stellungnahme müssen einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben.

## II. Wesen, Qualifikation und Terminologie

### 1. Der Begriff

*Aktionärbindungsverträge* sind «Verträge über die Ausübung von Aktionärrechten»<sup>28</sup> und – so ist zu ergänzen – über die Pflicht, von einem Aktionär Aktien zu übernehmen. Mindestens eine der Parteien ist Aktionär oder künftiger Aktionär<sup>29</sup> oder wenigstens an Aktien dinglich berechtigt<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Vgl. aus der Judikatur BGE 109 II 45, 88 II 174ff., 81 II 542 E 4, 31 II 913f., ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 141 und 69 (1970) Nr. 101 S. 261, Semjud 100 (1978) 521, AGVE 1950 59; aus der Literatur vgl. etwa GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 246a und 252a; PATRY in ZSR (zit. Anm. 24) 25a, 53a, 62a f. und 136a f. sowie ders., Stimmrechtsvereinbarungen (zit. Anm. 24) 10ff.; F. WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Aktienrecht, Art. 698–738, Zürich 1969, Art. 709 N 67 sowie ders. in ZSR 78 (1959) II 721a; DOHM (zit. Anm. 24) 94; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 6) § 20 N 38 sowie zusammenfassend LÜBBERT (zit. Anm. 24) 238, 239ff. Dagegen waren romanische Länder bis vor kurzem Stimmrechtsbindungen gegenüber feindlich eingestellt, vgl. für Frankreich DOHM (zit. Anm. 24) 31ff., 43; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 202a; LÜBBERT (zit. Anm. 24) 293f., 354ff. und OVERRATH (zit. Anm. 24) 9, für Italien DOHM 46, 50; GLATTFELDER 207a, LÜBBERT 405, 418 und PATRY, Stimmrechtsvereinbarungen (zit. Anm. 24) 10. Beide Länder lassen nun aber Stimmbindungen zu.

<sup>28</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 153a; ebenso etwa VOGEL (zit. Anm. 24) 127; HAYMANN (zit. Anm. 24) 68; ähnlich STUBER (zit. Anm. 24) I. Kritisch zu Definitionen PATRY, Travaux Capitaint 225.

<sup>29</sup> So GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 173a.

<sup>30</sup> So präzisierend STUBER (zit. Anm. 24) 5 mit dem Hinweis auf den Nutzniesser.

Gleichbedeutend wird auch etwa der Begriff *Aktienbindungsvertrag* verwendet<sup>31</sup>, der jedoch zu wenig deutlich macht, dass die vertraglichen Wirkungen nur inter partes und nicht auch quasi dinglich gegenüber der Gesellschaft wirken<sup>32</sup>. Ebenfalls synonym verwendet werden die Ausdrücke «*Aktionärkonsortium*», «*Poolvertrag*», «*Syndikat*». Der Begriff «Konsortium» sollte aber nur für *eine* Art von Aktionärbindungsverträgen, nämlich die gesellschaftsrechtlich strukturierten, gebraucht werden<sup>33</sup>. «*Poolvertrag*»<sup>34</sup> ist zu unbestimmt<sup>35</sup> und wird von einzelnen Autoren auch in einem engeren Sinn verwendet<sup>36</sup>. «*Syndikat*» endlich sollte für bestimmte Kartellvereinbarungen reserviert bleiben<sup>37</sup>.

## 2. Abgrenzung und Charakterisierung

a) Aktionärbindungsverträge sind *Verträge*. Sie schaffen schuld- oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen unter den Parteien, wie sie von Gesetzes wegen nicht bestehen. Daraus ergibt sich:

aa) Aktionärbindungsverträge stehen im Gegensatz zu Bindungen für die Ausübung von Aktionärsrechten auf *statutarischer Grundlage*, wie sie sich aus der Vinkulierung<sup>38</sup>, aus Stimmrechtsbeschränkungen<sup>39</sup>, aus der Beschränkung des Vertretungsrechts<sup>40</sup> oder aus statutarischen Vorkaufs- bzw. Vorhandrechten<sup>41</sup> ergeben können<sup>42</sup>.

<sup>31</sup> Vgl. STUBER (zit. Anm. 24) 1 und GOTTFRIED WEISS, Zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1956, Nachdruck 1968 = ASR 385, N 139.

<sup>32</sup> Zur Kritik vgl. GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 153a Anm. 1.

<sup>33</sup> So GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 177a, 188a ff., 231a; PATRY, Travaux Capitants (zit. Anm. 24) 216; VOGEL (zit. Anm. 24) 103; BÖCKLI (zit. Anm. 24) 68ff. und KOEBEL (zit. Anm. 24) 7.

<sup>34</sup> Verwendet etwa bei HERMANN WALDER, Veräusserung und Erwerb eines in der Form der AG bestehenden Unternehmens nach schweizerischem Recht, Zürich 1959, 40ff. und SPAHN (zit. Anm. 24) 1ff., 48ff.

<sup>35</sup> Vgl. GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 174a f. und STUBER (zit. Anm. 24) 7 sowie den kritischen Hinweis bei BÖCKLI (zit. Anm. 24) 69 Anm. 130.

<sup>36</sup> So von BÖCKLI 71 für die Verwaltung von Aktien mehrerer Gesellschaften in einer Poolgesellschaft und von EDUARD NAEGELI, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform... 3 Bände, Zürich 1971, Bd I, 191 für Gesamteigentum an Aktien, deren Erträge nach bestimmten Quoten verteilt werden.

<sup>37</sup> Vgl. GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 177a.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 686 OR.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 692 Abs. 2 OR.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 689 Abs. 2 OR.

<sup>41</sup> Vgl. dazu statt vieler KLAUS WERNER HERREN, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1973 = ASR 425, und SALZGEBER-DÜRIG (zit. Anm. 24).

<sup>42</sup> Ähnlich GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 153a sowie PATRY in ZSR 1959, 59a.

bb) Aktionärbindungsverträge entfalten Wirkungen nur *inter partes*, zwischen den Vertragsparteien<sup>43</sup>, weshalb weder die Gesellschaft noch deren Verwaltung Möglichkeiten der Einflussnahme haben, wenn Bindungsverträge nicht eingehalten werden<sup>44</sup>. Die aus Aktionärbindungsverträgen fließenden Rechte und Pflichten gehen auch nicht automatisch im Zuge der Aktienübernahme auf einen Erwerber über<sup>45</sup>, und im Erbgang können die Bindungen einerseits, die Aktien andererseits getrennte Wege gehen<sup>46</sup>.

cc) Aktionärbindungsverträge haben lediglich *obligatorische Wirkung*<sup>47</sup>, nicht etwa dingliche oder quasi dingliche. Sie setzen daher für den Verpflichteten lediglich Schranken des Dürfens, nicht solche des Könnens<sup>48</sup>. Der durch einen Bindungsvertrag Verpflichtete *kann* vertragswidrig handeln, nur *darf er nicht*<sup>49</sup>.

b) Aktionärbindungsverträge sind Verträge über die *Ausübung* von Aktionärsrechten, im Gegensatz zu Verfügungen über Aktien selbst, wie sie auch bei der treuhänderischen Übergabe, der Legitimationszession und der Einbringung der Aktien in eine Holdinggesellschaft vorliegen<sup>50</sup>. Das *Recht selbst* bleibt trotz der vertraglichen Bindung beim bisherigen Aktionär<sup>51</sup>.

c) Es handelt sich um eine Bindung von *Aktionärsrechten*, im Gegensatz etwa zu solchen, die ein Aktionär in seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrates eingeht, aber einschliesslich von Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung von Rechten in *verschiedenen Gesellschaften*<sup>52</sup> und solcher für eine erst *künftig* zu erlangende Aktionärsstellung<sup>53</sup>.

