

# Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht

Peter Forstmoser\*

## Inhalt

I.	Leitbild und Realität im Aktienrecht .....	377
II.	Ergänzung der körperschaftsrechtlichen Ordnung durch Verträge – eine Notwendigkeit in der personenbezogenen AG .....	379
1.	Begrenzte Flexibilität des Aktienrechts hinsichtlich einer personalistischen Ausgestaltung .....	379
2.	Ergänzung des Aktienrechts durch Verträge .....	381
3.	Aktionärbindungsverträge insbesondere .....	383
III.	Die wirtschaftliche Betrachtung: Einheit von aktienrechtlicher Ordnung und Bindungsvertrag .....	386
IV.	Die rechtliche Ausgangslage: hier Körperschaftsrecht, da – aktienrechtlich irrelevantes – Vertragsrecht .....	387
V.	Rechtlich relevante Beziehungen zwischen Aktionärbindungsvertrag und körperschaftsrechtlicher Ordnung .....	393
1.	Wahlmöglichkeiten zwischen vertraglicher und körperschaftlicher Regelung .....	393
2.	Relevanz von Aktionärbindungsverträgen im Körperschaftsrecht? .....	396
3.	Einflüsse des Körperschaftsrechts auf Aktionärbindungsverträge .....	399
4.	Konversion einer ungültigen statutarischen Bestimmung in eine gültige vertragliche? ..	401
5.	Wechselbeziehungen bei der Auslegung? .....	403
6.	Schiedsgerichtsklauseln .....	404
7.	Gerichtsstandsregeln .....	405
VI.	Schlussbemerkung .....	406

---

\* Meine Assistenten, Salvatore Camodeca, DEA Sc. pol./cand. iur., Catrina Erb, lic. iur., Christian Habegger, lic. iur., Christa-Maria Harder Schuler, lic. iur. RA, haben mich engagiert unterstützt. Sie haben den wissenschaftlichen Apparat vervollständigt, einzelne Rechtsfragen selbständig geklärt und dazu Textvorschläge gemacht. Ich danke ihnen.

Im wissenschaftlichen Werk von Heinz Rey finden sich zwei Schwerpunkte: Schuldrecht<sup>1</sup> und – dies vor allem – Sachenrecht<sup>2</sup>. Dieser Beitrag zu Ehren des Kollegen, dessen Wege zu den meinen seit der Assistentenzeit vielfach parallel verlaufen sind, sei daher einem Thema an der Schnittstelle zwischen Schuldrecht und „quasi dinglichem“<sup>3</sup> Körperschaftsrecht gewidmet: dem der *Aktionärbindungsverträge (ABV)*, die gleichsam eine Brücke bilden zwischen körperschaftlicher Ordnung auf der einen Seite und vertraglicher auf der anderen.

ABV können die innergesellschaftliche – statutarische und reglementarische – Ordnung ergänzen oder korrigieren, sie können diese gelegentlich auch ersetzen<sup>4</sup>. Sie sind der vielleicht wichtigste Pfeiler beim Einsatz der Aktiengesellschaft als einer vom Gesetz als reine Kapitalgesellschaft konzipierten Körperschaft<sup>5</sup> für Gebilde, bei denen personenbezogene Elemente zu berücksichtigen sind oder solche gar im Vordergrund stehen. Sie ermöglichen eine Verknüpfung personalistischer mit kapitalistischen Elementen, lassen Spielraum für vielfältigste individuelle Ausgestaltungen, beinhalten aber auch nicht unerhebliche Unsicherheiten.

Diese Skizze will auf die mannigfachen Querbeziehungen der dogmatisch klar getrennten körperschafts- und vertragsrechtlichen Ordnungen hinweisen. Sie kann nur einige Highlights aufzeigen. Für alles Weitere sei auf vertiefte Untersuchungen verwiesen – vorliegende<sup>6</sup> und noch zu schreibende.

1 Vgl. HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1998; DERS., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I + II, 7. Aufl., Zürich 1998; DERS., *Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, hrsg. von HEINRICH HONSELL/HEINZ REY, Zürich 1991; DERS., *Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen*, ZSR 113 (1994) 139 ff.; DERS., *Die Behandlung des Factoringvertrages im schweizerischen Recht*, in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft*, Bern et al. 1992, 289 ff.

2 Vgl. HEINZ REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 2. Aufl., Bern 2000; DERS., *Schweizerisches Stockwerkeigentum*, 2. Aufl., Zürich 2001; DERS., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II*, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, Art. 664-712, 780 ZGB und Art. 20, 56 SchIT ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1998; DERS., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Art. 712a-712t ZGB*, Bern 1988; DERS., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB*, Bern 1981; DERS., *Die Bedeutung öffentlichrechtlicher Bestimmungen im privatrechtlichen Immissionsschutz*, recht 2000, 280 ff.; DERS., *Stufenordnung bei kollidierenden Nutzungsinteressen an einem Grundstück?*, recht 2000, Sondernummer für Wolfgang Wiegand zum 60. Geburtstag, 137 ff.; DERS., *Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs*, ZBGR 65 (1984) 73 ff.; DERS., *Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages*, BN 44 (1983) 193 ff. sowie ZBGR 64 (1983) 257 ff.; DERS., *Präventiver Eigentumsschutz und atomare Entsorgung*, in: *Festschrift für Arthur Meier-Hayoz*, hrsg. von PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Zürich 1982, 309 ff.; DERS., *Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten*, ZBGR 62 (1981) 321 ff.; DERS., *Grundbuch und Planung*, ZBGR 61 (1980) 1 ff.

3 Vgl. PETER BÖCKLI, *Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmeobligationen*, in: *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge*, hrsg. von JEAN NICOLAS DRUEY/PETER FORSTMOSER, SNA 13, Zürich 1998, 35 ff., 46 f.

4 Dazu nachstehend, Ziff. V.1.

5 Vgl. statt aller PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 2 N 22 ff.

6 Aus der Fülle von Publikationen seien etwa erwähnt: PETER BÖCKLI, *Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht*, ZBJV 129 (1993) 475 ff. (nachfolgend zit. *ABV, Vinkulierung, Vorkaufsrechte*); JÜRGEN DOHM, *Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire*, Diss. Genf 1971; JEAN NICOLAS DRUEY/PETER FORSTMOSER (HRSG.), *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge*, Zürich 1998, mit Beiträgen von Jean Nicolas Druey, Peter Böckli und Peter Nobel; HANS GLATTFELDER, *Die Aktionärbindungsverträge*, ZSR 78 (1959) II 141a ff.; PETER FORSTMOSER, *Aktionärbindungsverträge*, in: *Festschrift für Walter R. Schluep*, hrsg. von PETER FORSTMOSER/PIERRE

Im Folgenden wird zunächst an das sattsam bekannte Auseinanderklaffen von gesetzlichem *Leitbild* und wirtschaftlicher *Realität* bei schweizerischen Aktiengesellschaften erinnert (Ziff. I.), das nur deshalb möglich wurde und erträglich ist, weil die aktienrechtliche Ordnung durch *Verträge* – und besonders durch *ABV* – ergänzt werden kann (Ziff. II.). Dabei ist nicht zu übersehen, dass zwar die in Statuten und Reglementen verankerte aktienrechtliche Ordnung mit der vertraglichen des *ABV* *sachlich* eine Einheit bilden (Ziff. III.), dass aber *rechtlich* sehr unterschiedliche Gebilde vorliegen, die auch ein unterschiedliches Schicksal haben können (Ziff. IV.). Bei näherem Zusehen zeigt sich freilich, dass auch *rechtlich* zwischen Aktionärbindungsvertrag und innergesellschaftlicher Ordnung intensivere *Verbindungen* bestehen als zunächst erwartet (Ziff. V.).

## I. Leitbild und Realität im Aktienrecht

a) *Leitbild* der schweizerischen AG ist – das ist nach der apodiktischen Feststellung in der bundesrätlichen Botschaft für eine Revision des Aktienrechts<sup>7</sup> kaum mehr bestritten – das der *Publikumsgesellschaft* mit einem grossen, anonymen Aktionärskreis<sup>8</sup>. Vor allem aber ist das Aktienrecht konsequent *kapitalbezogen*<sup>9</sup> und insofern der Gegensatz zu den personalistisch strukturierten Gesellschaften – der Genossenschaft<sup>10</sup> und den Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft).

Auf den *Kapitaleinsatz* ist das gesamte Aktienrecht ausgerichtet. Der Aktionär hat – sieht man von den börsengesetzlichen Ausnahmen für Publikumsgesellschaften<sup>11</sup> ab – eine einzige und ausschliesslich finanzielle Pflicht: die zur Liberierung der gezeichneten Aktien. Irgendwelche weiteren Pflichten bestehen weder von Gesetzes wegen noch können sie durch die statutarische Ordnung – selbst bei Einstimmigkeit – auferlegt werden<sup>12</sup>. Und die Rechte richten sich – abgesehen von den unverzichtbaren und den wohl-

TERCIER/ROGER ZÄCH, Zürich 1988, 359 ff.; MONIKA HINTZ-BÜHLER, *Aktionärbindungsverträge*, Diss. Bern 2001 = ASR 659; THEODOR LANG, *Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrages*, Diss. Basel, erscheint voraussichtlich 2003 in der Reihe SSHW (hier zitiert nach dem Skript); MAX MEYER, *Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis*, ZBJV 136 (2000) 421 ff.; ROBERT PATRY, *Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire*, ZSR 78 (1959) II 1a ff.

7 Vgl. BOTSCHAFT des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. nach dem Separatdruck), 3.

8 Vgl. statt vieler CARL BAUDENBACHER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel 2002, *Vorbemerkungen* zu Art. 620 N 9; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 2 N 13 ff.

9 Vgl. etwa BGE 91 II 307. Illustrativ ist die Legaldefinition von Art. 620 Abs. 1 OR, in welcher ausschliesslich vom *Kapital* die Rede ist und die im Gegensatz steht zu den Definitionen der Personengesellschaften, aber auch der Genossenschaft, wo jeweils das *personelle Substrat* in den Vordergrund gestellt wird (Art. 530 Abs. 1, 552 Abs. 1, 594 Abs. 1 und 828 OR). Eine Mittelstellung nimmt – nicht nur in ihrer Ausgestaltung, sondern bereits in der Definition – die GmbH ein, bei der beide Elemente – „Personen“ und „Kapital“ – gleichwertig erwähnt sind (Art. 772 OR).

10 So ausdrücklich die Botschaft des Bundesrates vom 21.2.1928 BBl 1928 I 205 ff. (zit. nach dem Separatdruck), 81: „Aktiengesellschaft und Genossenschaft sind wirtschaftliche Gegensätze. Die Aktiengesellschaft ist Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft Personenvereinigung“.

11 Dazu nachstehend, Ziff. V.2. lit. a).

12 Art. 680 Abs. 1 OR, dazu F. WOLFHART BÜRGI, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht V5b*, Zürich 1957, Art. 680 N 5 und 9; PETER KURER, *Basler Kommentar zum OR II*

erworbenen Rechten, die einem jeden Aktionär unabhängig von seinem Kapitaleinsatz zukommen – ebenfalls nach der Kapitalbeteiligung, wobei eine Differenzierung nur insoweit besteht, als zum Teil die gesamte *Verpflichtung*, die ein Aktionär eingegangen ist, massgebend ist<sup>13</sup>, zum Teil dagegen der effektiv *einbezahlte Betrag*<sup>14</sup>. *Abweichungen* vom Grundsatz „so viel Kapital, so viel Recht“ sind zwar möglich, aber nur in engen Grenzen<sup>15</sup>.

b) Die *Rechtswirklichkeit* ist jedoch eine völlig andere: Von den knapp 175'000 schweizerischen Aktiengesellschaften<sup>16</sup> sind lediglich einige hundert<sup>17</sup> börsenkotiert. Einige weitere hundert dürften einen grösseren Aktionärskreis und ausserbörslich gehandelte Aktien aufweisen. Bei der überwältigenden Mehrzahl aller Aktiengesellschaften handelt es sich dagegen um zumeist kleinere (teils aber volkswirtschaftlich bedeutsame) Gebilde mit einem *geschlossenen, überblickbaren Mitgliederkreis*. Bei diesen „*Personengesellschaften in der Rechtsform der AG*“ spielen personalistische Elemente eine entscheidende Rolle: AG und Mitaktionäre legen Wert auf persönliche Merkmale der Gesellschafter, etwa besondere fachliche Qualifikationen oder – und in der Praxis vor allem – die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Familienkreis. Und bei den Aktionärinnen und Aktionären stehen nicht – oder zumindest nicht nur – die Dividendeninteressen im Vordergrund, sondern persönliche Mitwirkungsrechte und -pflichten bis hin zur vollamtlichen Tätigkeit in der Gesellschaft<sup>18</sup>.

c) Daran ändert auch nichts, dass im letzten Jahrzehnt – als Folge der 1992 in Kraft getretenen Verschärfung des Aktienrechts – die GmbH bei den Neugründungen der AG den Rang abgelaufen hat<sup>19</sup>: Noch immer dürfte es bei den personenbezogenen Kapitalgesellschaften fast dreimal mehr Aktiengesellschaften als GmbH's geben, obwohl der Gesetzgeber für personenbezogene Gebilde im Kleid der Kapitalgesellschaft seit jeher die GmbH und sicher nicht die AG im Auge hatte<sup>20</sup>. An diesem Sachverhalt dürfte sich –

(FN 9), Art. 680 N 8; WALTER R. SCHLUEP, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, 194 ff.

13 So hinsichtlich des Stimmrechts, Art. 692 Abs. 1 OR.

14 So für das Recht auf Dividende und auf das Liquidationsergebnis, Art. 661 OR.

15 Dazu sogleich nachstehend, Ziff. II.1.

16 Stand per 31.12.2002: 173'332, vgl. SHAB Nr. 15 vom 24.01.2003, 58.

17 Gemäss Auskunft der SWX Swiss Exchange waren per 28.1.03 die Papiere von 298 schweizerischen Aktiengesellschaften an der SWX kotiert.

18 Selbst eine grössere Zahl von Publikumsgesellschaften mit kotierten Aktien weist stark personalistische Züge auf, indem die stimmenmässige Kontrolle bei einem geschlossenen Kreis von (Familien-)Aktionären liegt. Beispiele sind etwa der Pharmakonzern Hoffmann-La Roche, die Schindler Holding AG, die Vontobel Holding AG, der Chemie-Konzern EMS sowie die Mediengruppe Tamedia AG; vgl. die Hinweise bei PETER FORSTMOSER, Corporate Governance in der Schweiz – besser als ihr Ruf, in: Corporate Governance, Symposium Meier-Hayoz, hrsg. von PETER FORSTMOSER/HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF WEBER/DIETER ZOBL, Zürich 2002, 15 ff., 22 Anm. 15 und 27 Anm. 28.

19 Ende 1991 (dem Jahr vor dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts) bedienten sich knapp 2800 Gesellschaften der Rechtsform der GmbH. Heute sind es 61'442 (Stand per 31.12.2002, vgl. SHAB Nr. 15 vom 24.01.2003, 58). Im gleichen Zeitraum hat die Zahl der Aktiengesellschaften um weniger als zehn Prozent von 160'541 auf 173'322 Einheiten zugenommen (vgl. SHAB Nr. 14 1992 und Nr. 15 vom 24.01.2003, 58).

20 Mit der Einführung der GmbH in den dreissiger Jahren wollte der Gesetzgeber das Bedürfnis nach einem „Zwischenglied zwischen den rein kapitalistisch und den rein individualistisch organisierten Vergesellschaftungsformen“ befriedigen und eine passende Form schaffen für kleinere Gesellschaften, „wo eine

auch wenn die im Gange befindliche Reform des Rechts der GmbH<sup>21</sup> deren Beliebtheit weiter steigern sollte – in absehbarer Zeit nicht viel ändern.

## II. Ergänzung der körperschaftsrechtlichen Ordnung durch Verträge – eine Notwendigkeit in der personenbezogenen AG

### 1. Begrenzte Flexibilität des Aktienrechts hinsichtlich einer personalistischen Ausgestaltung

a) Der schweizerische Gesetzgeber hat vor den Bedürfnissen nach einer stärker *personenbezogenen Ausgestaltung* der AG die Augen nicht völlig verschlossen: Im Rahmen des dispositiven Rechts gibt es durchaus Möglichkeiten, von der Zuweisung von Rechten entsprechend dem Kapitaleinsatz abzuweichen,

- bezüglich der *Stimmkraft* durch die Einführung (unechter) *Stimmrechtsaktien*<sup>22</sup> und – besonders weitgehend – durch die Ausgabe von (stimmrechtslosen) *Partizipations-scheinen*<sup>23</sup>,
- hinsichtlich der *Ausübung der Mitwirkungsrechte* durch die *Einschränkung der Vertretungsmöglichkeiten*<sup>24</sup>,
- *vermögensmässig* durch *Vorzugsaktien*<sup>25</sup>,
- zum Zwecke der Einflussnahme auf den Aktionärskreis sodann durch *Übertragungser-schwerungen* mittels *Vinkulierung*<sup>26</sup>
- und schliesslich *ad personam* mit dem Instrument der *Gründervorteile*<sup>27</sup>.

b) Die zulässigen Abweichungen von einer kapitalbezogenen Struktur sind aber im Aktienrecht *beschränkt*, nicht nur sachlich, sondern auch *umfangmässig*:

- Stimmprivilegien können höchstens das Zehnfache des Kapitaleinsatzes von Aktionären betragen<sup>28</sup>. Das Partizipationskapital darf das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen<sup>29</sup>.

Verbindung von beschränkter Haftung mit persönlicher Beteiligung der Mitglieder bezweckt wird“ (vgl. BOTSCHAFT 1928 [FN 10], 273 f.).

21 Mit Datum vom 19.12.2001 hat der Bundesrat eine „Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)“ vorgelegt (BB vom 23.4.2002 3148 ff.). Das Gesetzesprojekt befindet sich zur Zeit (März 2003) zur Behandlung beim Nationalrat als Erstrat.

22 Art. 693 OR. Die ebenfalls möglichen *Stimmrechtsbegrenzungen* (Art. 692 Abs. 2 OR) dienen dagegen nicht der Personalisierung, sondern im Gegenteil dazu, einen massgebenden Einfluss einzelner Aktionäre zu verhindern, was dem Leitbild der Publikumsgesellschaft mit breit gestreutem Aktionariat entspricht.

23 Art. 656a ff. OR.

24 Art. 689 Abs. 2 OR.

25 Art. 654 und 656 OR.

26 Art. 685a ff. OR.

27 Art. 628 Abs. 3 OR.

28 Art. 693 Abs. 2 OR.

29 Art. 656b Abs. 1 OR.

- Die Möglichkeit, das Vertretungsrecht einzuschränken, gilt nur für Nichtaktionäre: Aktionäre müssen in jedem Falle als Vertreter zugelassen werden<sup>30</sup>.
- Übertragungserschwerungen sind nur in relativ engen – für nichtkотиerte und für kотиerte Aktien unterschiedlichen – Schranken zulässig<sup>31</sup>.
- Und besondere Vorteile zugunsten von Gründern oder anderen Personen müssen den Test der „Angemessenheit“ bestehen<sup>32</sup>.

Im Zuge der Aktienrechtsreform von 1968/1991 ist die gesetzliche Grundentscheidung, Abweichungen von der kapitalbezogenen Struktur nur in engen Grenzen zu ermöglichen, noch konsequenter umgesetzt worden als bisher. So waren unter altem Recht Stimmprivilegien unbegrenzt zulässig<sup>33</sup>. Das Partizipationskapital war vor der Reform gesetzlich nicht geregelt<sup>34</sup> und daher – zumindest nach herrschender Lehre und Praxis – auch nicht im Umfang begrenzt. Und die Fernhaltung missliebiger Aktienerwerber durch Vinkulierung war bis zur Grenze der Willkür möglich, weil die Statuten bestimmen konnten, „dass die Eintragung [von Erwerbern im Aktienbuch] ohne Angabe von Gründen verweigert werden darf“<sup>35</sup>.

c) In den Statuten personenbezogener Aktiengesellschaften finden sich nicht selten *untaugliche Versuche*, die konsequente und nur durch wenige Kompromisse gelockerte Kapitalbezogenheit des Aktienrechts zu überspielen und personalistische Elemente über das gesetzlich Zulässige hinaus statutarisch zu verankern.

Das Paradebeispiel sind *Angebotspflichten*, die den Aktionärinnen und Aktionären im Falle der Veräusserung ihrer Aktien zugunsten der verbleibenden Gesellschafter auferlegt werden, wobei die Erwerbsrechte der Verbleibenden allenfalls nach personalistischen Kriterien<sup>36</sup> abgestuft werden<sup>37</sup>.

Mit solchen Klauseln wird oft der bereits erwähnte<sup>38</sup> eherne Grundsatz des Aktienrechts missachtet, wonach es unmöglich ist, dem Aktionär irgendwelche über die Liberierung hinausgehende Pflichten zu auferlegen. Übersehen wird auch, dass es keinerlei Treue- oder Loyalitätspflichten eines Aktionärs gegenüber einem anderen gibt und dass Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und damit auch eine *actio pro socio*

30 Art. 689 Abs. 2 OR.

31 Art. 685b, 685d OR.

32 Art. 635 Ziff. 3. und 635a OR.

33 Privilegien, die das Zehnfache des Kapitaleinsatzes übersteigen und die vor dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts eingeräumt worden waren, können allerdings aufgrund der „grandfathering-clause“ der Schlussbestimmungen des BG über die Revision des Aktienrechts, Art. 5, bestehen bleiben.

34 Der als Wildwuchs in der Praxis entwickelte Partizipationsschein war abgestützt auf die knappe gesetzliche Regelung für Genussscheine, Art. 657 OR.

35 Art. 686 Abs. 1 des früheren Rechts. Von dieser Möglichkeit, der Gesellschaft bzw. ihrem Verwaltungsrat bei Beitrittsgesuchen freies Ermessen einzuräumen, haben unter altem Recht praktisch alle Gesellschaften Gebrauch gemacht, die Namenaktien ausgegeben hatten, unabhängig davon, ob diese kотиerte waren oder nicht. Dies führte zur unhaltbaren Konsequenz, dass man selbst beim börsenmässigen Kauf von Namenaktien nicht mit Sicherheit wusste, ob man die Aktionärsrechte erwerben konnte, wenn man nicht die internen (und oft als vertraulich eingestuft) Regeln der betreffenden Gesellschaft kannte.

36 Besonders der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder einem bestimmten Familienstamm.

37 Z.B. sind zunächst die Aktionäre eines bestimmten Familienstammes erwerbsberechtigt, in einer zweiten Runde sämtliche Aktionäre. Nur wenn vom Erwerbsrecht kein Gebrauch gemacht wird, können die Aktien an Dritte veräussert werden.

38 Vorn, bei FN 12.

im Sinne des Anspruchs eines Gesellschafters gegen einen anderen auf Erbringung gesellschaftsvertraglicher Leistungen<sup>39</sup> dem Aktienrecht fremd sind<sup>40</sup>.

Zwar können statutarische Anbietungspflichten und Erwerbsrechte allenfalls durch wohlwollende Auslegung als eine Vinkulierung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen verstanden werden, dann nämlich, wenn sie mit Ausnahme der Einschränkung der Partnerwahlfreiheit letztlich nur „Verfahrensregeln“ beinhalten<sup>41</sup>. Unzulässig und – zumindest als statutarische Klausel<sup>42</sup> – unwirksam sind sie aber jedenfalls dann, wenn nicht eine Veräusserung zum wirklichen Wert<sup>43</sup> gewährleistet ist oder wenn dem veräusserungswilligen Aktionär Erschwerungen in der Abwicklung zugemutet werden, die über das in Art. 685b ff. OR Vorgesehene hinausgehen.

Vereinzelt finden sich in Statuten auch andere Regelungen, die einer näheren gesetzlichen Prüfung nicht standhalten dürften, so etwa die Bestimmung, dass den Aktionären – oder einzelnen unter ihnen – ein Vorkaufsrecht zukommen soll, wenn die Gesellschaft Grundstücke oder andere wichtige Aktiven veräussern sollte. Eine solche Andienungspflicht könnte gegen die unentziehbareren Kompetenzen des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR verstossen.

Dabei wähnen sich die Beteiligten nicht selten in einer trügerischen Sicherheit, weil die statutarische Ordnung anstandslos im Handelsregister eingetragen worden war. Es wird die stark eingeschränkte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers<sup>44</sup> übersehen, die ein Einschreiten auch bei einer Verletzung zwingenden Rechts nicht zulässt, wenn nicht öffentliche Interessen oder Drittinteressen tangiert sind, sondern ausschliesslich solche der direkt Beteiligten<sup>45</sup>.

## 2. Ergänzung des Aktienrechts durch Verträge

a) Der nur durch einen begrenzten Spielraum im Rahmen des dispositiven Rechts gelockerte Grundsatzentscheid des Gesetzgebers zugunsten einer konsequent kapitalbezogen ausgestalteten Mitgliedschaft in der AG verunmöglicht es, mit den Mitteln des Aktienrechts allein eine adäquate Ordnung für personenbezogene Aktiengesellschaften zu schaffen. Es bedarf einer *Ergänzung – und allenfalls auch der Korrektur – der körperschaftsrechtlichen Ordnung durch Vertrag*.

39 Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 3 N 35.

40 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 2 N 34.

41 Vgl. CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, SZW 64 (1992) 244 ff., 226 f.

42 Zur Frage, ob eine Konversion in eine (gültige) vertragliche Vereinbarung möglich ist, vgl. nachstehend, Ziff. V.4.

43 Vgl. Art. 685b Abs. 1 OR.

44 Vgl. BGE 86 I 105 ff., 91 I 360 ff., 114 II 68 ff., 117 II 86 ff. und 125 III 18 ff. Dazu etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 129 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 16 N 30 ff.; PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Reprax 2/1999 1 ff.

45 Vgl. BGE 114 II 70, 91 II 362; kritisch hierzu ROLF BAR, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, Der Bernische Notar 1978 410 ff., 429 f.; DERS., Die Kognition des Handelsregisterführers, Reprax 1/2000 53 ff.

Vertragliche Regelungen kommen – nicht selten in Kombination – in zweierlei Art vor:

- als Verträge zwischen Aktionären und der AG<sup>46</sup> sowie
- als Verträge der Aktionäre untereinander<sup>47</sup>.

b) Verbreitet sind in personenbezogenen Aktiengesellschaften *Verträge zwischen den Aktionären (oder Einzelnen unter ihnen) und der Gesellschaft*<sup>48</sup>. So kann eine AG mit gewissen oder allen Aktionärinnen und Aktionären *Arbeitsverträge* eingehen<sup>49</sup>. Häufig sind auch *Darlehensbeziehungen*, sei es, dass die Aktionäre ihrer Gesellschaft die erforderlichen finanziellen Mittel zum Teil nicht durch die Liberierung von Aktienkapital, sondern durch (oft langfristige) Darlehen zur Verfügung stellen<sup>50</sup>, sei es, dass umgekehrt die Gesellschaft Mittel, die sie nicht benötigt, ihren Aktionären in der Form von Darlehen zuweist<sup>51</sup>.

Solche Verträge sind – jedenfalls, wenn sie „at arm’s length“ (also so, wie man es mit irgend einem Dritten auch täte) vereinbart und abgewickelt werden<sup>52</sup> – zulässig. Doch ist der Konnex zur Aktionärsstellung zu beachten:

- Es besteht das Risiko eines verpönten *Selbst- bzw. Doppelkontrahierens*<sup>53</sup>. Und es ist besonders genau zu prüfen, ob der Verwaltungsrat seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist und die Interessen der Gesellschaft konsequent gewahrt hat<sup>54</sup>.

46 Dazu sogleich Ziff. II.2. lit. b).

47 Dazu Ziff. II.3.

48 Vgl. dazu CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 255 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 40 N 325 ff.

49 Wobei der Arbeitnehmerstellung die weit wichtigere Bedeutung zukommen kann als der Aktionärs-eigenschaft.

50 Vgl. dazu etwa LOUIS DALLÈVES, L’actionnaire créancier, in: La société anonyme dans ses rapports avec les actionnaires, hrsg. von GAETAN BOHRER, Lausanne 2001 = CEDIDAC 43, 37 ff.; LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen/Bern 1996, passim. (nachfolgend zit. Darlehensvertrag); DERS., Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 6 (1997) 51 ff. (nachfolgend zit. Pflicht); MICHAEL HOLD, Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen/Bern 2000, passim.; ALEXANDER VOGEL, Kapitaleretzende „Sanierungs“-Darlehen im Konzern, SZW 65 (1993) 299 ff.; HANS-GEORG KOPPENSTEINER, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, AG 43 (1998) 308 ff.; THOMAS LÖSLER, Gesellschafterdarlehen in der AG am Beispiel der Philipp-Holzmann AG, NJW 53 (2000) 564 ff.

51 Vgl. dazu etwa DIETER AEBI, Interzession. Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001 = SSHW 206, 47 ff. m.w.H.

52 Was allenfalls durch eine sog. fairness opinion einer anerkannten Revisionsgesellschaft oder einer anderen Fachperson bestätigt werden sollte.

53 Vgl. aus der jüngeren Praxis BGE 126 III 361 ff., 127 III 332 ff.; dazu ANSGAR SCHOTT, Inlichgeschäfte und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002 = ZStP 178, 195 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) 5 ff.; PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Der Allgemeine Teil und das Ganze. Liber Amicorum für Hermann Schulin, hrsg. von NEDIM PETER VOGT/DIETER ZOBL, Basel 2002, 9 ff.; DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989) 289 ff.

54 Dies gilt zumindest insoweit, als nicht sämtliche Aktionäre mit der fraglichen Transaktion einverstanden sind und durch letztere keine Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden.

- Die Transaktion darf die aktienrechtlichen *Kapitalschutzbestimmungen* nicht verletzen<sup>55</sup>. Sie darf auch keine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen<sup>56</sup>, was impliziert, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angemessen sein muss<sup>57</sup>.
- Von Aktionären der Gesellschaft in Darlehensform zur Verfügung gestellte Mittel können – wenn sich die Gesellschaft ohne diese als unterkapitalisiert erweist – als „Quasi-Eigenkapital“ verstanden und im Konkurs wie Aktienkapital behandelt werden<sup>58</sup>.
- Eine explizite Regelung findet sich sodann in Art. 663a Abs. 4 OR für *Darlehensbeziehungen*, indem verlangt wird, dass die Gesamtbeträge „... der Forderungen und der Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären, die eine Beteiligung an der Gesellschaft halten“, in der Bilanz gesondert anzugeben sind<sup>59</sup>. Und die Richtlinie der SWX Swiss Exchange vom 17. April 2002 betreffend Informationen zur Corporate Governance<sup>60</sup> verlangt Angaben zu Darlehen, Vorschüssen oder Krediten, welche die Gesellschaft den Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung bzw. diesen nahestehenden Personen gewährt hat<sup>61</sup>, Letzteres freilich nur durch gesonderte Nennung des Gesamtbetrages und der Anzahl der Begünstigten für die Gesamtheit der exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung einerseits und für die Gesamtheit der nicht-exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrates andererseits<sup>62</sup>.

### 3. Aktionärbindungsverträge insbesondere

a) Vertragsbeziehungen können aber auch – und damit befasst sich dieser Aufsatz – zwischen den Aktionären untereinander, quasi als Ersatz für die fehlende *actio pro socio* des Personengesellschaftsrechts<sup>63</sup>, begründet werden. Zu diesen *Aktionärbindungsverträgen*<sup>64</sup> in aller Kürze allgemein Folgendes:

b) ABV sind „Verträge über die Ausübung von Aktionärsrechten“<sup>65</sup> und – so ist zu ergänzen – über die Pflicht, von einem Aktionär Aktien zu übernehmen, wobei mindestens eine der Parteien Aktionär, künftiger Aktionär oder wenigstens an Aktien dinglich

55 Vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 50), 71 ff.

56 Vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 50), 160 f.

57 Vgl. Art. 678 Abs. 2 OR. Dazu GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 50), 160; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 40 N 335, § 50 N 121.