<sup>43</sup> ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 261f.; Semjud 100 (1978) 522 sowie statt vieler VOGEL (zit. Anm. 24) 88, 127.

<sup>44</sup> Vgl. für die Gesellschaft AGVE 1950 59f.; SJZ 26 (1929/30) 383; für die Verwaltung ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 261.

<sup>45</sup> ZR 39 (1940) Nr. 96 S. 210, 212, 213.

<sup>46</sup> So nach altem Ehegüterrecht, wenn eine Ehefrau Inhaberaktien erbt und diese in das Eigentum des Ehemannes übergingen, wobei die Bindungen aus Aktionärbindungsvertrag als persönliche Schuld bei der erbenden Ehefrau verblieben. In der Regel dürfte aber für solche Fälle anzunehmen sein, dass ein Übergang des Eigentums an den Aktien von den Ehegatten nicht gewollt war, vgl. GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 304a f. und das dort zitierte Schiedsgerichtsurteil.

<sup>47</sup> Vgl. etwa SONTAG, Vertragliche Bindung zur Stimmabgabe bei Aktiengesellschaften..., SAG 23 (1950/51) 59f.; STUBER (zit. Anm. 24) 51f.; DOHM (zit. Anm. 24) 15ff.; BÖCKLI (zit. Anm. 24) 51f.

<sup>48</sup> Vgl. etwa STUBER (zit. Anm. 24) 51f.; BÖCKLI (zit. Anm. 24) 51f.; DOHM (zit. Anm. 24) 15ff.; SONTAG (zit. Anm. 47) 59f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 6) § 2 N 23 und § 20 N 36 sowie insb. ZR 69 (1970) Nr. 101 E 2. – Zu Möglichkeiten, die Realerfüllung zu erzwingen vgl. aber ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 139ff. sowie hinten Ziff. IV.

<sup>49</sup> Seine Stimmabgabe ist daher gültig, auch wenn sie einen Bindungsvertrag verletzt, ZR 69 (1970) 261f.

<sup>50</sup> So GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 173a f. und STUBER (zit. Anm. 24) 2.

<sup>51</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 6) § 2 N 23.

<sup>52</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 154a.

<sup>53</sup> Vgl. PATRY, Stimmrechtsvereinbarungen (zit. Anm. 24) 22 sowie Travaux CAPITANT (zit. Anm. 24) 218.

### 3. Form und Qualifikation

a) Für die Begründung von Aktionärbindungsverträgen gilt nach Art. 11 Abs. 1 OR der Grundsatz der *Formfreiheit*. Immerhin kann sich aus dem *Inhalt* von Bindungsverträgen die Pflicht zur Einhaltung einer bestimmten *Form* ergeben. So ist etwa für die in Aktionärbindungsverträgen häufige Schiedsabrede gemäss Konkordat die Schriftform erforderlich<sup>54</sup>. Beinhalten Bindungsverträge Verfügungen von Todes wegen, so bedarf es «zu ihrer Gültigkeit der Form einer letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrages<sup>55</sup>». Ferner ist etwa für die Einräumung der Vertretungsmacht bei Namenaktien die Schriftform verlangt<sup>56,57</sup>.

In der Praxis wird die *Schriftform* regelmässig eingehalten, sei es als Gültigkeitserfordernis gemäss Art. 16 OR, sei es lediglich zu Beweis Zwecken<sup>58</sup>.

b) Die Freiheit von Form, Inhalt und Ausgestaltung kann die *Einordnung* von Aktionärbindungsverträgen schwierig gestalten<sup>59</sup>. In der Tat können diese rechtlich unter die verschiedensten Vertragskategorien fallen: Es kann sich namentlich um ein- oder zweiseitige *Schuldverträge* handeln, daneben aber – und vor allem – um *Gesellschaftsverträge*, insb. einfache Gesellschaften<sup>60</sup>. Häufig sind auch Mischformen, die Elemente verschiedener Vertragstypen auf sich vereinigen<sup>61</sup>, und ganz allgemein *Innominatverträge*.

Aus der Qualifikation können sich entscheidende rechtliche Konsequenzen ergeben<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3.1969, Art. 6 I.

<sup>55</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 244a; vgl. neuestens BGE 113 II 270ff.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 689 Abs. 3 OR.

<sup>57</sup> Ob allenfalls in gemischten oder zusammengesetzten Verträgen die Einhaltung der für einen Vertragsteil verlangten Form für den gesamten Vertrag zu verlangen ist, muss jeweils im Einzelfall durch Auslegung und richterliche Regelbildung nach Art. 1 ZGB ermittelt werden; vgl. dazu SCHLUEP, Innominatverträge (zit. Anm. 5) 813f. sowie EVA METZGER-WÜST, Zur Form des Liegenschaftsabtretungs- und Verpfändungsvertrages, Diss. Bern 1971 79ff.

<sup>58</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 245a.

<sup>59</sup> Vgl. etwa die Überlegungen in BGE 109 II 44f. zum allfälligen Vorliegen einer einfachen Gesellschaft.

<sup>60</sup> Solche sind in der Regel dann anzunehmen, wenn ein gemeinsames, abgestimmtes Verhalten bezweckt wird, insb. etwa in Stimmbindungsverträgen, bei denen sich die Beteiligten verpflichten, ihre Aktionärsrechte gemäss gemeinsamem Beschluss auszuüben.

<sup>61</sup> Hiezu allgemein SCHLUEP (zit. Anm. 5) 772ff., 796f.

<sup>62</sup> So etwa hinsichtlich der Beendigung: Während im Recht der einfachen Gesellschaft Art. 545f. OR zum Zuge kommen, findet bei einem mandatsähnlichen Verhältnis das jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 OR Anwendung. Zu Recht weist daher BÄR in seiner kritischen Auseinandersetzung mit BGE 109 II 43ff. (ZBJV 121, 1985, 234f.) darauf hin, dass man bei Aktionärbindungsverträgen, obschon es sich bei ihnen um «sehr dürftige einfache Gesellschaft[en]» handle, «mit dem Herausnehmen aus der einfachen Gesellschaft zurückhalten» müsse, weil diese eine vernünftige Beendigungsordnung vorsehe, im Gegensatz zu Art. 404 Abs. 1 OR. – Von Bedeutung kann die Qualifikation aber auch sein für die Abgrenzung der gültigen Stimmbindungsvereinbarung vom widerrechtlichen Stimmenkauf und der ebenso wiederrechtlichen Umgehung von Vinkulierungsvorschriften, vgl. dazu nachstehend Ziff. V. 3.

#### 4. Aktionärbindungsverträge und Körperschaftsrecht

Negativ ist festzuhalten, dass Aktionärbindungsverträge nur dem jeweiligen Vertragsrecht, *nicht dagegen aktienrechtlichem Körperschaftsrecht* unterstehen<sup>63</sup>. Verbandsrecht kommt damit nicht zur Anwendung, und es gelten insbesondere nicht die statutarischen Bestimmungen.