58 Dazu etwa GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 50), 139 ff.; DERS., Pflicht (FN 50), 55 ff.; HOLD (FN 50), 194 ff.; VOGEL (FN 50) 301 f. Vgl. zudem die einschlägigen Reformpostulate von PETER BÖCKLI, Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, ZBJV 138 (2002) 709 ff., insb. 717 ff.

59 Vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag (FN 50), 10 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 51 N 114 ff. m.w.H.

60 Nachfolgend zit. Transparenzrichtlinie.

61 Vgl. Anhang Transparenzrichtlinie Ziff. 5.8.1.

62 Vgl. Anhang Transparenzrichtlinie Ziff. 5.8.2.

63 Vgl. vorn, bei FN 39.

64 Synonym verwendet werden Begriffe wie „Aktienbindungsvertrag“, „Poolvertrag“, „Syndikat“, wobei diese Begriffe – weil teils zu eng und teils auch irreführend – wenig befriedigen.

65 GLATTFELDER (FN 50), 173a.

berechtigt sein muss<sup>66</sup>, oder – in der präziseren Formulierung einer neuen Monographie<sup>67</sup> –

„vertragliche Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Parteien über Rechte und Pflichten, welche einen Zusammenhang haben zur Aktionärsstellung eines oder mehrerer der Beteiligten bei einer bestimmten Aktiengesellschaft“, wobei „[m]indestens einer der Vertragspartner ... Aktionär, künftiger Aktionär oder zur Ausübung von Aktionärsrechten befugt sein“ muss<sup>68</sup>.

- c) ABV können nach verschiedenen Kriterien *gliedert* werden, etwa
- nach *Art und Zahl der Vertragspartner*,
  - nach dem *Umfang des gebundenen Aktienbesitzes*,
  - nach der *Dauer* der gewollten Bindung und
  - nach ihrer *Intensität*<sup>69</sup>.

Besonders augenfällig sind die Interdependenzen mit aktienrechtlichem Körperschaftsrecht bei Verträgen, die

- *sämtliche Aktionäre* mit deren *gesamtem Aktienbesitz* erfassen,
- *auf Dauer* – typischerweise als Pendant zu den Statuten auf Dauer der Gesellschaft – beabsichtigt sind und die
- *rechtlich durchsetzbar* sein sollen.

Auf ihnen liegt das Schwergewicht dieser Ausführungen.

- d) Als *Inhalt* von ABV sind besonders häufig
- Bindungen hinsichtlich des *Stimmrechts* sowie – darüber hinausgehend – hinsichtlich der *Ausübung von Mitwirkungsrechten und -pflichten* nicht nur als Aktionär, sondern auch als Organ (vor allem als Mitglied des Verwaltungsrates) der Gesellschaft und
  - Regeln, die das *Verfügungsrecht* über Aktien betreffen<sup>70</sup>.

Vertragsgegenstand können sodann etwa sein: Bindungen betreffend die Ausübung des Bezugsrechts, die Dividendenpolitik oder die Verwendung des Liquidationserlöses sowie Verpflichtungen hinsichtlich der Teilnahme und Vertretung an der Generalversammlung. Nicht unter einen – engen – Begriff des ABV fallend<sup>71</sup>, aber oft in diesen enthalten, sind sodann zusätzliche Leistungs- und Verhaltenspflichten wie Nachschuss- und Zuzahlungspflichten oder die Übernahme einer persönlichen Haftung zugunsten der AG in Form von

66 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 39 N 154.

67 HINTZ-BÜHLER (FN 6), 5 f.

68 Ob die Gesellschaft selbst Vertragspartei sein kann, ist umstritten und hier nicht zu erörtern. Vgl. dazu etwa HINTZ-BÜHLER (FN 6), 9 sowie die Kontroverse zwischen MAX MEYER (FN 7), 421, ALFRED STIRNEMANN (Die Vertragsparteien des Aktionärsbindungsvertrages, ZBJV 136 [2000] 585 ff.) und ROLAND VON BÜREN/MONIKA HINTZ (Die Aktiengesellschaft als Partei eines Aktionärsbindungsvertrages?, ZBJV 136 [2000] 802 ff.).

69 Blosser „gentlemen's agreements“ oder rechtlich zwingende Anordnungen.

70 Erwerbsberechtigungen wie Vorkaufs-, Kaufs-, Rückkaufs- und Optionsrechte sowie entsprechende Verfügungsbeschränkungen bis hin zum Verfügungsverbot, Mitverkaufsverpflichtungen, Kaufs- und Rückkaufspflichten sowie Vorhandrechte.

71 Weil nicht direkt die Ausübung von Aktionärsrechten betreffend.

Schuldmitübernahmen, Garantieerklärungen oder Bürgschaften, ferner auch Treuepflichten und Konkurrenzverbote.

Regelmässiger Inhalt sind schliesslich Bestimmungen, welche die Durchsetzung der vereinbarten Regeln<sup>72</sup> und die Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten sicherstellen sollen<sup>73</sup>.

e) Nach ihrer *rechtlichen Qualifikation* können ABV unter die verschiedensten Vertragskategorien fallen<sup>74</sup>: Es kann sich um ein- oder zweiseitige *Schuldverträge* handeln, daneben aber auch – und vor allem – um *Gesellschaftsverträge*. Nicht selten kommen auch *Mischformen* vor, die Elemente verschiedener Vertragstypen in sich vereinen. Im einzelnen Folgendes:

- Vertragliche *Aktienwerbsermächtigungen* und -*verpflichtungen*<sup>75</sup> können weitgehend als *Kaufverträge* oder als gesetzlich nicht geregelte Abarten von solchen verstanden werden<sup>76</sup>.
- *Vorhandverträge* können als bedingte *Vorverträge* qualifiziert werden<sup>77</sup>. Eine Art *Garantieverträge* stellen Veräusserungssperren<sup>78</sup> und Versprechungen für einen Sitz im Verwaltungsrat<sup>79</sup> dar.
- Einseitige *Stimmbindungsverträge*<sup>80</sup> könnten *Geschäftsbesorgungsverpflichtungen* und dem Auftragsrecht zu unterstellen sein<sup>81</sup>.
- Wird ein gemeinsames, abgestimmtes Verhalten bezweckt, wie dies bei synallagmatischen *Stimmbindungsverträgen* der Fall ist, dann ist in der Regel eine *Gesellschaft* anzunehmen: Der Vertrag dient einem gemeinsamen Zweck – der Einflussnahme auf die AG –, und dieser wird „mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln“<sup>82</sup> – durch abgestimmten Einsatz der Aktionärs- und besonders der Stimmrechte – verfolgt. Es liegt daher eine *gesellschaftliche Verbindung* im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR vor, die mangels anderer Qualifikation aufgrund des Auffangtatbestandes von Art. 530 Abs. 2 OR als *einfache Gesellschaft* zu qualifizieren ist<sup>83,84</sup>.

72 Im Vordergrund steht die Konventionalstrafe, doch sind zahlreiche weitere – mehr oder weniger taugliche – Regelungen verbreitet, vgl. dazu nachstehend, FN 107.

73 Schiedsgerichts- und Schiedsklauseln.

74 Vgl. dazu statt aller HINTZ-BÜHLER (FN 6), 24 ff. sowie GLATTFELDER (FN 6), 228a ff.

75 Kaufs- und Rückkaufsrechte und -pflichten sowie Vorkaufsrechte.

76 Ebenso GLATTFELDER (FN 6), 235a f. und RUDOLF STUBER, Aktionär-Consortien (Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte), Diss. Zürich 1944, 19 f.

77 So OTHMAR LEHNER, Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SJZ 50 (1954) 77 mit weiteren Literaturhinweisen in Anm. 27 und GLATTFELDER (FN 7), 236a.

78 Vgl. GLATTFELDER (FN 6), 236a.

79 Vgl. dazu BGE 85 II 453.

80 Zu ihrer rechtlichen Problematik vgl. nachstehend, Ziff. IV. lit. b) aa).

81 So PETER BÖCKLI, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel 1961 = BSfR 61, 52 ff. (nachfolgend zit. Aktienstimmrecht) und FRITZ KOEBEL, Stimmrechtsbindungsverträge, Diss. Zürich 1938, 31 ff. A.M. hingegen u.a. GLATTFELDER (FN 6), 233a ff.

82 Art. 530 Abs. 1 OR.

83 Vgl. etwa GLATTFELDER (FN 6), 231a ff.; ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht V 4: Die Personengesellschaften (Art. OR 530-619), Zürich 1938, Vorb. zu Art. 530-551 N 1 ff.; JÜRGEN DOHM (FN 6), 126 ff.; sodann EDUARD NAEGELI, Die Doppelgesellschaft, Diss. Zürich 1936, Bd. I, 189; HANS-ALBRECHT VOGEL, Die Familienkapitalgesellschaften, Diss. Zürich 1974 = SSW 4,

Besonders offenkundig sind die engen Bezüge zur körperschaftsrechtlichen Ordnung bei *gesellschaftsrechtlichen ABV, an denen sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre mit allen von ihnen gehaltenen Aktien beteiligt* sind: Dieselben Personen verfolgen gemeinsame Ziele zugleich als Gesellschafter einer (einfachen) Gesellschaft<sup>85</sup> wie auch als Aktionäre. Dies kann so weit gehen, dass die Regelung im ABV derart im Vordergrund steht, dass die AG nur noch als abhängiges geschäftsführendes Organ erscheint, was gelegentlich als Doppelgesellschaft<sup>86</sup> bezeichnet wurde<sup>87</sup>.

### III. Die wirtschaftliche Betrachtung: Einheit von aktienrechtlicher Ordnung und Bindungsvertrag

Aber auch wenn die körperschaftsrechtliche und die bindungsvertragliche Ordnung nicht derart zu einer Symbiose vereint sind, können sie – und dies ist in der Praxis oft der Fall – in einer Weise koordiniert sein, dass nur aus der Einheit der aktienrechtlichen und der vertraglichen Normen die gewünschte Ordnung hervorgeht<sup>88</sup>. ABV stellen dann gleichsam die „unsichtbare Seite des Mondes“ dar, dessen runde und schöne Form aufgrund der Statuten allein nicht erkennbar ist. So können etwa stark einschränkende Vinkulierungsbestimmungen durch vertragliche Übernahmepflichten ausgewogen oder umgekehrt eine schwache Vinkulierung durch Angebotspflichten im ABV massiv verschärft werden. Und aktienrechtliche Quorumsvorschriften können durch Stimmrechtsvereinbarungen ergänzt, verschärft oder auch ausgehebelt werden.

Inwieweit solche engen *sachlichen* Beziehungen auch *rechtlich* relevant sind, ist nachfolgend in Ziff. V. zu erörtern. Vorab aber ist der rechtliche Ausgangspunkt festzuhalten:

128; ROBERT PATRY, Précis de droit suisse des sociétés, vol. II: La société anonyme, Les sociétés mixtes, Bern 1977, 62; STUBER (FN 76), 21 f.; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 25 ff., 33 f.; LANG (FN 6), 24 ff. Ob ein Vertrag als einfache Gesellschaft oder als Schuldvertrag qualifiziert wird, kann in bezug auf die rechtlichen Konsequenzen eine bedeutende Rolle spielen, so etwa hinsichtlich der Beendigungsmöglichkeiten (dazu nachstehend, Ziff. IV. lit. b) aa).

84 Denkbar ist ausnahmsweise – im Falle eines Handelsregistereintrages – auch das Vorliegen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, vgl. Art. 553 und 595 OR, dazu HINTZ-BÜHLER (FN 6), 33.

85 Oder ausnahmsweise auch einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, vgl. FN 84.

86 Vgl. WALTER R. SCHLUEP, Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 92 (1973) II, 338 f., 470 f.; WALTER HUG, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, SJZ 37 (1940/41), 321 ff., 325 f.; PETER ZIHLMANN, Abstimmungsvereinbarungen im schweizerischen Aktienrecht, SAG 44 (1972), 242 f., a.M. hingegen NAEGELI (FN 83), 188 f. und GLATTFELDER (FN 6), 165a f.

87 Eine solche Aktiengesellschaft ist zwar zweifellos atypisch, als solche aber keineswegs ungültig, da keinerlei berechnete Eigen- oder Drittinteressen gefährdet sind.

88 Vgl. dazu etwa FORSTMOSER (FN 6), 368; GLATTFELDER (FN 6), 239a f.; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 15; LANG (FN 6), 4 f.

### IV. Die rechtliche Ausgangslage: hier Körperschaftsrecht, da – aktienrechtlich irrelevantes – Vertragsrecht

a) Auch bei einer noch so engen sachlichen Verbindung zwischen der aktienrechtlichen und der vertraglichen Ordnung, ja selbst dann, wenn die AG nur noch ein „äusseres Kleid“ und vollständig über den ABV beherrscht sein sollte<sup>89</sup>, bleibt es aber beim Grundsatz, dass der ABV ausschliesslich *Wirkungen inter partes* entfaltet, dass er also *nur zwischen den Vertragsparteien verbindlich* ist<sup>90,91</sup>. Daher haben die *AG und ihr Verwaltungsrat keinerlei Möglichkeiten der Einflussnahme*, wenn Bindungsverträge nicht eingehalten werden<sup>92</sup>.

Sodann setzen ABV, weil sie bloss obligatorische und nicht dingliche oder quasidingliche Wirkung haben<sup>93,94</sup>, *für die Verpflichteten lediglich Schranken des Dürfens, nicht solche des Könnens*<sup>95</sup>. Der durch Stimmbindungsvertrag Verpflichtete *kann* vertragswidrig handeln, *nur darf er nicht*<sup>96</sup>. Seine Stimmabgabe ist aktienrechtlich voll wirksam – der so zustande gekommene Beschluss also nicht anfechtbar<sup>97</sup> –, selbst wenn sie in Verletzung der Vertragspflichten gemäss ABV erfolgt ist<sup>98</sup>. Und der mit einem Dritten in Missachtung eines ABV vereinbarte Verkauf von Aktien ist gültig und (auch) durch die Gesellschaft zu akzeptieren<sup>99</sup>, wenn nicht eine statutarische Vinkulierung entgegensteht<sup>100</sup>.

Zwar steht den Berechtigten bei ABV grundsätzlich ein Recht auf *Realerfüllung* zu<sup>101</sup> und lässt sich die Vertragserfüllung allenfalls durch vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des kantonalen Prozessrechts sicherstellen<sup>102</sup>. Rechtsschutz ist aber beispielsweise

89 Dazu PETER JÄGGI in ZSR 78 (1959) II 734a f.; ZIHLMANN (FN 86), 242 f.; GLATTFELDER (FN 6), 239a f.; LEOFROMER, Aktuelle aktienrechtliche und steuerrechtliche Probleme der privaten Aktiengesellschaften und ihrer Aktionäre, ZBI 71 (1970); NAEGELI (FN 83), 188.

90 Vgl. statt vieler HINTZ-BÜHLER (FN 6), 6, 61; LANG (FN 6), 8; FORSTMOSER (FN 6), 366; GLATTFELDER (FN 6), 299a; sodann ZR 69 (1970) Nr. 101 und Semjud 100 (1978) 522.

91 Deshalb gehen aus ABV fliessende Rechten und Pflichten bei der Übernahme von Aktien nicht automatisch auf den Erwerber über (ZR 39 [1940] Nr. 96 210 ff.).

92 Vgl. für die Gesellschaft GLATTFELDER (FN 6), 299a f.; AGVE 1950 Nr. 10 59 f. = SJZ 26 (1929/30), 383; für die Verwaltung ZR 69 (1970) Nr. 101 261 f.

93 FORSTMOSER (FN 6), 366; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 61.

94 Und nur die *Ausübung* von Aktionärsrechten regeln, während das *Recht selbst* beim Aktionär als Rechtsträger verbleibt (FORSTMOSER (FN 6), 366; HINTZ-BÜHLER [FN 6], 61).

95 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 1 N 47; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 61; STUBER (FN 6), 51 f.; BÖCKLI (FN 81), Aktienstimmrecht, 51.

96 Hingegen macht sich der Aktionär seinen Partnern gegenüber aus Vertragsverletzung (Art. 97 ff. OR) schadenersatzpflichtig (statt aller GLATTFELDER (FN 6), 306a; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 190 f.).

97 Auch dann nicht, wenn alle Aktionäre zugleich Vertragspartei des ABV sind; vgl. GLATTFELDER (FN 6), 299a f.

98 ZR 69 (1970) Nr. 101 261.

99 Eine gegenteilige Abrede kann auch nicht in den Gesellschaftsstatuten vereinbart werden (DOHM [FN 6], 198).

100 HINTZ-BÜHLER (FN 6), 123 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 39 N 194; STUBER (FN 76), 51.

101 So ausdrücklich ZR 83 (1984) Nr. 53 141 E. 5b; FORSTMOSER (FN 6), 373 f.; allgemein etwa EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 328; ausführlich HINTZ-BÜHLER (FN 6), 190 ff.

102 Vgl. ZR 83 (1984) Nr. 53 159 ff. und dazu THOMAS LÖRTSCHER, Realerfüllung und vorsorglicher Rechtsschutz beim Aktionärbindungsvertrag, Der Schweizer Treuhänder 60 (1986) 192 ff.

bei Stimmbindungen<sup>103</sup> nur effektiv, wenn er rechtzeitig – vor der Durchführung der Generalversammlung – geltend gemacht wird, was in der Praxis oft nicht möglich ist, weil die Pflichtverletzung nicht im Voraus bekannt wird und deshalb kein rechtsgenügendes Interesse an einer Klage besteht<sup>104</sup>. Immerhin kann allenfalls auf einen Generalversammlungsbeschluss zurückgekommen werden, wenn der unter Verletzung einer Stimmbindung zustande gekommene Beschluss keine Rechte Dritter begründet hat<sup>105</sup>.

Als Mittel der Vollstreckung von Stimmbindungsversprechen werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert, ohne dass eine *unité de doctrine* bestünde<sup>106</sup>.

b) Durch geeignete Massnahmen – deren einfachste und zugleich wirksamste noch immer die happige Konventionalstrafe sein dürfte<sup>107</sup> – lässt sich zwar ein vertragskonformes Verhalten recht wirksam sicherstellen. Die eigentliche Crux liegt aber darin, dass die *vertragliche und die körperschaftsrechtliche Ordnung, die als organisatorische Einheit konzipiert wurden, auseinanderdriften* können, so dass das juristisch sorgfältig gezimmerte und auf die individuellen Verhältnisse abgestimmte Gebilde auseinander bricht:

aa) Probleme können sich aus einer *zeitlichen Inkongruenz* von Bindungsvertrag und statutarischer Ordnung ergeben:

Während ABV, welche lediglich für kurze Frist – beispielsweise im Hinblick auf eine bestimmte Generalversammlung – abgeschlossen werden, in zeitlicher Hinsicht unbedenklich sind, stellen sich bei langfristig konzipierten ABV vielerlei Fragen bezüglich der zeitlichen Begrenzung. Ungewiss ist insbesondere die höchstzulässige Dauer. Fest steht, dass nach schweizerischer Praxis und herrschender Lehre Verträge – gleich ob schuldvertraglicher oder personengesellschaftsrechtlicher Natur – *nicht auf „ewige Zeiten“ abgeschlossen werden können*<sup>108</sup>. Ist eine vertragliche Bindung für übermässig lange Zeit – oder gar für „ewig“ – eingegangen worden, dann kann sie *gekündigt werden*<sup>109</sup>. Dies steht im Gegensatz zur körperschaftsrechtlichen Ordnung der AG, die als juristische Person – zumindest theoretisch – ein „ewiges Leben“ hat.

103 Die klageweise Durchsetzbarkeit von Stimmbindungen wird von der neueren Literatur zu Recht als zulässig betrachtet; vgl. HINTZ-BÜHLER (FN 6), 196, Anm. 855.

104 So MAX KUMMER, Die Eignung der AG für die Erhaltung der Familienunternehmung, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1972, 140.

105 In der Praxis dürfte eine klageweise Durchsetzung von Stimmbindungsabsprachen v.a. bei Wahlen in Frage kommen, da hier stets eine Abberufung und Neuwahl möglich ist, vgl. GLATTFELDER (FN 6), 308a; HARTMUT LÜBBERT, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritanniens, Baden-Baden 1971 = Schriftenreihe Europäische Wirtschaft 48, 261 f.; BERND STAUDER, De l'exécution forcée des conventions préliminaires de vote, SAG 40 (1968), 174.

106 Zur Vollstreckungsfrage siehe statt aller HINTZ-BÜHLER (FN 6), 207 ff. Eignen würde sich an sich die *richterliche Ersatzvornahme*, d.h. die Anordnung einer pflichtgemässen Stimmabgabe durch einen Dritten. Deren Zulässigkeit ist in der Literatur aber umstritten, und es gibt diesbezüglich – soweit ersichtlich – in der Schweiz kein Präjudiz. Eine weitere Möglichkeit, die *Ersetzung der Stimmabgabe durch richterliches Urteil*, wird noch kritischer beurteilt. Einzig die Verpflichtung zu einer bestimmten Stimmabgabe im *Befehlsverfahren unter Androhung einer Strafe* wird von einer grossen Mehrheit von Autoren als zulässig erachtet.

107 Vgl. zu den Möglichkeiten einer Absicherung der Realerfüllung im Übrigen insb. LANG (FN 6), 125 ff.; sodann GLATTFELDER (FN 6), 320a; FORSTMOSER (FN 6), 375 f.; HINTZ-BÜHLER (FN 6), 225 ff.

108 Vgl. etwa BGE 114 II 161, 113 II 210 f., 97 II 399 E 7, 93 II 300; statt vieler EUGEN BUCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I 2.2., Bern 1993, Art. 27 ZGB N 348 ff.

109 BGE 93 II 300 f.

In der Praxis wird oft versucht, diese Unterschiede zwischen vertrags- und körperschaftsrechtlicher Ordnung zu überspielen und die Gültigkeitsdauer von Aktionärbindungsverträgen mit der (unbegrenzten) Lebensdauer der AG zu koordinieren.

Hilfreich ist für solche Bemühungen die neuere Bundesgerichtspraxis:

- So hat das Bundesgericht erkannt, dass trotz Art. 546 Abs. 1 OR eine auf *Lebenszeit* eines Gesellschafters abgeschlossene einfache Gesellschaft möglich ist<sup>110</sup>. Zumindest gesellschaftsrechtlich konzipierte Aktionärbindungsverträge können daher gültig auf Lebenszeit der Parteien abgeschlossen werden, was dem Bedürfnis nach Langfristigkeit entgegenkommt, aber nicht alle Probleme löst<sup>111</sup>.
- Sodann lässt die neuere Bundesgerichtspraxis neben den gesetzlich geregelten Verträgen auf *Arbeitsleistung* trotz der nach dem gesetzlichen Wortlaut umfassenden Funktion des einfachen Auftrages als Auffangbeckens auch *Innominatkontrakte* zu<sup>112</sup>. Damit lässt sich die in ihrer Absolutheit oft nicht sachgemässe zwingende<sup>113</sup> jederzeitige Kündbarkeit gemäss Art. 404 Abs. 1 OR vermeiden, was gerade auch bei Aktionärbindungsverträgen, die als einseitige Dienstleistungsverträge zu qualifizieren sind, sinnvoll sein kann.

Trotzdem bleibt eine erhebliche *Rechtsunsicherheit*, zumal es an Präjudizien weitgehend fehlt<sup>114</sup> und der Entscheid über die Dauer der eingegangenen Bindung von den Einzelheiten der konkreten Ausgestaltung abhängt:

- von der Qualifikation des Vertrages, die ungewiss sein kann,
- von der Intensität der Bindung und den vorgesehenen Ausstiegsmöglichkeiten<sup>115</sup>.

Wesentlich ist sodann auch, ob der Vertrag auf *befristete oder unbefristete Zeit* vereinbart worden ist, wobei die Abgrenzung viel komplexer ist als es zunächst den Anschein macht<sup>116</sup>. Wichtig ist diese Abgrenzung insbesondere für die Frage der Beendbarkeit eines Vertrages, sind doch auf unbestimmte oder nicht bestimmte Dauer oder Zeit abgeschlossene Verträge in der Regel kündbar, während auf bestimmte Dauer oder Zeit abge-

110 BGE 106 II 226 ff., entgegen der früheren Praxis von BGE 90 II 341 E 5a.

111 Dazu sogleich nachstehend.

112 BGE 112 II 45 f., 109 II 465 f., entgegen der früheren Praxis von BGE 106 II 158 = Pra 1980, 596; ROLF H. WEBER, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1 (1992) 177 ff.

113 BGE 115 II 466 f. m.w.H., kritisch zu diesem Entscheid PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 10 (1992) 9 ff.; ferner BGE 109 II 467, 98 II 307 ff.; statt vieler ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum OR II (FN 8), Art. 404 N 9.

114 Aus der Bundesgerichtspraxis sind für ABV einschlägig BGE 109 II 43 ff., 88 II 172 ff., 81 II 534 ff., 31 II 896 ff. sowie zwei unveröffentlichte Entscheide referiert bei PATRY (FN 6), 100a ff. und 102a, ferner bei LÜBBERT (FN 105), 244 f., erster Entscheid auch referiert bei ALFRED WIELAND in SAG 21 (1948/49), 77 ff. und GLATTFELDER (FN 6), 270a. Aus der kantonalen Judikatur seien erwähnt ZR 83 (1984) Nr. 53, 139 ff.; ZR 69 (1970) Nr. 101, 260 ff.; ZR 39 (1940) Nr. 96, 205 ff.; AGVE 1950 54 ff.; Semjud 100 (1978) 521 und Repertorio 119 (1977) 193 ff.

115 Hat der gebundene Aktionär die Möglichkeit, seine Aktien zu angemessenen Bedingungen zu veräussern oder besteht gar eine Kaufspflicht der anderen Vertragspartner zu einem angemessenen Preis, dann bleibt ein Vertrag eher unkündbar als in Fällen, wo solche Möglichkeiten der Befreiung von der vertraglichen Verpflichtung nicht bestehen.

116 Es kann darauf hier nicht eingetreten werden, vgl. etwa BGE 56 II 190 f.; zum Meinungsstand statt vieler MATTHIAS OERTLE, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1990 = SSW 132, 177 f. m.w.H.

schlossene Verträge – vorbehaltlich ausserordentlicher Beendigungsgründe – als unkündbar gelten<sup>117</sup>.

Massgebend für die Beurteilung der Beendbarkeit ist ferner, ob es sich um einen schuld- oder einen gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag handelt. Grundsätzlich enden auf eine bestimmte Dauer abgeschlossene ABV ungeachtet ihrer schuld- oder gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung durch Zeitablauf.

Bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen, schuldrechtlich konzipierten ABV vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, eine Kündigung derselben sei ohne Grundangabe nach Richterrecht zulässig, während ein anderer Teil lediglich eine Kündigung aus wichtigen Gründen für möglich erachtet<sup>118</sup>. Auf ABV mit gesellschaftsrechtlichem Charakter, welche nicht auf eine bestimmte Dauer vereinbart wurden, gelangt neben den in Art. 545 OR für die einfache Gesellschaft vorgesehenen Auflösungsgründen mangels anderer Vereinbarung<sup>119</sup> Art. 546 Abs. 1 OR zur Anwendung, wonach jeder Gesellschafter den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten kündigen kann. Darüber hinaus besteht auch bei gesellschaftsrechtlich konzipierten ABV die Möglichkeit der ausserordentlichen Vertragsbeendigung<sup>120</sup>. Gemeinsam sind schuldrechtlich gestalteten Verträgen auf bestimmte wie auf unbestimmte Dauer unbestrittenmassen verschiedene ausserordentliche Beendigungsgründe<sup>121,122</sup>.

Zu einigen verbreiteten Klauseln – im Sinne von ersten Hinweisen, die zu vertiefen wären – folgendes:

- Vereinbarungen auf *unbegrenzte*, „ewige“ Zeit dürften – entgegen ihrem Wortlaut – kündbar sein, obwohl in der Literatur die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen – m.E. zu Unrecht – für bestimmte Inhalte bejaht wird<sup>123</sup>.
- Dagegen dürfte unter natürlichen Personen die Vereinbarung, es solle der Aktionärbindungsvertrag für die *Dauer der Aktionärseigenschaft* der Beteiligten Geltung haben, im Lichte der neueren Bundesgerichtspraxis<sup>124</sup> zulässig sein. Dies jedenfalls dann, wenn dem Aktionär die Möglichkeit belassen wird, sich durch Veräusserung seiner Aktien zu vernünftigen Bedingungen der Verpflichtung zu entziehen<sup>125</sup>.

117 Vgl. BGE 106 II 229.

118 Vgl. hierzu ausführlicher FORSTMOSER (FN 6), 371, m.w.H.

119 BGE 106 II 226 f.; vgl. hierzu gleich vorstehend.

120 Dazu sogleich nachstehend.

121 Dazu sogleich nachstehend.

122 Zu erinnern ist schliesslich an zwingende gesetzliche Beendigungsvorschriften, so die jederzeitige Auflösbarkeit eines ABV mit Auftragscharakter (Art. 404 Abs. 1 OR), die jederzeitige Kündbarkeit einer im Rahmen eines ABV erteilten Vollmacht (Art. 34 Abs. 1 OR) oder die zwingende Kündbarkeit einer im Rahmen eines ABV vereinbarten Verpflichtung auf Arbeitsleistung nach Ablauf von zehn Jahren (Art. 334 Abs. 3 OR).

123 So von ERIC HAYMANN, Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären, Diss. Zürich 1973 = SSHW 2, 103 betreffend Erwerbs- und Veräusserungsrechte sowie von ERJKA SALZGEBER-DÜRIG, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970 = ZBR 345, 66 ff., 72 f., 93 f. für das Vorkaufs- und Kaufsrecht. Eine differenzierte Meinung vertritt HANS MERZ, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in: Festgabe Simonius, Basel 1955, 235 ff., insb. 240 ff.

124 Vgl. vorn, bei FN 110.

125 Vgl. PATRY (FN 6), 130a; DOHM (FN 6), 93. Faire Bedingungen dürften etwa vorliegen, wenn den beteiligten Aktionären das Recht eingeräumt ist, ihre Aktien – wenn sie nicht von Mitaktionären übernommen

- Problematisch erscheinen – wie bereits angetönt – Klauseln, wonach ein Bindungsvertrag für die *Dauer des Bestehens der AG* verbindlich sein soll. In der Lehre wird deren Gültigkeit zwar zum Teil bejaht<sup>126</sup>, im Lichte der Gerichtspraxis zur Kündbarkeit von Dauerverträgen erscheint sie aber fraglich. Insbesondere lässt sich ihre Wirksamkeit nicht aus der Bundesgerichtspraxis, wonach einfache Gesellschaften für die Lebenszeit einer natürlichen Person abgeschlossen werden können, herleiten: Während der Tod einer natürlichen Person absehbar ist, trifft dies für die Liquidation einer AG nicht zu.

Oft *fehlen* in ABV Bestimmungen über die Beendigung schlechthin. Dabei dürften die Parteien nicht selten zu Unrecht der Meinung sein, ein solcher Vertrag sei nicht kündbar: Wohl kann die Auslegung ergeben, dass der Vertrag als auf die Dauer des Aktienbesitzes abgeschlossen sein soll<sup>127</sup>, was aber m.E. das Vorliegen eines – kündbaren – Vertrages auf unbestimmte Zeit nicht ausschliesst<sup>128</sup>. Doch liegt es allenfalls auch nahe, wegen des Fehlens einer Vereinbarung unter den Parteien auf dispositives Recht zurückzugreifen, was zu durchaus unerwarteten und unerwünschten Resultaten führen kann, nämlich:

- zur jederzeitigen sofortigen Kündbarkeit, falls eine einseitige Verpflichtung als Auftrag qualifiziert werden sollte<sup>129</sup>,
- zur jederzeitigen Kündbarkeit auf sechs Monate, falls eine einfache Gesellschaft vorliegt<sup>130</sup>.