Immerhin ist zu beachten, dass die Ausgestaltung der AG und insbesondere ihrer Statuten oft mit Aktionärsvereinbarungen *koordiniert* werden, so dass *nur aus der Einheit der aktienrechtlichen und der vertraglichen Normen eine sinnvolle Ordnung hervorgeht*<sup>64</sup>. So können etwa stark einschränkende Vinkulierungsbestimmungen durch vertragliche Übernahmepflichten aufgewogen werden, oder es werden aktienrechtliche Quorumsvorschriften durch Stimmrechtsvereinbarungen ergänzt.

In solchen Fällen kann es angezeigt sein, bei der Auslegung und Anwendung von Bindungsvereinbarungen auch die körperschaftsrechtliche Ordnung mitzuberücksichtigen. Dagegen können zumindest Dritten gegenüber ABV als Ergänzung der statutarischen und reglementarischen Ordnung keine Beachtung finden<sup>65</sup>.

\*\*\*

Nach diesen allgemeinen Ausführungen sei nun auf drei für die Praxis besonders wichtige Einzelprobleme eingegangen: auf die *Dauer* von ABV<sup>66</sup>, auf die Sicherung ihrer *Durchsetzbarkeit*<sup>67</sup> und auf die Gültigkeit von *Stimmbindungen*<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Vgl. AGVE 1950, 54ff., 60.

<sup>64</sup> Vgl. etwa GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 239a f. und FROMER (zit. Anm. 23) 1 und 3 sowie nachstehend Ziff. III. 1.

<sup>65</sup> Von Bedeutung können sie dagegen allenfalls für die Aktionäre unter sich sein: So könnte – ganz ausnahmsweise – bei einem sämtliche Aktionäre erfassenden Bindungsvertrag die Beendigung des ABV die Weiterführung der AG objektiv betrachtet als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, womit ein wichtiger Grund für die Auflösung der AG im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR gegeben wäre. Zu weit geht aber m.E. JÄGGI in ZSR 78 (1959) II 735a, wonach der Richter «mit der Auflösung der einfachen Gesellschaft der Aktionäre auch die Auflösung der Aktiengesellschaft zu verfügen» hätte. – Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von CLAUDE REYMOND in seinem in diesem Sammelband publizierten Aufsatz «Le contrat de 'joint venture'» Ziff. VI.

<sup>66</sup> Dazu nachstehend Ziff. III.

<sup>67</sup> Dazu nachstehend Ziff. IV.

<sup>68</sup> Dazu nachstehend Ziff. V.

### III. Dauer und Beendigung von Aktionärbindungsverträgen

#### 1. Das Problem

Aktionärbindungsverträge – besonders solche unter allen Aktionären einer Gesellschaft – stellen nicht selten die unsichtbare Seite des Mondes dar, den notwendigen, wenn auch für Dritte verborgenen Teil einer Einheit, die aufgrund der Statuten allein nicht rund und schön gestaltet werden könnte. In solchen Fällen, in denen nur die Kombination von Statuten und ABV ein sinnvolles Ganzes ergibt, ist es wünschbar, die Dauer der äusseren wie der inneren Ordnung aufeinander abzustimmen<sup>68a</sup>. ABV sollten daher *für die Dauer des Bestehens einer AG* abgeschlossen werden können.

Aber auch in anderen Fällen ist oft eine langfristige, Generationen überdauernde Ordnung erwünscht, so etwa, wenn es darum geht, eine Familienbeteiligung über den Erbgang hinaus zusammenzuhalten.

#### 2. Dauerverträge und ihre Beendigung im allgemeinen

a) Die schweizerische Lehre und Praxis betonen nun aber, dass Verträge *nicht auf «ewige Zeiten» abgeschlossen* werden können<sup>69</sup>. Zur Begründung wird im allgemeinen darauf verwiesen, dass Art. 27 ZGB eine übermässige Einschränkung der persönlichen Freiheit verbietet<sup>70</sup>. Übermässig sei eine Bindung namentlich dann, wenn sie die wirtschaftliche Existenz einer Vertragspartei gefährde<sup>71</sup>. Ergänzend hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass eine

<sup>68a</sup> Zum Problem des Auseinanderfallens der körperschaftsrechtlichen und der bindungsvertraglichen Ordnung vgl. auch REYMOND (zit. Anm. 65) Ziff. VII.

<sup>69</sup> Vgl. aus der *Judikatur* etwa BGE 113 II 210f.; 97 II 399 E 7; 93 II 300; 67 II 225; ZR 40 (1941) Nr. 114 S. 298 und ZR 35 (1936) Nr. 71 S. 161ff. Aus der *Lehre* vgl. etwa PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Fribourg 1968, 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1929, Vorb. zu Art. 167 N 20; BECKER, Berner Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil (Bern 1941) Art. 19 N 65ff., Vorb. zu Art. 114–142 N 9; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd II, 3. Aufl., Zürich 1974, 167 Anm. 51; PIERRE ENGEL, Traité des Obligations en droit suisse..., Neuchâtel 1973, 94f.

<sup>70</sup> BGE 97 II 399 E 7; 67 II 225; 62 II 35f.; 56 II 191; ZR 40 (1941) Nr. 114 S. 298 sowie etwa BECKER (zit. Anm. 69) Vorb. zu Art. 114–142 N 9 und GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, 37.

<sup>71</sup> So SJZ 70 (1974) Nr. 12, 74.

Schranke auch aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet werden kann<sup>72</sup>.

Insbesondere bei der Beurteilung nach Art. 27 ZGB hängt die Frage der zulässigen Höchstdauer von der Intensität der bewirkten Bindung ab<sup>73</sup>. Dabei ist zu betonen, dass die Gerichte auch langdauernde und weittragende Bindungen aufrechterhalten haben<sup>74</sup> und dass überdies bei Bindungen «de nature pécuniaire» besondere Zurückhaltung bei richterlichen Eingriffen geübt wird<sup>75</sup>.

Ist eine vertragliche Bindung für übermässig lange Zeit eingegangen worden, dann ist sie nicht einfach ungültig, doch kann sie *gekündigt* werden<sup>76</sup>.

b) Wesentlich für die Beendbarkeit eines Vertrages ist die Frage, ob dieser auf *bestimmte* oder *unbestimmte* Dauer abgeschlossen worden ist: «Ordentlich kündbar sind in der Regel nur Verträge, die auf unbestimmte... oder nicht bestimmte... Dauer oder Zeit abgeschlossen werden; solche auf bestimmte Dauer oder Zeit gelten dagegen als unkündbar.»<sup>77</sup> Dabei ist freilich – worauf hier nicht eingetreten werden kann – die Abgrenzung zwischen Verträgen auf bestimmte und solchen auf unbestimmte Zeit in der Lehre umstritten und nach der Praxis ungewiss.

c) Hinsichtlich der Beendigung ist im weiteren nach der rechtlichen Ausgestaltung von ABV zu differenzieren:

<sup>72</sup> So BGE 97 II 400 unter Berufung auf LIVER in ZBJV 105 (1969) 9ff., 11f.; ferner BGE 102 II 249, 100 II 349; ähnlich schon BGE 71 II 165.

<sup>73</sup> So BGE 93 II 300.

<sup>74</sup> Geschützt wurden etwa ein Darlehensvertrag auf Lebenszeit (BGE 100 II 345ff.), ebenso ein Mietvertrag für die Dauer der Berufsausübung (BGE 56 II 189ff.). Sanktioniert wurde ein Bierlieferungsvertrag mit einer Geltungsdauer von 15 Jahren (BGE 40 II 233ff.), während umgekehrt vom Luzerner Obergericht vor kurzem eine über 17 Jahre hinausgehende Abnahmeverpflichtung als nicht mehr zumutbar erachtet wurde (SJZ 84 (1988) 47ff., 48). Eine Verpflichtung, während zwanzig Jahren selbständig eine Tankstelle zu betreiben, wurde ebenfalls aufrecht erhalten (SJZ 70 (1974) Nr. 12, 74). Vgl. auch BGER in SAG 35 (1962/63) 174ff., wonach eine sechsjährige Bindung bei einem Poolvertrag nicht übermässig ist. Dagegen soll eine Wasserlieferungspflicht nicht für wesentlich mehr als 30 Jahre vereinbart werden können (BGE 93 II 301).

<sup>75</sup> BGE 88 II 174, mit weiteren Judikaturhinweisen.

<sup>76</sup> SJZ 84 (1988) 47ff.; BGE 93 II 300f., mit weiteren Hinweisen; BGE 62 II 35f.; a.M. BGE 67 II 225; vgl. dazu auch ENGEL (zit. Anm. 69) 95, 205ff. und WERNER v. STEIGER, Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd VIII/1, Basel/Stuttgart 1976, 452; ferner BGE 71 II 165 und ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum Sachenrecht, Art. 680–701, 3. Aufl., Bern 1975, Art. 681 N 312, wonach ein Vorkaufsvertrag ohne zeitliche Begrenzung gegebenenfalls durch den Richter zu befristen wäre.

<sup>77</sup> BGE 106 II 229.

### 3. Schuldrechtlich gestaltete Verträge

a) Aktionärbindungsverträge auf *bestimmte Dauer* enden normalerweise mit deren Ablauf<sup>77a</sup>. Der Beendigungszeitpunkt kann kalendermässig festgelegt sein, oder es kann auch abgestellt werden auf ein bestimmtes, in Zukunft mit Sicherheit eintretendes Ereignis, von dem noch nicht festzustehen braucht, wann es eintreten wird.

b) Ist ein Vertrag auf *unbestimmte Zeit* abgeschlossen worden und haben die Parteien nicht seine Unkündbarkeit<sup>78</sup> oder eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart, dann kann er nach der Ansicht von GLATTFELDER «nicht nur aus wichtigen Gründen, sondern auch ohne Grundangabe nach Richterrecht gekündigt werden, wobei der Zeitpunkt, da erstmals gekündigt werden kann, und die Dauer der Kündigungsfrist sich nach den besonderen Umständen des Falles und nach dem mutmasslichen Parteiwillen richten»<sup>79</sup>. Nach der Ansicht von PATRY<sup>80</sup> und DOHM<sup>81</sup> wäre dagegen in solchen Fällen nur eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich.

Ausschliessen wird man die ordentliche Kündigung allenfalls bei Verträgen, die *andere Möglichkeiten* zur Lösung der vertraglichen Verpflichtung vorsehen, wie etwa die Kaufspflicht eines Vertragspartners oder ganz allgemein die Möglichkeit des Aktionärs, seine Aktien zu angemessenen Bedingungen zu veräussern.

c) Gemeinsam sind Verträgen auf bestimmte wie auf unbestimmte Dauer verschiedene *ausserordentliche Beendigungsgründe* (wichtige Gründe, Unmöglichkeit, Rücktritt), auf die hier nicht eingetreten werden kann.

### 4. Gesellschaftsrechtlich gestaltete Verträge

a) Auch die gesellschaftsrechtlich konzipierte, auf *bestimmte Dauer* abgeschlossene Aktionärsvereinbarung endet durch Zeitablauf.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass nach neuer Bundesgerichtspraxis<sup>82</sup> Art. 546 Abs. 1 OR, wonach eine auf *Lebenszeit* eines Gesellschafters

<sup>77a</sup> Zu beachten ist aber, dass ein ABV auch auftragsrechtlichen Charakter haben kann, womit er wegen der zwingenden Norm von OR 404 I jederzeit kündbar ist; vgl. auch vorn Anm. 62.

<sup>78</sup> Zur Ungewissheit der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. die Ausführungen vorn Ziff. 2.a).

<sup>79</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 347a. In diesem Sinne auch ZR 40 (1941) Nr. 114 S. 298f.; BGE 97 II 57, 62 II 36, 62 II 102.

<sup>80</sup> ZSR 78 (zit. Anm. 24) 131a f.

<sup>81</sup> Zit. Anm. 24, 125.

<sup>82</sup> BGE 106 II 226ff., entgegen der früheren Praxis von BGE 90 II 341 E 5a.

abgeschlossene einfache Gesellschaft auf sechs Monate gekündigt werden kann, lediglich dispositiver Natur ist. ABV können damit – jedenfalls, wenn sie gesellschaftsrechtlich konzipiert sind – gültig auf Lebenszeit abgeschlossen werden. Dadurch wird dem Bedürfnis nach Langfristigkeit dieser Verträge entscheidend entgegengekommen, ohne dass freilich alle Probleme gelöst wären<sup>83</sup>.

b) Ist die Gesellschaft auf *unbestimmte Dauer* geschlossen worden, so besteht nach Art. 546 Abs. 1 OR die Möglichkeit der Kündigung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten. Auch diese Frist ist nach der neuen Bundesgerichtspraxis<sup>84</sup> nicht zwingender Natur.

c) Gemeinsam gegeben sind auch bei gesellschaftsrechtlich konzipierten ABV eine Reihe von *ausserordentlichen* Beendigungsgründen, die wiederum aus Platzgründen nicht behandelt werden können.

## 5. Häufig anzutreffende Bestimmungen über die Dauer

Oft finden sich in ABV die folgenden Klauseln, die sich alle aus dem Bestreben erklären, deren Dauer möglichst in Einklang mit derjenigen der statutarischen Ordnung zu bringen:

a) Der ABV soll für die *Dauer der Aktionärseigenschaft* der Beteiligten Geltung haben. Eine solche Ordnung dürfte im Lichte der neuen Bundesgerichtspraxis<sup>85</sup> zulässig sein. Unproblematisch ist sie dann, wenn dem Aktionär die Möglichkeit belassen wird, sich durch Veräusserung seiner Aktien der Verpflichtung zu entziehen<sup>86</sup>. Diesfalls wird man auch die Vererblichkeit der Verpflichtungen aus einem solchen Vertrag bejahen.

b) Problematischer erscheint dagegen die Klausel, wonach ein ABV für die *Dauer der AG* verbindlich sein soll. In der Lehre wird die Gültigkeit einer solchen Norm bejaht<sup>87</sup>, im Lichte der Gerichtspraxis zu Dauerverträgen<sup>88</sup> erscheint dagegen ihre Verbindlichkeit fraglich: Auch wenn das Bundesgericht

<sup>83</sup> Vgl. dazu nachstehend Ziff. 5.

<sup>84</sup> BGE 106 II 226 ff.

<sup>85</sup> Zulässigkeit der einfachen Gesellschaft auf Lebenszeit, BGE 106 II 226 ff.

<sup>86</sup> Vgl. PATRY, ZSR (zit. Anm. 24) 130a; DOHM (zit. Anm. 24) 93. Präzisierend wird man freilich verlangen müssen, dass die Veräusserungsbedingungen angemessen sind.

<sup>87</sup> So ELIAS WOLF, Rechtliche Bindungen auf «ewige» Zeiten bei der AG, SAG 9 (1936/37) 11, 68; vgl. auch GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 338a f., insb. auch Anm. 15 und ferner DOHM (zit. Anm. 24) 125.