In jedem Fall bleiben Möglichkeiten der ausserordentlichen Beendigung bestehen: Unmöglichkeit der Vertragserfüllung<sup>131</sup> resp. Unmöglichkeit der Zweckerfüllung<sup>132</sup>, Rücktritt<sup>133</sup>, allenfalls Auflösung durch Tod<sup>134</sup>, vor allem aber die gesetzlich zwingend vorgesehene<sup>135</sup> jederzeitige Auflösung aus wichtigem Grund<sup>136</sup>. Dabei führt die Auflösung

---

werden – zum inneren Wert an Dritte zu veräussern und diesfalls dem Dritten keine Vinkulierungsbestimmungen entgegengehalten werden können.

126 So ELIAS WOLF, Rechtliche Bindungen auf „ewige“ Zeiten bei der AG, SAG 9 (1936/37) 11, 68; vgl. auch GLATTFELDER (FN 6), 338a f., ferner DOHM (FN 6), 125.

127 PATRY (FN 6), 127a ff.; DERS., Précis (FN 83), 63; DERS., Stimmrechtsvereinbarungen von Aktionären, Schweizerische Juristische Karthothek Nr. 413 (1972), 22.

128 DOHM (FN 6), 124 f.; a.M. PATRY (FN 6), 129a f. und MAX KUMMER (FN 104), 115.

129 Art. 404 Abs. 1 OR; dazu auch vorstehend.

130 Art. 545 Abs. 2 OR.

131 Art. 119 OR, dazu GLATTFELDER (FN 6), 343a, 347a; GAUCH (FN 113), 118 ff.

132 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

133 GLATTFELDER (FN 6), 343a, 347a. Bei Dauerverträgen, wie es die ABV typischerweise sind, wird freilich nach Beginn der typischen Hauptleistung meist nur die Auflösung *ex nunc* in Betracht kommen (vgl. GAUCH [FN 113], 146 ff., 149 f., 166 f., 209 ff.; WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V1a, Zürich 1973, OR I N 565; BGE 97 II 65 f., 78 II 36 f.). Dadurch verwandelt sich der Rücktritt in eine Kündigung (vgl. GAUCH [FN 113], 195 f., ebenso BGE 92 II 300 f., 97 II 65 f.; a.M. BGE 89 II 54, 78 II 36 f.).

134 Ob der Tod eine Bindungsvereinbarung auflösen soll oder ob diese vererblich ausgestaltet ist muss jeweils im Einzelfall geprüft werden (vgl. allgemein zum Tod als ausserordentlichem Beendigungsgrund des OR: GAUCH [FN 113] 66 ff., 82 f.). Erwerbs- und Vorkaufsrechte werden meistens vererblich ausgestaltet sein; vgl. HAYMANN (FN 123), 105, und SALZGEBER-DÜRIG (FN 123), 62 f., 102 f., 150 f. Auch die Rechte und Pflichten aus Stimmbindungsvereinbarungen werden ihrem Sinn und Zweck nach in der Regel auf die Erben übergehen.

135 Vgl. für die einfache Gesellschaft Art. 545 Abs. 2 OR.

136 Vgl. EUGEN BUCHER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER, Basel 1998, Vorbemerkungen zu Art. 1-40 N 30; HINTZ-

des Bindungsvertrages – zumindest in der Regel – nicht auch zur Auflösung und Liquidation der AG<sup>137</sup>.

bb) Auch bezüglich der *Vertragsparteien* sind ABV nicht in Stein gemeisselt, wie dies die Beteiligten oft zu Unrecht unterstellen:

Die aus ABV fliessenden Rechte und Pflichten gehen bei der *Veräusserung* von Aktien nicht automatisch auf den Erwerber über<sup>138</sup>, sondern nur bei Überbindung. Da ein Aktionär statutarisch nicht verpflichtet werden kann, mit der Übertragung von Aktien auch seine Parteistellung in einem ABV zu übertragen, enthalten diese häufig eine *Klausel*, wonach ein Aktionär seine Aktien an einen Dritten nur unter gleichzeitiger *Überbindung der Rechte und Pflichten* aus ABV veräussern darf<sup>139</sup>. Solche Klauseln sind – eine abweichende Regelung vorbehalten – nicht nur beim Verkauf von Aktien verbindlich, sondern auch in anderen Fällen der Singularsukzession wie z.B. Schenkung oder Vermächtnis. Bei Universalsukzession (also insb. im Erbfall) gehen zwar die Rechte und Verpflichtungen aus Vertrag ohne weiteres auf den Rechtsnachfolger über, doch liegt allenfalls ein Beendigungsgrund vor<sup>140</sup>.

Da ABV lediglich Wirkungen zwischen den Vertragsparteien entfalten<sup>141</sup>, ist jedoch eine Übertragung von Aktien in Verletzung einer vertraglichen Überbindungspflicht gültig. Die Folgen sind offenkundig: Der (neue) Aktionär könnte zwar erfüllen, er ist aber dazu nicht verpflichtet. Umgekehrt ist derjenige, auf den die Parteistellung im Vertrag übergeht (oder bei dem sie verbleibt), zwar verpflichtet, doch kann er seiner Verpflichtung mangels Aktionärsstellung nicht (mehr) nachkommen.

Unter früherem Aktienrecht gab es ein probates Mittel, das Auseinanderfallen von Aktionärsstellung einerseits und Parteistellung im Bindungsvertrag auf der anderen Seite zu verhindern: die Vinkulierung. Da die Ablehnung eines Aktienerwerbers „ohne Angabe von Gründen“ zulässig war<sup>142</sup>, konnte man die Einräumung der Aktionärsstellung auch davon abhängig machen, dass der Gesuchsteller einem ABV beiträt. Unter geltendem Recht, das eine Ablehnung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften nur noch aus statutarisch genannten *wichtigen* Gründen erlaubt<sup>143</sup>, lässt sich der Beitritt zu einem ABV mit-

tels Vinkulierung nurmehr in engen Grenzen erzwingen, nämlich dann, wenn die Gesellschaft dem veräusserungswilligen Aktionär anbietet, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen<sup>144</sup> sowie allenfalls – aber das wäre näher zu untersuchen – dann, wenn die Aktien durch Rechtsgeschäft übertragen werden<sup>145</sup> und der Bindungsvertrag nichts verlangt, was nicht auch Gegenstand einer Vinkulierungsbestimmung sein könnte<sup>146</sup>.

cc) Die harmonisch ausgewogenen und auf die individuellen Bedürfnisse abgestimmten Gebilde, die durch die Kautelarjurisprudenz mittels einer Kombination von aktienrechtlicher Ordnung und vertraglichen Vereinbarungen massgeschneidert werden, stehen daher oft auf unsicherem Grund, wobei dies den Parteien zumeist nicht bewusst ist.

## V. Rechtlich relevante Beziehungen zwischen Aktionärbindungsvertrag und körperschaftsrechtlicher Ordnung

Es steht also fest: Vertrag und körperschaftsrechtliches – statutarisches sowie allenfalls reglementarisches – Regelwerk sind grundsätzlich rechtlich voneinander unabhängig und können ein unterschiedliches Schicksal haben<sup>147</sup>. Trotzdem gibt es zwischen vertraglicher und körperschaftlicher Ordnung nicht nur sachlich enge Beziehungen, sondern auch *rechtlich relevante Bezüge*, die sich bei näherem Zusehen als weit bedeutsamer erweisen als auf den ersten Blick anzunehmen wäre. Einige Hinweise mögen dies belegen:

### 1. Wahlmöglichkeiten zwischen vertraglicher und körperschaftlicher Regelung

a) Zu erinnern ist vorab daran, dass gewisse – wenn auch bei weitem nicht alle – Bedürfnisse personenbezogener Aktiengesellschaften sowohl durch vertragliche wie auch durch körperschaftliche Regelung abgedeckt werden können. Vier solcher *Alternativen* seien erwähnt:

BÜHLER (FN 6), 163 ff.; GAUCH (FN 113), 174 ff.; GLATTFELDER (FN 6), 338a, 346a; PATRY (FN 6), 131a; DOHM (FN 6), 125, m.w.H.; ferner BGE 98 II 308; 97 II 66; 92 II 300 f. Es ist zu beachten, dass die wichtigen Gründe, die zur Auflösung einer AG, und diejenigen, die zum Ausscheiden aus einem ABV führen können, nicht durchwegs identisch sind.

137 Vgl. dazu nachstehend, Ziff. V.2. lit. e).

138 Vgl. ZR 39 (1940) Nr. 96 210, 212, 213.

139 PETER FORSTMOSER, Die *Vinkulierung*: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärbindungsverträge?, in: Aktienrecht 1992 – 1997: Versuch einer ersten Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998 (nachfolgend zit. *Vinkulierung*), 92.

140 Bei schuldrechtlich konzipierten ABV stellt der Tod eines Vertragspartners keinen speziellen Beendigungsgrund dar; in Ausnahmefällen kann wohl die Beendigung des ABV aus wichtigen Gründen verlangt werden. Bei gesellschaftsrechtlich ausgestalteten ABV hat der Tod eines Gesellschafters indessen die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, wenn nicht vereinbart wurde, dass die Gesellschaft mit den Erben weiterbestehen soll (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2. OR).

141 Dazu vorstehend, Ziff. IV. lit. a).

142 Dazu vorstehend, Ziff. II.1. lit. b).

143 Art. 685b Abs. 1 OR. Gemäss Art. 685b Abs. 2 OR gelten als wichtige Gründe lediglich Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen (dazu HANSPETER KLÄY, Die *Vinkulierung*, Basel/Frankfurt 1997, 134 ff.). Bei kotierten Aktien ist ohnehin nur eine prozentuale Begrenzung möglich, Art. 685d OR (dazu KLÄY, 224 ff.).

144 Art. 685b I OR; vgl. hierzu ausführlicher FORSTMOSER, *Vinkulierung* (FN 139), 100 f.

145 Wenn Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben worden sind, kann die Aktionärsstellung gemäss Art. 685b Abs. 4 OR – auch bei Vorliegen wichtiger Ablehnungsgründe – nur verweigert werden, wenn dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert angeboten wird.

146 Vgl. FORSTMOSER, *Vinkulierung* (FN 139), 97 f. Unzulässig wäre es zweifellos, als Anerkennungsvoraussetzung die Unterwerfung unter einen Bindungsvertrag, in welchem Andienungspflichten, Erwerbsrechte, Stimmbindungsvereinbarungen oder andere Mitwirkungs- oder gar Nebenleistungspflichten enthalten sind, zu verlangen. Dagegen könnte es allenfalls bei einer kleinen, personenbezogenen AG möglich sein, die Zustimmung zu einem Aktionärswechsel von der Unterwerfung unter ein Konkurrenzverbot abhängig zu machen. Doch ist daran zu erinnern – und dies ist a.a.O. wohl zu wenig beachtet worden –, dass die in Art. 685b Abs. 2 vorgesehene Ablehnung eines Konkurrenten nur im Zeitpunkt des Zulassungsentscheides wirksam wird und nicht verhindern kann, dass der als Aktionär Zugelassene später zum Konkurrenten wird. Eine Bindung auf Dauer, wie sie durch einen ABV in der Regel beabsichtigt ist, erscheint unter diesem Aspekt als problematisch.

147 Dies gilt übrigens auch bezüglich der vorn, bei FN 46 und 49 erwähnten Verträge zwischen Aktionären und Gesellschaft. So führt etwa die Beendigung des mit einem Verwaltungsratsmitglied abgeschlossenen Arbeitsvertrags nicht auch zum Abschluss des Verwaltungsratsmandats, und bei der – nach zwingendem (Art. 705 Abs. 1 OR) Recht jederzeit möglichen – Abberufung als Verwaltungsratsmitglied bleibt die arbeitsrechtliche Stellung intakt, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 27 N 38 ff.; BGE 125 III 78 ff.

– Für *Übertragungsbeschränkungen* zu Lasten veräusserungswilliger Aktionärinnen und Aktionäre und für *Erwerbsmöglichkeiten* zugunsten der verbleibenden sind der Phantasie bei vertraglicher Ausgestaltung kaum Schranken gesetzt. Aber auch körperschaftsrechtlich besteht erheblicher Spielraum. Zu erinnern ist insbesondere an die in Art. 685b Abs. 1 OR a.E. verankerte *escape clause*<sup>148</sup>, die es – bei nicht kotierten Aktien – weiterhin möglich macht, Aktienerwerber *ohne Grundangabe* abzulehnen<sup>149</sup>. Durch die Statuten oder ein darauf abgestütztes Reglement<sup>150</sup> kann als Konkretisierung der *escape clause* vorgesehen werden, dass Aktien, die zur Veräusserung anstehen, zunächst den bisherigen Aktionären anzubieten sind und dass nur bei deren Nichtinteresse eine Veräusserung an Dritte möglich ist. Dabei sind freilich vier Schranken zu beachten:

Erstens – und vor allem – muss die Übernahme „für Rechnung anderer Aktionäre“<sup>151</sup> zum *wirklichen Wert* erfolgen<sup>152</sup>. Zweitens dürfen dem veräusserungswilligen Aktionär *nicht* verfahrensmässige Auflagen gemacht werden, die über die aus der gesetzlichen *Vinkulierungsordnung fliessenden hinausgehen*<sup>153</sup>. Drittens müssen die Fristen für die Mitteilung des Kaufsentscheidens seitens der verbleibenden Aktionäre so angesetzt sein, dass das gesamte Verfahren innerhalb von drei Monaten abgeschlossen werden kann, weil sonst die Fiktion von Art. 685c Abs. 3 OR Platz greift, wonach die Zustimmung (zur Veräusserung an einen Dritten) „als erteilt“ gilt, wenn die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nicht „innert dreier Monate nach Erhalt“ ablehnt<sup>154</sup>. Und viertens kann die *escape clause* nach m.E. richtiger Ansicht nur angerufen werden, wenn *sämtliche* zum Verkauf anstehenden Aktien von der Gesellschaft „für Rechnung anderer Aktionäre“ bzw. für Rechnung der Gesellschaft oder Dritter übernommen werden<sup>155</sup>.

148 Vgl. dazu etwa HANSPETER KLÄY (FN 143), 176 ff.; PETER GURTNER: Escape-Klausel und wirklicher Wert, in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, hrsg. ROLAND VON BÜREN, Bern 1998, 119 ff.; PETER BÖCKLI (FN 6), 488, 493 f.

149 Voraussetzung ist freilich, dass die Aktie in irgend einer Form vinkuliert ist. Die *escape clause* kommt – obwohl sie eine gesetzliche Vinkulierungsklausel darstellt – nur bei statutarisch vinkulierten Aktien zum Zug. Es muss also eine statutarische Vinkulierungsform gegeben sein. Vgl. dazu KLÄY (FN 143), 178 f. m.w.H.; BÖCKLI (FN 44), N 692; DERS. (FN 6), 493; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 44 N 160; ROBERT MEIER, Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 1 (1992) 317 ff., 323.

150 Das – wie die statutarische Ordnung – diesbezüglich nur erschwert abänderlich sein sollte.

151 Art. 685b Abs. 1 OR.

152 Unmöglich sind daher aufgrund einer rein körperschaftsrechtlichen Ordnung die in ABV häufig anzutreffenden Bestimmungen, wonach der Erwerb zum Steuerwert, mit einem Abschlag vom inneren Wert oder gar zum Nominalwert möglich sein soll. Auch ein – vertraglich oft vereinbarter – zeitlicher Aufschub der Kaufpreiszahlung dürfte nicht möglich sein; vgl. PETER LUTZ, Vinkulierte Namenaktien, Diss. Zürich 1988 = SSW 110, 271 ff.

153 So könnte es problematisch sein, dem veräusserungswilligen Aktionär aufzuerlegen, die zum Verkauf anstehenden Aktien allen anderen Aktionären *direkt* anzubieten, da das Gesetz nur eine Mitteilung *an die Gesellschaft* verlangt. Das Verfahren sollte daher so gestaltet sein, dass der Aktionär nur die Gesellschaft oder deren Verwaltungsrat bzw. Verwaltungsratspräsidenten zu informieren hat und diese für die Mitteilung an das gesamte Aktionariat besorgt sind.