<sup>88</sup> Vgl. dazu vorn bei Anm. 74.

die einfache Gesellschaft auf Lebenszeit einer natürlichen Person sanktioniert hat, kann daraus m.E. nicht geschlossen werden, dass auch eine Bindung für die Dauer der Existenz einer Körperschaft gültig vereinbart werden kann: Während der Tod einer natürlichen Person in absehbarer Zeit feststeht, ist dies für die Liquidation einer juristischen Person nicht der Fall.

c) Problematisch erscheinen sodann *Vereinbarungen auf unbegrenzte, «ewige» Zeit*, wie sie sich ebenfalls nicht selten in Bindungsverträgen finden. In der Literatur wird freilich die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen für bestimmte Inhalte bejaht<sup>89</sup>.

d) Festzuhalten bleibt, dass wegen des Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung wie auch einschlägiger Judikatur eine erhebliche *Unsicherheit* im Hinblick auf die Verbindlichkeit und Tragweite dieser häufigen und praktisch wichtigen Klauseln besteht.

## IV. Die Sicherung der Durchsetzung von Aktionärbindungsverträgen

### 1. Das Recht auf Realerfüllung und die Möglichkeiten seiner Durchsetzung

a) Wie allgemein im schweizerischen Zivilrecht<sup>90</sup>, so steht dem Berechtigten auch bei Aktionärbindungsverträgen grundsätzlich ein Recht auf *Realerfüllung* zu<sup>91</sup>. Er kann daher mit einer Leistungsklage die Erfüllung der Pflichten aus ABV verlangen<sup>92</sup> und diese durch vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des kantonalen Prozessrechts sicherstellen lassen<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> So von HAYMANN (zit. Anm. 24) 103 betreffend Erwerbs- und Veräusserungsrechte sowie von SALZGEBER-DÜRIG (zit. Anm. 24) 66ff., 72f., 93f. für das Vorkaufs- und Kaufsrecht. Eine differenzierte Ansicht vertritt HANS MERZ, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in: Festgabe SIMONIUS, Basel 1955, 235ff., insb. 240ff.

<sup>90</sup> Dazu von TUHR/ESCHER (zit. Anm. 69) 86ff. sowie OSER/SCHÖNENBERGER (zit. Anm. 69) Vorb. zu Art. 97–109 N 2, Art. 97 N 19 und BECKER (zit. Anm. 69) Art. 97 N 7 101ff.

<sup>91</sup> So ausdrücklich ZR 83 (1984) Nr. 53 S. 141 E 5b.

<sup>92</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) IIIa.

<sup>93</sup> Vgl. DOHM (zit. Anm. 24) 184f. im Hinblick auf Verfügungsbeschränkungen.

Zu Recht bejaht heute eine Mehrheit schweizerischer Autoren insbesondere auch die klageweise Durchsetzbarkeit von *Stimmbindungen*<sup>94</sup>. Verneint wurde dagegen die Klagbarkeit von Stimmbindungspflichten in der älteren schweizerischen Literatur<sup>95</sup>, wobei vor allem die Abstimmungsfreiheit ins Feld geführt wurde. In der neueren Literatur wird diese Auffassung von PATRY<sup>96</sup> vertreten mit der weiteren Begründung, vor der Generalversammlung bestehe noch kein fälliger, klagbarer Anspruch. Kritisch äussert sich sodann auch KUMMER<sup>97</sup>.

Die *Judikatur* zu dieser Frage ist spärlich. Immerhin wurde in einem Schiedsgerichtsurteil vom 18.12.1943 die Beklagte verpflichtet, in einer AG eine Generalversammlung einzuberufen und dort ihre Stimme in durch das Urteil vorgeschriebener Weise abzugeben<sup>98</sup>, und neuerdings hat das Zürcher Kassationsgericht in einer überzeugenden Entscheidung die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im Hinblick auf die Stimmabgabe geschützt<sup>99</sup>. Dem Verpflichteten kann daher im Befehlsverfahren eine bestimmte Stimmabgabe richterlich vorgeschrieben werden<sup>100</sup>.

b) Doch vermag auch der Anspruch auf Realerfüllung nicht zu verhindern, dass Aktionärsbindungsverträge *verletzt* werden. So ist eine bindungswidrig abgegebene Stimme von der Gesellschaft so zu beachten, wie sie abgegeben wurde<sup>101</sup>. Der Anspruch auf Rechtsschutz wird daher nur wirksam, wenn er rechtzeitig geltend gemacht oder wenn auf einen Generalversammlungsentcheid zurückgekommen werden kann.

c) Aufdrängen würde sich als Mittel der Realerfüllung die *richterliche Ersatzvornahme*, doch wird diese von der schweizerischen Doktrin praktisch einhellig abgelehnt.

<sup>94</sup> So DOHM (zit. Anm. 24) 166; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 309a ff., 703a f. (vgl. auch die dortigen Diskussionsbeiträge von HINDERLING, LEHNER, SECRÉTAN und JÄGGI, ebda 713a, 720a f., 727a f., 734a f.; STAUDER (zit. Anm. 24) 173, 177; KOEBEL (zit. Anm. 24) 60f.; STUBER (zit. Anm. 24) 81ff., 88; ZIEHLMANN (zit. Anm. 24) 241f.

<sup>95</sup> Vgl. SONTAG (zit. Anm. 47) 59f.; WIELAND in SJZ 48 (1952) 4; REGULA PESTALOZZI-HENGGELER, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948, 108.

<sup>96</sup> ZSR (zit. Anm. 24) 118a; Stimmrechtsvereinbarungen (zit. Anm. 24) 19 und Travaux CAPITANT (zit. Anm. 24) 227.

<sup>97</sup> MAX KUMMER, Die Eignung der AG für die Erhaltung der Familienunternehmung, in BTJP 1970, Bern 1972, 140ff.

<sup>98</sup> Vgl. den Hinweis bei GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 315a Anm. 27.

<sup>99</sup> ZR 83 (1984) Nr. 53 S.159ff.; vgl. dazu auch THOMAS LÖRTSCHER, Realerfüllung und vorsorglicher Rechtsschutz beim Aktionärsbindungsvertrag, Schweizer Treuhänder 60 (1986) 192ff.

<sup>100</sup> So auch die herrschende schweizerische Lehre, vgl. GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 319a; DOHM (zit. Anm. 24) 181f.; STUBER (zit. Anm. 24) 86f., 88; KOEBEL (zit. Anm. 24) 63 sowie LEHNER in ZSR 78 (1959) II 720a f. Anderer Meinung ist m.W. nur PATRY in ZSR, (zit. Anm. 24) 118a mit der Begründung, ein solcher Verstoß verletze das Recht auf freie Stimmabgabe. Dieses Argument ist m.E. nicht überzeugend, wenn man mit der praktisch einhelligen schweizerischen Lehre und Praxis Stimmbindungsverträge für zulässig und rechtlich verbindlich erachtet.

<sup>101</sup> ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 261.