154 Diese Frist ist recht knapp bemessen, da den verbleibenden Aktionären ein angemessener Zeitraum zur Abklärung der Finanzierbarkeit der Aktienübernahme eingeräumt werden muss und es überdies Sinn macht, für das Angebotsverfahren zwei Runden vorzusehen: Wenn sich in einem ersten Umgang nicht für *sämtliche* (dazu sogleich nachstehend, bei FN 155) zur Veräusserung anstehende Aktien Erwerbswillige melden, sind die verbleibenden Aktien in einer zweiten Runde nochmals anzubieten.

155 Gestützt auf die *escape clause* ist es m.E. nicht angängig, bloss einzelne der angebotenen Aktien – etwa so viele, dass eine gesetzliche oder statutarische Sperrminorität gebrochen wird – zu übernehmen. Eine andere

- Die *Mitwirkungsmöglichkeiten* können sodann nicht nur mittels einer Poolung der Stimmrechte in einem ABV beeinflusst werden, sondern auch durch statutarische Massnahmen: durch Stimmrechtsaktien<sup>156</sup>, durch die Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen<sup>157</sup>, die eine Übernahme der Kontrolle durch Aktienerwerb erschweren, sowie durch statutarisch qualifizierte Quoren bis hin zur Einstimmigkeit<sup>158</sup>. Vom Instrument der Stimmrechtsaktien abgesehen kommt solchen Massnahmen freilich – im Gegensatz zur vertragsrechtlichen Ordnung – nur ein *bewahrender* Charakter zu. Zukunftsgestaltend lässt sich auf dieser Basis nicht operieren.
- Weiter lässt sich die *Einsitznahme in den Verwaltungsrat* durch Vertreter einer Minderheit nicht nur durch vertragliche Vereinbarungen sicherstellen, sondern auch durch statutarische Vorkehren wie *staggered* und *cumulative voting*<sup>159</sup>, durch statutarische Klauseln, wonach mit einer bestimmten Anzahl Aktienstimmen ein verbindlicher Wahlvorschlag gemacht werden kann<sup>160</sup>, durch Schaffung unterschiedlicher Aktienkategorien, denen jeweils ein gesetzliches Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat zusteht<sup>161</sup>, sowie durch andere statutarische Massnahmen<sup>162</sup>.
- Schliesslich können periodisch zu treffende Entscheidungen durch statutarische Bestimmungen vorweggenommen und so dem Mehrheitsbeschluss in der Generalversammlung entzogen werden. So kann etwa in den Statuten festgelegt werden, dass vom Bilanzgewinn ein bestimmter Prozentsatz auszuschütten ist und der Rest im Gesellschaftsvermögen verbleiben soll<sup>163</sup>.

Lösung würde zum einen dem Wortlaut des Gesetzes („die Aktien“) zuwiderlaufen, zum zweiten – und vor allem – aber auch dem Sinn der gesetzlichen Ordnung, die sicherstellen will, dass ein veräusserungswilliger Aktionär so oder so alle zur Veräusserung angebotenen Aktien zum wirklichen Wert abstossen kann. Denn bei einem Verkauf an Dritte dürfte die Frage, ob durch den Erwerb eine Mehrheit oder zumindest eine Sperrminorität erlangt werden kann, oft eine entscheidende Rolle spielen. Vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 44 N 167; KLÄY (FN 143), 183 f.

156 Vgl. Art. 693 OR.

157 Vgl. Art. 692 Abs. 2 OR.

158 Durch Einführung des Erfordernisses der Einstimmigkeit kann ein *personengeschaftliches* Element in die AG eingeführt werden, vgl. Art. 534 Abs. 1 OR sowie (in Verbindung mit Art. 534 Abs. 1 OR) Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR. Empfehlenswert ist dies freilich in aller Regel nicht, da man sich dadurch dem Vetorecht von Querulanten, die allenfalls nur eine minimale Beteiligung halten, aussetzt.

159 Möglichkeiten der Proporzwahl oder der Stimmkumulation, die es auch einer Minderheit ermöglicht, einen Vertreter zu bestellen; vgl. dazu LUKAS GLANZMANN, Das Proporzwahlverfahren (*cumulative voting*) als Instrument der Corporate Governance, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, hrsg. von RAINER J. SCHWEIZER/HERBERT BURKERT/URS GASSER, Zürich 2002, 401 ff.

160 Dazu etwa MARTIN WERNLI, Basler Kommentar Obligationenrecht II (FN 8), Art. 709 N 13 ff. BÖCKLI (FN 44), N 1475.

161 Vgl. Art. 709 Abs. 1 OR, dazu etwa WERNLI (FN 160), Art. 709 N 9, m.w.H.; ERIC HOMBURGER, Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V 5b, hrsg. von PETER GAUCH/JÖRG SCHMID, Zürich 1997, N 186 ff.

162 Vgl. Art. 709 Abs. 2 OR, dazu etwa BÖCKLI (FN 44), N 1480 ff.; WERNLI (FN 160), Art. 709 N 20 ff.

163 Eine solche Bestimmung kann Sinn machen, wenn sich in einer Gesellschaft „Unternehmeraktionäre“, die in erster Linie an der Stärkung der geschäftlichen Tätigkeit interessiert sind, und „Anlegeraktionäre“, die im wesentlichen lediglich eine finanzielle Beteiligung an der Gesellschaft halten, gegenüberstehen, wie dies in Familiengesellschaften der zweiten Generation nicht selten der Fall ist. Empfehlenswert ist (vgl. die Bemerkung vorne, in FN 158), dass die generelle Regelung zumindest durch qualifiziertes Mehr jeder der beiden Kategorien ausser Kraft gesetzt werden kann.

b) Die statutarische und die vertragliche Ordnung werden nicht selten *kombiniert*, indem die körperschaftsrechtliche Basis durch Vertrag verschärft, abgemildert oder präzisiert wird<sup>164</sup>.

c) Und es wird gelegentlich auch „*doppelt gemoppelt*“: Weil man der Durchsetzbarkeit und dem Bestand der differenzierten vertraglichen Ordnung – nach den vorstehenden<sup>165</sup> Ausführungen zurecht – misstraut, wird durch Statutenbestimmungen ein Sicherheitsnetz von zwar grober gestrickten, dafür aber zweifelsfrei gültigen Regeln unterlegt<sup>166</sup>. Oder es wird umgekehrt eine statutarische Ordnung, deren Rechtsverbindlichkeit nicht über alle Zweifel erhaben ist, durch eine parallele Regelung im ABV ergänzt<sup>167</sup>.

d) Sowohl die vertrags- wie auch die körperschaftsrechtliche Ordnung haben ihre Vor- und Nachteile, weshalb es angebracht ist, über Alternativen und Kombinationen nachzudenken und die *Gesamtordnung* im Auge zu behalten:

- Durch die Statuten kann eine *quasi dingliche*, auch gegenüber Dritten wirksame Ordnung erzielt werden, die *dauerhaften Bestand* hat<sup>168</sup>. Dafür wird die Regelung nach aussen *publik* und sind Differenzierungen zugunsten bzw. zu Lasten einzelner Aktionäre nur begrenzt möglich.
- Die Regelung im ABV kann dagegen viel *flexibler* ausgestaltet und auf die Beteiligten individuell ausgerichtet werden. Sie kann auch nur einzelne Aktionäre erfassen. Und sie bleibt *vertraulich*. Dafür stellen sich Fragen hinsichtlich der Durchsetzbarkeit und der Dauerhaftigkeit<sup>169</sup>.
- Die statutarische Ordnung ist weitgehend auf die Wahrung des *Besitzstandes* ausgerichtet, die vertragliche kann auch *zukunftsweisend* sein. Dadurch ist die statutarische Ordnung in ihren Wirkungen aber auch leichter voraussehbar als die vertragliche.
- Werden statutarische und vertragliche Ordnung kumuliert, dann bedeutet dies zunächst und augenfällig mehr Sicherheit, da in Problemfällen die Chance besteht, dass zumindest eine der Regelungen verbindlich bleibt. Aber es können sich auch Konflikte ergeben und Fragen der Hierarchie stellen, falls die beiden Regelungen – wie dies häufig der Fall ist – nicht identisch formuliert sind.

## 2. Relevanz von Aktionärbindungsverträgen im Körperschaftsrecht?

Auch wenn dogmatisch vertragliche und körperschaftliche Ordnung klar zu trennen sind und die AG Verträge unter Aktionären nicht zu beachten hat, sind doch auch rechtlich relevante Einflüsse des Vertragsrechts auf die körperschaftliche Ordnung nicht zu über-

164 Dazu schon vorn, Ziff. III.

165 Vgl. vorne, Ziff. IV. lit. a) und b), insbes. FN 107.

166 Die vorstehend lit. a) als Alternativen aufgeführten Möglichkeiten können zumeist auch kumuliert werden.

167 Die Erzwingung des Beitritts zu einem ABV dadurch, dass der Beitritt zur Voraussetzung für die Anerkennung als Aktionär gemacht wird, dürfte unter geltendem Recht kaum mehr möglich sein, vgl. vorn, bei FN 142 ff.

168 Dies jedenfalls dann, wenn die statutarische Ordnung durch qualifizierte Quoren gegen eine Abänderung abgesichert wird.

169 Dazu schon vorn, Ziff. IV. lit. a) und b), insbes. FN 107.

sehen. In neuerer Zeit sind aktionärbindungsvertragliche Regelungen sogar durch den Gesetzgeber auch im Körperschaftsrecht zur Kenntnis genommen worden:

a) Es gilt dies vor allem für das *Börsenrecht* als einem „Publikumsgesellschaftsrecht“<sup>170</sup>. Entsprechend dem in der Rechnungslegung seit langem etablierten Grundsatz „*sustance above form*“ werden bei der Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen<sup>171</sup>, der Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots<sup>172</sup> und bei Meldepflichten im Rahmen von öffentlichen Kaufangeboten<sup>173</sup> *durch Vertrag zusammengeschlossene Aktionäre gleich behandelt wie ein Einzelaktionär*: Diese Bestimmungen kommen nicht nur zum Zug auf denjenigen, der „direkt“ oder „indirekt“ Aktien hält, erwirbt oder veräussert, sondern auch auf alle, die „in gemeinsamer Absprache mit Dritten“<sup>174</sup> gehandelt haben. Das BEHG auferlegt daher den *in einem Aktionärbindungsvertrag Zusammengeschlossenen* (körperschaftsrechtliche) Aktionärspflichten, die sie als Einzelaktionäre nicht zu erfüllen brauchten<sup>175</sup>.

b) Einen Anfang in Richtung Gleichstellung von Einzelaktionär und Aktionärspool machte bereits Art. 663c OR – die Bestimmung, die verlangt, dass Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien im Bilanzanhang „bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen anzugeben [haben], sofern diese ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten“<sup>176</sup>. Dabei gelten nach Art. 663c Abs. 2 OR als „bedeutende Aktionäre“ nicht nur Einzelaktionäre, sondern auch „stimmrechtsverbundene Aktionärgruppen“ mit einer bestimmten Minimalbeteiligung.

c) Eine Gleichstellung von Einzelaktionär und (vertraglich verbundener) Aktionärgruppe nimmt neuerdings auch die *Governance-Richtlinie der Schweizer Börse*<sup>177</sup> vor: Danach sind bei den Informationen zur Corporate Governance im Geschäftsbericht Angaben zu machen über „[b]edeutende Aktionäre sowie bedeutende Aktionärgruppen und deren Beteiligungen, sofern sie dem Emittenten bekannt sind“<sup>178</sup>. Und ausdrücklich wird

170 HANS CASPAR VON DER CRONE, Auf dem Weg zu einem Recht der Publikumsgesellschaften, ZBJV 133 (1997) 75, 83.

171 Art. 20 des BG über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) vom 24.3.1995.

172 Art. 32 BEHG.

173 Art. 31 BEHG.

174 Dazu Art. 15 und 27 der Verordnung der eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV-EBK) vom 25.6.1997.

175 Vgl. z.B. PASCAL KISTLER, Die Erfüllung der (aktien- und börsenrechtlichen) Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärgruppen, Diss. Zürich 2001 = SSHW 212, 208 f.; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, hrsg. von NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, Basel/Genf/München 1999, Art. 20 BEHG N 66 ff.; KARL HOFSTETTER, Basler Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht (a.a.O.), Art. 32 BEHG N 15 sowie CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Art. 20 N 237 ff. Umstritten ist die – an dieser Stelle nicht weiter diskutierte – Frage, ob auch diejenigen ABV der Meldepflicht unterstellt werden, die keine Stimmrechtsabsprachen, sondern ausschliesslich andere Verpflichtungen, insbesondere (Vor-)Kauf- und Vorhandrechte enthalten (verneinend MEIER-SCHATZ [FN 175], N 246 ff., bejahend HOFSTETTER [FN 175], N 15).

176 Zu dieser *lex imperfecta* vgl. PETER FORSTMOSER, OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 69 ff.

177 Transparenzrichtlinie (FN 60), Ziff. 1.2.

178 Hervorhebung hinzugefügt.

ergänzt, es gehörten zur Bekanntgabe auch die gemäss Art. 20 BEHG<sup>179</sup> „veröffentlichten Kernelemente von Aktionärbindungsverträgen“.

d) Nach Art. 716b Abs. 2 OR hat der Verwaltungsrat „Aktionäre und Gesellschafts-gläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auf Anfrage hin schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung“ zu orientieren. Die Organisation kann – zumindest faktisch – durch Regelungen in ABV entscheidend bestimmt werden. Es fragt sich, ob darüber seitens der Gesellschaft eine Informationspflicht besteht.

Grundsätzlich ist dies zu bejahen<sup>180</sup>. Doch ist daran zu erinnern, dass eine solche Pflicht jedenfalls nur insoweit gegeben sein kann, als die Gesellschaft vom Bestehen vertraglicher Regelungen unter den Aktionären *Kenntnis hat oder haben müsste*. Da den Aktionären selbst – von kotierten Gesellschaften abgesehen – weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den Mitaktionären eine Informationspflicht obliegt<sup>181</sup> und ein aktives „Nachforschen“ bezüglich Beteiligten und Inhalten von Aktionärbindungsverträgen grundsätzlich nicht zu den Pflichten des Verwaltungsrates gehört, besteht diese Kenntnis wohl nur, wenn die gebundenen Aktionäre ihr Vertragsverhältnis freiwillig offengelegt haben oder wenn ein oder mehrere Verwaltungsratsmitglieder selbst am ABV beteiligt sind. Ob sie diesfalls die Gesellschaft darüber zu informieren haben, ist allerdings fraglich<sup>182</sup>.

e) Da körperschaftsrechtliche Ordnung und Aktionärbindungsvertrag sachlich eine Einheit bilden können<sup>183</sup>, fragt es sich, ob der Wegfall eines Bindungsvertrages die Basis für eine *Klage auf Auflösung der AG aus wichtigem Grund* gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR schaffen kann. Dies hängt davon ab, ob – und falls ja inwieweit – persönliche Gründe

179 Art. 20 BEHG regelt die Offenlegung von Beteiligungen.

180 Der Umfang der Auskunftspflicht nach Art. 716b Abs. 2 OR betrifft nicht bloss den Inhalt des Organisationsreglements, sondern erstreckt sich auf die tatsächlich gelebte Organisation, falls diese vom Reglement abweicht; vgl. ROLF WATTER, Basler Kommentar zum OR II (FN 8), Art. 716b N 16.

181 Allerdings ist von Jäggi (FN 89), 733a, eine generelle Offenlegungspflicht von ABV gegenüber den nicht am Vertrag beteiligten Mitaktionären und der Gesellschaft postuliert worden. Eine Informationspflicht gegenüber der Gesellschaft ist aber m. E. schon wegen der Beschränkung der aktienrechtlichen Pflichten auf die Liberierung (Art. 680 Abs. 1 OR) abzulehnen. Und zwischen den Aktionären bestehen keinerlei gesellschaftsrechtliche Beziehungen, aus welchen eine Offenlegungspflicht abgeleitet werden könnte (vgl. vorn, bei FN 63).