## 2. Faktische Sicherungsmassnahmen

Angesichts des begrenzten rechtlichen Schutzes erstaunt es nicht, dass in der Praxis regelmässig faktische Sicherungen der Erfüllung vorgesehen werden. Die wichtigsten seien hier stichwortartig aufgeführt:

- *Vollmacht* an den Berechtigten oder einen Dritten, die gebundenen Aktien zu vertreten<sup>102</sup>;
- *Hinterlegung* der belasteten Aktien bei einer Bank oder Treuhandgesellschaft<sup>103</sup>: Alle am Aktionärbindungsvertrag beteiligten Parteien hinterlegen die Aktien *gemeinsam*<sup>104</sup> und vereinbaren mit dem Aufbewahrer, dass dieser die Aktien *nur mit Zustimmung aller Vertragsparteien herausgeben* darf, wie dies bei der Sequestration von Gesetzen wegen vorgesehen ist<sup>105</sup>;
- zusätzlich zur Hinterlegung *Verpfändung* der Aktien zur Sicherung allfälliger künftiger Verpflichtungen aus Konventionalstrafe und Schadenersatz<sup>106</sup>, womit der Aufbewahrer zugleich Pfandhalter wird;
- *Verzicht* auf die Ausgabe von *Aktientiteln*<sup>107</sup> oder ausdrücklicher *Vermerk* auf den *Aktientiteln*, dass eine Aktie einem Bindungsvertrag untersteht<sup>108</sup>;
- Vereinbarung von *Konventionalstrafen*<sup>109</sup>;

<sup>102</sup> Für sich allein ist die Einräumung der Vertretungsbefugnis kein wirksames Sicherungsmittel, da nach der zwingenden Vorschrift von Art. 34 Abs. 1 OR eine Vollmacht jederzeit widerrufen werden kann; ebenso GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 326a und DOHM (zit. Anm. 24) 189.

<sup>103</sup> Vgl. dazu etwa HAYMANN (zit. Anm. 24) 120f. und DOHM (zit. Anm. 24) 148 sowie als Beispiel ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 260f.

<sup>104</sup> Vgl. dazu GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar zu Art. 425–491 OR, Bern 1962, Art. 480 N 1b.

<sup>105</sup> Art. 480 OR. Der Aktionär verliert damit den ausschliesslichen Besitz und die Verfügungsgewalt über die belasteten Papiere, und es ist der einseitige Widerruf eines solchen Hinterlegungsvertrages ausgeschlossen. Vgl. OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar zum Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981, Syst. Teil, N 214.

<sup>106</sup> Vgl. STUBER (zit. Anm. 24) 53; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 322a f.

<sup>107</sup> Diese Massnahme darf freilich in ihrer Wirkung nicht überschätzt werden, da auch nicht verbriefte Aktienrechte übertragen werden können.

<sup>108</sup> Vgl. den Hinweis von FROMER in ZSR 78 (1959) II 731a f. Solche Vermerke sind nach richtiger Ansicht jedoch wenig wirksam; sie binden die Gesellschaft nicht, ebensowenig den Aktienkäufer, es sei denn, dieser übernehme die durch Aufdruck kundgegebene Verpflichtung im Sinne einer Schuldübernahme nach Art. 175 OR.

<sup>109</sup> Um wirksam zu sein, ist die Strafe hoch anzusetzen, vgl. als Gegenbeispiel ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 160ff. Dies um so mehr, als BGE 88 II 172ff. zeigt, dass das Bundesgericht gewillt ist, in diesem Bereich auch hohe Strafen aufrecht zu erhalten.

- Überführung der gebundenen Aktien in das *Gesamteigentum* aller Beteiligten<sup>110</sup>, insbesondere durch Einbringung in eine einfache Gesellschaft oder – besser – eine *Kommanditgesellschaft*<sup>111</sup>;
- *fiduziarische Übertragung* der gebundenen Aktien an einen als Treuhänder tätigen Dritten<sup>112</sup>;
- Einbringung der Aktien in eine  *Holdinggesellschaft*, an der sich die Vertragspartner des Aktionärbindungsvertrages als Aktionäre beteiligen<sup>113</sup>;
- Verbindung von Aktionärbindungsverträgen mit der statutarischen Ordnung, insbesondere mit *Vinkulierungsvorschriften*<sup>114</sup>.

## V. Gültigkeit und Schranken von Stimmbindungen

### 1. Grundsatz: Gültigkeit von Abstimmungsvereinbarungen

In der schweizerischen Gerichtspraxis<sup>115</sup> wie in der Doktrin<sup>116</sup> ist unbestritten, dass im schweizerischen Recht Stimmbindungsvereinbarungen *zulässig* sind.

Insbesondere finde ein Stimmbindungsverbot *keine Rechtsgrundlage im Aktienrecht*: Hervorgehoben werden in diesem Zusammenhang die freiheitliche Stellung des Aktionärs<sup>117</sup> sowie das Fehlen anderer Pflichten als der Liberierungspflicht<sup>118</sup>. In Stimmbindungsvereinbarungen liege auch keine

<sup>110</sup> Vgl. dazu HIRSCH/PETER, Une meilleure garantie de l'exécution des conventions d'actionnaires..., SAG 56 (1984) 1ff.

<sup>111</sup> Das Eidg. Amt für das Handelsregister hat im Jahre 1987 die Eintragung einer solchen Kommanditgesellschaft verweigert, mit der Begründung, es müsse eine Kommanditgesellschaft stets ein Gewerbe (freilich nicht zwingend ein kaufmännisches) betreiben. Im Zuge des Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens hat das Amt aber die Eintragung genehmigt, wodurch die Beschwerde gegenstandslos wurde (Beschluss des Bundesgerichts vom 20.5.1987 in Sachen M. gegen Eidg. Amt für das Handelsregister).

<sup>112</sup> Vgl. PATRY, ZSR (zit. Anm. 24) 121a f.; DOHM (zit. Anm. 24) 190f.; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 223a.

<sup>113</sup> Damit verlieren die Beteiligten freilich Aktionärseigenschaft und Aktieneigentum zugunsten der Holdinggesellschaft und einer Beteiligung an derselben.

<sup>114</sup> Als Vinkulierungsbestimmung wird etwa vorgesehen, dass die Zustimmung zur Eintragung eines Aktienerwerbers in das Aktienbuch nur zu erteilen ist, wenn dieser einem Aktionärbindungsvertrag beigetreten ist. Da in den Schranken der Willkür beliebige Vinkulierungsvorschriften aufgestellt werden dürfen, ist eine solche Bestimmung m.E. zulässig (ebenso schon BGE 31 II 913, bejahend auch PESTALOZZI-HENGGELER, zit. Anm. 95, 107f.), soweit sie nicht dazu dient, eine als solche unzulässige Bindungsvereinbarung durchzusetzen.

<sup>115</sup> Vgl. BGE 109 II 43ff., 88 II 174ff., 81 II 542; ZR 69 (1970) Nr. 101 S. 160ff.; AGVE 1950, 59.

<sup>116</sup> So zahlreiche der vorn Anm. 24 aufgeführten Autoren.

<sup>117</sup> BGE 81 II 542; PATRY, ZSR (zit. Anm. 24) 4a; DOHM (zit. Anm. 24) 60ff.

<sup>118</sup> Vgl. DOHM (zit. Anm. 24) 62ff.; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 254a ff.

Umgehung der Vorschriften über die Generalversammlung<sup>119</sup> und keine Gefahr für das Funktionieren der AG<sup>120</sup>, ebensowenig eine Aufspaltung von Aktionärsrechten, weil der Aktionär ja immer noch (freilich vertragswidrig) nach seinem Willen stimmen könne<sup>121</sup>. Endlich verletze die Verpflichtung, das Stimmrecht nach den Weisungen eines anderen auszuüben, auch nicht Art. 692 Abs. 2 Satz 1 OR, wonach jedem Aktionär mindestens eine Stimme zukommen soll<sup>122</sup>.

Doch unterliegen Stimmbindungsvereinbarungen nach Lehre und Praxis *Schranken*:

## 2. Verbot der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen

Nach Art. 691 Abs. 1 OR ist die *Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung* durch die Überlassung von Aktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts *unstatthaft*. Die schweizerische Lehre hat diese Norm weiter gefasst und daraus einhellig ein Verbot der Vereitelung des mit Stimmrechtsbeschränkungen angestrebten Erfolgs durch Umgehungsgeschäfte abgeleitet<sup>123</sup>. Von *Gesetzes* wegen sind solche Stimmrechtsbeschränkungen vorgesehen in Art. 695 Abs. 1 OR für den Dechargebeschluss und in Art. 659 Abs. 5 OR mit Bezug auf von der Gesellschaft selbst gehaltene Aktien. Weitere Beschränkungen können sich aus den Statuten ergeben.

## 3. Verbot der Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen

Unbestritten ist im Grundsatz auch, dass Vinkulierungsbestimmungen nicht durch Stimmbindungsvereinbarungen unterlaufen werden dürfen. Die Konkretisierung dieser Regel schafft jedoch erhebliche Schwierigkeiten:

- a) Aus der Bundesgerichtspraxis sind zwei Entscheide einschlägig<sup>124</sup>:
- aa) BGE 81 II 534ff.: In einer Gesellschaft, die vinkulierte Namenaktien ausgegeben hatte, übte ein Aktionär das Stimmrecht einerseits für 142 Aktien

<sup>119</sup> Vgl. etwa KOEBEL (zit. Anm. 24) 36f.

<sup>120</sup> DOHM (zit. Anm. 24) 72ff., 75ff.

<sup>121</sup> DOHM (zit. Anm. 24) 78ff., 80; ferner PATRY, ZSR (zit. Anm. 24) 75a.

<sup>122</sup> GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 267a.

<sup>123</sup> Vgl. etwa DOHM (zit. Anm. 24) 101; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 264a; PATRY, ZSR (zit. Anm. 24) 93a ff., 103a und zusammenfassend LÜBBERT (zit. Anm. 24) 255.

<sup>124</sup> Ein weiterer Entscheid zur Stimmbindung – BGE 88 II 172ff. – befasst sich mit Inhaberaktien. Er bestätigt die allgemeine Zulässigkeit von Bindungsvereinbarungen.

aus, die er veräussert hatte, deren Übertragung von der Gesellschaft aber nicht genehmigt worden war, andererseits als Bevollmächtigter einer Bank, die 240 Aktien fiduziarisch bei einer Kapitalerhöhung gezeichnet hatte und mit diesen Aktien eingetragen worden war.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, es sei die Ausübung des Stimmrechts an den *veräusserten* Aktien *unzulässig*, da darin ein Umgehungsgeschäft, ein Verstoß gegen die statutarischen Vinkulierungsbestimmungen liege<sup>125</sup>.

Dagegen liess es die *Stimmabgabe für den Fiduziar* zu, selbst wenn dieser das Stimmrecht nach den Weisungen des Fiduzianten ausüben sollte: Fiduziarische Verhältnisse seien nicht verboten, und der eingetragene Fiduziar erlange alle Rechte. «Wenn nicht ein Umgehungsgeschäft vorliegt, ist jeder Aktionär frei, nach den Wünschen eines Dritten zu stimmen.»<sup>126</sup>

bb) In BGE 109 II 43ff. war eine *Stimmrechtszession* für vinkulierte Namenaktien zu prüfen. Das Bundesgericht erklärte diese für unzulässig<sup>127</sup>, prüfte dann aber eine allfällige Möglichkeit der Konversion in ein gültiges Rechtsgeschäft. In Frage komme ein einseitiger *Aktionärbindungsvertrag sui generis*. Trotz der ausdrücklichen Erklärung, ABV seien zulässig<sup>128</sup>, erachtete das Bundesgericht die Stimmabgabe im konkreten Fall wegen Rechtsmissbrauchs und Umgehung der Vinkulierungsbestimmungen als ungültig<sup>129</sup>.

b) Der letztgenannte Entscheid hat in der Doktrin zu erheblicher – bis heute nicht beseitigter – Unsicherheit geführt. Nach BÄR<sup>130</sup> «bedeutet dieses Urteil ... nicht weniger als die Unzulässigkeit von Stimmvereinbarungen bezüglich vinkulierter Namenaktien». Im gleichen Sinne äusserte sich auch HOMBURGER<sup>131</sup>: «Somit wären in allen Fällen, wo die Statuten die Verweigerung einer Aktienübertragung ohne Grundangabe zulassen, Stimmrechtsvereinbarungen, welche die Mehrheitsverhältnisse beeinflussen, unzulässig. Dies geht zu weit.»

Dem Einwand, Stimmrechtsvereinbarungen dürften bei vinkulierten Namenaktien *nicht schlechthin unzulässig* sein, ist durchaus *zuzustimmen*. Entgegen BÄR und HOMBURGER folgt diese Konsequenz aber m.E. aus dem kritisierten Urteil nicht. Das Bundesgericht erklärt darin: «Stimmrechtsvereinbarungen, mit welchen statutarische Vinkulationsbestimmungen *umgangen* werden sollen, sind rechtsmissbräuchlich und deshalb unbeachtlich»<sup>132</sup>. *Nicht jede Stimmbindung* ist damit nach diesem Entscheid unbeachtlich, sondern nur eine, welche die statutarische Vinkulierung *umgeht*. Ein solches Umgehungsgeschäft lag auch tatbeständlich zugrunde, nämlich eine sog. Stimm-

<sup>125</sup> S. 540, mit Hinweis auf zwei weitere, nicht publizierte Entscheide.

<sup>126</sup> S. 542.

<sup>127</sup> S. 44.

<sup>128</sup> S. 45 E 3.

<sup>129</sup> S. 46 E a und b, mit Judikatur- und Literaturhinweisen.

<sup>130</sup> ZBJV 121 (1985) 235.

<sup>131</sup> SAG 55 (1983) 125.

<sup>132</sup> BGE 109 II 46 E 3b, Hervorhebung durch mich.

rechtszession, durch welche der Zedent seine Mitwirkungsrechte an einen Dritten übertragen hätte.

Damit stellt sich die Frage nach der *Abgrenzung* zwischen der zulässigen, gültigen und der als Umgehung unbeachtlichen Stimmbindung. Nicht massgebend kann m.E. – entgegen BÄR<sup>133</sup> – sein, ob Stimmen für einen im Aktienbuch nicht eingetragenen Dritten oder für einen Mitaktionär ausgeübt werden. Diesbezüglich hält das Bundesgericht zu Recht fest, dass die Vinkulierung auch dazu dienen kann zu verhindern, dass einzelne Aktionäre ihre bisherige Stellung verstärken<sup>134</sup>.

Ein Ansatz für die Differenzierung ist m.E. vielmehr in der *Interessenlage* zu suchen:

Einem Aktionär kann es nicht verwehrt werden, dass er sich mit anderen zusammentut, um seine *eigenen Interessen* wirksamer durchzusetzen. Die Vinkulierung ändert an diesem legitimen Interesse nichts.

Verpönt und eine Umgehung von Vinkulierungsvorschriften ist es dagegen, wenn ein Aktionär seine Rechte im *Interesse eines Dritten* und nach dessen Weisungen einsetzt, falls dieser Dritte mit den vertraglich gebundenen Aktien nicht eingetragen werden könnte.

Daraus folgt: Ein Bindungsvertrag ist bei vinkulierten Namenaktien dann, und nur dann, verpönt, wenn ein eingetragener Aktionär seine Stimmen nach den *Weisungen eines Dritten und in dessen Interesse* ausübt, immer vorausgesetzt, dieser Dritte könnte mit den gebundenen Aktien nicht selber Aktionär werden. Zulässig ist es dagegen, dass sich Namenaktionäre zusammenschliessen, um gemeinsam ihre jeweils *eigenen Interessen* zu verfolgen. Gegen die Bildung eines Aktionärskonsortiums lässt sich daher m.E. nichts einwenden, wohl aber gegen die Erteilung von Vollmachten an nicht genehme Dritte oder die Eingehung der Verpflichtung, nach Weisungen dieser Dritten in deren Interesse zu stimmen.

#### 4. Weitere Schranken

Erwähnt werden mag, dass eine Stimmrechtsvereinbarung auch wegen Sittenwidrigkeit ungültig sein kann. So nimmt die schweizerische Doktrin mehrheitlich an, es sei der sogenannte *Stimmenkauf* unsittlich und rechtlich nicht verbindlich<sup>135</sup>. Dabei ist die Abgrenzung freilich im einzelnen umstritten.

<sup>133</sup> Vgl. ZBJV 121 (1985) 236.

<sup>134</sup> BGE 109 II 46 E 3b.

<sup>135</sup> So etwa KOEBEL (zit. Anm. 24) 42ff.; STUBER (zit. Anm. 24) 101f.; GLATTFELDER (zit. Anm. 24) 269f.; PATRY in ZSR (zit. Anm. 24) 125a Anm. 175; BÖCKLI (zit. Anm. 24) 59f.; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte (zit. Anm. 1) 139; BÜRGI, Kommentar zu Art. 692 (zit. Anm. 22) N 33f.

## VI. Aktionärbindungsverträge und Aktienrechtsreform

Die Arbeiten an der schweizerischen Aktienrechtsreform befinden sich zur Zeit – nach langen und mühsamen Geburtswehen<sup>136</sup> – in ihrem Endstadium. Es sei daher gestattet, noch kurz der Frage nachzugehen, wie sich das künftige Recht den ABV gegenüber verhalten wird.

Dazu ist vorab festzustellen, dass der recht ausführlich gehaltene Entwurf<sup>137</sup> sich zu den ABV ausschweigt. Dies ist erstaunlich, handelt es sich doch bei den ABV um ein nützliches, ja notwendiges Instrument zur sinnvollen Ausgestaltung personalistischer Aktiengesellschaften, einem Rückgrat der schweizerischen Wirtschaft. Für dieses Schweigen könnten – soweit ich sehe – nur drei Gründe angeführt werden:

- Das künftige Recht erwähnt die ABV nicht, weil es sie *nicht zulassen* will.
- Der Gesetzgeber schweigt sich über die ABV aus, weil die in der Praxis entwickelte Ordnung ausreicht und *genügend klar* ist.
- Oder es will sich der Gesetzgeber nicht an diese Aufgabe wagen, weil sie ihm *zu komplex* erscheint und er eine Lösung lieber der Praxis überlässt.

Keines dieser Argumente vermöchte zu überzeugen:

- Davon, dass der Gesetzgeber Aktionärbindungsverträge künftig *nicht mehr zulassen* will, kann wohl *keine Rede* sein. Es wäre dies auch völlig unverständlich angesichts der etablierten Position, welche diese Bindungen im heutigen Wirtschaftsleben einnehmen.
- *Ebensowenig* kann – dies hoffe ich mit den vorstehenden Ausführungen deutlich gemacht zu haben – davon ausgegangen werden, die Rechtslage sei *ausreichend klar*. Vielmehr sind schon Grundfragen ungeklärt und wird wohl nicht selten auf die Durchsetzung legitimer Rechte verzichtet, weil ein unangemessener Gerichtsentscheid befürchtet werden müsste.
- Eine gesetzliche Ordnung müsste aber auch *nicht kompliziert und langfädig* werden. Vielmehr würde es genügen, die Möglichkeit von ABV für die Dauer des Bestandes einer AG gesetzlich zu verankern<sup>138</sup> und die interne, nicht aber externe<sup>139</sup> Verbindlichkeit solcher Verträge zu statuieren<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Vgl. dazu statt vieler CHRISTOPH VON GREYERZ, Ausgangslage, Probleme und Werdegang der Aktienrechtsreform, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 1ff.

<sup>137</sup> An die Stelle der 144 Artikel des geltenden Aktienrechts sollen künftig über 200 treten, vgl. ANDREAS C. BRUNNER, Fragwürdige Vermehrung staatlicher Vorschriften, Schweiz. Treuhänder 11/1983, 48f.

<sup>138</sup> Dies wohl verbunden mit einem Auflösungsrecht aus wichtigem Grund.

<sup>139</sup> Im Verhältnis zur Gesellschaft und Dritten.

<sup>140</sup> Einen entsprechenden Vorschlag haben ALAIN HIRSCH und der Verfasser vor einigen Jahren gemacht, vgl.: Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge, SAG 57 (1985) 29ff., 33 Ziff. 7, freilich, ohne ein Echo auszulösen.

Der vorliegende Entwurf für ein künftiges schweizerisches Aktienrecht wird daher (nicht nur, aber auch) in diesem Punkt den Bedürfnissen der personenbezogenen AG nicht gerecht<sup>141</sup>. Obwohl es hiefür mittlerweile fast zu spät ist, sei daher nochmals postuliert, eine entsprechende Bestimmung in das künftige Recht aufzunehmen<sup>142</sup>. Damit könnte legitimen Bedürfnissen an zusätzlicher Bindung der Gesellschafter bei personenbezogenen Aktiengesellschaften Rechnung getragen werden, ohne dass die Interessen Dritter an Rechtssicherheit tangiert würden. Gerade wenn man an der Einheit des Aktienrechts festhalten will, rechtfertigt sich eine solche Rücksichtnahme auf praktisch wichtige und legitime Anliegen einer wichtigen und häufigen atypischen Erscheinungsform der AG, um so mehr, als daraus niemandem Nachteile erwachsen.

Es ist daher zu hoffen, dass trotz fortgeschrittener Zeit die Gelegenheit der hängigen Reform benutzt wird, um den Aktionärbindungsvertrag *aus der Reihe der Innominatverträge und der Verträge mit ungewisser Qualifikation zu lösen und daraus einen Nominatkontrakt zu machen*.

<sup>141</sup> Hinsichtlich weiterer diesbezüglicher Mängel vgl. FORSTMOSER, Behandlung der personenbezogenen AG (zit. Anm. 15) 53ff. sowie ders., Würdigung der Aktienrechtsreform (zit. Anm. 15) 128f.

<sup>142</sup> Dass zum bundesrätlichen Entwurf für eine Teilrevision des Aktienrechts nicht rechtzeitig Stellung bezogen werden konnte, liegt daran, dass dieser Entwurf nie einer Vernehmlassung unterzogen wurde – ganz im Gegensatz zu seinen Vorentwürfen, die gleich zweimal öffentlich zur Diskussion gestellt wurden.

Sonderdruck aus:

Innominatverträge

Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep

---

## Aktionärbindungsverträge

PETER FORSTMOSER

Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

---

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988