182 In der Lehre herrscht die Meinung vor, dass privates Wissen von Vertretern der juristischen Person dieser zuzurechnen ist (so HEINZ REICHWEIN, Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen [sog. Wissensvertretung]?, SJZ 66 (1970), 6 f.; KURT SIEGER, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Diss. Zürich 1979 = SSHW 33, 64; HANS-MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, III 1, Bern 1993, Art. 54/55 N 47). Dies würde bedeuten, dass ein Verwaltungsrat über einen ihn selbst betreffenden ABV Auskunft geben müsste, allerdings nur insoweit, als dieser die tatsächliche Organisation der Gesellschaft gemäss Art. 716b Abs. 2 OR beeinflusst. Eine allfällige in einem ABV statuierte Schweigepflicht könnte die Pflicht zur Auskunft gemäss Art. 716b Abs. 2 OR nicht aushebeln (ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990 = SSHW 130, 62), mit der Folge, dass z.B. Stimmbindungsvereinbarungen gegenüber der Gesellschaft und indirekt auch gegenüber den Mitaktionären nicht vertraulich gehalten werden könnten, wenn ein Beteiligter im Verwaltungsrat der Gesellschaft tätig ist, falls sich eine solche Vereinbarung – indirekt – auf die Organisation der Gesellschaft auswirkt. Ob dies wirklich zutrifft müsste näher geprüft werden.

183 Dazu vorn, Ziff. III.

„wichtig“ im Sinne dieser Norm sein können. Während das Bundesgericht – und mit ihm ein Teil der Lehre – dies ursprünglich verneint hat<sup>184</sup>, modifizierte es in späteren Entscheidungen seine Ansicht dahingehend, dass persönliche Aspekte bei der AG zwar grundsätzlich in den Hintergrund träten, jedoch vor allem in Familiengesellschaften nicht völlig ignoriert werden dürften<sup>185,186</sup>. Daraus folgt, dass Uneinigkeit unter den Aktionären – und damit auch der Wegfall einer die Einigung sicherstellenden Vereinbarung – für sich allein nicht zur Auflösung berechtigt<sup>187</sup>, wohl aber allenfalls dann, wenn sich solche Vorkommnisse auch objektiv schwerwiegend auswirken<sup>188</sup>. So wird man bei eigentlichen Doppelgesellschaften<sup>189</sup> beim Wegfall des Bindungsvertrages u.U. auch die Existenzberechtigung der AG als entfallen betrachten<sup>190</sup>.

Sodann muss es zulässig sein, *statutarisch* vorzusehen, dass die Beendigung eines ABV einen Auflösungsgrund i.S.v. Art. 736 Ziff. 1 OR bildet, da das Gesetz die Einführung statutarischer Auflösungsgründe im Rahmen des zwingenden Rechts grundsätzlich ohne Schranken<sup>191</sup> zulässt<sup>192</sup>.

### 3. Einflüsse des Körperschaftsrechts auf Aktionärbindungsverträge

a) Sind Aktionärbindungsverträge rechtlich unbeachtlich, wenn sie gegen die statutarische Ordnung verstossen? Wie verhält es sich etwa mit einer vertraglichen Stimmbindung zugunsten eines der Gesellschaft nicht genehmen potentiellen Aktienerwerbers?

Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheiden mit solchen und ähnlichen Geschäften unter dem Gesichtspunkt der *Umgehung* auseinandergesetzt und festgehalten,

184 BGE 67 II 164 f.; zur Lehre siehe die Übersicht bei PIERRE TERCIER, La dissolution de la société anonyme pour justes motifs (art. 736 ch. 4 CO), SAG 46 (1974) 67 ff. Anm. 19.

185 BGE 84 II 50, 105 II 114. Die Literatur schliesst sich dieser Meinung weitgehend an: So schon WILFRIED BERTSCH, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, 109 ff., 141 ff.; CHARLES METZLER, Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1952, 10; sodann TERCIER (FN 184), 70 f.; PHILIPP HABEGGER, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996 = ASR NF 588, 66.

186 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 55 N 81; BGE 67 II 164.

187 Vgl. schon WILFRIED BERTSCH (FN 185), 144 f.

188 Vgl. BGE 105 II 114 ff.; das Bundesgericht hat in diesem Entscheid darauf hingewiesen, dass namentlich bei kleinen Familiengesellschaften schwere Zerwürfnisse unter Aktionären auch zu objektiv unhaltbaren Zuständen – und damit aufgrund eines entsprechenden Begehrens zur Auflösung – führen können.

189 Zum Begriff vgl. vorn, bei FN 86.

190 JÄGGI (FN 89), 735a, fordert bei einer Auflösung des sämtliche Aktionäre umfassenden ABV aus wichtigem Grund die gleichzeitige Auflösung der AG durch den Richter, da die Auflösung des Vertrages sonst wenig nütze. Diese Ansicht ist m. E. abzulehnen, weil der Tatbestand des „wichtigen Grundes“ bei der einfachen Gesellschaft bzw. bei vertraglichen Dauerschuldverhältnissen nicht einfach demjenigen von Art. 736 Ziff. 4 OR gleichgesetzt werden kann (vgl. BGE 67 II 164 f.), da – im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft (dazu DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar zum OR II [FN 8], Art. 545/546 N 30) – wie dargelegt insbesondere das personalistische Element für die Auflösung aus wichtigen Gründen bei der AG nur ausnahmsweise eine Rolle spielt; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 55 N 81.

191 Insbesondere muss – im Gegensatz zur Regelung für die Vinkulierung gemäss Art. 685b Abs. 1 OR – *kein wichtiger Grund* vorliegen.

192 PEIDER MENGIARDI, Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von W.F. BÜRGI, hrsg. von MAX BOEMLE/WILLI GEIGER/MARIO M. PEDRAZZINI/WALTER R. SCHLUEP, Zürich 1971, 275; METZLER (FN 185), 4.

dass „Stimmrechtsvereinbarungen, mit welchen statutarische Vinkulierungsbestimmungen umgangen werden sollen, rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich“ sind<sup>193</sup>.

So wurde in BGE 109 II 43 ff. eine sog. Stimmrechtszession, durch welche der Zedent seine Mitwirkungsrechte für die Dauer von zehn Jahren an einen anderen Aktionär zediert hatte, als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. In der Doktrin ist das Urteil z.T. kritisiert worden mit der Begründung, es komme dies einer generellen Unzulässigkeit von Stimmvereinbarungen bezüglich vinkulierter Namenaktien gleich<sup>194</sup>. Diese Ansicht übersieht, dass aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht jede Stimmbindung unbeachtlich ist, sondern nur eine, welche die statutarische Vinkulierung umgeht<sup>195</sup>.

Sodann wird in der Lehre teilweise die Meinung vertreten, eine unzulässige Umgehung der Vinkulierung liege nur dann vor, wenn Aktionäre sich den Weisungen eines *Dritten* unterwerfen würden<sup>196</sup>. Vor dem Hintergrund der m.E. richtigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach „die Vinkulierung nicht nur verhindern soll, dass unlieb-same Dritte Aktien erwerben und auf die Gesellschaft Einfluss nehmen können, sondern auch, dass einzelne Aktionäre ihre bisherige Stellung verstärken und ein bestehendes Gleichgewicht gefährden können“<sup>197</sup>, ist diese Differenzierung *nicht vertretbar*.

b) In Aktionärbindungsverträgen wird oft die Pflicht vereinbart, nicht nur als Aktionär, sondern auch als Mitglied eines Organs – und das heisst im Klartext: als *Verwaltungsratsmitglied* – entsprechend den Regeln und der Intention des Vertrages zu handeln. Sind solche Bindungen, das Verwaltungsratsmandat entsprechend vertraglichen Weisungen auszuüben, rechtens?

M.E. unterscheidet sich die Stellung einer durch ABV verpflichteten Organperson nicht von der eines *fiduziarisch* tätigen Verwaltungsratsmitglieds oder auch eines von der Konzernobergesellschaft bei einer Tochtergesellschaft eingesetzten Organvertreters. Die rechtliche Beurteilung muss daher die selbe sein. Wegleitend ist m.E. die Theorie des „doppelten Pflichtnexus“, wonach zwar die Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorgehen, Bindungen aufgrund eines Vertrages aber immerhin insoweit befolgt werden dürfen, als dies im Rahmen des oft weiten freien Ermessensbereichs eines Verwaltungsrates möglich ist. Eine Pflichtverletzung liegt damit nur dann vor, wenn bei Interessenkollisionen nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird. Kritisch ist zu dieser Auffassung immerhin darauf hingewiesen worden, dass auch im Rahmen des Ermessens Entscheide im besten Gesellschaftsinteresse zu treffen sind, womit Drittinteressen eigentlich nur soweit befolgt werden dürften, „als das Gesellschaftsinteresse selbst den gleichen Entscheid fordert ...“<sup>198</sup>.

193 Vgl. BGE 114 II 64, 109 II 43 ff., 90 II 245 sowie 81 II 540 ff.; ferner ZR 89 (1990) Nr. 49.

194 ROLF BÄR, Besprechung von BGE 109 II 43, ZBJV 121 (1985) 233 f., 235; ERIC HOMBURGER, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 10. Januar 1983, SAG 55 (1983) 125.

195 GI. M. DRUEY (FN 6), 7 ff., 9 f.

196 So HANSJÜRGE APPENZELLER, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Diss. Zürich 1996 = SSHW 173, 46.

197 BGE 109 II 46, wie bereits BGE 81 II 534.

198 PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, hrsg. von CHARLOTTE M. BAER, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff., 107/108; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 698.

Die Organperson, welche in Befolgung von Stimmbindungen eines ABV die Interessen der Gesellschaft missachtet, trifft die volle persönliche Verantwortung. Umgekehrt kann sie m.E. nicht wegen einer Verletzung des Bindungsvertrages verantwortlich gemacht werden für Entscheide, welche die Interessen der Gesellschaft gebieten, die aber dem ABV widersprechen<sup>199</sup>. Sinnvollerweise wird man aber durch einen entsprechenden Vorbehalt im ABV ein solches Dilemma ausräumen.

c) Eine weitere Frage ist schliesslich, ob die *Beendigung der AG* auch zu einer *Auflösung des Bindungsvertrages* führt.

Im allgemeinen wird man dies bejahen: Gesellschaftsrechtlich konzipierte Aktionärbindungsverträge werden bei einer Beendigung der betreffenden Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR zufolge definitiver Unmöglichkeit der Zweckerreichung aufgelöst. Und bei schuldrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsverträgen tritt bei der Beendigung der AG nachträgliche Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR ein.

Dagegen werden vertragliche Vereinbarungen m.E. nicht ohne weiteres beendet, wenn die Auflösung der AG *ohne Liquidation* – z.B. aufgrund einer Annexion – erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, ob vertraglichen Pflichten weiterhin Sinn machen und ob ihre Erfüllung überhaupt noch möglich ist. Ist dies zu verneinen, tritt der ausserordentliche Beendigungsgrund der nachträglichen Unmöglichkeit der Zweckerreichung resp. Leistungserbringung<sup>200</sup> ein. Die Erfüllung bindungsvertraglicher Pflichten kann sich in gewissen Fällen jedoch nach wie vor als möglich und geboten erweisen. So kann beispielsweise nach einer Fusion die gepoolte Ausübung der Aktionärsrechte in der übernehmenden Gesellschaft sinnvoll sein. Diesfalls behält der Aktionärbindungsvertrag m.E. in der Regel seine Gültigkeit<sup>201</sup>. Im Einzelfall wäre allenfalls eine Beendigung des Vertrages bzw. der einfachen Gesellschaft aus wichtigen Gründen in Erwägung zu ziehen<sup>202</sup>. Denkbar wäre in gewissen Fällen auch eine Anwendung von Art. 2 ZGB bzw. der *clausula rebus sic stantibus*<sup>203</sup>.

#### 4. Konversion einer ungültigen statutarischen Bestimmung in eine gültige vertragliche?

a) Von selbst versteht sich, dass eine ungültige (aktionärbindungs-)vertragliche Regelung nicht in eine gültige statutarische uminterpretiert werden kann, da es bereits an den formalen Voraussetzungen (wie etwa der Beschlussfassung durch die Generalversammlung und die öffentliche Beurkundung) mangelt. Dagegen fragt es sich, ob – und wenn ja: unter welchen Bedingungen – eine ungültige Statutenbestimmung in eine gültige vertragliche Vereinbarung umzudeuten ist<sup>204</sup>.

199 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 31 N 38 f.

200 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1. OR resp. Art. 119 OR.

201 A.M. (im Falle einer Fusion) GLATTFELDER (FN 6), 343a f.

202 Vgl. vorstehend, Ziff. IV. lit. b) aa).

203 Vgl. HINTZ-BOHLER (FN 6), 174.

204 Dazu allgemein SALZGEBER-DÜRIG (FN 123), 297 ff.

Ob eine Umdeutung gerechtfertigt ist, muss anhand des Einzelfalls geprüft werden<sup>205</sup>. Generell folgendes:

Nach dem grundlegenden Entscheid BGE 25 II 14 ff ist im Hinblick auf die allfällige *Konversion einer statutarischen Bestimmung* in eine (aktionärbindungs-)vertragliche

„... in erster Linie die rechtliche Natur dieser Verpflichtung zu untersuchen, und namentlich zu entscheiden, ob es eine dem Aktionär als solchem obliegende oder aber eine unabhängig von der Eigenschaft als Aktionär ... eingegangene Verpflichtung sei“<sup>206</sup>.

Zur Frage der *Konversion im allgemeinen* hat das Bundesgericht in konstanter Praxis ausserdem folgenden Grundsatz aufgestellt:

„Entspricht ein nichtiges Geschäft den Erfordernissen eines anderen Geschäfts, das einen ähnlichen Zweck und Erfolg hat, wie der mit dem nichtigen Vertrag erstrebte, so gilt nach einem ungeschriebenen Rechtssatz des schweizerischen Rechts, der mit § 140 des deutschen BGB übereinstimmt, jenes andere Geschäft, wenn anzunehmen ist, die handelnden Personen hätten das bei Kenntnis der Nichtigkeit ihres Geschäfts gewollt ...“<sup>207</sup>.

Die Umdeutung einer statutarischen Bestimmung in eine vertragliche setzt also voraus,

- dass das vertragliche Ersatzgeschäft einen *ähnlichen Zweck und Erfolg* hat wie die rechtlich unwirksame Statutenbestimmung<sup>208</sup> und
- dass die Parteien in Kenntnis der zweifelhaften Gültigkeit der fraglichen Statutenbestimmung dieses schuldvertragliche Ersatzgeschäft *gewollt* hätten.

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen sind vor allem zwei Erwägungen relevant:

- Hätten die Beteiligten die verfolgte Zielsetzung *ebensogut* durch einen Vertrag wie durch statutarische Bestimmung erreichen können? Hätte eine vertragliche Vereinbarung den gleichen Zweck und Erfolg gehabt wie die (ungültige) statutarische Ordnung, spricht dies für eine Konversion, jedenfalls dann, wenn auch die zweite Voraussetzung erfüllt ist, nämlich
- die Zustimmung *sämtlicher* derzeitigen Aktionäre zur statutarischen Regelung. Diese ist insbesondere gegeben bei einer Gesellschaft, deren Aktien noch bei den *Gründeraktionären* liegen: Durch Erklärung anlässlich des Errichtungsakts<sup>209</sup> stellten diese fest, dass sie die (statutarische) Ordnung unter sich als verbindlich erachten. Dabei dürfte in der Regel die rechtliche Form der getroffenen Ordnung für die Beteiligten nicht von entscheidender Bedeutung gewesen sein. Massgebend war vielmehr das Ziel, und es darf davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine schuldvertragliche Verpflichtung eingegangen wären, wenn ihnen die (allfällige) Unverbindlichkeit der statutarischen Ordnung bewusst gewesen wäre.

Noch verstärkt wird diese Annahme in den (nicht seltenen) Fällen, in denen in einem ABV die Statuten zum integralen Bestandteil des Vertrags erklärt werden<sup>210</sup>.

205 Vgl. dazu BGE 25 II 21 und BÜRGI (FN 12), Art. 680 N 14.

206 BGE 25 II 20.

207 BGE 93 II 452 E 5, ebenso BGE 109 II 46, 103 II 184 E 3, 93 II 228 E 4, 89 II 440 f., 80 II 68 E 3, 76 II 278 und 13 f. E 5, jeweils mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Judikatur.

208 BGE 103 II 184.

209 Vgl. Art. 629 Abs. 1 OR.

210 Oft unter Beifügung der Statuten als Anhang.

b) Negativ ist andererseits festzuhalten, dass eine Konversion wohl dann nicht in Betracht kommt, wenn das Aktionariat nicht ausschliesslich aus Gründungsaktionären besteht, und schon gar nicht bei einem weiten und unbestimmten Aktionärskreis.

## 5. Wechselbeziehungen bei der Auslegung?

Weniger weit als die Umdeutung einer statutarischen Regelung in eine vertragliche geht die Berücksichtigung der statutarischen Ordnung bei der Auslegung und Ergänzung des Bindungsvertrages und vice versa. Auch diesbezüglich können Wechselwirkungen gegeben sein.

a) Ist ein *ABV lückenhaft oder unklar*, dann kann allenfalls die statutarische und/oder reglementarische Ordnung zur Lückenfüllung oder Auslegung beigezogen werden, wiederum vor allem dann, wenn die Parteien des ABV mit den Aktionären identisch sind.

So finden sich gelegentlich in ABV nur rudimentäre Bestimmungen zur Verfahrensordnung – Einberufung der Versammlung der Vertragsparteien, deren Durchführung und insb. Beschlussfassung. Die (analoge) Anwendung der Regeln, die für die Generalversammlung der AG in Statuten und/oder Reglementen aufgestellt worden sind, kann sich dann aufdrängen<sup>211</sup>.

b) Können umgekehrt Aktionärbindungsverträge für die *Auslegung und Ergänzung der Statuten* und allenfalls Reglemente beigezogen werden? Dies ist wohl nur mit Zurückhaltung möglich, wobei namentlich folgende Voraussetzungen zu verlangen sind:

- Eine Lückenfüllung oder Auslegung der körperschaftsrechtlichen Ordnung unter Berücksichtigung von vertraglichen Bindungen setzt voraus, dass *alle* Aktionärinnen und Aktionäre auch Vertragspartei des Bindungsvertrages sind.
- Aber auch in diesem Fall kann die Massgeblichkeit der vertraglichen Vereinbarung nur bejaht werden, soweit Regeln von ausschliesslich interner Bedeutung<sup>212</sup> zu interpretieren sind.

c) Differenziert zu beantworten ist schliesslich die Frage, ob – im Sinne einer systematischen Auslegung<sup>213</sup> – die *sachliche Einheit von Statuten* (und allenfalls Reglementen) *und ABV* auch bei der Auslegung zu beachten ist.

- Klauseln von *ABV* sind wohl in der Regel so auszulegen, dass das Ergebnis zusammen mit der statutarischen Ordnung eine sinnvolle Lösung ergibt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass beabsichtigt sein kann, durch die vertragliche Regelung die Statuten zu neutralisieren oder zu modifizieren.

211 Dabei ist freilich stets zu beachten, dass die einfache Gesellschaft – und als solche ist ein ABV, der eine gemeinsame Willensbildung vorsieht, zu qualifizieren (vgl. vorn, bei FN 83) – anderen Regeln unterworfen ist als die AG. Insbesondere ist abzuklären, ob allenfalls das in der einfachen Gesellschaft vorherrschende Prinzip der Einstimmigkeit (vgl. Art. 534 Abs. 1 OR) zu beachten ist.

212 Zur Abgrenzung vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 5), § 9 N 12 ff. m.w.H.

213 Zu dieser vgl. etwa KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1996, 324 ff.; PETER FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Bern 2003, § 19 N 71 ff.

- Bei der Auslegung von *Statuten* kommt die Bezugnahme auf Verträge wohl wiederum nur (aber immerhin) dann in Betracht, wenn sämtliche Aktionäre am Bindungsvertrag beteiligt sind und überdies eine lediglich innergesellschaftlich relevante Frage zu entscheiden ist.

## 6. Schiedsgerichtsklauseln

- a) Der Vertraulichkeit von ABV entspricht es, dass für die Erledigung von Streitigkeiten häufig *Schiedsgerichte* vorgesehen sind. Ist eine vertragliche Schiedsgerichtsklausel auch für allfällige Streitigkeiten der Beteiligten, die aus ihrer Aktionärsstellung herrühren, verbindlich?

Die für die Verbindlichkeit einer Schiedsklausel im Geltungsbereich des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>214</sup> erforderliche Schriftlichkeit<sup>215</sup> dürfte bei ABV – obwohl ihr Abschluss grundsätzlich formfrei möglich ist – regelmässig gegeben sein, allerdings natürlich nur bezüglich der dem ABV beigetretenen Aktionäre.

Trotzdem kommt eine bindungsvertragliche Schiedsklausel m.E. auf körperschaftsrechtliche Streitigkeiten nicht zum Zug, und zwar wegen fehlender Bestimmtheit: Eine Schiedsklausel kann sich nur auf künftige Streitigkeiten beziehen, die sich aus einem oder mehreren individuell bestimmten (blosse Bestimmbarkeit genügt nicht) Rechtsverhältnissen ergeben können<sup>216,217</sup>. Enthält ein ABV eine Schiedsklausel mit dem Inhalt, dass alle künftigen Streitigkeiten aus diesem durch ein Schiedsgericht zu beurteilen sind, so genügt diese Abrede zwar dem Erfordernis der Bestimmtheit in Bezug auf Streitigkeiten aus dem bindungsvertraglichen Rechtsverhältnis<sup>218</sup>, nicht aber bezüglich einer Ausdehnung auf weitere Streitigkeiten wie etwa solchen aus Aktionärsstellung<sup>219</sup>.

- b) Wie aber steht es umgekehrt? Die Statuten von Aktiengesellschaften enthalten nicht selten Schiedsklauseln, die nicht nur für Streitigkeiten zwischen Aktionären und der Gesellschaft oder ihren Organen verbindlich sein sollen, sondern auch für solche der *Aktionäre untereinander*. Sind dadurch Meinungsverschiedenheiten zwischen Aktionären aus einem ABV mit erfasst?

Wer einer AG beitrifft, erklärt dadurch, die geltenden Gesellschaftsstatuten zu akzeptieren<sup>220</sup>. Für eine in den Statuten enthaltene Schiedsklausel gilt dieser Grundsatz wegen der im Rahmen des Konkordats erforderlichen Schriftlichkeit indes nur bei Vorliegen einer schriftlichen Beitrittserklärung, die ausdrücklich auf die Schiedsklausel Bezug

nimmt<sup>221</sup>, ansonsten die Schiedsklausel für den Betroffenen unverbindlich ist<sup>222</sup>. In der Praxis werden solche ausdrücklichen Bezugnahmen nur selten verlangt, und bei Inhaberaktien sind sie ohnehin nicht durchsetzbar, was zur Folge hat, dass statutarische Schiedsklauseln von vorneherein oft unwirksam oder nur für einzelne Gruppen von Aktionären wirksam sind<sup>223</sup>. Doch selbst wenn alle Aktionäre einer statutarischen Schiedsklausel formgerecht beigetreten sind, ist zumindest zweifelhaft, ob diese auch für Streitigkeiten aus einem ABV verbindlich ist. Denn wiederum gilt: Die Schiedsklausel muss sich auf ein in seiner Formulierung hinreichend bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen<sup>224</sup>.

## 7. Gerichtsstandsregeln

Ähnliche Fragen stellen sich für Regelungen der gerichtlichen Zuständigkeit.

- a) Neben Schiedsklauseln wird in *ABV* häufig auch ein *Gerichtsstand* vereinbart. Kommt es zwischen Aktionären zu einer Streitigkeit, welche nicht aus dem Bindungsvertrag herrührt, sondern körperschaftsrechtlicher Natur ist, stellt sich die Frage, ob ein solcher vertraglich vereinbarter Gerichtsstand massgebend ist.

Gerichtsstandsvereinbarungen sind – wie Schiedsvereinbarungen – gültig, wenn zum einen das Formerfordernis der Schriftlichkeit – oder einer der Schriftlichkeit gleichgestellten Form<sup>225</sup> – erfüllt ist<sup>226</sup> und zum anderen sich die Vereinbarung auf einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bezieht<sup>227</sup>.

Ein Rechtsverhältnis ist dann genau bestimmt, wenn nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte – insbesondere der Richter – aus dem Wortlaut der Vereinbarung ohne weiteres erkennen können, welche Rechtsverhältnisse von dieser erfasst werden sollen<sup>228</sup>. Ist eine Gerichtsstandsbestimmung in einem ABV im Hinblick auf Streitigkeiten, die sich aus Letzterem ergeben, vereinbart worden und findet sich in ihrem Wortlaut kein Hinweis auf eine Ausweitung ihres Geltungsbereichs auf körperschaftsrechtliche Beziehungen unter den Aktionären, dürfte der vereinbarte Gerichtsstand für Streitigkeiten aus Aktienrecht nicht massgebend sein. Ohnehin nicht massgeblich ist sie für diejenigen Aktionäre, die dem ABV nicht beigetreten sind.

- b) Inwieweit sind *körperschaftsrechtliche Gerichtsstandsbestimmungen* für Streitigkeiten aus einem ABV massgebend?

214 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. 3. 1969 AS 1969 1093 (nachfolgend zit. Konkordat).

215 Art. 6 Abs. 1 Konkordat.

216 Art. 4 Abs. 3 Konkordat; vgl. dazu NIKLAUS WIGET/GREGOR WIGET, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, hrsg. von RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, 3. Aufl., Zürich 1997, vor §§ 238-258 N 24.

217 Bestimmt sein muss nur das Rechtsverhältnis, nicht der konkrete Streitfall; vgl. ZR 89 (1990) Nr. 79.

218 Vgl. THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, 69.

219 Dies umso weniger, als der mit einer Schiedsklausel im Voraus erklärte Verzicht auf den Rechtsschutz des staatlichen Gerichts nicht zuletzt wegen der regelmässig entfallenden Rechtsmittelmöglichkeiten und der oft höheren Kosten als schwerwiegend gilt und daher in Zweifelsfällen restriktiv ausgelegt wird; vgl. BGE 116 Ia 58; WIGET/WIGET (FN 216), vor §§ 238-258 N 24.

220 Vgl. BGE 33 II 207; RÜEDE/HADENFELDT (FN 218), 43.

221 Art. 6 Abs. 2 Konkordat.

222 Vgl. WALTHER J. HABSCHIED, Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat – Einige grundsätzliche Fragen, in: SAG 57 (1985) 157 ff., 159.

223 Vgl. PETER FORSTMOSER, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 88 (1992) 137 ff. sowie 157 ff., 169.

224 Vgl. vorstehend, bei FN 216 ff.

225 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a und b BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 24.3.1995 (SR 151.1).

226 Art. 9 Abs. 2 GestG.

227 Art. 9 Abs. 1 GestG.

228 Vgl. PETER REETZ, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von KARL SPÖHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER, Basel etc. 2001, Art. 9 N 7.

Einschlägige *gesetzliche* Sondergerichtsstände sind keine ersichtlich<sup>229</sup>. Nicht selten enthalten aber die *Statuten* einer AG eine Gerichtsstandsklausel für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und Aktionären oder *zwischen Aktionären untereinander*<sup>230</sup>. Was schon zu den statutarischen Schiedsklauseln ausgeführt wurde<sup>231</sup>, gilt auch hier: Wer weder die Statuten noch eine Beitrittserklärung zur Gesellschaft unterzeichnet hat, muss sich die Gerichtsstandsklausel mangels formal gültiger Zustimmungserklärung nicht entgegenhalten lassen<sup>232,233</sup>. Doch auch in Verhältnissen, in denen alle Aktionäre einer Gesellschaft die eine Gerichtsstandsklausel beinhaltenden Statuten oder eine entsprechende Beitrittserklärung unterzeichnet haben, ist fraglich, ob diese Klausel auch für Streitigkeiten aus einem ABV massgeblich ist, weil in Bezug auf den ABV das Erfordernis des genau bestimmten Rechtsverhältnisses<sup>234</sup> nicht erfüllt sein könnte<sup>235</sup>.

## VI. Schlussbemerkung

Aktionärbindungsverträge und körperschaftsrechtliche – statutarische und allenfalls auch reglementarische – Ordnung bilden oft eine sachliche Einheit, und es wäre die zahlenmässige Beherrschung der Schweizer Wirtschaft durch (personalistisch konzipierte) Aktiengesellschaften ohne dieses Zusammenspiel kaum denkbar. Diese sachliche Einheit ist trotz der dogmatisch sauberen Trennung zwischen Vertrag und Statuten bzw. Reglement auch rechtlich bedeutsam. Doch gibt es zahlreiche Ungewissheiten, die das Zusammenspiel von Vertrag und aktienrechtlicher Ordnung in Frage stellen.

Es sei daher einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob es nicht sinnvoll wäre, durch eine *gesetzliche Regelung* eine solidere Basis für die bei personenbezogenen Aktiengesellschaften unerlässlichen Bindungsverträge zu schaffen<sup>236</sup>. Angesichts der Ablehnung durch den Gesetzgeber im Zuge der Aktienrechtsreform<sup>237</sup> wie auch durch die Mehrheit der „Groupe de réflexion“, die 1993 die Basis für die Weiterentwicklung des schweizeri-

229 Unter der Marginalie „Gesellschaftsrecht“ stellt das GestG in Art. 29 Gerichtsstände für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit zur Verfügung. Diese sind derogierbar. Weitere körperschaftsrechtliche Gerichtsstände sieht das GestG nicht vor.

230 CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 32 N 3d.

231 Vgl. vorn, bei FN 216 ff.

232 Vgl. MARKUS WIRTH, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, hrsg. von THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH, Zürich 2001, Art. 9 N 52 ff.

233 Das Festhalten am Erfordernis einer Zustimmungserklärung des auf den gesetzlichen Gerichtsstand verzichtenden Aktionärs hat in der Praxis die – im übrigen auch bei den statutarischen Schiedsklauseln mögliche – unbefriedigende Konsequenz, dass allenfalls einzelne Aktionäre der statutarischen Regelung unterliegen und andere nicht. In einem Streitfall zwischen der Gesellschaft und mehreren Aktionären kann eine Verfahrensteilung die Folge sein. Verbunden ist damit die Gefahr einer Urteilkollision (welche allerdings durch Art. 36 GestG bei einer Mehrheit ausschliesslich schweizerischer Verfahren wieder relativiert wird). Vgl. dazu WIRTH (FN 232), Art. 9 N 56 m.w.H.

234 Art. 9 Abs. 1 GestG.

235 Immerhin gilt für die Auslegung einer gültig zustande gekommenen Gerichtsstandsvereinbarung bezüglich der inhaltlichen Tragweite, dass diese als verfahrensrechtliche Abrede – im Gegensatz zu einer Schiedsklausel – nicht restriktiv auszulegen, sondern als Ausdruck des Parteiwillens zu verstehen ist, dem gewählten Gericht eine umfassende Zuständigkeit zu verschaffen, vgl. BGE 121 III 495; WIRTH (FN 232), Art. 9 N 66.

236 Dazu schon FORSTMOSER (FN 6), 381; GLATTFELDER (FN 6), 355a; ZIHLMANN (FN 86), 244.

237 Vgl. dazu PETER BÖCKLI (FN 6), 475 ff.

schen Gesellschaftsrechts geschaffen hat<sup>238</sup>, ist freilich kaum zu erwarten, dass dieses Postulat bald aufgenommen werden wird.

Um so mehr ist daran zu erinnern, dass mit der *GmbH* eine Rechtsform zur Verfügung steht, die vielerlei Möglichkeiten der Personalisierung – Konkurrenzverbote, Nebenleistungs- und Nachschusspflichten, beliebige Formen der Übertragungsbeschränkung – kennt, bei der also auf dem soliden „quasi dinglichen“ Fundament der körperschaftsrechtlichen Ordnung aufgebaut werden kann, was bei der AG nur durch begleitende vertragliche Regeln möglich ist.

238 Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schlussbericht, Bern 1993, 30 ff.

Sonderdruck aus:

# Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts

Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von:

Heinrich Honsell / Wolfgang Portmann / Roger Zäch / Dieter Zobl

---

PETER FORSTMOSER

## Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht