

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 78 (1959)

Artikel: Die Aktionärbindungs-Verträge

Autor: Glattfelder, Hans

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895999>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

DIE AKTIONÄRBINDUNGS-VERTRÄGE

Referat von
Dr. iur. HANS GLATTFELDER
Oberrichter, Zürich

INHALTSVERZEICHNIS

Literatur-Verzeichnis	144a
Abkürzungen	152a
§ 1. <i>Einleitung</i>	153a
1. Begriff der Aktionärbindungs-Verträge (ABV) und Abgrenzung des Themas	153a
2. Die ABV als Ergebnis einer außergesetzlichen Entwicklung	154a
3. Überblick über die zu behandelnden Fragen . . .	156a

Erster Teil

Zur Soziologie, Morphologie und Rechtsvergleichung der ABV

§ 2. I. <i>Funktion und Wirkungen der ABV</i> (Zur Soziologie der ABV)	159a
1. Die Demokratisierung der Aktiengesellschaft (AG) und die strukturelle Labilität ihrer Beherr- schung	159a
2. Die Stabilisierung der Herrschaft durch ABV . .	161a
3. Unternehmensverflechtungen durch ABV . . .	163a
4. Die Verpersönlichung der AG durch ABV zur Be- schränkung der Unternehmerhaftung	167a
5. Die Beeinflussung der Rechtsentwicklung durch die ABV	171a

	II. <i>Erscheinungsformen, Bezeichnungen und Aufbau der ABV (Zur Morphologie der ABV)</i>	172a
§ 3.	Die Arten der ABV	172a
	Einleitung	172a
	1. Die Art der Vertragspartner; Bezeichnungen	173a
	2. Die Zahl der Vertragspartner	179a
	3. Der Umfang des gebundenen Besitzes	180a
§ 4.	4. Der Gegenstand der ABV	181a
	5. Die Art der Bindung	184a
	6. Die Dauer der Bindung	186a
	7. Die Intensität der Bindung	186a
§ 5.	8. Der Aufbau der ABV (Aktionärkonsortien)	187a
	9. Die Zwecke der ABV	192a
	Zusammenfassung	194a
	III. <i>Rechtsvergleichender Überblick über die ABV</i>	194a
§ 6.	Einleitung	194a
	1. Die ABV im französischen Recht	195a
§ 7.	2. Die ABV im italienischen Recht	203a
§ 8.	3. Die ABV im deutschen Recht	212a
§ 9.	4. Die ABV im Rechte der USA	217a
§ 10.	5. Standortbestimmung des schweizerischen Rechts	225a

Zweiter Teil

Die Aktionärbindungs-Verträge im schweizerischen Recht (Zur Dogmatik der ABV)

	I. <i>Die Rechtsnatur der ABV und ihre Rechtsanwendbarkeitsnormen</i>	227a
§ 11.	1. Die Rechtsnatur der ABV im allgemeinen	227a
§ 12.	2. Die Typisierung der ABV	231a
§ 13.	3. Zum internationalen Privatrecht der ABV	240a
	II. <i>Die Rechtsgültigkeit der ABV</i>	243a
§ 14.	1. Die Rechtsgültigkeit der ABV im allgemeinen	243a
	A. Grundsätzliches zur Rechtsgültigkeit der ABV	243a
	B. Gültigkeitserfordernisse der Form	243a
	C. Gültigkeitserfordernisse des Inhaltes	245a

	Die Aktionärbindungs-Verträge	143a
§ 15.	2. Die Rechtsgültigkeit der Abstimmungsvereinbarungen (AV)	253a
	A. Grundsätzliches zur Rechtsgültigkeit der AV	253a
	B. Wesen und Bedeutung des Aktionärstimmrechts; zur Frage der Treuepflicht des Aktionärs	254a
	C. Ungültigkeit der AV im Einzelfall	263a
	III. <i>Der Minderheitenschutz im Zusammenhang mit den Aktionärbindungs-Verträgen</i>	272a
§ 16.	Einleitung	272a
	1. Minderheitenschutz der außerhalb eines ABV stehenden Aktionäre	273a
§ 17.	2. Minderheitsprobleme innerhalb von Aktionärskonsortien	287a
§ 18.	3. Die ABV als Mittel des Minderheitenschutzes	295a
	IV. <i>Die Rechtswirkungen der Aktionärbindungs-Verträge und die Maßnahmen zur Sicherung ihrer Erfüllung</i>	299a
§ 19.	1. Die Rechtswirkungen der ABV im allgemeinen	299a
§ 20.	2. Die Folgen der Nichterfüllung von ABV	306a
	A. Im allgemeinen	306a
	B. Die Erzwingbarkeit von ABV	309a
§ 21.	3. Die Sicherungsmaßnahmen zur Erfüllung der ABV	320a
§ 22.	V. <i>Die Beendigung der Aktionärbindungs-Verträge</i>	335a
	1. Grundsätzliches zur Vertragsbeendigung	235a
	2. Die ordentliche Beendigung	237a
	3. Die außerordentliche Beendigung	243a
§ 23.	<i>Schlußfolgerungen</i>	348a
	Ergänzungsvorschlag zu Art. 708 Abs. 4 OR	354a

LITERATURVERZEICHNIS¹

- ALTVATER, WILHELM, Die Stimmrechtsbindungen im Aktienrecht. Diss. Rostock 1935.
- ASCARELLI, TULLIO, Studi in tema di società. Milano 1952.
- BAADEN, HANS, Stimmrechtsbindungsverträge und Stimmenkauf. Diss. Köln 1935.
- BALLANTINE, HENRY WINTHROP, On Corporations. Revised edition, Chicago 1946.
- BARTHOLOMEYCZIK, HORST, Anmerkung (zum Reichsgerichtsurteil vom 12. Okt. 1940: RGZ 165 S. 68–85 = Deutsches Recht 1941 S. 334–337). Deutsches Recht Bd. 11, 1941, S. 337–339.
- BEAULIEU, MARIE-LOUIS, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit canadien. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 246–254.
- BENOIT, ARMAND, La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes. Thèse Lausanne 1956.
- BENZ, WALTHER, Die Treuepflicht des Gesellschafters. Diss. Zürich 1947.
- BOTTS, u. a., Close Corporation. A plea for separate statutory treatment of the close corporation. Note written by the following students: Paul H. Botts, Larry J. Dagenhort, Irvin Kagan, Edwin Kaplan, Owen B. Landmann, Marvin J. Laster, Stanley M. Meyer, Donald Miller, Burton R. Rubin, Marvin B. Tepper. Edited by Harlan W. Murray. Foreword from F. Hodge O. Neal; afterword by Miguel A. De Capriles. In: New York University Law Review, vol. 33, May 1958, p. 700–745.
- BOURCART, G., De l'intuitus personae dans les sociétés. In: Journal des sociétés, Bd. 48 (1927), S. 513–557.
- BRODMANN, ERICH, Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen. In: Juristische Wochenschrift 1929, S. 615 ff.
- BÜRGI, F. WOLFHART, Das Problem des Minderheitenschutzes im schweiz. Aktienrecht. In: SAG Bd. 29 (1956/57), S. 81–93.

¹ Dieses Verzeichnis stellt keine vollständige Bibliographie der über die Aktionärsbindungs-Verträge bestehenden Literatur dar. Weitere, meistens nur einmal zu besonderen Fragen angeführte Arbeiten sind in den Fußnoten erwähnt. Die allgemeinen Werke sind ebenfalls mit den gebräuchlichen Abkürzungen (vgl. Abkürzungsverzeichnis) unter Angabe der in Betracht fallenden Stellen in den Anmerkungen zitiert.

- CAMERLYNCK, GUILLAUME, De l'intuitus personae dans la société anonyme. Thèse Paris 1929.
- CASSONI, GIUSEPPE, Rapport sur les syndicats d'actionnaires en droit italien. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 263–266.
- CHARLESWORTH, J.(OHN), The Principles of Company Law. Sixth edition. London 1954.
- COPPENS, PIERRE, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit belge. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 255–262.
- COTTINO, GASTONE, Le convenzioni di voto nelle società commerciali (Saggi di diritto commerciale, raccolti dal Prof. Tullio Ascarelli). Milano 1958.
- CURTI, ARTHUR, Die englische Aktien-Gesellschaft nach neuem Recht. Systematische Darstellung und Gesetz vom 10. Mai 1929. Berlin 1929.
- CUSHING, HARRY A., Voting Trusts. A Chapter in Modern Corporate History. New edition revised and reset. New York 1927 (Copyright 1915 and 1927).
- DODD, E. MERRICK and BAKER, RALPH J., Cases and Materials on Corporations. Second edition, Brooklyn 1951. Zit.: DODD and BAKER.
- DORPALEN, ANDREAS, Die Treupflicht des Aktionärs. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Goldschmidt), Bd. 102 (1936), S. 1 ff.
- EGGER, AUGUST, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht. In: ZSR N.F. Bd. 45 (1926), S. 1–43.
Zit.: EGGER, Schranken.
- Die Aktiengesellschaft nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dez. 1936. In: SJZ Bd. 34 (1937/38), S. 1 ff., 21 ff., 37 ff. Zit.: EGGER, Vorträge.
- Ausgewählte Schriften und Abhandlungen. Herausgegeben von Walther Hug. Bd. II Zürich 1957. Zit.: EGGER, Ausgew. Schriften.
- EHRBAR, MAX, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebenem Recht. Diss. Zürich 1941.
- ESCHER, ANDREAS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsrates nach dem Aktienrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Basel 1954.
- FEHLMANN, HEINZ, Der Versicherungspool. Diss. Zürich 1948.
- FEHLMANN, KURT, Die Aktien im anglo-amerikanischen und kontinentalen Recht in rechtsvergleichender Darstellung. Diss. Bern 1950.

- FELDMANN, HANS, Beschluß und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht. Diss. Bern 1954.
- FOYER, JEAN, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 231–246.
- FRAEFEL, JOSEPH, Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde. Diss. Zürich 1929.
- FRANKENBERG, PHILIPP, Die konzernmäßige Abhängigkeit. Diss. Zürich 1937.
- FRANTZ, WALTER, Bindung des Stimmrechts durch Vereinbarung. Diss. Halle-Wittenberg 1932.
- FREYRIA, CHARLES, Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés. In: Revue trimestrielle de droit commercial. Tome IV (1951), Seite 419 bis 437.
- FRIEDLÄNDER, HEINRICH, Aktienpool-Verträge. In: Zeitschrift für das gesamte Aktienrecht, 31. Jahrgang (1921), S. 228–230. Zit.: FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge.
- Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen. 1. A.: Mannheim/Berlin/Leipzig 1927; 2. A.: Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, Berlin und Frankfurt a.M. 1954. Zit.: FRIEDLÄNDER, Konzernrecht.
- Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa. Zürich 1938. Zit.: FRIEDLÄNDER, Rechtspraxis.
- FROMER, LEO, Merkmale und Besonderheiten der privaten Aktiengesellschaften. In: SAG Bd. 30 (1957/58), S. 124–131.
- Die Treuepflicht des Aktionärs. In: ZSR N.F. Bd. 58 (1939), S. 210–243.
- GEILER, KARL, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechtes. 2. erw. A., Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
- GLOOR, M., Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften. Diss. Zürich 1943.
- GOLDSCHMIDT, ROBERT, Grundfragen des neuen schweizer. Aktienrechts. St. Gallen 1937.
- HAUSSMANN, FRITZ, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Mannheim/Berlin/Leipzig 1926. Zit.: HAUSSMANN, Grundlegung.
- Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen. Zweiter Teil: Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. München, Berlin und Leipzig 1932. Zit.: HAUSSMANN, Praxis.
- HEPNER, BENNO, Das französische Aktienrecht und seine Reformprobleme. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Goldschmidt) Bd. 99 (1934), S. 152–162.

- HERRMANNSDORFER, FRITZ, Die Rechtsnatur des Poolvertrages. Berlin 1924.
- HOFMANN, ERNST MARTIN, Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften. Diss. St. Gallen 1954.
- HOMBURGER, ERIC E. and REVERDIN, BERNARD J., The American Close Corporation and its Swiss Equivalent. In: The Business Lawyer, Vol. XIV November 1958, No. 1, S. 263–278.
Zit.: HOMBURGER and REVERDIN.
- HOUIN, ROGER, Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes; Rapport général. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 204–213.
- HUG, WALTHER, Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts. St. Gallen 1934. Zit.: HUG, Zur Revision.
- JÄGGI, PETER, Ungelöste Fragen des Aktienrechts. In: SAG Bd. 31 (1958/59), S. 57–80.
- JENKS, JEREMIAH WHIPPLE and CLARK, WALTER E., The Trust Problem. 4 ed. New York 1922.
- INDERMAUR, MAX, Die Minoritätenrechte im Aktienrecht. Diss. Zürich 1928.
- JOSS, ROBERT WILLY, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1935.
- ISAY, HERMANN, Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen. In: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Bd. 22 (1928), S. 1295 ff.
- JÜRGENSEN, HANS, Stimmbindungsverträge. Diss. Göttingen 1931.
- KAYSER, P., Les syndicats de blocage de titres au porteur. In: Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouvelle Série Tome 55 (1935), S. 64–86.
- KNAPP, CHARLES, Réflexions sur le vote populaire: faculté ou obligation? (du droit privé au droit public). Festgabe zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, herausgegeben von den Jur. Fakultäten der schweiz. Universitäten, S. 137 ff.
- KOEBEL, FRITZ, Stimmrechtsbindungsverträge. Diss. Basel 1938. (Maschinenschrift).
- KOLB, ALFRED, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht. Diss. Zürich 1935.
- KUMMER, MAX, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. In: ZSR N.F. Bd. 73 (1954), S. 163 ff.
- LASSIG, WALTER, Abstimmungsvereinbarungen als Mittel zur Beherrschung der Aktiengesellschaft. Diss. Leipzig 1934.

- LEHNER, OTHMAR, Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte. In: SJZ Bd. 50 (1954), S. 73–81. Zit.: LEHNER in SJZ.
- Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte. In: SAG Bd. 26 (1953/54), S. 189–208 und 218–231. Zit.: LEHNER in SAG.
- LENK, FRIEDRICH, Abstimmungsverpflichtungen bei der AG und der GmbH. Diss. Heidelberg 1935.
- LINDEMANN, HERBERT, Der Stimmvertrag. Diss. Leipzig 1930.
- LURIE, HEINZ-GEORG, Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Versicherungspools. Diss. Hamburg 1934.
- MEDERLE, FRANZ, Die Verwaltungsaktie. Diss. Tübingen 1930.
- MEYER, CHARLOTTE, Die Zulässigkeit der Verurteilung zur Stimmabgabe in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In: Zentralblatt für Handelsrecht, Bd. 3 (1928), S. 146–148.
- MIJALKOVIC, VLADIMIR, Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs. Diss. Bern 1941.
- MOLITOR, ERICH, Die Kündigung. Mannheim/Berlin/Leipzig 1935.
- MOSER, EDUARD, Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem, sowie nach deutschem und italienischem Recht. Diss. Zürich 1945.
- MÜLLER, ROBERT, Konsortialverträge der Aktionäre zur Bildung von Stimmrechts-Konsortien. Diss. Freiburg i.B. 1925. (Maschinenschrift).
- NAEGELI, EDUARD, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmer-Zusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht. Bd. 1: Berlin 1935 (auch Diss. Zürich 1935). Bd. 2: Zürich 1941.
- NAHRAT, CHARLES, Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1933.
- NEHM, EDUARD, Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht. Versuch der Herausarbeitung der für die Kündigung maßgeblichen Tatbestände. Abhandlungen zum bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht. Herausgegeben von Dr. Heinrich Hoeniger, Kiel, 12. Heft. Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.
- NETTER, OSKAR, Aktienverteilung im Verwaltungs-Konsortium. In: Zentralblatt für Handelsrecht Bd. 1 (1926), S. 415 ff.
- OSTHOFF, HANS WERNER, Der Konsortialvertrag. Mannheim/Berlin/Leipzig 1936.

- PATRY, ROBERT, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit suisse. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 213–231.
- PESTALOZZI-HENGGELE, REGULA, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung. Diss. Zürich 1948.
- PETERS, EGBERT, Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen. In: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 156 (1957), S. 311–346.
- PEYER, RUDOLF, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1944.
- PFEIFFENBERGER, W., Abstimmungsvereinbarungen im Aktienrecht. Diss. Heidelberg 1935.
- PFENNINGER, HANS, Die Realexekution im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1925.
- PLATTNER u.a., Gutachten über die Steuerverhältnisse bei Familienaktiengesellschaften. Ein Beitrag zum Problem der steuerlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär, verfaßt von einer Expertenkommission mit folgender Zusammensetzung: Vorsitzender Josef Plattner, Mitglieder: Irene Blumenstein, Oskar Bosshardt, Walter Geering, Max Imboden, Theo Keller, Willy Rigolet, Jacob Wackernagel, Henri Zwahlen. Zürich 1955. Zit. PLATTNER u.a.
- PROBST, RUDOLF, Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes; intervention. In: Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, Paris 1959, S. 266–272.
- RAFFAELLI u.a., Camillo Giussani/Cesare Grasetti/Paolo Greco/Guido A. Raffaelli/Mario Rotondi. Con prefazione di Gaetano Azzariti. La disciplina dei sindacati azionari. Milano 1955. Zit.: RAFFAELLI u.a.
- RASCH, HAROLD, Deutsches Konzernrecht, 2. A., Köln-Berlin 1955. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Veröffentlichung durch das (westdeutsche) Bundesjustizministerium. Köln 1958.
- REVERDIN, BERNARD J. (siehe HOMBURGER).
- SÄNDIG, JOHANNES, Der Versicherungspool. Diss. Leipzig 1927.
- SCHAFFNER, JAKOB, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung. Diss. Bern 1940.
- SCHLUEP, WALTER RENÉ, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweiz. Recht. Diss. St. Gallen 1955.
- Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs. In: SJZ Bd. 54 (1958), S. 209 ff.

- SCHMEY, FRITZ ERNST, *Aktie und Aktionär im Recht der Vereinigten Staaten, mit besonderer Berücksichtigung der Trustbildung*. Marburg in Hessen 1930. Zit.: SCHMEY.
- *Voting Trusts*. In: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* (Goldschmidt), Bd. 97 (1932), S. 249–278. Zit.: SCHMEY in ZHR.
- SCHMULEWITZ, MAXIMILIAN, *Die Verwaltungsaktie – Herrschafts- und Vorratsaktie – ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen*. Berlin 1927.
- SCHUCANY, GIOVANNI, *Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft*. Diss. Zürich 1949.
- SCHULER, PAUL, *L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes*. Thèse Neuchâtel 1937.
- SCOTT, WILLARD P., *The American Close Corporation, Introductory*. (Referat vor der) International Bar Association Cologne Conference 1958.
- SIEGWART, ALFRED, *Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes*. In: *Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins*. Freiburg 1943, S. 175 ff. Zit.: SIEGWART, *Festgabe*.
- SINN, HANS-WERNER, *Die gebundene Aktie*. Diss. Hamburg 1935.
- SOMMERFELD, ERNST, *Verträge über die Ausübung des Stimmrechts von Aktien*. Diss. Jena 1930.
- SONTAG, ERNST, *Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht*. Berlin 1918.
- *Stimmrechtsprobleme im Aktienrecht*. In: SAG Bd. 21 (1948/49), S. 210 ff.
- SPAHN, CARL A., *Der Poolvertrag*. In: SAG Bd. 22 (1949/50), S. 1–9; 48–54.
- V. STEIGER, FRITZ, *Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes; intervention*. In: *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome X, 1956, Paris 1959, S. 273–276.
- *Legitimationsübertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf im Aktienrecht*. In: SAG Bd. 14 (1941/42), S. 12 ff.
- V. STEIGER, WERNER, *Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz*. In: ZSR N.F. Bd. 62 (1943), S. 195 a ff.
- STUBER, RUDOLF, *Aktionär-Consortien*. Diss. Zürich 1944.
- TAMBOISE, ALBERT, *Des moyens juridiques pour assurer la Stabilité du Contrôle dans les sociétés par actions, ou de la défense des sociétés par actions contre les immixtions étrangères ou indésirables*. Thèse Lille 1929.

- TUNC, ANDRÉ, Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes (Etude critique du décret-loi du 31 août 1937). In: Revue générale de droit commercial, Paris 1942, S. 97–149.
- WALDER, ERNST, Unternehmer- und Publikumsaktionäre. Diss. Zürich 1955.
- WALDER, HERMANN, Veräußerung und Erwerb eines in der Form der Aktiengesellschaft bestehenden Unternehmens nach schweizerischem Recht. Zürich 1959. Zit.: WALDER, Veräußerung.
- WETTSTEIN, GEORG, Die Gründung von Aktiengesellschaften. In: SAG Bd. 3 (1930/31), S. 1 ff. und 17 ff.
- WIELAND, ALFRED, Vinkulierte Namenaktien. In: SAG Bd. 21 (1948/1949), S. 77 ff.
- WILKE, GERHARD, Stimmrechtsbindungsverträge bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Göttingen 1931.
- WOLF, ELIAS, Rechtliche Bindungen auf «ewige» Zeiten bei der Aktiengesellschaft. In: SAG Bd. 9 (1936/37) S. 9 ff., 37 ff., 62 ff., 97 ff.
- WOLFF, MAX, Einklagbarkeit und Erzwingbarkeit von Abstimmungsverpflichtungen. In: Juristische Wochenschrift 1929, S. 2115 ff.
- WYSS, HEINZ F., Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung (Art. 697 OR), unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Diss. Zürich 1953.
- ZAHN, JOHANNES C. D., Die treuhänderische Übertragung und Verwaltung von Körperschaftsrechten; insbesondere von Aktien, Kuxen und G.m.b.H.-Anteilen. Diss. Bonn 1931.
- ZELLER, MAX, Die Familien-AG. nach dem revidierten Obligationenrecht. Diss. Bern 1940.
- ZIMMERMANN, H., Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde. Zürich 1951.
- ZINKE, WALTER, Der Stimmrechtsausschluß des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollision nach schweiz. und deutschem Recht. Diss. Zürich 1939.
- ZLUHAN, WALTER, Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechts. In: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 127 (1927), S. 62–87 und 257–308.

ABKÜRZUNGEN

- ABV = Aktionärbindungs-Vertrag (auch im Plural)
AG = Aktiengesellschaft (Plural: AGen)
AK = Aktionärkonsortium (auch im Plural)
AV = Abstimmungsvereinbarung (auch im Plural)
SAG = Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für
Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesell-
schaften, Zürich 1928 ff.
VB = Verfügungsbindung

Im übrigen werden die Abkürzungen gemäß den Verzeichnissen bei F. WOLFHART BÜRGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957, S. XII–XV; GOTTFRIED WEISS, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII, 2. Abt.: Das Aktienrecht, 1. Lieferung: Einleitung, Bern 1956, S. I–III; ADOLF BAUMBACH† und ALFRED HUECK, Aktiengesetz, 9. A., München und Berlin 1956, S. XVII–XX; JEAN ESCARRA, Cours de Droit Commercial, Nouvelle édition, Paris 1952, S. IX–X verwendet.

EINLEITUNG

§ 1

1. Unter Aktionärbindungs-Verträgen (ABV) werden in dieser Arbeit Verträge über die Ausübung von Aktionärrechten verstanden¹. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich bereits eine dreifache Abgrenzung gegen ähnliche Erscheinungen, die zwar bei der Behandlung der ABV berührt werden müssen, die aber schon aus Raumgründen nicht näher erörtert werden können. Gegenstand dieser Arbeit sind somit erstens Verträge, im Gegensatz zu Bindungen der Ausübung von Aktionärrechten durch Statuten, wie sie insbesondere bei der Vinkulierung von Namenaktien (Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1 und 686 OR), bei statutarischen Beschränkungen des Stimmrechts (Art. 627 Ziff. 10 und 692 Abs. 2 OR) und des Rechts der Aktionäre, sich vertreten zu lassen (Art. 627 Ziff. 10 und 689 Abs. 2 OR), vom schweizerischen Gesetzgeber als zulässig vorgesehen worden sind, sowie auch im Gegensatz zu aktienrechtlichen Vorkaufs- und Vorhandrechten², sofern sie der Praxis entsprechend in den Statuten verankert werden. Zweitens wird die Ausübung von Aktionärrechten behandelt, im Gegensatz zu den – wirtschaftlich oft zu ähnlichen Ergebnissen führenden – Verfügungen über die Aktie selbst, wie treuhänderischer Übergabe von Inhaberaktien zu Eigentum, Legitimationszession (Art. 691 Abs. 1 OR) und Einbringung von Aktien in eine Holdinggesell-

¹ Es handelt sich m. W. um eine neue Wortbildung, die sich an den z.B. von STUBER (S. 1) und WEISS Einl. (N. 139) verwendeten Ausdruck Aktienbindungsverträge anlehnt, im Gegensatz zu diesem aber erkennen läßt, daß es sich um obligatorische Verpflichtungen der Aktionäre u. nicht um «dingliche» Bindungen der Aktien handelt.

² Vgl. hiezuh LEHNER in SJZ Bd. 50 (1954), S. 73 ff. und SAG Bd. 26 (1953/54), S. 189 ff. und 218 ff. und die dort angegebene Literatur; ferner HANSPETER BRENNER, Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren, Diss. Basel 1951, S. 149–162 (nur in Maschinenschrift); JÄGGI in SAG Bd. 31 (1958/59), S. 68 ff.

schaft. Drittens geht es hier grundsätzlich nur um Bindungen von Aktionärrechten, also weder um solche von Mitgliedern des Verwaltungsrates (womit z.B. die Behandlung der Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates³ ausscheidet), noch um Bindungen bei der Ausübung der Rechte aus Beteiligungen an anderen Handelsgesellschaften⁴. Dagegen fallen unter diesen Begriff der ABV nicht nur solche von Aktionären über die Ausübung ihrer Rechte in einer einzigen Gesellschaft, sondern auch in verschiedenen. Während die erstgenannten den Normalfall darstellen, sind die letztgenannten wichtig für die Unternehmenszusammenfassungen.

Alle Aktionärrechte können theoretisch Gegenstand von Verträgen über ihre Ausübung bilden. Praktisch betreffen diese Bindungen allerdings fast ausschließlich die Ausübung des Stimmrechts oder des Verfügungsrechts über die Aktien, wobei die Verträge häufig die Bindung der Ausübung dieser beiden Rechte verkoppeln. Immerhin kommen auch Verträge vor, in denen z.B. die Ausübung des Bezugsrechts bei der Ausgabe neuer Aktien (Art. 652 OR) geregelt wird.

2. Die ABV sind, ermöglicht durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit, das Ergebnis einer außergesetzlichen Rechtsentwicklung. Sie hat im wesentlichen erst in unserem Jahrhundert eingesetzt im Zusammenhang mit der immer stärkeren Verbreitung der Aktiengesellschaften (AGen) in unserer Wirtschaft seit der Jahrhundertwende⁵.

³ Vgl. hiezu F. v. STEIGER und E. SCHUCANY in SAG Bd. 27 (1954/55), S. 33 ff. und 113 ff., bzw. 109 ff.; GAUTSCHI in SJZ Bd. 45 (1949), S. 301 ff.; BÜRGI, N. 42 zu Art. 692 OR.

⁴ Also auch nicht der GmbH, die in der deutschen Rechtsprechung und Literatur von erheblicher Bedeutung ist.

⁵ Im Jahre 1885 wurden in der Schweiz 1135 AGen mit 973 Mio. Fr. Aktienkapital gezählt; 1902 waren es 2203 AGen mit 1801 Mio. Fr. Aktienkapital; 1957 wurden dagegen 27832 AGen mit 11696 Mio. Fr. Aktienkapital festgestellt (Statist. Jahrbuch der Schweiz, 1957, S. 408).

Obwohl die ABV in der Praxis der AGen von erheblicher Bedeutung sind, war und ist ihre wissenschaftliche Erfassung und Bearbeitung dadurch gehemmt, daß sie zumeist ihres Zweckes wegen geheim gehalten werden⁶. Aus diesem Grunde sind die praktisch vor allem wichtigen Konsortialverträge fast regelmäßig mit einer Schiedsklausel versehen, damit auch im Streitfalle die Öffentlichkeit nicht auf dem Wege über die Verhandlungen vor den staatlichen Gerichten von ihnen etwas erfahre. Ja sogar die Anrufung der Schiedsgerichte wird nach Möglichkeit vermieden, und wenn sie erfolgt, endet das Verfahren oft durch Vergleich. Gerichtliche Urteile über ABV und erst recht ihre Veröffentlichung sind daher – abgesehen von Deutschland und den USA, wo über sie und die mit ihnen zweckverwandten *voting trusts* eine ziemlich reichhaltige Judikatur besteht⁷ – in der Schweiz verhältnismäßig selten⁸. Dem entspricht, daß die

⁶ Darum bin ich allen denen zu ganz besonderem Dank verpflichtet, die mir Material aus der Praxis zu vertraulichem Gebrauch für diese Arbeit zur Verfügung stellten. Da die meisten von ihnen aus Diskretionsgründen nicht erwähnt werden dürfen, sehe ich im allgemeinen von einer Namensnennung ab und bitte jene, bei denen dieser Grund nicht zutreffen sollte, um Entschuldigung.

Vor allem aber möchte ich auch an dieser Stelle Handelsgerichtspräsident Dr. Max Wolff herzlich danken, der durch sein freundschaftliches Verständnis diese Arbeit ermöglicht und gefördert hat. Ferner gilt mein Dank, außer den nachfolgend im Zusammenhang Erwähnten, in besonderem Maße Dr. Leo Fromer, Dr. Othmar Lehner und Dr. Heinrich Stutz für ihre wertvollen Auskünfte und Anregungen.

⁷ Vgl. darüber die §§ 8 und 9.

⁸ Es konnten nur folgende Urteile schweizerischer staatlicher Gerichte, die ABV betreffen, ermittelt werden: des Handelsgerichts des Kts. Aargau vom 24. Jan. 1929 i. S. C. Fischer g. AG J. J. Fischers Söhne (SJZ Bd. 26, 1929/30, S. 382/83; ausführlicher in VAargR 1929 S. 154 ff.); des Bundesgerichts vom 29. Juni 1948 i. S. W. Daetwyler g. H. Daetwyler (erw. in BGE 81 II 539; unveröffentlicht, jedoch zusammengefaßt und ausführlich kommentiert von ALFRED WIELAND in SAG Bd. 21, 1948/49, S. 77 ff.); des Obergerichts des Kts. Aargau vom 12. Dez. 1949 und des Bundesgerichts vom 20. März 1950 i. S. Klipfel g. AG E. Klipfel & Co. (SJZ Bd. 49,

ABV in schweizerischen älteren allgemeinen Werken über das Aktienrecht überhaupt nicht, oder nur ganz kurz erwähnt werden und erst in neueren eine etwas eingehendere Behandlung erfahren⁹.

3. Da unter diesen Umständen die ABV dem schweizerischen Juristen im allgemeinen wenig bekannt sein dürften, rechtfertigt es sich, der dogmatischen Behandlung der Rechtsfragen, die sich bei den ABV ergeben und Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit bilden, einen sie beschreibenden Teil vorzuschicken.

In diesem ersten Teil wird versucht, die ABV zunächst in ihrer soziologischen Bedeutung zu erfassen. Es soll damit vor allem dargetan werden, wie die Praktiker, welche die ABV entwickelten, es verstanden haben, durch ihre Verwendung die Rechtsform der AG den Bedürfnissen der Wirtschaft anzupassen. In diesem Sinne dienen die ABV hauptsächlich der Stabilisierung der Herrschaft über das in die Rechtsform der AG gekleidete Unternehmen im allgemeinen, oft zugleich auch der Unternehmensverflechtung oder dann der Verpersönlichung der AG

1953, S. 295/96; ausführlicher in AGVE 1950 S. 54–63); des Bundesgerichts vom 22. April 1953 i.S. W. Daetwyler g. Delta-Werke Zofingen AG (erw. in BGE 81 II 539; unveröffentlicht); des Bundesgerichts vom 13. Dez. 1955 i.S. Daetwyler g. Delta-Werke Zofingen AG (BGE 81 II 534 ff.). Ferner konnten drei Urteile schweizerischer Schiedsgerichte vom 18. Dez. 1943, 23. Jan. 1954 und 30. Aug. 1957 vertraulich eingesehen werden.

⁹ Unerwähnt bleiben die ABV bei BACHMANN, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1915, sowie bei SCHUCANY, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940. Kurz berührt werden sie bei EGGER, Einl. u. Personenrecht, 1. A. Zürich 1911, Anm. VI 1 a β zu Art. 27 ZGB; 2. A. Zürich 1930, N. 26 und 30 zu Art. 27 ZGB, N. 10 und 11 zu Art. 67 ZGB; SIEGWART, Aktienrecht (1945), Einl. N. 300 und N. 10 zu Art. 622 OR; FUNK (1951) S. 319 zu Art. 691 OR; GUHL, 5. A. (1956) S. 525; ausführlicher behandeln sie GOLDSCHMIDT (1937) S. 75–77; BÜRGI N. 27–42 zu Art. 692 OR; WEISS Einl. N. 139 und 268. Betr. Monographien und Artikel in Zeitschriften siehe § 10, Anm. 1.

zur Beschränkung der Unternehmerhaftung auf ein verselbständigtes Sondervermögen¹⁰. Nicht zu übersehen ist auch der Einfluß der ABV auf die Rechtsentwicklung.

Sodann wird ein Überblick über die mannigfaltigen Erscheinungsformen der ABV gegeben, die durch die Vertragsfreiheit ermöglicht werden, und die Anpassungsfähigkeit dieses Rechtsgebildes an die Bedürfnisse der Wirtschaft darzutun versucht.

Schließlich soll die rechtsvergleichende Übersicht einerseits die universelle Verbreitung der ABV erkennen lassen und anderseits darauf hinweisen, daß die romanischen Rechte namentlich den Stimmbindungen der Aktionäre gegenüber viel kritischer eingestellt sind, als das schweizerische mit der deutschen und anglo-amerikanischen Rechtsgruppe.

Damit ergibt sich als Ausgangspunkt für den zweiten Teil, daß insbesondere die Stellungnahme zur Gültigkeit der ABV, namentlich der Abstimmungsvereinbarungen (AV), von den Auffassungen über die Grundstruktur der AG, über die Stellung des Aktionärs zur Gesellschaft sowie zu den Mitaktionären und damit über das Wesen seines Stimmrechts abhängt. In diesem Zusammenhang ist auch zur Frage der Treuepflicht des Aktionärs Stellung zu nehmen. Sie ist von erheblicher Bedeutung für die bei der Behandlung der ABV im doppelten Sinne – im Hinblick sowohl auf außerhalb der ABV stehende Aktionäre, als auch auf allfällige unter den Vertragspartnern selbst bestehende Gruppen – zu behandelnde Frage des Minderheitenschutzes. Selbstverständlich kann dieses zentrale Problem des Aktienrechts nicht umfassend, sondern nur in den engeren, durch den Zusammenhang mit den ABV gesetzten Grenzen erörtert werden. Das mag – nicht zuletzt vom Verfasser selbst – bedauert werden, da es auch im schweizerischen Aktienrecht heute zu den brennendsten gehört. Für die Praktiker wäre es wohl auch erwünscht gewesen, die

¹⁰ Vgl. hiezu u.a. JÄGGI in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 66 ff.

häufig – namentlich bei Aktionärkonsortien (AK) — in Verbindung mit ABV verwendeten und – wie die vertraglichen Verfügungsbindungen (VB) – vorwiegend Sicherungszwecken dienenden aktienrechtlichen, statutarischen Maßnahmen in den Kreis der Betrachtung einzubeziehen. Es hätte sich dabei vor allem um die bereits vorn (S. 153a) erwähnten Vinkulierungen von Namenaktien¹¹ sowie aktienrechtlichen Vorkaufs- und Vorhandrechte¹² gehandelt. Leider mußte davon aus Gründen der thematischen Geschlossenheit und des Raumes wegen abgesehen werden. Als spezifische Fragen aus dem Recht der ABV werden dagegen noch jene behandelt, die sich im Zusammenhang mit ihren Rechtswirkungen ergeben, wobei insbesondere auf ihre Vollstreckbarkeit und die Folgen ihrer Nichterfüllung hingewiesen sei. Praktisch von besonderem Interesse dürften schließlich die Probleme der Dauer und Kündbarkeit der ABV sein, die sich bei ihrer Beendigung stellen.

¹¹ Hiezu sei vor allem auf PESTALOZZI-HENGGELER verwiesen.

¹² Vgl. hiezu namentlich die vorn in Anm. 2 erwähnten Abhandlungen von LEHNER und JÄGGI.

ERSTER TEIL

ZUR SOZIOLOGIE,
MORPHOLOGIE UND RECHTSVERGLEICHUNG
DER AKTIONÄRBINDUNGS-VERTRÄGE*I. Funktion und Wirkungen der Aktionärbindungs-Verträge*
(Zur Soziologie der ABV)

§ 2

1. Die Rechtsform der AG entwickelte sich aus dem Bedürfnis der Wirtschaft, große Unternehmungen zu finanzieren. Durch die Haftungsbeschränkung auf den Liberierungsbetrag der Aktien, die Aufteilung des Gesellschaftskapitals in verhältnismäßig kleine Anteile und ihre Gestaltung als Wertpapiere, die es durch die damit normalerweise verbundene leichte Übertragbarkeit dem einzelnen Geldgeber ermöglichte, die angelegten Mittel wieder freizumachen, ohne sie dem Unternehmen zu entziehen, wurde der Kreis der für die Finanzierung in Betracht fallenden Personen sehr ausgeweitet. Nicht nur dem finanziell Starken, sondern auch kleineren Sparern wurde damit die Beteiligung an einem Großunternehmen ermöglicht. Die AG wurde auf diese Weise, mit RIPERT zu sprechen, zum «merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de l'exploitation des entreprises», zur «machine juridique aussi utile que celles que l'industrie utilise»¹.

Aus dem gleichen liberal-demokratischen Geist, der in unserem Kulturkreis seit dem 19. Jahrhundert durch seinen Einfluß auf das Recht das Aufkommen der kapitalistischen Wirtschaft förderte, ergab sich aber auch die Demokratisierung der modernen AG. Ihr Aufbau entspricht, minde-

¹ GEORGES RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris 1946, S. 106 und dort in Anm. 1 aufgeführte Autoren; vgl. im obigen Sinne u.a. KARL WIELAND, II, S. 4; WEISS Einl. N. 38.

stens äußerlich, weitgehend jenem des demokratischen Staates. Dem Grundsatz der Volkssouveränität entsprechend bildet die Generalversammlung der Aktionäre das oberste Organ der AG. Wie in einer direkten Demokratie wählt sie nach schweizerischem Recht den Verwaltungsrat gewissermaßen als Regierung der AG, während nach deutschem Recht in der Art einer repräsentativen Demokratie die Hauptversammlung den Aufsichtsrat und erst dieser den leitenden Vorstand wählt².

Diese Organisation der AG birgt strukturell die Gefahr der Labilität ihrer Beherrschung in sich, da der Bestand der für sie entscheidenden Mehrheit der Stimmen in der Generalversammlung bei freier Übertragbarkeit der Aktien rechtlich nicht gesichert ist. Dazu kommt vor allem bei jenen AGen, deren Aktien größtenteils Publikumsaktionären³ gehören, eine weitere Unsicherheit infolge des fast regelmäßigen Fernbleibens dieser Aktionärgruppen von den Generalversammlungen⁴. In wirtschaftlich ruhigen Zeiten und bei normalem, erfolgreichem Geschäftsgang mag das ohne Bedeutung sein. Für das von der AG betriebene Unternehmen kann aber in Perioden wirtschaftlicher Unruhe, wenn äußere oder innere Überfremdung droht, wenn wegen Verlusten oder aus Konkurrenzgründen neues Kapital zu

² Vgl. zum Einfluß öffentlich-rechtlicher Auffassungen auf die Gestaltung der AG: EGGER, Vorträge SJZ 34 (1937/38) S. 1 f.; SONTAG S. 12 ff.; GOLDSCHMIDT S. 10–15; CURT EDUARD FISCHER, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, in Arch. civ. Prax. Bd. 155 (1955) S. 85–91; RIPERT, Aspects juridiques, S. 93–95.

³ Vgl. die Definition dieses Begriffes z.B. bei WALDER, S. 3, der die Anlage- oder Kleinaktionäre einerseits und die Spekulationsaktionäre andererseits darunter versteht, im Gegensatz zu den Unternehmeraktionären; im gleichen Sinne MIJALKOVIC S. 1–18; vgl. ferner zu den versch. Aktionärstypen SIEGWART, Aktienrecht, Einl. N. 221 ff., insbesondere N. 225 f., 233 f., 237 ff.

⁴ Für die französisch als *absentéisme* charakterisierte Erscheinung besteht kein wortgetreuer deutscher Ausdruck. Über die Entfremdung der Publikumsaktionäre von ihren Gesellschaften vgl. auch MAX STAEHELIN in der Festgabe für Erwin Ruck, Basel 1952, S. 255/56.

beschaffen ist, die Stabilität der Herrschaft in der AG lebenswichtig werden. Es ist darum kein Zufall, daß die Maßnahmen zur Stabilisierung der Herrschaft in der AG in Deutschland und Frankreich vor allem in der Inflationszeit nach dem ersten Weltkrieg zu großer Bedeutung kamen.

2. Die Stabilisierung der Herrschaft in einer AG kann einerseits durch Aufnahme geeigneter Bestimmungen in die Statuten erreicht werden, wie z.B. durch die Ausgabe von Schutz- oder Verwaltungsaktien, die im Deutschland der zwanziger Jahre unter Ausschluß des Bezugsrechts der Stammaktionäre häufig als Mehrstimmrechtsaktien geschaffen wurden⁵, durch die Vinkulierung von Namenaktien oder durch Statuierung aktienrechtlicher Kaufs-, Vorkaufs- oder Vorhandrechte. Andererseits wurden und werden zur Stabilisierung der Herrschaft in der AG Aktionärbindungs-Verträge (ABV) vor allem in der Form der Aktionärkonsortien (AK) verwendet⁶. Naturgemäß wird durch alle diese Stabilisierungsmaßnahmen in erster Linie die Stellung der Verwaltung gefestigt. Zum gleichen Ergebnis trägt ferner indirekt die Indolenz der Publikumsaktionäre bei, deren Stimmen auf dem Wege über das Depotstimmrecht der Banken in der Regel die Anträge der Verwaltung unterstützen⁷.

Die Stabilisierungsfunktion der AK (auf deren Aufbau und mannigfaltige Bezeichnungen wie Poolverträge oder

⁵ Vgl. HUGO HORWITZ, Schutz- und Vorratsaktien, Heft 1 der Gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von Nussbaum, Berlin 1926, S. 1 ff.; ERNST WOLFF, Maßnahmen der AGen gegen die Überfremdung, in der Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, 31. Jahrg. 1921, S. 128 ff.; ferner ZLUHAN S. 67 ff.

⁶ Mit allen diesen «moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés par actions» befaßte sich schon TAMBOISE ausführlich in seiner grundlegenden Thèse, Lille 1929.

⁷ Zum Depotstimmrecht der Banken vgl. MOSER S. 134 ff. und die dort in Anm. 134 zitierte Literatur; ferner BÜRGI N. 73 zu Art. 689 OR; Referentenentwurf § 126 und S. 278–281, sowie BEAT KLEINER, Ein Diskussionsbeitrag zur deutschen Aktienrechtsreform, in NZZ vom 9. Febr. 1959, Nr. 387.

Aktionärsyndikate in § 3 noch näher eingegangen wird) beruht regelmäßig auf den Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts, die fast durchwegs Bestandteil der AK bilden, sowie auf den häufig zu ihrer Sicherung vereinbarten Verfügungsbeschränkungen⁸. Diese AK erreichen durch die Zusammenfassung der Stimmkraft der in ihnen zusammengeschlossenen Aktionäre, deren Stimmen einheitlich abgegeben werden, in ähnlicher Weise ein Maximum an Einfluß auf die AG, wie die Fraktionen der Parlamente, zu denen sich Abgeordnete gleicher politischer Auffassung zusammenschließen. Auch diese suchen durch Fraktionsbeschlüsse den Einfluß ihrer Gruppe mittels einheitlicher Stimmabgabe zu verstärken, wobei gewisse politische Richtungen den Fraktionszwang kennen, durch den sie die Einhaltung dieser Beschlüsse bei der Parlamentsabstimmung für ihre Fraktionsmitglieder als verbindlich erklären. Es liegt daher nahe, aus solchen Erscheinungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Schlüsse für das Aktienrecht zu ziehen⁹; indessen bewirken die Besonderheiten der beiden Rechtsgebiete, daß die scheinbare Ähnlichkeit einzelner Institutionen oft trügt, sodaß bei solchen Übertragungen Vorsicht am Platze ist. So wäre es z.B. verfehlt, aus Art. 91 der Bundesverfassung¹⁰ auf das Bestehen eines entsprechenden Satzes im Aktienrecht zu schließen. Die am Fraktionszwang mit Recht geübte Kritik läßt sich daher keineswegs unbeachtet auf die wesentlich anders geartete Frage der Gültig-

⁸ Die Stabilisierungsfunktion der AK heben außer TAMBOISE S. 358 ff. u.a. hervor: RAFFAELLI u.a. S. 35/36; SCOTT S. 6 (allerdings für die zweckverwandten voting trusts), ebenso BALLANTINE S. 428 ff.

⁹ Wie z.B. CHARLES KNAPP S. 141 ff.; vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Dr. E. St., Aktienrecht und Stimmzwang, in SAG Bd. 21 (1948/49) S. 111 ff.

¹⁰ «Die Mitglieder beider Räte stimmen ohne Instruktionen»; vgl. über dessen tatsächliche Einhaltung und Bedeutung WERNER KÄGI, Die Überwindung des Parteienstaates als Problem der Demokratie, in: Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch (der NHG) 1943, S. 54.

keit von AV des privaten Gesellschaftsrechts¹¹ übertragen. Im Gegensatz zu den Parlamentsfraktionen verfügen die AK in der Regel über die zur Beherrschung der AG notwendige Stimmenzahl, und zwar zumeist in der Weise, daß sich Aktionäre, die zwar Großaktionäre sein können, aber für sich allein die Stimmenmehrheit nicht besitzen und somit an und für sich Minderheitsaktionäre sind, zusammenschließen und dadurch tatsächlich die Stellung von Mehrheitsaktionären erlangen. Immerhin bestehen neben solchen Mehrheits- oder Beherrschungskonsortien¹² auch Minderheitskonsortien (oft Schutzgemeinschaften¹³ genannt) zur besseren Wahrung der Interessen von Minderheitsaktionären. Der Einfluß eines solchen Minderheitskonsortiums ist besonders dann beträchtlich, wenn die in ihm vereinigten Aktionäre als Sperrminorität über so viele Stimmen verfügen, daß ohne ihre Zustimmung Gesellschaftsbeschlüsse unmöglich sind, für welche das Gesetz oder die Statuten wegen ihrer erheblichen Bedeutung eine qualifizierte Mehrheit verlangen. Insofern können somit AK den Minderheitenschutz im Aktienrecht praktisch wirksamer gestalten¹⁴.

3. Es kann nicht überraschen, daß die Möglichkeit der Beherrschung einer AG durch ABV dazu führte, sie auch zu Unternehmensverflechtungen zu benützen und damit in den Dienst der seit der Jahrhundertwende stets zunehmenden Konzentrationsbewegung der privaten Wirt-

¹¹ Vgl. hierzu die grundlegende Arbeit von ZLUHAN S. 62 ff.

¹² So NAEGELI Bd. 1 S. 288; HAUSSMANN, Praxis, bezeichnet sie S. 151 ff. bei Verbindungen von Großaktionären als Unternehmeraktionär-Konsortien.

¹³ So mit Recht HAUSSMANN, Praxis S. 152; NAEGELI Bd. 1 S. 189; jedoch wird von anderen Autoren der Ausdruck auch allgemein für AK, nicht ausschließlich für Minderheitskonsortien verwendet.

¹⁴ Vgl. im gleichen Sinne die Beispiele bei ZLUHAN S. 72; HAUSSMANN, Praxis S. 152; NAEGELI Bd. 1 S. 189; KOEBEL S. 8; STUBER S. 17.

schaft zu stellen. Vom Ausmaß dieses Strukturwandels gibt die von offizieller deutscher Seite getroffene Feststellung einen Begriff, es überwiege heute «die Gesellschaft, auf deren Geschicke ein Großaktionär – regelmäßig ein anderes Unternehmen – maßgebenden Einfluß ausübt und deren Geschäftsführung auf die Interessen dieses anderen Unternehmens ausgerichtet ist»¹⁵. Wenn auch in der Schweiz diese Konzentrationsbewegung der Wirtschaft nicht so weit gehen mag, wie in Westdeutschland, so trifft hier doch – allerdings auch aus einem anderen Grund, auf den noch einzugehen sein wird – jene weitere Feststellung des deutschen Referentenentwurfes (S. 385) vollauf zu: «Die Gesellschaft mit weit gestreutem Aktienbesitz – das Leitbild der bisherigen aktienrechtlichen Gesetzgebungen – ist mindestens der Zahl nach die Ausnahme geworden»¹⁶. Freilich sind die Unternehmenszusammenfassungen nur zum Teil in die rechtliche Form von ABV gekleidet. Immerhin spricht für ihre Wichtigkeit, daß die im Rechte der USA hinsichtlich der Wirkungen unseren ABV gleichwertigen *voting trusts*¹⁷ für die ersten amerikanischen Unternehmenszusammenfassungen benutzt wurden, was in der Folge dazu führte, daß in der englischen wie auch in der deutschen Sprache gewisse

¹⁵ Referentenentwurf S. 385; vgl. im gleichen Sinne FISCHER in Arch. civ. Prax. Bd. 155 (1955) S. 115–117.

¹⁶ Bezüglich der schweizerischen Verhältnisse vgl. die Schätzungen von FROMER in SAG Bd. 28 (1955/56) S. 150 und Bd. 30 (1957/58) S. 125, wonach von den Ende 1957 in der Schweiz bestehenden 27832 AGen mit total 11 696 Mio. Fr. Kapital (Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1957, S. 407) nur deren rund 600 Gesellschaften mit allerdings reichlich der Hälfte des gesamten eingezahlten Kapitals Publikumsgesellschaften waren, deren Aktien an der Börse kotiert sind oder bankmäßig gehandelt werden; im gleichen Sinne, ohne Zahlenangaben, JÄGGI in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 66. Interessieren mag, daß in England im Jahre 1952 den 250 927 Private Companies mit £ 2330 Mio. Kapital nur 11 587 Public Companies (die ungefähr unseren Publikumsgesellschaften entsprechen), jedoch mit £ 3970 Mio. Kapital gegenüberstanden (CHARLESWORTH S. 234).

¹⁷ Näheres über diese siehe unter § 9.

Arten von Unternehmensverflechtungen als Truste¹⁸ bezeichnet werden¹⁹. Dies obwohl solche wirtschaftliche Gebilde schon längst gezwungen worden waren, die Rechtsform des *voting trust* aufzugeben zugunsten jener der Holdinggesellschaft²⁰. Sie dürfte heute in der Schweiz unter den rechtlichen Formen der Unternehmenszusammenfassungen die Hauptrolle spielen²¹. Neben den andern möglichen tatsächlichen und rechtlichen Bindungen zur Zusammenfassung von Unternehmen²², unter denen die von den AK wohl zu unterscheidende Doppelgesellschaft²³ noch

¹⁸ Nach der heute herrschenden Terminologie ist der Trust «ein Konzern mit Marktbeeinflussungs- oder Monopoltendenz, wobei für letztere nicht so sehr der subjektive Wille als vielmehr die objektive Sachlage entscheidend ist». (Joss S. 35). Für den Konzern scheint uns mit Joss (S. 29) die Definition von HAUSSMANN (Grundlegung S. 87) nach wie vor unübertroffen: «eine Mehrheit von Unternehmungen, die auf Grund dinglicher oder obligatorischer Rechtsbeziehungen vermögensrechtlich zusammengeschlossen sind und von einer Zentralgewalt nach verwaltungsmäßig und wirtschaftlich einheitlichen Gesichtspunkten geleitet werden.» Das Kartell dagegen ist ein «Zusammenschluß wirtschaftlich und rechtlich selbständig bleibender Unternehmen zum Zwecke monopolistischer Marktherrschaft oder monopolistischer Marktbeeinflussung». (WEISS Einl. N. 317). Allgemein zu den Begriffen Kartell, Konzern und Trust vgl. ferner WEISS Einl. N. 314–321 und die weitere dort angegebene Literatur.

¹⁹ SCHMEY in ZHR S. 264; W.v. STEIGER in ZSR N.F. Bd. 62 (1943) S. 237 a.

²⁰ Näheres über die geschichtliche Entwicklung siehe JENKS und CLARK S. 243 ff. und S. 334–343; SCHMEY S. 460 ff.; SCHMEY in ZHR S. 267 ff.

²¹ Vgl. über diese WEISS Einl. N. 328 ff. und die dort angegebene Literatur.

²² Vgl. hierüber WEISS Einl. N. 322 ff.

²³ Vgl. zu dieser insbesondere das klassische Werk von NÄGELI, der Bd. 1 S. 188/189 den Unterschied dieser beiden Rechtsgebilde wie folgt charakterisiert: «Das Beherrschungskonsortium als solches stellt natürlich keine Doppelgesellschaft dar; denn eine Gesellschaft, deren Mitglieder sich zu einem Konsortium zusammenschließen, wird nicht Organgesellschaft dieser Mitgliedergemeinschaft, gerade das Gegenteil ist der Fall: Durch den Konsortialzusammenschluß

besonders hervorzuheben ist, sind aber die ABV, insbesondere in der Form der AK, von wesentlicher Bedeutung als wirksames Mittel der Konzernverknüpfung²⁴. Insbesondere werden AK für die im internationalen Verhältnis bedeutungsvollen Parallelgesellschaften zur vertragsrechtlichen Verkoppelung angewendet²⁵. Aber auch in Verbindung mit Kartellverträgen treten AK in Erscheinung. So werden die Kartellmitglieder quotenmäßig an Aktien von Tochtergesellschaften beteiligt, die in einzelnen Ländern gemeinsam oder zum Betrieb einer Fabrik durch das Kartell allein oder mit Kartellmitgliedern zusammen errichtet werden. Ähnlich wird bei Beteiligung des Kartells an wichtigen Händlerfirmen oder bei Erwerb von Außenseiterwerken vorgegangen²⁶. Die Beliebtheit der AK für diesen Zweck dürfte sich vor allem darauf stützen, daß sie sich ohne Mühe geheimhalten lassen, steuerlich keine Mehrbelastung verursachen und die Beherrschung angeschlossener Unternehmen mit verhältnismäßig geringem Kapitaleinsatz ermöglichen. Denn ein AK, das über 51% der Stimmen der AG verfügt, kann seinerseits – sofern für die Willensbildung des AK intern ebenfalls die einfache Mehrheit maßgebend ist, wie das häufig zutrifft – durch einen Aktionär beherrscht werden, der über 26% der Stimmen der AG verfügt, so daß letzten Endes die Beherrschung der AG mit diesen 26%

wird ein Hilfsvertrag zum Gesellschaftsvertrag geschaffen. Bei der Doppelgesellschaft liegt das rechtliche und wirtschaftliche Schwergewicht der Gesamtorganisation im Grundvertrag, hier hingegen in der jur. Person.»

²⁴ NAEGELI Bd. 1 S. 191; JOSS S. 60; FRANKENBERG S. 52 ff.; FRIEDLÄNDER, Rechtspraxis, S. 14; W. v. STEIGER in ZSR n.F. Bd. 62 (1943) S. 292a f.; RICHARD ROSENDORFF, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin/Wien 1927, S. 21 f.

²⁵ Vgl. darüber das Referat von RUD. G. v. GRAFFENRIED über «Internationalrechtliche Probleme schweizerischer AGen, insbesondere Parallelgesellschaften und Sitzverlegung» vor der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht, Neue Zürcher Zeitung vom 16. Dez. 1957.

²⁶ FRIEDLÄNDER, Rechtspraxis, S. 28 und 29.

ihrer Stimmen möglich ist. Praktisch kommen, sofern ein Teil der Aktionäre zu den Generalversammlungen weder erscheint noch sich vertreten läßt, noch kleinere prozentuale Anteile der gesamten Aktienstimmen²⁷ in Frage, was namentlich für die Eroberung der Mehrheit in einer AG, vor allem bei den Wahlen in den Verwaltungsrat und entsprechender Beeinflussung der Geschäftspolitik des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung ist. Zahlenmäßige Angaben über die Verwendung der AK als Mittel der Unternehmenszusammenfassung sind wegen ihrer regelmäßigen Geheimhaltung nicht möglich.

4. Das Gleiche gilt an sich auch für die Verwendung der ABV als Mittel zur Verpersönlichung der AG, die ihrerseits vor allem dazu dient, Unternehmern die Beschränkung ihrer Haftung auf ein verselbständigtes Sondervermögen zu ermöglichen. Immerhin läßt sich die große praktische Bedeutung der ABV mit diesem funktionellen Zweck an der Tatsache ermessen, daß in der Schweiz die personenbezogenen AGen zahlenmäßig vorherrschen und sogar die Zahl der Kollektiv- und Kommanditgesellschaften übertreffen²⁸. Die starke Verbreitung der personenbezogenen AGen in der Schweiz hängt offensichtlich damit zusammen, daß sich bei uns die (ebenfalls per-

²⁷ Erfahrungsgemäß genügen zur Erhaltung des Stimmenmehrers bei börsenkotierten Aktien 20–30 % der stimmberechtigten Titel, bei unkotierten Titeln in der Regel höher, 30–40 %, je nach Klassierung der Papiere, weil u.a. von ihr die Frequenz der Generalversammlungen abhängt (FRANKENBERG S. 43 ff., besonders S. 45).

²⁸ Vgl. in diesem Sinne die Schätzungen von FROMER in SAG Bd. 28 (1955/56) S. 150/51 und Bd. 30 (1957/58) S. 125, sowie im Jahresbericht über das 6. Geschäftsjahr (1957) der «Schutzorganisation für Aktiengesellschaften mit beschränkter Aktionärzahl (Familienaktiengesellschaften)» S. 2 und 3, wo geschätzt wird, daß von den Ende 1957 in der Schweiz bestehenden 27 832 AGen deren rund 15 000 als vorwiegend personenbezogene AGen angesprochen werden können. Zu jener Zeit bestanden 13 743 Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in der Schweiz (Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1957, S. 395).

sonenbezogene und eine Beschränkung der Unternehmerhaftung ermöglichende) Rechtsform der GmbH nicht eingelebt hat. Offensichtlich wird die GmbH fast durchwegs nur dann gewählt, wenn die Rechtsform der AG wegen des für diese vorgeschriebenen Mindestkapitals von Fr. 50 000.— ausgeschlossen ist²⁹.

Bei der personenbezogenen AG erfolgt natürlich der *intuitus personae*³⁰ nicht nur durch ABV, sondern auch auf dem Wege statutarischer Bestimmungen, wie vor allem der Vinkulierung von Namenaktien, der Schaffung von Stimmrechtsaktien und der Statuierung aktienrechtlicher Kaufs-, Vorkaufs- und Vorhandrechte³¹. Haben die in den Statuten verankerten Maßnahmen den Vorzug «dinglicher» Wirkung gegenüber jedermann, insbesondere gegenüber jedem Aktienerwerber und gegenüber der Gesellschaft selber, so weisen andererseits die zwar nur obligatorisch wirkenden ABV eine Reihe anderer Vorteile auf, wie FROMER als trefflicher Kenner dieser Verhältnisse hervorgehoben hat³². Vor allem ist bei der Gestaltung der ABV dank dem Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Erfindungsgeist und Kombinationsvermögen der Praktiker keine Grenze gesetzt außer jener, daß ein Vertrag weder widerrechtlich sein noch gegen die guten Sitten verstoßen darf. Weitere Vorteile der ABV im Hinblick auf ihre Verwendung zur Verpersönlichung der AG sind, daß sie grundsätzlich formlos abgeschlossen werden und darum, sowie auch mit Hilfe der Schiedsgerichtsklauseln leicht geheimgehalten werden können. Vertragliche Regelungen des Stimmrechts sind zudem erheblich

²⁹ Von den Ende 1957 in der Schweiz bestehenden 1 508 GmbH hatten 1 038 ein Stammkapital von Fr. 20 000, 364 ein solches von 20 001 bis 50 000 und nur 106 ein solches darüber (Statist. Jahrbuch der Schweiz 1957, S. 414).

³⁰ Vgl. hierzu die grundlegenden Arbeiten von BOURCART (1927) und CAMERLYNCK (1929).

³¹ Vgl. FROMER in SAG Bd. 30 (1957/58) S. 128 ff.; SIEGWART Einl. N. 14 und zu Art. 622 OR N. 10; WEISS Einl. N. 125 ff., insbes. 128 ff.; BÜRGI zu Art. 686 N. 11 ff.; ZELLER S. 49–58.

³² FROMER in SAG Bd. 30 (1957/58) S. 129 f.

einfacher als statutarische. Durch die Hinterlegung der Aktien der einem AK angeschlossenen Aktionäre in ein Sperrdepot und die Vereinbarung von sich gegenseitig bedingenden Vorkaufs-, Kaufs- und Anbietersrechten kann überdies die Sicherung der Vereinbarung sehr wirksam gestaltet werden.

Bei Familienunternehmen waren denn auch im Falle ihrer Umwandlung aus einer Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft ABV, insbesondere Konsortialverträge, schon seit Jahrzehnten üblich, wie bereits die Beispiele bei FRIEDLÄNDER (Aktienpool-Verträge, 1921, S. 228), ROBERT MÜLLER (1924, S. 8) und ZLUHAN (1927, S. 66 Ziff. 7) zeigen. Derartige ABV können auch in einem gleichzeitig mit den Gründungsstatuten abgeschlossenen «Gründungsvertrag» enthalten sein. Neben der Verhinderung des Eindringens Fremder bezwecken sie häufig, die Anteile am Gesellschaftskapital und Gesamtstimmrecht unter den Familienmitgliedern oder verschiedenen Stämmen dauernd festzulegen und ihnen entsprechende Vertretungen im Verwaltungsrat zu sichern³³.

Ein Anwendungsgebiet der ABV waren bis zur Revision des OR von 1937 die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Rechtsform von Aktiengesellschaften. Auf diese Weise konnten sich die an solchen Unternehmen beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften das Recht sichern, Vertreter in die Verwaltung und in die Kontrollstelle abzuordnen³⁴, bevor durch den neuen Art. 762 OR die Möglichkeit geschaffen wurde, einer solchen

³³ Vgl. die Darstellung des Vertragswerks einer solchen Familien-AG im Urteil des Handelsgerichts des Kts. Aargau vom 24. Jan. 1929 (VAargR 1929, S. 155 ff.). Ferner WEISS Einl. N. 268.

³⁴ Vgl. über solche Vereinbarungen ERNST ARBENZ, Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1929, S. 168 ff.; HENRI ZWAHLEN, Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat, Thèse Lausanne 1935, S. 107 f., 110 f. und 49. Instrukтив ist der von ZWAHLEN zitierte «Vertrag betreffend Gründung der Gesellschaft Nordostschweizerischer Kraftwerke AG» vom 22. April 1914, abgedruckt in der Offiziellen

Körperschaft dieses Recht in den Statuten einzuräumen, sogar wenn sie nicht Aktionärin ist. Durch diese Bestimmung haben die ABV für die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Schweiz wesentlich an Bedeutung verloren³⁵.

Aber auch außerhalb dieser Kreise, insbesondere der Familien-AG im ursprünglichen Sinne, in welcher schon verwandtschaftliche Beziehungen die Aktionäre verbinden, sind die ABV als Mittel zur Verpersönlichung der AG ganz allgemein von Bedeutung in den AGen mit beschränkter Aktionärzahl, «Familien-Aktiengesellschaften» im fiskalischen Sinne³⁶, bei denen wie bei der amerikanischen *close corporation*³⁷ Kapitaleigentümer und Unternehmensleiter identisch sind. Da dieser Sachverhalt auch bei Tochtergesellschaften einer oder mehrerer Publikums-gesellschaften³⁸, eines Konzerns oder Kartells vorliegen

Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidg. Standes Zürich, Bd. 30 S. 100 ff., dessen § 2 Abs. 4 und 5 sowie § 3 Vereinbarungen über die Ausübung des Stimm- und des Verfügungsrechts über die Aktien unter den beteiligten Kantonen darstellen.

³⁵ Im gleichen Sinne KOEBEL S. 11.

³⁶ FROMER in SAG Bd. 30 (1957/58) S. 125/126. Nach der Praxis der Eidg. Steuerverwaltung fallen unter ihren Begriff der «Familienaktiengesellschaften»:

- «1. Einmannaktiengesellschaften, das heißt Aktiengesellschaften, deren gesamtes Aktienkapital sich in der Hand einer Person befindet, wobei gleichgültig ist, ob es sich bei dieser Person um eine natürliche oder juristische Person handelt.
2. Aktiengesellschaften, deren Aktien sich im Besitze einer Familie oder im Besitze mehrerer Familien befinden, die durch verwandtschaftliche Beziehungen miteinander verbunden sind.
3. Aktiengesellschaften, deren Aktien in den Händen eines beschränkten Personenkreises liegen, der die Gesellschaft vollständig beherrscht».

(Gutachten PLATTNER u.a. S. 16).

³⁷ «Geschlossene Gesellschaft»; vgl. darüber hinten § 9 lit. B (S. 220a) Anm. 16.

³⁸ Solche Tochtergesellschaften zählen daher zu den «Familienaktiengesellschaften» im fiskalischen Sinne; FROMER in SAG Bd. 30 (1957/58) S. 126; PLATTNER u.a., S. 18, Anm. 30.

kann, sind in solchen Fällen die drei funktionellen Zwecke der ABV: Stabilisierung der Herrschaft, Unternehmenszusammenfassung und Verpersönlichung zwecks Beschränkung der Haftung auf ein Sondervermögen kombiniert.

5. Ähnlich wie durch die tatsächliche Vereinigung sämtlicher Aktien in einer Hand bei der Einmanngesellschaft ergeben sich bei den AGen, in denen die Ausübung der Aktionärrechte durch ABV gelenkt wird, in Wirklichkeit bei gesamthafter Betrachtung des rechtlichen Sachverhaltes neue, gesetzlich unbekannte Rechtsinstitute³⁹. So entstehen einerseits das Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung und andererseits bei den personalisierten AGen (den *close corporations*) die einer Personengesellschaft ähnlichen Gebilde mit Beschränkung der Haftung nach aktienrechtlichen Grundsätzen (*«incorporated partnership»*)⁴⁰. Diese Typabweichungen vom Leitbild unseres geltenden Aktienrechts erscheinen von diesem aus betrachtet als Denaturierungen der AG, in der Sicht auf die künftige Rechtsentwicklung dagegen als Vorstufen zu neuen Formen, denen «die nachhinkende Gesetzgebung später ihren unbestrittenen Platz im Rechtsleben» einräumen wird⁴¹. In diesem Sinne wird denn auch von amerikanischen Juristen für die *close corporation* eine besondere gesetzliche Regelung postuliert⁴². In der Schweiz konzentrieren sich die Bestrebungen der 1952 gegründeten «Schutzorganisation für Aktiengesellschaften mit beschränkter Aktionärzahl (Familienaktiengesellschaften)» bisher auf Verbesserung der steuerlichen Behandlung der «Familienaktiengesellschaften» im fiska-

³⁹ Darauf hat neuestens JÄGGI in der SAG Bd. 31 (1958/59) S. 66 ff. eindrücklich hingewiesen.

⁴⁰ Es gibt dafür keinen prägnanten deutschen Ausdruck, sondern nur Umschreibungen, es sei denn «personalisierte AG», vgl. dazu § 9, S. 221a, insbesondere Anm. 21.

⁴¹ SIEGWART, Aktienrecht Einl. N. 11 am Ende, unter Hinweis auf FEHR in der Festschrift für Carl Wieland, Basel 1934, S. 70.

⁴² Vgl. BOTTS u.a., *Close Corporation*, insbes. S. 700 ff. und 741 ff.; SCOTT S. 13 ff.

lischen Sinne⁴³. Die aus ABV sich allenfalls direkt oder indirekt ergebenden steuerrechtlichen Fragen müssen hier schon aus Raumgründen unberücksichtigt bleiben⁴⁴. Dagegen wird in den Schlußfolgerungen auf die sich in diesem Zusammenhang aufdrängende Frage zurückzukommen sein, ob nicht angesichts der großen Bedeutung der – vor allem auch durch Einwirkung von ABV – personalisierten AGen und der zwischen ihnen und den Publikums-AGen bestehenden, für den Verkehr bedeutungsvollen Unterschiede eine differenzierte Behandlung durch den Gesetzgeber angezeigt wäre, wie sie seinerzeit kein Geringerer als EUGEN HUBER⁴⁵ in Anlehnung an die im englischen Recht bestehende Unterscheidung zwischen *private company* und *public company*⁴⁶ empfohlen hatte.

II. Erscheinungsformen, Bezeichnungen und Aufbau der Aktionärbindungs-Verträge (Zur Morphologie der ABV)

§ 3

Schon die Vielfalt der Zwecke, denen die ABV – wie in § 2 dargelegt wurde – zu dienen haben, erklärt die Mannigfaltigkeit ihrer Erscheinungsformen. Dazu kommt, daß sie dank dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in einer ganzen Reihe von Beziehungen differenziert werden können. Diese verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Verträge lassen

⁴³ Vgl. in diesem Sinne im Jahresbericht über das 3. Geschäftsjahr (1954) der Schutzorganisation für Aktiengesellschaften mit beschränkter Aktionärzahl (Familienaktiengesellschaften), S. 1 und 5, sowie das von dieser Organisation herausgegebene Gutachten von PLATTNER u.a. S. VII ff.

⁴⁴ Es kann dafür im wesentlichen auf das Gutachten PLATTNER u.a. verwiesen werden.

⁴⁵ im E. 1919, S. 43 ff.

⁴⁶ Vgl. darüber z.B. CURTI (1929) S. 5, 70 ff. und 109 ff.; CHARLESWORTH (1954) S. 234 ff.; SCHULER, der S. 133 die Übernahme dieser Unterscheidung empfiehlt.

sich miteinander verbinden und vermischen, so daß sich eine sehr große Zahl von Kombinationsformen ergibt und in der Praxis kaum ein ABV mit dem andern vollständig übereinstimmt. Andererseits haben sich für typische Zwecke gewisse typische Grundformen herausgebildet, so vor allem AK verschiedener Prägung, die dann allerdings wieder den Bedürfnissen des Einzelfalles angepaßt werden¹. Im folgenden soll nun versucht werden, über diese verwirrende Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen und ihrer Bezeichnungen einen gewissen Überblick zu gewinnen, indem die ABV auf Grund der bei ihnen feststellbaren Unterschiede analysiert und geordnet werden.

Unter den ABV lassen sich Unterscheidungen nach folgenden Gesichtspunkten treffen und dementsprechend folgende Arten von ABV auseinanderhalten:

1. Die Art der Vertragspartner wird am häufigsten als Unterscheidungskriterium für die Einteilung der ABV gewählt². Aus dem Begriff der ABV ergibt sich, daß notwendigerweise immer einer der Vertragspartner Aktionär³ oder künftiger Aktionär⁴ sein sollte, da nur ein «gebunde-

¹ Beispiele von Aktionärbindungs-Verträgen finden sich abgedruckt bei ZLUHAN S. 301 ff., insbesondere S. 306–308; HAUSSMANN, Praxis S. 151–168; OSTHOFF S. 63–68; MÜLLER, Anhang S. I–XVI; Bankgeschäftliches Formularbuch, herausgegeben von ERICH TROST, bearbeitet von Wilhelm Schütz, 13. Ausgabe, Berlin 1952, S. 157 ff., insbesondere Muster 133; WALDER, Veräußerung S. 73 bis 78. Von der Wiedergabe einzelner der dreißig unveröffentlichten Beispiele von ABV, die ferner zur Verfügung standen, mußte leider aus Raumgründen abgesehen werden.

² So z.B. VON SOMMERFELD S. 4–24; WILKE S. 2–8; FRANTZ S. 2; LASSIG S. 13–21; PFEIFFENBERGER S. 4 ff.; ALTVATER S. 3, 4 ff., 34 ff., 48 ff.; LENK S. 13 ff.; BAADEN S. 8; KOEBEL S. 6, 12 und 17; STUBER S. 5/6.

³ Oder wer nach positivem Recht gegenüber der Gesellschaft als Aktionär bzw. als zur Ausübung von Aktionärrechten befugt gilt. Wie es sich diesbezüglich im schweiz. Recht verhält (Art. 685 Abs. 4, 689 Abs. 4 und 690 Abs. 2 OR), siehe § 19 (S. 303a ff.).

⁴ Die Verpflichtung künftiger Aktionäre ist praktisch z.B. bei sog. Gründungsverträgen von Bedeutung, die gleichzeitig mit der

ner Aktionär»⁵ in der Lage ist, Verpflichtungen zur Ausübung von Aktionärrechten zu erfüllen. Ein Aktionär kann nun

A. mit einem oder mehreren andern Aktionären einen ABV schließen. Dabei sind noch zwei Unterarten zu unterscheiden:

a) Einseitige Aktionärbindung liegt dann vor, wenn nur der eine Aktionär eine Verpflichtung z.B. hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts oder der Verfügung über seine Aktien übernimmt, während der andere Aktionär allenfalls andere Verpflichtungen übernimmt, nicht aber hinsichtlich der Ausübung seiner Aktionärrechte.

b) Gegenseitige Aktionärbindung besteht dann, wenn die beiden oder mehrere am Vertrag beteiligten Aktionäre Verpflichtungen zur Ausübung ihrer Aktionärrechte eingehen, also jeder Vertragspartner hinsichtlich solcher zugleich Schuldner und Gläubiger ist. Zu dieser Untergruppe gehören die Aktionärkonsortien (AK) als praktisch wichtigste Art der ABV überhaupt. Sie werden oft auch als «Poolverträge»⁶ oder «Aktienpoolverträge»⁷, in Anlehnung an die italienische und französische Ausdrucksweise (*sindacati azionari*; *syndicats de blocage, de majorité, de défense*⁸, *d'actionnaires*) auch als «Syndikate» oder «Ak-

Gründung z.B. einer Familien-AG unter den Gründern abgeschlossen werden. Wenn im folgenden stets nur von Aktionären die Rede ist, geschieht das der Einfachheit halber. Gemeint sind damit stets auch künftige Aktionäre.

⁵ Dagegen gibt es bei den ABV keine «gebundenen Aktien», weil sie nur eine obligatorische Bindung des Aktionärs und keine «dingliche» der Aktie bewirken. Gleicher Ansicht PATRY S. 227/28.

⁶ So z.B. von BÜRGi N. 35 ff. zu Art. 692 OR; SPAHN S. 8 und 54 («Stimmrechts-Pool»); vgl. auch (kritisch zu diesem Sprachgebrauch) HEINZ FEHLMANN S. 8 und 9.

⁷ FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge (1921); ZLUHAN S. 70 ff., wollte den Ausdruck «Pool-Vertrag» für die Unterart der Mehrheitskonsortien verwenden, was sich aber nicht eingelebt hat.

⁸ RIPERT (1948) S.420.

tionärsyndikate»⁹, als «Schutzgemeinschaften»¹⁰, «Anteilbindungskonsortien»¹¹ oder auch «Gesellschafterkonsortien»¹² sowie noch in anderer Weise bezeichnet¹³. Aus den schon von STUBER¹⁴ dargelegten Gründen ist jedoch dem Ausdruck Aktionärkonsortien für diesen wichtigsten Typus der ABV der Vorzug zu geben, und er wird daher in der vorliegenden Arbeit allein verwendet.

Der Ausdruck Pool¹⁵ ist wegen seiner Unbestimmtheit in und außerhalb der Wirtschaft äußerst beliebt. Durch seine Anwendung auf die AK wird mehr Verwirrung als Nutzen gestiftet. Vor allem hat ein «Poolvertrag» oder «Aktienpoolvertrag» nur wenig gemeinsame Merkmale mit einem Versicherungspool¹⁶, der begrifflich zu den Zweck-

⁹ GOLDSCHMIDT S. 76; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 149; Rechtspraxis S. 28.

¹⁰ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 1. A. S. 149; 2. A. S. 84; MÜLLER S. 8 ff.; HEINZ FEHLMANN S. 8; ZLUHAN S. 72 (der diesen Ausdruck für eine Unterart der AK benutzt). Richtigerweise sollte der Ausdruck «Schutzgemeinschaften» (wie HAUSSMANN, Praxis S. 152 zutreffend bemerkt) für die Minderheitskonsortien verwendet werden. Vgl. vorn § 2, Ziff. 2, Anm. 13 (S. 163a).

¹¹ GEILER bei STAUDINGER, II. Bd. S. 1374 und bei DÜRINGER / HACHENBURG, II. Bd., 1. Hälfte, S. 387.

¹² NAEGELI S. 187 ff. Es handelt sich dabei, wie beim Begriff Anteilbindungskonsortien, um einen Oberbegriff, der auch die Ausübung von Gesellschafterrechten in andern Gesellschaften, nicht nur in AGen umfaßt (NAEGELI S. 183).

¹³ Diese und weitere Bezeichnungen bei NAEGELI S. 187/88; STUBER S. 6/7.

¹⁴ STUBER S. 6–8.

¹⁵ Er ist aus dem Französischen (poule – im Sinne von Spieleinsatz, den der Gewinner erhält) vom Englischen übernommen worden (pool im Sinne von Spieleinsatz, to pool im Sinne von gemeinsame Sache machen) und von dort ins Deutsche gelangt. Poolen hat auch deutsch ursprünglich den Wortsinn, geschäftliche Gewinne und Verluste zusammenzuwerfen und gleichmäßig oder nach einem bestimmten Schlüssel unter die Poolpartner zu verteilen (so ausführlich HEINZ FEHLMANN S. 4/5; ebenso LURIE S. 1).

¹⁶ HEINZ FEHLMANN gibt S. 84 folgende sozial-ökonomische Definition des Versicherungspools: «... ein auf vertraglicher

gemeinschaften¹⁷ gehört, die sich von den Konsortien im heute herrschenden wissenschaftlichen Sprachgebrauch¹⁸ wesentlich unterscheiden. Ähnliches gilt von der Verwendung des Ausdrucks Pool im Verkehrsgewerbe, zuerst bei amerikanischen Eisenbahngesellschaften, dann bei Schiffsahrtsunternehmungen und heute vor allem im Luftverkehr, wo solche Poolabkommen regelmäßig bezwecken, «durch Regulierung des Wettbewerbes die Geschäfte für die beteiligten Unternehmen gewinnbringend zu gestalten»¹⁹. Bei diesen Gebilden handelt es sich volkswirtschaftlich um Kartelle²⁰, die an sich nichts mit ABV zu tun haben. Solche liegen dagegen dann vor, wenn die Aktionäre verschiedener Gesellschaften sich verpflichten, ihre Erträgnisse aus diesen Beteiligungen zusammenzuwerfen und quotenmäßig zum Ausgleich der Gewinne aufzuteilen. Nur in diesem Falle sollte richtigerweise von einem Aktienpool gesprochen werden²¹.

Grundlage beruhender Zusammenschluß rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibender Versicherungsunternehmen, um mittels einer internen Haftungsteilung einen Ausgleich bestimmter Risiken herbeizuführen.» Im gleichen Sinne NAEGELI S. 155, Anm. 2; vgl. auch die dort und S. 154 in Anm. 1 angegebene Literatur zum Ausdruck Pool und zum Versicherungspool.

¹⁷ Vgl. zu diesem Begriff NAEGELI S. 102 ff.; für diese Eingliederung des Versicherungspools s. Anm. 16.

¹⁸ Wir halten uns in dieser Arbeit an die Definition von OSTHOFF S. 8: «Konsortien sind gesellschaftliche Vereinigungen mit innerer Organisation, die sich – zumeist nur vorübergehend – zur Verfolgung von Einzelzwecken von wirtschaftlichem Gewicht, nicht für ihren gesamten Geschäftsbetrieb, zusammengeschlossen haben.» Im gleichen Sinne NAEGELI S. 184, der anschließend auch den Unterschied gegenüber den Zweckgemeinschaften erläutert, so daß hier darauf verwiesen werden kann.

¹⁹ HEINZ FEHLMANN S. 7, der dort auch eine Anzahl von Beispielen solcher Poolverträge sowie weitere Literatur erwähnt. Vgl. ferner SÄNDIG S. 3 ff.; LURIE S. 3 ff.

²⁰ So LURIE S. 4; STUBER S. 7; HEINZ FEHLMANN S. 8.

²¹ So HEINZ FEHLMANN S. 9, in Anlehnung an HAUSSMANN, Grundlegung S. 123 f.; in ähnlichem Sinne STUBER S. 4 («Dividendenpoolung»).

Der Ausdruck Syndikat wird nach wissenschaftlichem deutschen Sprachgebrauch für eine besondere Art von Kartellen, «die höchste Stufe der kartellmäßigen Organisationen»²², verwendet, wobei hauptsächlich die praktisch wichtigen Verkaufssyndikate und die selteneren Einkaufssyndikate unterschieden werden²³. Es verbietet sich von selbst, diese Klärung des deutschen Sprachgebrauchs durch die Verwendung des gleichen Ausdrucks für die AK zu hintertreiben.

Zwar ist auch der Ausdruck Konsortium, vor allem früher, in Wissenschaft und Wirtschaftspraxis in sehr verschiedenen Bedeutungen verwendet worden. Aber im Laufe der Zeit hat sich doch zum mindesten der wissenschaftliche Sprachgebrauch im Sinne des auch in dieser Arbeit verwendeten Begriffes²⁴ vereinheitlicht²⁵. Unter diesen Begriff fallen unter anderem Verträge, die unter Aktionären mit gegenseitiger Bindung der Ausübung ihrer Aktionärrechte geschlossen werden, weshalb sich die Bezeichnung Aktionärkonsortien für sie rechtfertigt.

Hier mag darauf hingewiesen werden, daß diese AK nicht die einzigen Konsortien sind, die im Zusammenhang mit AGen auftreten. Nicht mit ihnen zu verwechseln sind die praktisch ebenfalls sehr wichtigen Emissions- oder Begebungskonsortien²⁶, die von Banken gebildet werden, um Aktien oder andere Wertpapiere, die bei der Gründung von Gesellschaften, bei Kapitalerhöhungen oder bei der Aufnahme von Anleihen der öffentlichen Hand oder

²² NAEGELI S. 66; ähnlich FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 149; 2. A. S. 84.

²³ NAEGELI S. 66 ff. und 78 ff.

²⁴ Entsprechend der Definition von OSTHOFF S. 8, vgl. vorn Anm. 18.

²⁵ In diesem Sinne schon NAEGELI S. 184 Anm. 3.

²⁶ Vgl. über diese z.B. NAEGELI S. 186 f.; OSTHOFF S. 25 ff.; F. ZEHNDER, Das Emissions- und Konsortialgeschäft der Banken und seine Technik, Zürich/Leipzig 1942, der ohne Unterscheidung den Konsortialvertrag auch als Syndikatsvertrag bezeichnet (so z.B. S. 25 ff.).

großer Gesellschaften ausgegeben werden, im Publikum unterzubringen. Diese auch in breiteren Kreisen der Öffentlichkeit wohlbekannten Konsortien traten schon viel früher als die AK in Erscheinung²⁷, haben mit ihnen aber nur die formale Gestaltung als Konsortialverträge²⁸ gemeinsam, dagegen keine Bindung der Ausübung von Aktionärrechten zum Inhalt. Sie sind daher, wie auch andere Finanzkonsortien (Übernahme- oder Garantiekonsortien), im Rahmen dieser Arbeit ohne Bedeutung.

B. Wird ein ABV mit Nichtaktionären geschlossen, liegt von vornherein hinsichtlich der Ausübung der Aktionärrechte eine einseitige Bindung vor, der allerdings Leistungen anderer Art gegenüberstehen können. Dabei sind noch zwei Untergruppen zu unterscheiden:

a) ABV mit Dritten, die an der AG rechtlich unbeteiligt sind. Dabei kann es sich z.B. auch um einen Verkäufer von Aktien handeln, der – obwohl er seine Aktionäreigenschaft aufgibt – sich über einen ABV mit dem Käufer einen Einfluß auf die AG noch sichern will.

b) ABV mit der Aktiengesellschaft selbst wurden vor allem im Deutschland der zwanziger Jahre in Verbindung mit der Ausgabe von Schutz- oder Verwaltungsaktien²⁹ – die manchmal auch als Vorratsaktien benutzt wurden – abgeschlossen, wobei sich der Übernehmer dieser Aktien jeweils u.a. verpflichten mußte, sein Stimmrecht zur Unterstützung übereinstimmender Anträge von Vorstand und Aufsichtsrat der AG auszuüben³⁰. Als Übernehmer solcher Aktien konnte sowohl eine Firma (z.B. eine

²⁷ So hatte sich z.B. das Handelsgericht Zürich schon in einem Urteil vom 9. November 1909 mit der «Unterbeteiligung an einem die Emission von Aktien bezweckenden Syndikat» zu befassen (ZR Bd. 10 S. 55 ff.).

²⁸ Vgl. über diese vor allem die grundlegende Arbeit von OSTHOFF.

²⁹ Vgl. vorn § 2 Ziff. 2 vor Anm. 5 (S. 161a).

³⁰ Vgl. das klassische Beispiel, das Gegenstand des Reichsgerichtsurteils vom 19. 6. 1923 (RGZ 107 S. 68 ff.) bildete.

Bank) oder Einzelperson als auch ein Konsortium auftreten. Bei solchen ABV stellt sich insbesondere die Frage ihrer Rechtsgültigkeit hinsichtlich der Stimmbindung³¹. Von ihnen zu unterscheiden sind aus rechtlichen Gründen erstens die ABV, welche Mitglieder der Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Aktionäre persönlich abschließen, da in diesem Fall ein ABV unter Aktionären im Sinne von lit. A hievor (S. 174a ff.) vorliegt. Zweitens besteht auch dann kein Vertrag mit der AG, wenn in einer AV die Stimmbindung in allgemein positivem Sinne dahingehend vereinbart wird, es sei das Stimmrecht nur «im Interesse der Gesellschaft» oder «nach den Anträgen der Verwaltung» auszuüben (vgl. hinten in § 4 Ziff. 5 lit. B a, insbesondere Anm. 15)³².

2. Die Zahl der Vertragspartner hat als Unterscheidungskriterium für die Einteilung der ABV keine große Bedeutung. Immerhin mag hier darauf hingewiesen werden, daß

A) ABV mit nur zwei Kontrahenten häufig in Verbindung mit anderen Rechtsgeschäften vereinbart werden. So werden ABV verbunden z.B. mit Anstellungsverträgen, Darlehensverträgen mit der AG oder mit Aktionären, insbesondere auch bei einer damit verbundenen Verpfändung von Inhaberaktien, sowie wenn solche hinterlegt oder leihweise überlassen werden³³, ferner bei Bestellung einer Nutznießung an Aktien³⁴. Auch AK sind schon mit nur zwei Partnern möglich (sog. «Zweimann-Gesellschaften»³⁵). Dabei sind besondere Maßnahmen für den Fall von Mei-

³¹ Damit befaßt sich vor allem STUBER (S. 102 ff.) näher, der AV mit der AG als nichtig bezeichnet. Vgl. dazu hinten § 15 lit. C b aa (S. 264a ff.).

³² Vgl. STUBER S. 107.

³³ In diesen drei letztgenannten Fällen bleibt mangels anderer Vereinbarung gemäß Art. 689 Abs. 5 OR das Stimmrecht dem Eigentümer, der sich aber mit dem Pfandgläubiger, Aufbewahrer oder Entlehner über dessen Ausübung vereinbaren kann.

³⁴ Art. 745 ff. ZGB und Art. 690 Abs. 2 OR.

³⁵ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 152; 2. A. S. 86.

nungsverschiedenheiten der beiden Partner zu treffen. Haben beide das gleiche Stimmrecht im Konsortium, wird für den Fall der Uneinigkeit oft vorgesehen, daß ein außenstehender Dritter als Schiedsmann zu entscheiden habe, um eine Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu vermeiden. Hat der eine Konsortialpartner das stimmenmäßige Übergewicht, so können dem andern Partner durch den Konsortialvertrag bestimmte Minderheitsrechte zugesichert werden, wie z.B. das, ein Mitglied des Verwaltungsrates oder die Kontrollstelle vorzuschlagen mit der Wirkung, daß das Konsortium mit seinen sämtlichen Stimmen in der AG für die Wahl gemäß diesem Vorschlag einzustehen hat.

B) Bei den ABV mit mehreren Kontrahenten wird es sich häufig, doch nicht immer, um AK handeln.

3. Nach dem Umfang des gebundenen Besitzes³⁶ sind zu unterscheiden:

A. ABV, insbesondere AK, welche sämtliche Aktionäre einer AG umfassen, wie das namentlich bei den Familienaktiengesellschaften im ursprünglichen, wie auch im weiteren fiskalischen Sinn³⁷, fast regelmäßig zutrifft.

B. ABV, insbesondere AK, welche nur einen Teil der Aktionäre einer AG umfassen, wobei weiter zu unterscheiden ist:

a) die gebundenen Aktionäre befinden sich gegenüber den durch ihren Vertrag nicht erfaßten in Minderheit;

b) die gebundenen Aktionäre verfügen zusammen über die Stimmenmehrheit. Sogar wenn diese Aktionäre an sich in der Lage wären, sämtliche Aktien in die Bindung einzubeziehen, wie z.B. bei der Gründung einer Familienaktiengesellschaft im weiteren Sinne oder bei Kapitalerhöhungen, wird davon manchmal bewußt ein Teil der Aktien

³⁶ Diese Unterscheidung hat schon FRIEDLÄNDER getroffen: Konzernrecht 1. A. S. 151 lit. a; 2. A. S. 85.

³⁷ Vgl. über diesen vorn § 2 Anm. 36 (S. 170a).

ausgenommen, um sie abstoßen zu können³⁸. Da die Beherrschung der AG mit dem in Händen der gebundenen Aktionäre verbleibenden Teil der Aktien möglich bleibt, kann auf diese Weise Kapital gespart werden.

§ 4

4.-7. Arten der Aktionärbindungs-Verträge

4. Der Gegenstand der ABV hat als Unterscheidungskriterium für die Beurteilung der Gültigkeit einzelner Arten von ABV namentlich in den romanischen Rechten wesentliche Bedeutung. Begrifflich handelt es sich bei den ABV stets um die Bindung der Ausübung von Rechten, die dem Aktionär¹ zustehen. Als solche kommen in Betracht:

A. Die Stimmbindung oder Abstimmungsvereinbarung (AV). Es handelt sich bei den weitaus meisten ABV um solche, durch die eine Bindung für die Ausübung des Stimm- oder Wahlrechts des Aktionärs vereinbart wird. Insbesondere die praktisch vor allem wichtigen AK enthalten in der Regel, aber nicht notwendigerweise², AV. Die problematische Natur des Aktionärstimmrechts bringt es mit sich, daß die Verträge, in denen Bindungen über seine Ausübung vereinbart werden, ganz besonders zur Erörterung von Rechtsfragen Anlaß geben. Es kann daher nicht überraschen, daß die meisten deutschen Monographien, die sich mit ABV befassen, nach dieser besonderen Art solcher Verträge bezeichnet wurden und sich im wesentlichen auch auf ihre Behandlung beschränkten³. Von den in diesem

³⁸ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 152 lit. d; 2. A. S. 86.

¹ Im hier verwendeten Sinne, d.h. also auch dem künftigen Aktionär und dem nach positivem Recht zur Ausübung von Aktionärrechten Befugten (vgl. darüber vorn § 3 Anm. 3 S. 173a).

² Es gibt auch reine Sperrkonsortien. Vgl. darüber im folgenden unter B.

³ So ZLUHAN; JÜRGENSEN; SOMMERFELD; FRANTZ; WILKE; BAADEN; LASSIG; PFEIFFENBERGER; ALTVATER; LENK; KOEBEL.

Zusammenhang zu erwähnenden Bezeichnungen wie Stimmgemeinschaften⁴, Stimmkonsortien⁵ oder Stimmrechtskonsortien⁶ einerseits und Stimmrechtsbindungen⁷ oder Bindungen des Stimmrechts⁸ andererseits sind die ersten insofern zu eng, als sie das Phänomen der AV nur im Rahmen der AK erfassen, obwohl es durchaus nicht auf diese beschränkt ist. Die andern sind insofern unzutreffend, als sich die vertragliche Bindung nicht auf das Stimmrecht als solches, sondern nur auf seine Ausübung bezieht. Den Kern dieser Erscheinung trifft m.E. die Bezeichnung Abstimmungsvereinbarung (AV), die darum im folgenden vorzugsweise verwendet wird, neben dem ebenfalls zutreffenden Ausdruck Stimmbindung.

B. Die Verfügungsbindung (VB). Sie bezieht sich auf die Ausübung der Rechte, die Aktie zu veräußern, sie zu verpfänden oder an ihr eine Nutznießung zu bestellen, ja sogar, über sie von Todes wegen zu verfügen (in welchem Fall sich dann allerdings die Frage der Formbedürftigkeit einer solchen Bindung stellt). Den VB kommt eine ähnliche Funktion zu wie der Vinkulierung von Namenaktien⁹. Sie können für sich allein verwendet werden in Gestalt der sog. Sperrkonsortien¹⁰, bei welchen die gebundenen Aktio-

An die andere Hauptart der ABV, die Aktionärskonsortien lehnen sich die Titel der Monographien von FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge und STUBER an. MÜLLER kombiniert sie mit dem Ausdruck Stimmrechtskonsortien.

⁴ MEDERLE S. 14.

⁵ HAUSSMANN, Art. «Unternehmenszusammenfassungen», im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von FRITZ STIER-SOMLO und ALEXANDER ELSTER, Bd. 6, Berlin und Leipzig, 1928/29, S. 262.

⁶ MÜLLER S. 1 ff.

⁷ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 171 ff.; 2. A. S. 94 ff.; HAUSSMANN, Praxis S. 17; WILKE; BAADEN; ALTVATER; KOEBEL.

⁸ FRANTZ.

⁹ Vgl. hiezu bes. PESTALOZZI-HENGgeler.

¹⁰ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 151; 2. A. S. 85. Im Französischen *syndicats de blocage*; im Italienischen *sindacati di blocco*. Da Abstimmungsvereinbarungen im französischen Recht

näre sich verpflichten, die Veräußerung und zumeist auch die Verpfändung ihrer Aktien während der Vertragsdauer zu unterlassen. Meistens wird diese obligatorische Verpflichtung durch die Hinterlegung der Aktie bei einer Bank oder bei einem Treuhänder dinglich gesichert. Diese VB kommen aber häufig auch in Verbindung mit AV vor, vor allem bei AK, die fast regelmäßig beide enthalten.

C. Die Bindungen hinsichtlich der Ausübung der Bezugsrechte für neue Aktien dienen dem gleichen Zweck wie die VB, nämlich der Stabilisierung des Verhältnisses der Beteiligung am Aktienkapital. Derartige Bindungen kommen denn auch kaum je für sich allein, sondern stets zum mindesten gemeinsam mit VB vor. Sinngemäß gleich verhält es sich mit

D. Bindungen hinsichtlich der Ausübung des Rechtes zur Teilnahme an der Generalversammlung oder zur Bestellung eines Vertreters zwecks Ausübung des Stimm- und Wahlrechts an einer solchen. Solche Bindungen haben einzig Bedeutung im Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechts und kommen daher regelmäßig nur zusammen mit AV vor.

E. Die Bindung des Rechts zum Bezug der beschlossenen Dividende kann unter Aktionären verschiedener Gesellschaften in dem Sinne vereinbart werden, daß sie sich verpflichten, ihre Dividenden zusammenzuwerfen und zu ihrem Ausgleich nach einem bestimmten Schlüssel zu verteilen. Diese «Dividendenpoolung»¹¹ bzw. Bildung eines «Aktienpools»¹² kommt aber nur verhältnis-

umstritten sind, finden sich bei französischen Autoren Ausführungen über ABV oft unter dem Stichwort *syndicats de blocage*. Vgl. z.B. TAMBOISE S. 358 ff.; KAYSER; RIPERT S. 420.

¹¹ STUBER S. 4.

¹² HEINZ FEHLMANN S. 9.

mäßig selten, in Verbindung mit Interessengemeinschaftsverträgen vor¹³.

5. Nach Art der Bindung lassen sich negative und positive ABV unterscheiden¹⁴.

A. Bei negativen ABV wird vereinbart, daß das Vertragsgegenstand bildende Aktionärrecht, also das Stimmrecht, das Veräußerungsrecht, das Recht zum Bezug neuer Aktien, zur Teilnahme oder Vertretung an der Generalversammlung nicht ausgeübt werden darf.

B. Bei positiven ABV wird vereinbart, in welcher Weise das Vertragsgegenstand bildende Aktionärrecht ausgeübt werden soll, also z.B. wie abzustimmen sei, wer gewählt werden solle, an wen zu veräußern sei usw. Bei den positiven ABV lassen sich wiederum allgemeine und besondere unterscheiden:

a) Bei allgemeinen positiven ABV wird die Ausübung des Aktionärrechts generell nach dem Willen des Berechtigten im Rahmen seines Rechts bestimmt, insbesondere bei AK entsprechend dem vom Konsortium gemäß seiner Organisation gefaßten Beschluß, nach Ermessen des vom Konsortium bestimmten Vertreters, oder auch nach den Anträgen der Verwaltung¹⁵ usw. Diese Art der Bindung bildet bei AK die Regel in bezug auf die Ausübung des Stimmrechts. Sie kann für die Ausübung des betreffenden Aktionärrechts sachlich unbeschränkt oder auch sachlich beschränkt vereinbart werden.

Sachlich beschränkte positive ABV kommen bei AK häufig in der Weise vor, daß die Bindung der Ausübung des Stimmrechts an die Konsortialbeschlüsse nur für bestimmte Materien vereinbart wird, wie vor allem

¹³ Vgl. vorn § 3 zu Anm. 21 (S. 176a) sowie HAUSSMANN, Grundlegung S. 123 f. und STUBER S. 4.

¹⁴ Vgl. zum Folgenden STUBER S. 4 und 5.

¹⁵ Insbes. bei sog. Verwaltungskonsortien. Vgl. über diese STUBER S. 12 ff. und im folgenden unter § 5 Ziff. 9 lit. A (S. 193a).

Wahlen in den Verwaltungsrat¹⁶. Oder dann wird die Stimmbindung für bestimmte wichtige Sachfragen, wie z.B. jene, bei denen für die Beschlußfassung in der AG gesetzlich oder statutarisch eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen ist, ausgeschlossen¹⁷, oder es wird in solchen Fällen die Stimmbindung von einem im Konsortium ebenfalls mit qualifiziertem Mehr oder sogar einstimmig gefaßten Beschluß abhängig gemacht.

b) Bei besonderen positiven ABV wird schon in konkreter Weise festgelegt, wie die Ausübung des betroffenen Aktionärsrechts zu erfolgen habe, wie z.B. namentlich bei nur für eine einzige Generalversammlung getroffenen AV, es sei eine oder es seien mehrere bestimmte Personen in den Verwaltungsrat zu wählen, es sei einem bestimmten Antrag (auf Erhöhung des Aktienkapitals, Statutenänderung, Fusion der AG mit einer andern Gesellschaft usw.) zuzustimmen oder nicht. Bei den VB kommen die besonderen positiven Arten in der Weise vor, daß vereinbart wird, bei Veräußerung von Aktien seien diese zuerst einem oder mehreren bestimmten Berechtigten anzubieten («Recht der Vorhand») oder es sei diesen ein «Vorkaufsrecht» einzuräumen¹⁸. Es kann aber auch ein einseitiges An-

¹⁶ In ähnlichem Sinne beschränkt sind das gemäß Art. 762 Abs. 1 OR zulässige statutarische Recht von Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Abordnung von Vertretern in die Verwaltung und in die Kontrollstelle sowie das Wahlrecht von Aktionärgruppen gemäß Art. 708 Abs. 4 OR auf wenigstens einen Vertreter in der Verwaltung.

¹⁷ Vgl. z.B. HAUSSMANN, Praxis S. 166, § 2 Abs. 3 lit. a jenes Vertrages.

¹⁸ Solche «Vorkaufsrechte», die meistens nicht nur für den Verkaufsfall, sondern für alle Veräußerungen (auch Schenkungen, Einbringung in eine Gesellschaft usw.) sowie für den Fall bloßer Veräußerungsabsicht («Recht der Vorhand») vereinbart werden, kommen nicht nur in ABV vor, sondern werden oft auch in die Statuten von AGen aufgenommen. Über die damit zusammenhängenden, außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegenden Fragen siehe die vorn in § 1 Anm. 2 angegebene Literatur.

bietungs- oder Kaufs- (Options-) Recht vereinbart werden¹⁹.

6. Nach der Dauer der Bindung lassen sich ephemere und dauernde ABV unterscheiden.

A. Bei den ephemeren ABV handelt es sich vorwiegend um AV für eine einzige Generalversammlung, wie sie bereits im Zusammenhang mit den besonderen positiven ABV (siehe vorn 5 B b) erwähnt wurden.

B. Die dauernden ABV bilden die Regel, insbesondere zählen die AK zu ihnen. Bei ihnen stellen sich die im 2. Teil in § 22 zu erörternden Fragen der Begrenzung ihrer Dauer und ihrer Beendigung vor Ablauf der vereinbarten Zeit.

7. Nach der Intensität der Bindung können beträchtliche Unterschiede bei den ABV festgestellt werden.

A. Die geringste Intensität weisen die sog. *Gentlemen's agreements*²⁰ auf, die zwar keine rechtlichen Sanktionen enthalten, aber «praktisch mit Rücksicht auf die sozialen Wirkungen eines Bruches übernommener Verpflichtungen oft ebenso wirksam sind, wie die stärkste formelle Bindung»²¹. Verhältnismäßig häufig sind sie namentlich bei ephemeren besonderen positiven ABV (vgl. vorn 5 B b und 6 A).

B. Eine Mittelstellung nehmen die rein obligatorischen ABV und unter den AV jene ein, bei denen die gebundenen Aktionäre ihre Stimmen selber im vereinbarten Sinne abzugeben haben. Bei ihnen stellen sich dann allerdings – namentlich bei den AV – die Fragen ihrer Vollstreckbarkeit

¹⁹ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 168; 2. A. S. 93; über Vorkaufs- und Vorhandrechte daselbst 1. A. S. 163–169; 2. A. S. 92/93.

²⁰ Die *Gentlemen's agreements* sind vor allem bei den Unternehmenszusammenfassungen eine wohlbekannte Erscheinung. Vgl. SCHMEY S. 446 f.; HAUSSMANN, Praxis S. 48; FRIEDLÄNDER, Rechtspraxis S. 195 und 154.

²¹ FRIEDLÄNDER, Rechtspraxis S. 195.

und der Folgen ihrer Nichterfüllung (vgl. dazu 2. Teil unter IV).

Verhältnismäßig wenig intensiv sind auch die reinen Sperrkonsortien und die reinen Stimmbindungen²².

C. Die stärkste Intensität weisen jene ABV (vor allem die organisatorisch gut ausgebauten AK) auf, bei denen durch die Kombination der verschiedenen Bindungen untereinander sowie mit statutarischen und anderen Maßnahmen die Hauptverpflichtungen verstärkt werden. In diesem Sinne werden die auf die Ausübung des Stimmrechts bezüglichen Verpflichtungen dadurch gesichert, daß Inhaberaktien bei einer Bank oder einem Treuhänder für die Dauer der ABV hinterlegt werden und die Ausübung des Stimmrechts im festgelegten Sinne einem gemeinsamen Vertreter übertragen wird. Als weitere Sicherungsmaßnahmen kommen zur Anwendung: die Kombination von AV mit VB, namentlich Vorkaufs-, Kaufs- und Vorhandrechten sowie Anbieterspflichten, deren Aufnahme in die Statuten der AG, auch Kombinationen mit der statutarischen Vinkulierung von Namenaktien, sowie die Vereinbarung von Konventionalstrafen für den Fall der Nichteinhaltung von AV oder VB.

§ 5

8. und 9. Arten der Aktionärbindungs-Verträge (Fortsetzung)

8. Nach ihrem inneren Aufbau weisen die ABV sehr große Unterschiede auf. Neben ganz einfachen Verträgen besteht namentlich bei den AK eine ganze Stufenleiter von Gestaltungen bis zu den voll ausgebauten Konsortien.

A. Bei den nicht als Aktionärkonsortien aufgebauten ABV handelt es sich dabei zumeist um reine AV, wie z.B. zwischen einem Verkäufer und Käufer von Aktien, oder um jene schon mehrfach erwähnten, nur für eine

²² FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 151; 2. A. S. 85.

einzigste Generalversammlung getroffenen AV (vgl. vorn Ziff. 5 lit. B b, Ziff. 6 lit. A, Ziff. 7 lit. A).

B. Bei den Aktionärkonsortien lassen sich eigentliche Organisationsformen unterscheiden. Einen verhältnismäßig einfachen Aufbau weisen in der Regel die AK jenes Typus auf, an denen nur wenige, die AG zusammen beherrschende Partner beteiligt sind. Sie beschränken sich im wesentlichen darauf, das bestehende Stimmenverhältnis in der AG durch VB in Verbindung mit der Hinterlegung der Aktien in einem Sperrdepot, Vereinbarung von Konventionalstrafen oder auch häufig durch geeignete statutarische Anordnungen (Vinkulierung von Namenaktien, aktienrechtliche Kaufs-, Vorkaufs- und Vorhandrechte) vor Änderungen zu schützen und im übrigen jedem Partner das Recht einzuräumen, eine seinem Aktienbesitz entsprechende Zahl von Vertretern in den Verwaltungsrat abzuordnen. Besteht das AK aus zwei gleichberechtigten Partnern, kann schon im Konsortialvertrag eine beiden genehme Persönlichkeit (häufig ein Anwalt) als neutraler Vertreter im Verwaltungsrat bezeichnet werden, der bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den «Parteiverwaltungsräten» zu entscheiden hat.

C. Ausgebaute AK können zu den bereits vorn Ziff. 7 lit. C geschilderten Merkmalen stärkster Intensität der Bindung folgende Organe mit entsprechenden Funktionen aufweisen¹:

a) Die Konsortialversammlung². An ihr können sämtliche Mitglieder des Konsortiums teilnehmen und stimmen, wobei das Gewicht ihrer Stimmen in der Regel der Bedeutung der Aktien entspricht, mit denen sie am

¹ Als Beispiele für solche ausgebaute AK s. HAUSSMANN, Praxis S. 165–168; Bankgeschäftliches Formularbuch (vgl. § 3, S. 173a Anm. 1) S. 165 ff. (Muster Nr. 133).

² Vgl. GEILER S. 23; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A.S. 158 f. und 171; 2. A.S. 90; STUBER S. 44 ff.

Konsortium beteiligt sind³. Die Versammlungen finden normalerweise vor den Generalversammlungen der AG statt, um die einheitliche Stimmabgabe festzulegen. Für die Einberufung dieser «Vorversammlung» werden häufig ähnliche Vorschriften aufgestellt, wie sie für Generalversammlungen bestehen. Beschlüsse werden in der Regel mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt; betreffen sie die Stimmabgabe in der AG bei Beschlüssen, für die gesetzlich oder nach den Statuten ein qualifiziertes Mehr vorgeschrieben ist, wird im Konsortialvertrag oft die gleiche Stimmenmehrheit, ja sogar Einstimmigkeit verlangt oder von einer Stimmbindung abgesehen. Die Willensbildung des Konsortiums erfolgt regelmäßig durch Beschlüsse der Konsortialversammlung, doch kann im Konsortialvertrag die Erledigung bestimmter Angelegenheiten der Konsortialleitung übertragen werden. Diese Übertragung kann allerdings so weit gehen, daß schon im Vertrag für dessen ganze Dauer, oder periodisch durch Konsortialversammlungen der Konsortialleitung über die Ausübung des Stimmrechts im vollen Umfange oder mit Ausnahme besonders wichtiger Angelegenheiten allgemeine Weisungen erteilt werden, in deren Rahmen sie dann nach ihrem Ermessen zu handeln hat⁴.

b) Die Konsortialleitung⁵. Als vollziehendes, vertretendes und leitendes Organ hat sie die Konsortialversammlungen einzuberufen und für die Ausführung ihrer Beschlüsse und der vertraglichen Anordnungen zu sorgen. Sie hat, sofern die Stimmabgabe in der AG nicht durch die

³ Es kommen aber auch andere, die Konsortialminorität begünstigende Regelungen der Stimmverhältnisse in AK vor. Vgl. das bei STUBER S. 46 angegebene Beispiel. Es kann ferner jedem Konsorten eine Stimme eingeräumt werden, so daß nach Köpfen abgestimmt werden kann.

⁴ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A.S. 171; ALTVATER S. 25; STUBER S. 44.

⁵ Vgl. GEILER S. 23; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A.S. 157 f.; 2. A.S. 89 f.; ALTVATER S. 20 und 25; STUBER S. 44 u. 47 ff.

Konsorten selber, sondern zentralisiert erfolgt, die Aktien – wenn das im Konsortialvertrag vorgesehen ist, was die Regel bildet – in Verwahrung zu nehmen, sie für die Generalversammlungen der AG anzumelden, an diesen teilzunehmen und im festgelegten Sinne zu stimmen bzw. zu wählen, oder dies – je nach der bestehenden Regelung – durch einen oder mehrere Konsortialvertreter besorgen zu lassen. Zur Ausübung des Stimmrechts durch die Konsortialleitung oder Vertreter haben die Mitglieder des Konsortiums in der Regel schriftliche Vollmachten auszustellen. Auf diese Weise kann die Existenz des Konsortiums nach außen geheim gehalten werden. Auch allfällige Kaufs-, Vorkaufs- oder Vorhandrechte sind, wenn sie aktuell werden, der Konsortialleitung anzuzeigen. Diese bestimmt die Anteile an den zu erwerbenden Aktien für die übrigen Konsorten und orientiert sie. Die Konsortialleitung wird häufig Banken oder sonst maßgebend am Konsortium beteiligten Aktionären übertragen. Es kann aber auch ein außenstehender Nichtaktionär damit beauftragt werden. Selten wird eine zu diesem Zwecke besonders gegründete Organgesellschaft mit der Konsortialleitung betraut⁶.

In Deutschland wird gelegentlich, analog zum Aufsichtsrat bei der deutschen AG, bei größeren Konsortien ein Konsortialausschuß bestellt, der ein Zwischenglied zwischen der Konsortialversammlung und der Konsortialleitung bildet. Solche Konsortialausschüsse können einerseits der besseren Vertretung allenfalls in einem AK vorhandener verschiedener Interessengruppen dienen und andererseits der Kontrolle der Konsortialleitung⁷.

c) Die Schiedsorgane und Schiedsgerichte. Besteht ein AK aus zwei gleich starken Gruppen, oder sind Minderheiten Vetorechte durch Anordnung qualifizierter

⁶Solche eigentliche Doppelgesellschaften scheinen nur in Deutschland unter Verwendung der GmbH vorzukommen. Ein Beispiel bildete das frühere deutsche Zündholzsyndikat (NÄGELI S. 190/91 und weitere dort angegeben Literatur).

⁷ GEILER S. 25; STUBER S. 49.

Mehrheit oder gar des Erfordernisses der Einstimmigkeit für bestimmte Beschlüsse eingeräumt worden, so ergibt sich die Gefahr, daß in gewissen Fällen keine Lösung mehr möglich ist, weil keine der beteiligten Parteien der anderen nachgeben will. Das AK kann so in wichtigen Angelegenheiten vollständig blockiert, tatsächlich beschluß- und handlungsunfähig werden. Für solche Fälle wird häufig in Konsortialverträgen vorgesehen, daß der Entscheid durch einen außenstehenden Dritten als Schiedsmann (Schlichter), oder durch ein Schiedsmännerkollegium mit einem neutralen Obmann für die Konsortialmitglieder verbindlich getroffen werden soll⁸. Für den Fall, daß die Parteien sich nicht binnen einer Frist, die in der Regel nur wenige Tage beträgt, über die Person des Schlichters (oder die Schiedsmänner nicht über die Person des Obmanns) einigen können, wird deren Bezeichnung (ähnlich wie bei Schiedsgerichten) einer neutralen Stelle, dem Vorsitzenden einer Handelskammer oder eines Gerichtes übertragen.

Daneben enthalten – wie schon mehrfach hervorgehoben – die Konsortialverträge (wie die ABV überhaupt) fast regelmäßig eine Schiedsgerichtsklausel, durch welche der Entscheid über Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit dem Vertrag unter den Vertragspartnern entstehen könnten, den staatlichen Gerichten entzogen wird. Das hängt mit der allgemeinen Tendenz zur möglichsten Geheimhaltung von ABV zusammen. Solche Schiedsgerichtsklauseln können durchaus neben der Vereinbarung eines Schlichters oder eines Schiedsmännerkollegiums bestehen, da deren Funktion ja darin besteht, anstelle der ordentlichen Organe des AK verbindliche Beschlüsse zu fassen,

⁸ Insbes. für die amerikanische *close corporation* wird die *arbitration* als sehr verbreitetes Mittel zur Behebung solcher Konflikte (zur Vermeidung der Gefahr von *deadlock and corporate paralysis*) bezeichnet bei BORTS u. a. S. 714 unten sowie S. 731 ff. Vgl. ferner die bei HAUSSMANN, Praxis S. 162–164 erwähnten verschiedenen Arten von Schiedsorganen, sowie FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 158/59; 2. A. S. 90).

während die Schiedsgerichte anstelle der staatlichen Gerichte über Streitigkeiten unter den Vertragspartnern zu urteilen haben, die ohne Schiedsgerichtsklausel von diesen Gerichten zu entscheiden wären⁹.

Dergestalt weisen die ausgebauten AK mit der Konsortialversammlung, der Konsortialleitung und dem Schiedsgericht eine dem Staat sehr ähnliche Organisation auf. Auch hier dürfen aber daraus – sowenig wie bei der demokratisierten AG¹⁰ – nicht ohne weiteres Analogieschlüsse gezogen werden. Der sich aufdrängende Hinweis auf den Staat soll lediglich den Grad der organisatorischen Vollkommenheit veranschaulichen, den der Aufbau von AK erreichen kann.

9. Nach ihrem Zweck unterscheiden sich die ABV zunächst in den bereits in § 2 Ziff. 2–4 (S. 161a ff.) dargelegten funktionellen Beziehungen. Dabei läßt sich sagen, daß die vor allem zur Stabilisierung der Herrschaft über eine Publikums-AG dienenden AK regelmäßig eine Kombination von AV mit BV und Bindungen anderer Aktionärrechte – mit Ausnahme des Dividendenrechts – (vgl. vorn Ziff. 4 lit. A bis D) im allgemein positiven Sinne (Ziff. 5 lit. B a) darstellen, die für die Dauer bestimmt sind (Ziff. 6 lit. B) und bei stärkster Intensität (Ziff. 7 lit. C) eine ausgebaute Organisation (Ziff. 8 lit. C) aufweisen. Sie bestehen naturgemäß aus einer Großzahl von Vertragspartnern (im Sinne von Ziff. 2 lit. B), die zusammen zwar nur über einen Teil sämtlicher Aktien, jedoch über die Stimmenmehrheit oder mindestens über die zur Beherrschung der AG notwendige Stimmenzahl¹¹ verfügen (vgl. vorn Ziff. 2 lit. B und Ziff. 3 lit. B b S. 180a). Die den Zwecken der Unter-

⁹ Vgl. das Beispiel eines Konsortialvertrags, in welchem sowohl ein Schiedsmännerkollegium (in § 3), als auch ein Schiedsgericht (in § 10) vereinbart wurde, bei HAUSSMANN, Praxis S. 162–165; ebendort S. 441 ff. die Beispiele von Schiedsgerichtsklauseln verschiedener Art.

¹⁰ Vgl. vorn § 2, Ziff. 2 (S. 162a)

¹¹ Vgl. vorn § 2, Ziff. 3 u. Anm. 27 (S. 166a/167a).

nehmenszusammenfassung oder der Verpersönlichung der AG dienenden AK unterscheiden sich von den vorgenannten vor allem dadurch, daß sie meistens nur wenige Vertragspartner, häufig sogar nur zwei solche aufweisen (Ziff. 2 lit. A S. 179a), die aber sehr oft sämtliche Aktionäre der AG darstellen (Ziff. 3 lit. A S. 180a). Die Organisation kann in solchen Fällen im Sinne von Ziff. 8 lit. B (S. 188a) häufig verhältnismäßig einfach gehalten werden.

Neben den in § 2 behandelten funktionellen Zwecken lassen sich bei den ABV auch noch andere Zwecke entsprechend den von den Vertragspartnern im einzelnen damit verfolgten Absichten unterscheiden. Hier eine Systematik versuchen zu wollen, dürfte so wenig Sinn haben als eine auch nur beispielhafte Erwähnung solcher Zwecke¹². Wegen ihrer in der Literatur gelegentlich auftretenden Bezeichnungen seien immerhin noch die einflußwahrenden und die einflußvermehrenden AK erwähnt¹³.

A. Die einflußwahrenden AK haben defensiven Charakter. Zu ihnen sind z.B. die Schutzgemeinschaften von Minderheitsaktionären, aber auch die Verwaltungskonsortien zu rechnen, mit denen eine bestehende Verwaltung, deren Mitglieder nicht zugleich die Aktienmajorität besitzen, ihre Herrschaft über die AG dauernd festigen kann. Zu diesem Zweck verbindet sie sich oder die AG als solche vertraglich mit der nötigen Zahl anderer Aktionäre, um sich die Stimmenmehrheit zu sichern, wobei ihr oft das Bankstimmrecht¹⁴ zu Hilfe kommt¹⁵. Ist auf diese Weise die für Statutenänderungen notwendige Mehrheit erreicht, kann die Herrschaft ferner durch statutarische Maßnahmen gesichert werden, auf die in dieser Arbeit nicht näher eingetreten werden kann¹⁶.

¹² Gleicher Ansicht STUBER S. 30.

¹³ Vgl. OSTHOFF S. 43 ff.; STUBER S. 10.

¹⁴ Vgl. dazu vorn § 2, Anm. 7 (S. 161a).

¹⁵ Vgl. dazu insbes. STUBER S. 12 ff.

¹⁶ In Betracht fällt u.a. die nachträgliche Vinkulierung von Namenaktien.

B. Demgegenüber haben die einflußvermehrenden AK offensiven Charakter in dem Sinne, daß sie dazu benutzt werden, um die Herrschaft über eine AG zu gewinnen. Derartige AK kommen namentlich beim Aufbau von Unternehmenszusammenfassungen vor als Ausdruck der Konzentrationsbestrebungen der Wirtschaft. Es wird sich somit stets um AK handeln, die nur einen Teil der Aktionäre einer AG umfassen (siehe § 3 Ziff. 3 lit. B, S. 180a).

Zusammengefaßt ist festzuhalten, daß für die weitaus meisten ABV ihr Gegenstand, nämlich die Ausübung des Aktionärstimmrechts charakteristisch ist (AV). Zugleich läßt sich aber die größte Zahl der ABV nach ihrem Aufbau als Konsortialverträge charakterisieren (AK). Dabei decken sich diese beiden Bereiche wegen der Verschiedenheit der maßgebenden Kriterien nur teilweise. So verständlich es ist, daß bisher die ABV in der Regel nach den beiden häufigsten und praktisch wichtigsten Typen bezeichnet wurden, dürfte durch diesen Überblick, der selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, dargetan sein, daß es neben diesen beiden Hauptformen noch viele andere Erscheinungsformen der ABV gibt. Es rechtfertigt sich daher, die Bezeichnungen Abstimmungsvereinbarung und Aktionärkonsortium nur dann zu verwenden, wenn der besondere Gegenstand oder aber der Aufbau der betreffenden Verträge dies erfordern oder rechtfertigen, im übrigen aber, wenn es sich um die Vereinbarungen über die Ausübung von Aktionärrechten im allgemeinen handelt, nur von Aktionärbindungs-Verträgen zu sprechen.

III. Rechtsvergleichender Überblick über die Aktionärbindungs-Verträge

§ 6

Es kann sich hier nur um eine knappe, auf das Grundsätzliche beschränkte Übersicht handeln, in der gezeigt wird, wie die ABV in einigen mit der Schweiz kulturell

und wirtschaftlich eng verbundenen Ländern behandelt werden. Dabei muß in der Regel schon aus Raumgründen darauf verzichtet werden, auch nur in kurzen Zusammenfassungen eine an sich zum richtigen Verständnis notwendige Charakteristik der Aktienrechte dieser Länder zu geben¹. Einen guten Gesamtüberblick über die in Literatur und Rechtsprechung mehrerer Länder zu den Problemen der ABV gefundenen Lösungen enthalten sodann die 1956 in der «*Journée de Berne*» gehaltenen Referate vor der «*Association Henri Capitant pour la culture juridique française*»², sowie das neueste italienische Standardwerk über die Abstimmungsvereinbarungen von GASTONE COTTINO³. Für Einzelheiten sei auf diese Arbeiten sowie auf die im folgenden zu den einzelnen Ländern angegebene Literatur verwiesen.

1. Die Aktionärbindungs-Verträge im französischen Recht⁴

Das immer noch in Kraft stehende, für die *sociétés anonymes* grundlegende Gesetz von 1867, das allerdings durch zahlreiche Gesetze und «*décrets-lois*» abgeändert und er-

¹ Verwiesen sei vor allem auf BENOIT, obwohl er seine Betrachtungen in erster Linie unter dem – in dieser Arbeit auch zu berücksichtigenden – Gesichtswinkel des Minderheitenschutzes angestellt hat (S. 29–67 für das deutsche, französische, italienische und englische Recht). Vgl. ferner KURT FEHLMANN S. 10–29 über die geschichtliche Entwicklung der AG in Deutschland, Frankreich, Italien, England und den Vereinigten Staaten.

² «*Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes*», Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome X (1956) Paris 1959, S. 202–278 (enthaltend die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Referate von HOUIN, PATRY, FOYER, BEAULIEU, COPPENS, CASSONI, PROBST und FRITZ v. STEIGER).

³ GASTONE COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano 1958, insbes. S. 23–92 über das deutsche, anglo-amerikanische, französische, belgische und schweizerische Recht der AV. Eine summarische vergleichende Darstellung über die Be-

gänzt worden ist⁵, enthielt keine Bestimmung über ABV. Als sich die *sociétés anonymes*, nach anfänglichem Zögern, mit der Zeit einer zunehmenden Verbreitung erfreuten⁶ und in der Praxis ABV auftraten, befaßten sich zunächst nur Rechtsprechung und Lehre mit ihnen. Schon mit dem oft zitierten Urteil des *Tribunal de commerce de Lyon* vom 20. Oktober 1902⁷ wurde der im wesentlichen bis heute in der Rechtsprechung herrschende Grundsatz aufgestellt, daß Abstimmungsvereinbarungen von Aktionären ungültig

handlung der AV gab seinerzeit auch WILKE (S. 57–64), doch ist diese, da sie 1931 abgeschlossen wurde, heute zum Teil überholt.

⁴ In allgemeinen Werken werden die Aktionärbindungsverträge kurz behandelt u.a. bei: COPPER-ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, 4^e éd., Paris 1931, t. II, p. 578 et s.; ESCARRA p. 516; HOUPIIN et BOSVIEUX 6^e éd. Paris 1927 t. II, no. 1210 (7^e éd. Paris 1935–37, t. II nos. 1138 et s.); LYON-CAEN et RE-NAULT 5^e éd. par Amiaud, Paris 1926, t. II, nos. 558 et 847^{bis}; PIC et KRÉHER, *Des sociétés commerciales* (dans la collection Thaller) 2^e éd., Paris 1926, t. III, no. 1304; Ripert 1^{re} éd., Paris 1948, nos. 1111–1113 (2^e éd., Paris 1951, nos. 1107 ss.).

Monographien und Artikel in Zeitschriften: Die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Arbeiten von TAMBOISE (1929, S. 358–378); HEPNER (1934, S. 160 ff.); KAYSER (1935); TUNC (1942); FREYRIA (1951); FOYER (1956/1959); COPPENS (1956/1959, allerdings zum sehr verwandten belgischen Recht). Ferner: PHILONENKO, *Les conventions sur le vote dans les sociétés anonymes*, Rec. jur. soc. 1932, S. 174 ff. und FRANÇOISE LETELLIER, *Le droit de vote de l'actionnaire*, Thèse Paris 1942, insbes. S. 85–109. Für die weitere Bibliographie s. FREYRIA (S. 419 Anm. 1 und 2 und S. 420 Anm. 2) und die dort angeführte Arbeit von BERNARD BÉRANGER, *Les conventions relatives au droit de vote dans les sociétés anonymes*, Thèse Paris 1946, die mir, da nur in Maschinschrift vorhanden, nicht zur Verfügung stand.

⁵ Vgl. die «Zusammenstellung der seit 1867 erlassenen, noch geltenden französischen Gesetze, décrets-lois und ordonnances bezüglich Aktien und aktienähnliche Papiere» bei KURT FEHLMANN S. 15–17.

⁶ Vgl. über diese Entwicklung RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris 1946, S. 60.

⁷ *Journal des Sociétés* 1903, S. 67, auszugsweise zitiert bei FREYRIA S. 426, Anm. 3.

seien, sofern sie nicht zeitlich und in bezug auf den Gegenstand der Abstimmung begrenzt sind⁸. Des weitern verlangte die Rechtsprechung später, daß die Stimmbindung in Kenntnis der konkreten Sachlage und nicht blindlings erfolge⁹. Dementsprechend wurden zum voraus erklärte Verpflichtungen zur Déchargeerteilung an den Verwaltungsrat ungültig erklärt, weil die Freiheit der Stimmabgabe nur gewährleistet sei, wenn sie in Kenntnis der an der Generalversammlung vorgebrachten Kritik und der Diskussion erfolge¹⁰. Überhaupt galten nach der Rechtsprechung generell und für eine bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossene AV als nichtig, insbesondere auch die Verpflichtung der Mitglieder eines AK, ihre Stimmen nach dem vorherigen Mehrheitsbeschluß der Konsorten abzugeben¹¹. Diese Ungültigkeit traf nach der Rechtsprechung auch ABV hinsichtlich der Verfügung über die Aktien, sog. «*syndicats de blocage*», sofern sie – was in der Regel zutraf – mit AV verbunden waren und diese ihrerseits den soeben entwickelten, einschränkenden Gültigkeitsbedingungen nicht entsprachen. Andernfalls aber wurden die *syndicats de blocage*, welche die Ausübung des Stimmrechts nicht, oder nur in erlaubtem Maße berührten, grundsätzlich als gültig erachtet. Ebenso galten die, namentlich bei den *syndicats de blocage* häufig vorkommen-

⁸ Vgl. die bei KAYSER S. 73, Anm. 2, sowie bei FREYRIA S. 426, Anm. 4 und S. 427, Anm. 6 zitierten Entscheidungen.

⁹ Vgl. die bei FREYRIA S. 426, Anm. 5 und 6 angeführten Entscheidungen der Cour de Rennes vom 28. Oktober 1931 (Sirey 1932. 2. 20; Journal des Sociétés 1932 S. 275 mit Bemerkung von CORDONNIER) sowie der Cour de Paris vom 22. Februar 1933 (Journal des Sociétés 1934, S. 293).

¹⁰ Vgl. die bei FREYRIA S. 427, Anm. 1 u. 2 zitierten Entscheidungen des Tribunal de commerce de la Seine vom 8. März 1928 (Journal des Sociétés 1928, S. 670) und der Cour de Lyon vom 26. November 1931 (Journal des Sociétés 1932, S. 175).

¹¹ Tribunal de commerce de la Seine 9. Dezember 1920 (Journal des Sociétés 1924, S. 516 mit Bemerkung von CORDONNIER, insbes. S. 524, auszugsweise zitiert bei FREYRIA S. 427, Anm. 6).

den Dauervollmachten, und zwar auch in der vor allem von den französischen Banken oft verwendeten Form der Blankovollmachten¹² als zulässig wegen ihrer Widerruflichkeit¹³, während bei unwiderruflichen Vollmachten die Meinungen geteilt waren, nachdem die Rechtsprechung die Zulässigkeit unwiderruflicher Vertretungsaufträge anerkannt hatte, die im gemeinsamen Interesse des Auftraggebers und des Auftragnehmers erteilt werden¹⁴.

Die Literatur befaßte sich, abgesehen von einigen Ausnahmen (hauptsächlich Kommentierungen veröffentlichter Gerichtsentscheide), seit den zwanziger Jahren in zunehmendem Maße mit den ABV, vor allem im Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechts. Sie ließ sich bei der kritischen Würdigung der Rechtsprechung einerseits leiten durch die herrschende Lehre, wonach das Stimmrecht von den Vermögensrechten an der Aktie untrennbar und demzufolge für sich allein unabtretbar ist (*«indivisibilité des droits attachés aux actions»*)¹⁵, anderseits vom Grundgedanken, der Aktionär oder sein Stellvertreter müsse in der Generalversammlung nach Erörterung des Für und Wider seine Stimme völlig frei abgeben können, da sonst die Diskussion in dieser Versammlung ihren Sinn verliere (*«liberté et personnalité du vote»*)¹⁶. Mit einigen Unterschieden in der Begründung, auf die an dieser Stelle nicht

¹² Vgl. darüber insbes. HEPNER S. 155-160; TUNC S. 116 ff. u. 136.

¹³ Cour de Paris, Entscheid vom 28. November 1924 (Sirey 1924. 2.49 mit Anm. von ROUSSEAU). Vgl. hiezu TAMBOISE S. 401 f.; KAYSER S. 74-76; TUNC S. 115 ff. u. 135 sowie FREYRIA S. 423.

¹⁴ Vgl. (für die Gültigkeit unwiderruflicher Vertretungsmandate) LYON-CAEN et RENAULT S. 556 und dort in Anm. 2 angeführte Entscheide, sowie KAYSER S. 75/76, anderseits RIPERT Nr. 1113 in fine und die bei FREYRIA S. 424 in Anm. 4 ferner angeführte Literatur.

¹⁵ Vgl. z.B. LYON-CAEN et RENAULT S. 553 ff. Nrn. 558/59; HEPNER S. 154, Anm. 4, sowie KAYSER S. 78, Anm. 3 und die dort angeführte Literatur.

¹⁶ Vgl. z.B. HOUPIN et BOSVIEUX S. 332 Nr. 1210; Hepner S. 161; FREYRIA S. 429; Tribunal commercial de la Seine, 8. März 1928 (Journal des Sociétés 1928 S. 674).

näher einzugehen ist, sprach sich die Literatur in den zwanziger und zu Beginn der dreißiger Jahre überwiegend für die grundsätzliche Gültigkeit der ABV und insbesondere der *syndicats de blocage* aus, befürwortete also eher eine Milderung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über deren Ungültigkeit¹⁷.

In der Gesetzgebung waren zunächst *conventions de blocage*, die zum Schutze der Interessen französischer Inhaber ausländischer Aktien gebildet worden waren, durch ein Gesetz vom 31. Juli 1920 steuerfrei erklärt worden, worauf sich denn auch die Befürworter der Zulässigkeit solcher Abkommen für Aktionäre französischer Gesellschaften beriefen¹⁸. Im Gegensatz dazu und nur scheinbar im Einklang mit der damaligen Rechtsprechung erklärte dann das *décret-loi* vom 31. August 1937 alle Vereinbarungen als nichtig, die eine Beeinträchtigung der freien Ausübung des Stimmrechts in den Generalversammlungen der Handelsgesellschaften bezwecken oder bewirken¹⁹. Diese unvorbereitete «*réforme brutale*»²⁰ des Gesetzgebers, der sich zudem über die Motive zu ihr ausschwie²¹, fand in der Literatur wenig Beifall. Die vor allem kritisierte Unklarheit des neuen Gesetzestextes²² ermöglichte eine sehr weiterherzige Auslegung, insbesondere durch seinen ersten Kommentator SOLUS²³, die in der Folge weitgehend von

¹⁷ Vgl. die strengere Auffassung bei HOUPIN et BOSVIEUX Nr. 1210 und die den *syndicats de blocage* günstigere bei LYON-CAEN et RENAULT S. 556/57 sowie bei TAMBOISE S. 362–373; zusammenfassend HEPNER S. 160–162.

¹⁸ LYON-CAEN et RENAULT S. 557, Anm. 1.

¹⁹ Article 10 du décret-loi du 31 août 1937 modifiant l'article 4 de la loi du 13 novembre 1933: «Sont nulles et de nul effet dans leurs dispositions, principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales.»

²⁰ FREYRIA S. 430.

²¹ FOYER S. 238.

²² SOLUS Nr. 319 und FREYRIA S. 429, sowie die dort in Anm. 5 zitierte Literatur, und S. 430.

²³ Vgl. FREYRIA S. 430/31 und FOYER S. 238.

der Rechtsprechung übernommen wurde und dazu führte, daß der tatsächliche Rechtszustand heute kaum wesentlich von jenem vor Erlaß des *décret-loi* von 1937 abweicht²⁴. Dessen Verbotsbestimmung bietet lediglich den Entscheiden, die eine AV ungültig erklären, eine gesetzliche Grundlage. Zunächst wurde in einem die Zeitung l'Œuvre betreffenden Urteil²⁵ einerseits eine von einem Aktionär unwiderruflich erteilte Vollmacht zur Vertretung in der Generalversammlung der AG ungültig erklärt, andererseits aber die unter den vier Mehrheitsaktionären abgeschlossene Vereinbarung als gültig bezeichnet, wonach die Gesellschaftsorgane auf Grund ihrer einstimmigen Übereinkunft gewählt werden sollten. Zur Begründung wurde erklärt, solche vor der Generalversammlung unter den Hauptinteressierten getroffene Abmachungen seien der Gesellschaft förderlich, und andererseits wahre das jedem der Vertragspartner vorbehaltene Vetorecht deren Stimmfreiheit. Somit erscheint jede AV erlaubt, sofern dargetan werden kann, daß der Aktionär ihrer ungeachtet faktisch seine Freiheit erhalten kann. Mit einem andern, nicht über alle Zweifel erhabenen Argument erklärte die Cour de cassation am 21. Februar 1949²⁶ die Vereinbarung als erlaubt, mit der sich der Gründer einer AG gegenüber einem Dritten verpflichtet hatte, ihn zum Präsidenten des Verwaltungsrates zu wählen, da diese Vereinbarung das Recht der übrigen Aktionäre, in den Generalversammlungen frei zu stimmen und allenfalls Mitglieder der Verwaltung abzu-berufen, nicht beeinträchtige. Ähnlich wie in einem kurz vorangegangenen Urteil der Cour de Paris²⁷ wurde die

²⁴ FREYRIA S. 431 ff., 436 u. 437; FOYER S. 242/43.

²⁵ des Tribunal de commerce de la Seine vom 11. Januar 1938 (Journal des Sociétés 1938, S. 301 mit kritischer Bemerkung von BOSVIEUX).

²⁶ Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 1949, S. 156; vgl. die kritische Kommentierung bei FREYRIA S. 433.

²⁷ vom 13. Juli 1948 (Gazette du Palais 1948.2.95; Journal des Sociétés 1948, S. 365).

durch das *décret-loi* von 1937 geschützte Stimmenfreiheit nicht auf das Stimmrecht der Vertragspartner, sondern auf jenes der an der AV unbeteiligten Aktionäre bezogen, wodurch die Tragweite jener Bestimmung wesentlich verringert wurde. In weiteren Entscheiden der Cour de cassation²⁸ zeigt sich ebenfalls ihr Bestreben, die Ungültigkeitsgründe des *décret-loi* von 1937 möglichst einschränkend auszulegen. Sie erklärte auch ein *syndicat de blocage*, das allerdings keine AV enthielt, als gültig²⁹. Eine Aktionärin hatte einen Teil ihrer Aktien verkauft und mit dem Käufer verabredet, sowohl die verkauften, als auch die in ihrem Eigentum gebliebenen Titel bei einem Dritten zu hinterlegen unter gegenseitiger Verpflichtung, sich die Aktien anzubieten, die sie verkaufen möchten. Obwohl diese Vereinbarung ausdrücklich bezweckte, den beiden Vertragspartnern die Stimmenmehrheit in der AG zu erhalten, wurde sie als gültig erachtet, weil sie nur einen gegenseitigen Optionsvertrag darstelle, die Sperre der Aktien dessen logische Folge sei und nicht bezwecke, die Aktionäre zu einheitlicher Stimmabgabe zu zwingen. Die Ungültigkeit im Sinne des *décret-loi* von 1937 wurde auch in einem Falle verneint, in welchem in einer AG, in der zwei Aktionäre je die Hälfte der Aktien besaßen, der eine dem andern (der als Direktor angestellt war) eine Aktie zur Nutznießung übergab, um ihm so die Stimmenmehrheit zu sichern. Andererseits sollte der «Minderheitsaktionär» die Kontrollstelle bezeichnen dürfen und mangels Ratifikation seiner Wahl die Nutznießung dahinfallen. Sowohl das *Tribunal de commerce de la Seine*³⁰, als auch die *Cour de Paris*³¹

²⁸ vom 14. März 1950 (Sirey 1950. 1. 174; Revue trimestrielle de droit commercial 1950, S. 426 mit Anm. von RAULT) und vom 24. April 1950 (Juris-Classeur Sociétés, Fasc. 138, no. 44, février 1951, zitiert nach FREYRIA S. 434).

²⁹ Section commerciale de la Chambre civile de la Cour de cassation, 2. März (Revue trimestrielle de droit commercial 1955, S. 591).

³⁰ 12. Juli 1951 (Sirey 1952. 2. 125 mit Kommentar von HOUIN).

³¹ 1. Juli 1953 (Sirey 1954. 2. 52 ff.).

erachteten die Nutznießung als gültig vereinbart, weil die Vereinbarung über die Wahl der Kontrollstelle die Stimmfreiheit nicht beeinträchtigte, da der Nutznießer die Möglichkeit behalte, den Wahlvorschlag nicht zu genehmigen und das Risiko auf sich zu nehmen, die Nutznießung zu verlieren. Andererseits wurde vom *Tribunal de commerce de Marseille*³² eine *convention de blocage* ungültig erklärt, durch die zwei Aktionäre die Sperre ihrer Aktien für 30 Jahre vereinbart hatten, mit der Begründung, daß sie sich zugleich verpflichtet hätten, während dieser Zeit gemeinsam zu stimmen, was nach dem *décret-loi* von 1937 unzulässig sei.

Zusammengefaßt ist festzustellen, daß diese Gesetzesänderung von 1937 selten angewendet wird und den tatsächlichen Rechtszustand sozusagen nicht verändert hat³³. Auch heute erscheinen somit nach französischem Recht ABV insofern gültig, als sie – soweit sie das Stimmrecht betreffen – für bestimmte Einzelfälle in Kenntnis der Sachlage eingegangen werden, und daß sogar die Verpflichtung zu einheitlicher Stimmabgabe und die dauernde Bevollmächtigung eines Vertreters für die Generalversammlung zulässig sind, sofern der Aktionär tatsächlich die Möglichkeit behält, seine Stimmfreiheit zurückzugewinnen³⁴. Ungültig ist dagegen auch nach französischem Recht der eigentliche Stimmenkauf³⁵. Was die Bindungen hinsichtlich der Verfügung über die Aktien anbelangt, teilen sie bei Verkoppelung mit AV deren Schicksal, während sie an und für sich grundsätzlich als gültig erscheinen³⁶.

³² 28. März 1952 (Revue trimestrielle de droit commercial 1953, S. 153 mit Kommentar von RAULT).

³³ So schon TUNC S. 99 und 144–146, der darum das Verbot durch Strafbestimmungen verstärken wollte, im übrigen aber, dem Zuge jener Kriegsjahre entsprechend, das Hauptübel im demokratischen Prinzip erblickte, von dem er sagte: «Le principe démocratique, en matière des sociétés, semble avoir fait faillite; il est stérile; il est néfaste.» (S. 147). Vgl. im übrigen Freyria S. 436.

³⁴ FOYER S. 243.

³⁵ FREYRIA S. 436.

³⁶ FOYER S. 244; vgl. auch KAYSER S. 80–81 und FREYRIA S. 427.

Ähnlich verhält es sich nach belgischem Recht, das zwar keine dem französischen *décret-loi* von 1937 entsprechende Gesetzesbestimmung kennt, dessen Rechtsprechung und Lehre dagegen weitgehend mit der französischen übereinstimmen. Der Grundsatz der Ungültigkeit der AV im allgemeinen wird daraus abgeleitet, daß solche die Generalversammlung der AG ihres Sinnes entkleiden, durch die einheitliche Abgabe der Konsortialstimmen jene der Minderheit des Konsortiums erstickt und das wahre Stimmenverhältnis in der AG somit verfälscht sowie die Umgehung der Vorschrift (Art. 76) des belgischen Gesetzes ermöglicht werde, wonach ein Aktionär mit nicht mehr als einem Fünftel der ausgegebenen oder zwei Fünfteln der an der Generalversammlung vertretenen Aktien stimmen könne³⁷. Immerhin anerkannte die belgische Cour de cassation 1938 die Zulässigkeit eines unwiderruflichen Auftrages zur Vertretung blockierter Aktien bei Abstimmungen in der Generalversammlung und werden heute, entgegen der früher viel strengeren Rechtsprechung, AV als gültig erachtet, sofern sie zeitlich und inhaltlich genau begrenzt sind³⁸.

§ 7

2. Die Aktionärbindungs-Verträge im italienischen Recht¹

Der heute für die *società per azioni* maßgebende *codice civile* vom 16. März 1942 enthält, sowenig wie der ihm vorangegangene *codice di commercio* von 1882, Bestimmungen über ABV. Dagegen wurde eine gesetzliche Regelung dieser

³⁷ COPPENS S. 255/56.

³⁸ COPPENS S. 257 u. 258.

¹ In allgemeinen Werken werdn die Aktionärbindungs-Verträge kurz behandelt u.a. bei: CESARE VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, 5a ed., 3a ristampata, Milano 1923/1935, vol. II, S. 231 (N. 499^{bis}); ferner (zit. nach RAFFAELLI u.a.) FERRARA F. jr., Gli imprenditori e la società, 3a ed., Milano 1952, S. 175; FRÈ, Società per azioni, in commentario al codice civile, diretto da

Materie bei den langjährigen Vorarbeiten zur Revision des Handelsrechtes wiederholt in Erwägung gezogen. So sah der Vorentwurf von VIVANTE 1922² die Nichtigkeit jeder AV vor. Demgegenüber ließ der Entwurf von 1925 eines *nuovo codice di commercio* als Ausnahme von diesem Grundsatz, den er als Regel übernahm, die Bildung von *sindacati di maggioranza* in Schriftform auf die Dauer von höchstens vier Jahren (bzw. zwei Jahren, sofern die Konsortialleitung auch zum Verkauf der Aktien ermächtigt wird) zu³. Auch die späteren Entwürfe von 1940 und 1941 enthielten im

(CIALOJA e BRANCA, Roma 1951, S. 285; GRAZIANI, Diritto delle società, 2a ed., Napoli 1952, S. 175.

Monographien und Artikel in Zeitschriften: Die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Arbeiten von ASCARELLI (1952 bzw. 1937 u. 1950); CASSONI (1956/59) und vor allem RAFFAELLI u. a., La disciplina dei sindacati azionari (1955), auf dessen minutöse Verzeichnisse der Literatur (S. 59/60) und der Rechtsprechung SS. 61/62) hier verwiesen werden kann. Leider erst kurz vor Beendigung dieser Arbeit konnte noch das umfassende Werk von GASTONE COTTINO, Le convenzioni di voto nelle società commerciali, Milano 1958, benutzt werden, das u. a. S. 13–16 in Anm. 23 einläßliche Literaturangaben und S. 5 Anm. 9 eine Zusammenstellung der Rechtsprechung enthält. Für den Hinweis auf diese Arbeit wie auch für die Überlassung von Literatur aus dem italienischen Recht danke ich auch an dieser Stelle Dott. Ferruccio Bolla, avvocato e notaio.

² CESARE VIVANTE, Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio, Milano 1922, S. 69, Art. 215, letzter Absatz: «Ogni convenzione che vincoli la libertà di voto è nulla.» Vgl. dazu S. 261 oben die von ANTONIO SCIALOJA gegebene Begründung, man habe damit die Eroberung von Gesellschaften durch den Erwerb von Stimmrechten verhindern wollen.

³ Progetto della Commissione reale per un nuovo codice di commercio, Art. 205: «Le convenzioni che vincolano la libertà di voto sono nulle. Gli azionisti possono però, mediante atto scritto, concedere ad uno o più gerenti la facoltà di esercitare i diritti inerenti alle loro azioni, compreso il diritto di voto, per la durata massima di un quadriennio. Il contratto non può avere una durata superiore ad un biennio, quando sia conferita ai gerenti anche la facoltà di alienare le azioni. Se nel contratto è prevista la sua rinnovazione alla scadenza, ciascun azionista, non ostante qualunque patto con-

gleichen Sinne noch eingehendere Regelungen⁴. Schließlich aber wurde in der heute noch in Kraft stehenden Fassung des *codice civile* von 1942 auf eine Regelung der ABV verzichtet, weil der Entscheid darüber angesichts der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse, denen Rechnung zu tragen sei, und da es namentlich bei den AV auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles ankomme, eher Sache des Richters als des Gesetzgebers sei⁵.

In der Rechtsprechung herrschte schon unter dem früheren Gesetz, strenger als im verwandten französischen Recht, mit wenigen Ausnahmen der Grundsatz der Ungültigkeit jeder AV, insbesondere durch das Mittel der Übertragung des Stimmrechts auf einen Bevollmächtigten zur Ausübung im vereinbarten Sinne, und demzufolge der Ungültigkeit der AK (*sindacati azionari di amministrazione o gestione*⁶). Dagegen wurden die reinen Sperrkonsortien (*sindacati di blocco*), wie im französischen Recht, von jeher als gültig erachtet, sofern sie das Stimmrecht nicht berührten, und zwar auch unter dem neuen Recht und von

trario, ha il diritto di recesso alla fine dei termini suddetti, purché ne dia preavviso sei mesi prima della scadenza. Il gerente deve render conto delle operazioni eseguite alla fine di ogni semestre». (Zit. nach RAFFAELLI u.a. S. 5/6; vgl. auch die ebenda S. 6 angegebene Erläuterung im begleitenden Bericht S. 95 ff.).

⁴ RAFFAELLI u.a. S. 6 u. 7. Die Höchstdauer wurde auf 5 Jahre verlängert und die Nichtigkeit von Stimmbindungen bei Abstimmungen über die Erhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle vorgesehen.

⁵ «La molteplicità delle situazioni di cui si sarebbe dovuto tener conto – si legge nella relazione al codice civile, n. 972 – ha consigliato invece un intervento legislativo in materia di sindacati azionari. Discussi nella dottrina e nella giurisprudenza sono non tanto i sindacati di difesa dei titoli, quanto i sindacati che importano il vincolo del diritto di voto. Ma di fronte a questi sindacati si è dovuto considerare che l'apprezzamento dipende molto dall'esame delle situazioni concrete e spetta quindi più al giudice che al legislatore.» Zitiert nach RAFFAELLI u. a. S. 7/8.

⁶ Vgl. die bei RAFFAELLI u. a. S. 8/9 zusammengestellte Rechtsprechung aus den Jahren 1932–1939.

der hierüber einhelligen Lehre⁷. Meinungsverschiedenheiten bestanden dagegen in der Literatur schon unter dem alten Recht über die Zulässigkeit der Stimmbindungen. Sie wurde zwar von der herrschenden Lehre, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, abgelehnt im wesentlichen mit der Begründung, das Stimmrecht sei dem Aktionär im Gesellschaftsinteresse verliehen und es könnten deswegen über seine Ausübung keine gültigen Abmachungen getroffen werden⁸. Die Stimmbindungen fanden indessen damals schon gewichtige Befürworter, sei es – abgesehen von dem selbstverständlich unzulässigen Stimmenkauf – allgemein⁹, sei es nur unter bestimmten Voraussetzungen, wie z.B. Überlassung der Aktien zur Ausübung des Stimmrechts an einen gemeinsamen Beauftragten¹⁰, oder sofern im Einzelfall der vom AK verfolgte Zweck dem Gesellschaftsinteresse nicht entgegensteht¹¹. Diese Autoren, wie auch die entsprechenden Bestrebungen bei den Entwürfen zum *codice di commercio*, ließen sich nicht zuletzt von der Überlegung leiten, daß die *sindacati azionari* trotz der sie diskriminierenden Rechtsprechung und herrschenden Lehre schon in den zwanziger und dreißiger Jahren in der Praxis eine weite Verbreitung gefunden hatten und daß die Interessen des kleinen Sparer-Aktionärs besser gewahrt würden, wenn diese neue Erscheinung bei den AGen offen anerkannt und geregelt würde¹².

⁷ RAFFAELLI u.a. S. 20 u. 21.

⁸ Vgl. ASCARELLI S. 194 und die dort angeführte Literatur, sowie RAFFAELLI u.a. S. 13.

⁹ WEILLER, Oggetto e validità dei sindacati azionari di amministrazione, *Rivista bancaria* 1926, S. 136 ff., zitiert nach RAFFAELLI u.a. S. 13; vgl. die dort weiter angegebenen Literaturstellen.

¹⁰ ASCARELLI S. 194, unter Bezugnahme auf einen von ihm in der *Rivista di diritto commerciale* 1931 II 256 veröffentlichten Artikel.

¹¹ DE GREGORIO, Delle società e delle associazioni commerciali, Torino 1938, S. 421 ff., zitiert nach RAFFAELLI u.a. S. 13.

¹² ASCARELLI S. 195 u. 197.

Indessen beharrte die Rechtsprechung auch unter dem neuen *codice civile* im wesentlichen auf ihrer negativen Haltung. Die *Corte di cassazione* hat mit Urteil vom 31. Juli 1949¹³ den Grundsatz der Ungültigkeit der AK bestätigt, selbst wenn sie einen erlaubten Zweck verfolgen, weil das hiezu verwendete juristische Mittel nicht zulässig sei. Immerhin wurde ein AK als gültig anerkannt, wenn dessen Beschlüsse nur einstimmig erfolgen können, weil in diesem Falle der Beauftragte den Willen aller Beteiligten vertrete¹⁴. Damit schien eine Bresche in den Grundsatz geschlagen zu sein, daß die Willensbildung nur in der Generalversammlung erfolgen könne¹⁵. Diese Bresche wurde aber in der Folge vom Kassationshof nicht offengehalten, indem er sich in seinem Entscheid vom 19. Februar 1954¹⁶ wieder an den Grundsatz hielt, daß der Aktionär seine Stimme nicht binden könne, bevor er in der Generalversammlung die Diskussion über den Abstimmungsgegenstand angehört habe.

Demgegenüber hat sich die Literatur seit 1942, in Anbetracht der Anforderungen und tatsächlichen Verhältnisse in der Praxis der Aktiengesellschaften, in zunehmendem Maße für die Zulässigkeit der ABV ausgesprochen. Die Diskrepanz zwischen Rechtsprechung und Lehre erklärt sich vor allem daraus, daß auch in Italien, trotz starker Verbreitung der AK in der Wirtschaft, die Gerichte nur

¹³ Foro it. 1949 I 920; vgl. dazu ASCARELLI S. 179 ff.

¹⁴ Im gleichen Sinne hatte im selben Prozesse schon die Corte di Appello di Venezia am 24. Juli 1946 entschieden (Foro pad. 1947 I 244 mit Anm. von WEILLER, In tema di invalidità dei sindacati azionari di amministrazione).

¹⁵ «una breccia forse in realtà più importante di quanto non possa apparire a prima vista», erklärte ASCARELLI S. 183.

¹⁶ Foro it. 1954 I 1432, mit Anmerkung von DE MARCO, Osservazioni in tema di sindacati azionari. Im gleichen, strengen Sinne die Corte di Appello di Milano am 14. Febr. 1947 (Foro pad. 1947 I 307), vor allem unter Berufung auf die Funktion der Generalversammlung, die geradezu als Institut des öffentlichen Rechts definiert wird. Vgl. zur Rechtsprechung ferner COTTINO, S. 18–20.

selten über solche zu befinden haben. Von Bedeutung ist dabei auch der Wandel in der grundsätzlichen Auffassung über das Wesen des Stimmrechts der Aktionäre. Mehr und mehr weicht die Auffassung, daß das Stimmrecht im Interesse der Gesellschaft gewährt sei, jener, es stehe dem Aktionär zur Wahrung seiner Interessen zu¹⁷. Was aber den Grundsatz anbelangt, die Willensbildung der Gesellschaft könne nur in der Generalversammlung und nicht außerhalb derselben erfolgen, wird dessen uneingeschränkte Gültigkeit von maßgebenden Autoren verneint unter Berufung auf die Zulässigkeit der Stellvertretung mit Erteilung bindender Weisungen an den Vertreter¹⁸. Auch in den früher (ähnlich wie im französischen Recht) herrschenden Grundsatz der Untrennbarkeit des Stimmrechts vom Eigentum an der Aktie ist ein Einbruch dadurch erfolgt, daß Art. 2352 des *codice civile* dem Pfandgläubiger und dem Nutznießer, obwohl sie nicht Aktionäre sind, das Stimmrecht gewährt und vor allem Vereinbarungen über das Stimmrecht bei Verpfändung oder Nutznießung an einer Aktie gestattet¹⁹. Für die Gültigkeit der AK wird schließlich auch die Lehre von den Holdinggesellschaften herangezogen, durch welche sich ähnliche Wirkungen erzielen lassen, wie mit den AK²⁰. So herrscht denn heute in der italienischen Rechtslehre mit wechselnden Gründen und mit Differenzierungen hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen der ABV die Anerkennung der Gültigkeit der AK mit Stimmbindungen vor²¹.

Dieser Auffassung schloß sich auch die vom *Centro italiano di studi juridici* eingesetzte Kommission unter dem

¹⁷ In diesem Sinne die von RAFFAELLI u. a. S. 15 zitierten Stellen bei FERRI, FERRARA F. jr. und GRAZIANI, sowie die eigene Argumentation der Kommission S. 39–41.

¹⁸ ASCARELLI S. 185, insbes. Anm. 10; RAFFAELLI u. a. S. 16 und S. 37–39.

¹⁹ ASCARELLI S. 185; RAFFAELLI u. a. S. 17 und 39.

²⁰ RAFFAELLI u. a. S. 17/18 und dort angeführte Autoren.

²¹ RAFFAELLI u. a. S. 18–20 und dort angeführte Literatur.

Vorsitz von GUIDO RAFFAELLI mehrheitlich an, allerdings in der Meinung, daß die AK mit Stimmbindungen *de lege ferenda* anzuerkennen und zu regeln seien²². Eine zeitlich unbeschränkte Bindung des Stimmrechts erachtete sie nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen als unzulässig und empfahl eine Beschränkung auf die Höchstdauer von fünf Jahren als angemessen²³. Sie machte dabei keinen Unterschied hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen der AK und bejahte auch die Gültigkeit der *sindacati di voto*, bei denen das Stimmrecht gemäß Konsortialbeschluß durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt wird, wobei die Höchstdauer von fünf Jahren aber ebenso für diesen Kollektivauftrag der Syndikatspartner gilt. Unwiderruflich ist in diesem Falle der Auftrag nur von seiten der einzelnen Aktionäre, nicht aber vom AK als Ganzem²⁴. Dagegen bleiben nach einhelliger Auffassung auch die Beschlüsse eines gültigen AK ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Beschlüsse der AG selber²⁵. Die Beschränkung der Anerkennung auf jene AK, die Einstimmigkeit für ihre Beschlüsse vorschreiben, wurde von der Kommission abgelehnt²⁶. Ebenso lehnte sie es ab, die Organisation der AK näher zu regeln²⁷ oder eine Mindestzahl der für die Gültigkeit eines AK erforderlichen Teilnehmer vorzuschreiben, um der Gefahr der Beherrschung einer AG durch eine kleine Minderheit zu begegnen²⁸. Dagegen empfahl sie die Schriftform, jedoch nur als Beweis- und nicht als Konstitutiverfordernis²⁹. Die Statuierung eines Rücktrittsrechtes wurde abgelehnt und auch der Rücktritt aus wichtigem Grunde als nur von theoretischer Bedeutung erachtet, der

²² Bericht dieser Kommission, verfaßt von RAFFAELLI, S. 36.

²³ RAFFAELLI u. a. S. 37.

²⁴ ib. S. 42–44.

²⁵ ib. S. 44 und 50.

²⁶ ib. S. 44 und 45.

²⁷ ib. S. 45 und 49 zu lit. G und H.

²⁸ ib. S. 45 und 46.

²⁹ ib. S. 46, 47 und 55.

sich allerdings bei Schadenersatzansprüchen auswirken könne³⁰. Andererseits wurde eine Einschränkung der Stimmbindung hinsichtlich ihres Gegenstandes erwogen, jedoch mehrheitlich die Ungültigkeit der Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts bezüglich der Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verwaltungsräte und Direktoren abgelehnt, wobei vor allem die Überlegung entscheidend war, daß über solche Klagen zumeist im Zusammenhang mit der Abnahme der Bilanz zu befinden sei und es nicht angehe, einen Syndikatsvertreter über diese abstimmen zu lassen, nicht aber über jene³¹. Bejaht wurde ferner die Gültigkeit von Blankovollmachten im Rahmen von AK, obwohl diese Frage als eine der heikelsten bezeichnet wurde³². Die Zulässigkeit von Konventionalstrafen für Verletzungen von Konsortialbeschlüssen durch die Mitglieder eines AK wurde bejaht³³. Im Sinne dieser Grundsätze schlug die Kommission die Einfügung von drei Artikeln in den *codice civile* vor³⁴.

³⁰ RAFFAELLI u. a. S. 47.

³¹ ib. S. 48 und 49.

³² ib. S. 49 und 50.

³³ ib. S. 50 und 51.

³⁴ «Art. 2372-bis. Sindacati di voto. – Le convenzioni che limitano l'esercizio del diritto di voto, o con quali l'azionista conferisce irrevocabilmente ad altri, socio o non socio, la facoltà di esercitare il diritto di voto, debbono essere provate per iscritto e non possono avere durata superiore ad un quinquennio.

Le convenzioni di cui al precedente comma non possono comprendere l'esercizio o l'attribuzione del diritto di voto nelle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero.

Art. 2372-ter. Efficacia delle convenzioni relative al diritto di voto. – Le convenzioni previste nell'art. 2372-bis non hanno effetto nei riguardi della società.

In nessun caso la violazione degli obblighi assunti dall'azionista con le dette convenzioni può essere fatta valere come causa di invalidità delle deliberazioni dell'assemblea.

Art. 2372-quater. Sindacati di blocco. – Le convenzioni che limitano la alienabilità di azioni non possono avere durata superiore ad un quinquennio.»

In der Zulassung von Abstimmungsvereinbarungen wesentlich zurückhaltender ist demgegenüber eine Lösung, die ASCARELLI im Rahmen einer allgemeineren Reform des Rechts der Kapitalgesellschaften vorgeschlagen hat. Sie erstrebt vor allem, den Gesellschaftern neuen Anreiz zu geben, sich an den Geschäftsangelegenheiten zu beteiligen. Es sollen darum u.a. Vollmachten nur noch an natürliche Personen für die nächstfolgende Generalversammlung gültig erteilt werden können, unter Ausschluß von Blanko- und Substitutionsvollmachten. Das Bankenstimmrecht soll nur auf Grund besonderer Vollmacht, deren Dauer auf höchstens 12 Monate beschränkt ist, ausgeübt werden können. Ferner soll die Ausrichtung einer Vergütung an den Bevollmächtigten durch die Gesellschaft, für deren Generalversammlung die Vollmacht ausgestellt ist, deren Nichtigkeit bewirken³⁵. Abstimmungsvereinbarungen sollen nur gültig sein, wenn sie die abgemachte Stimmabgabe inhaltlich im einzelnen genau bestimmen. Umgekehrt sollen AV ungültig sein, die vorsehen, daß die Stimmabgabe gemäß Mehrheitsbeschluß des Konsortiums erfolgen oder einem Konsortialvertreter unwiderrufliche Vollmacht erteilt werden soll, wenn dieser nach eigenem Ermessen oder gemäß Mehrheitsbeschluß der Vertragspartner stimmen kann³⁶.

RAFFAELLI u.a. S. 55. Eine französische Übersetzung dieses Vorschlages befindet sich bei CASSONI S. 266.

³⁵ Art. 6 des Vorschlags von ASCARELLI, abgedruckt bei COTTINO, S. 17/18.

³⁶ Art. 7 des Vorschlags von ASCARELLI, abgedruckt bei COTTINO S. 18: « I patti e le convenzioni con le quali più soci impegnano a seguire in assemblea lo stesso atteggiamento o a votare secondo la stessa direttiva o con i quali si impegnano a procedere alla nomina di un comune rappresentante sono validi quando specifichino il contenuto del voto che i paciscenti si impegnano a prestare o che dovrà prestare il comune rappresentante. È invece invalido il patto col quale i paciscenti si obbligano a votare secondo le direttive che possano essere fissate dalla maggioranza dei paciscenti stessi o si impegnino a nominare un rappresentante comune o a non revocare il rappresentante eventualmente nominato, quando questi

Dieser Vorschlag wird u.a. von COTTINO in seinen Schlußfolgerungen befürwortet, während er jenen der genannten Kommission als zu weit gehend ablehnt³⁷. Die Verwirklichung weder des einen noch des andern dieser Vorschläge scheint bis jetzt in absehbare Nähe gerückt zu sein.

§ 8

3. Die Aktionärbindungs-Verträge im deutschen Recht¹

Schon unter der Herrschaft des HGB waren die einzigen gesetzlichen Bestimmungen des deutschen Rechts, die sich mit ABV befaßten, die Verbote des Stimmenkaufs (§ 317 HGB) und der entgeltlichen Leihe von Aktien zur Ausübung des Stimmrechts (§ 318 HGB). Daran hat sich auch durch den Erlaß des noch heute in Kraft stehenden Aktien-

possa votare secondo la propria discrezionalità o secondo le direttive della maggioranza dei paciscenti.»

³⁷ COTTINO S. 289 ff. und 292 ff.

¹ In allgemeinen Werken werden die Aktionärbindungs-Verträge (zumeist kurz) behandelt u.a. bei BAUMBACH/HUECK, 9. A., München und Berlin 1956, § 102 Anm. 2 F (S. 263/64); BRODMANN, § 252 Anm. 4 b, § 317 Anm. 1 a-c; DÜRINGER/HACHENBURG, 3. A. II. Bd. 1. Hälfte (GEILER, 1932) S. 387/88 (Anm. 363), III. Bd. 2. Teil (LEHMANN, 1933) § 252 Anm. 17 und 57-64 (ausführlich); EHRENBERG/FISCHER S. 240 Anm. 23, S. 197/98 zu § 317; GADOW/HEINICHEN (W. SCHMIDT) § 114 Anm. 43 (wo die 1958 erschienene 2. Aufl. I. Teil benutzt wurde, insbesondere zur Frage der Treupflicht, wird das besonders erwähnt); GIERKE, 5. A. Berlin 1941, S. 246/47; GODIN/WILHELMI, § 15 Anm. 10 (S. 50-52; ausführlich), § 114 Anm. 3 (S. 521), § 299 Anm. 4 (S. 1150); SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, 1. A., Berlin 1937, § 114 Anm. 24 (3. A., Berlin 1939, § 114 Anm. 29; zitiert wird die 1. Aufl.); STAUB/PINNER, § 243 Anm. 2d (S. 371) und § 317 Anm. 17-23 (S. 887-889; ausführlich); STAUDINGER, 9. A., München, Berlin u. Leipzig 1929, II. Bd. 3. Teil, S. 1373/74; STIER-SOMLO und ELSTER, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6, Berlin u. Leipzig 1928/29, S. 262; WIELAND K. Bd. II, S. 232/33, Anm. 19, sowie S. 376.

Monographien und Artikel in Zeitschriften: Die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Arbeiten von FRIEDLÄNDER,

gesetzes von 1937, das jene Bestimmungen etwas ergänzt übernahm (§§ 299 und 300 Akt.G.), nichts geändert. Als die ABV vor allem im Laufe des ersten Weltkrieges und in dessen Nachkriegszeit infolge der durch die deutsche Inflation für viele Gesellschaften bedrohlich gewordenen Gefahr äußerer oder innerer Überfremdung in der Praxis auch in Deutschland immer größere Bedeutung erlangten, war es der Rechtsprechung und Lehre vorbehalten, die damit verbundenen Probleme zu lösen. Schon im Jahre 1908 hatte sich HACHENBURG für die Gültigkeit von AV (allerdings unter Gesellschaftern der GmbH) ausgesprochen². In der ersten, 1921 den «Aktienpool-Verträgen» gewidmeten Abhandlung konnte sich FRIEDLÄNDER³ für die von ihm bejahte Gültigkeit dieser Verträge und der Stimmbindungen bereits auf mehrere seine Ansicht stützende Äußerungen im Schrifttum berufen⁴. Seine Arbeit sowie jene von ROBERT MÜLLER (1924), NETTER (1926) und vor allem die grundlegende Abhandlung von ZLUHAN (1928) zeigen nicht nur, daß insbesondere die AK schon zu jener Zeit weitgehend ähnliche Anwendungsgebiete und Organisationsformen wie heute aufwiesen, sondern auch, daß grundsätzlich ihre Gültigkeit bereits damals überwiegend bejaht

Aktienpool-Verträge (1921); ders. Konzernrecht (1.^{te} A. 1927, S. 148–182; 2. A. 1954 S. 84–100; wegen der Bezugnahme in der Literatur werden beide Auflagen zitiert); ders. Rechtspraxis (1938) S. 28/29; GEILER (1922) S. 22–25; MÜLLER (1924); NETTER (1926); SCHMULEWITZ (1927); ZLUHAN (1928); CHARLOTTE MEYER (1928); ISAY (1928); BRODMANN in JW (1929); WOLFF (1929); LINDEMANN (1930); SOMMERFELD (1930); JÜRGENSEN (1931); MEDERLE (1931); ZAHN (1931); HAUSSMANN, Praxis (1932) S. 151–168; WILKE (1932); FRANTZ (1932); LASSIG (1934); BAADEN (1935); LENK (1935); SINN (1935); OSTHOFF (1936) S. 41–46 und 63–68; BARTHOLOMEYCZIK (1941); RASCH (1955) S. 55–62; PETERS (1957).

² HACHENBURG in der Leipziger Zeitschrift Bd. 2 (1908) Sp. 645.

³ FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge, S. 230.

⁴ STAUB HGB, 11. A., Berlin u. Leipzig 1921, § 317 Anm. 8 und dort angeführte Literatur.

wurde⁵. Diese Auffassung herrscht seither in der deutschen Rechtslehre unwidersprochen⁶.

Auch in der Rechtsprechung erklärte das Reichsgericht schon 1916 einen Vertrag als gültig, in dem die Gesellschafter einer GmbH sich u.a. gegenseitig verpflichtet hatten, für gewisse Statutenänderungen zu stimmen und bestimmte Personen als Geschäftsleiter zu wählen⁷. Seit den zwanziger Jahren anerkannte das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die grundsätzliche Gültigkeit von Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts in der AG und der GmbH⁸. Zwar wurde in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung⁹ die Verpflichtung von Mitgliedern einer GmbH als unzulässig erklärt, wonach sie bei der Wahl in den Aufsichtsrat für eine bestimmte Person zu stimmen hatten. Schon bald darauf bejahte das Reichsgericht jedoch wiederum die Gültigkeit einer solchen AV¹⁰. In ständiger Praxis lehnte es unter dem HGB wie unter dem Akt.G. ab, eine AV als solche, insbesondere im Rahmen der üblichen Bestimmungen eines AK, als verbotenen Stimmenkauf zu erachten, weil es als «besondere Vorteile» im Sinne von

⁵ Die grundsätzliche Unzulässigkeit von Abstimmungsvereinbarungen wurde nur in der älteren Literatur vereinzelt vertreten. Vgl. die bei ZLUHAN S. 261 Anm. 29 erwähnten Autoren: PLANITZ, Die Stimmrechtsaktie, Leipzig 1922, S. 36 und 44, Anm. 57; JUNG, Maßnahmen der AGen gegen Überfremdung, 2. A. Mainz 1921, S. 49; LEHMANN/RING, HGB, 2. A. Berlin 1913, Anm. 1 zu § 252; ferner die bei STUBER S. 91 Anm. 2 zusätzlich angeführten: HUGO HORRWITZ, Das Recht der Generalversammlung der AGen, Berlin, 1913, S. 23; JAKOBY im Bankarchiv Bd. 10 S. 83 ff. und 11 S. 199.

⁶ Es kann hierfür auf sämtliche in Anm. 1 angeführten allgemeinen Werke und Monographien verwiesen werden.

⁷ JW 1916 S. 575 mit Anm. von PINNER.

⁸ Urteil des RG vom 19.6.1923 (RGZ 107 S. 67 ff.); RGZ 111 S. 405 ff.; 112 S. 273 ff.; 119 S. 386 ff.; 123 S. 33; 124 S. 371 ff.; 161 S. 296 ff. (= JW u. DR 1940 S. 244 Nr. 5); 165 S. 78; ferner die RG-Urteile in JW 1927 S. 2992; HRR 1936 Nr. 747; JW 1938 S. 2833 Nr. 36.

⁹ RGZ 131 S. 179 ff.

¹⁰ RGZ 133 S. 90 ff.

§ 317 HGB wie auch von § 299 Akt.G. nur jene ansah, die sich nicht aus der betreffenden Abstimmung selbst ergeben, sondern die außerhalb ihrer liegen. Andererseits nahm das Reichsgericht einen «besonderen Vorteil» an, «wenn sich die Abstimmungsverpflichtung im Rahmen eines weiter gespannten Vertrages befindet und wenn sie für die Bemessung der Leistungen des andern Teils mitbestimmend war und ohne sie der ganze Vertrag entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit Gegenleistungen solcher Art und solchen Umfangs abgeschlossen worden wäre, wie sie tatsächlich gewährt wurden»¹¹. Unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten wurden AV nur als ungültig erachtet, wenn besondere Umstände hinzutraten, welche die Sittenwidrigkeit bejahen ließen¹². So könnten z.B. übermäßig lange Bindungen unter Umständen sittenwidrig sein, doch schützte das Reichsgericht die Gültigkeit eines zehnjährigen Vertrages¹³.

Infolge der grundsätzlichen Bejahung der Gültigkeit von ABV und der AV im besonderen hatten sich die deutsche Lehre und Rechtsprechung mit zahlreichen Fragen zu befassen, welche die rechtlichen Wirkungen und die Beendigung solcher Verträge aufwerfen. Da auf diese Fragen im Zusammenhang mit ihrer Lösung nach schweizerischem Recht – das in dieser Beziehung mit dem deutschen verwandt ist – im zweiten Teil näher eingetreten wird, kann hier von Einzelausführungen darüber abgesehen werden. Hervorgehoben sei nur, daß hinsichtlich der Rechtswirkungen in der Rechtsprechung¹⁴ und Rechtslehre¹⁵ Einig-

¹¹ RGZ 132 S. 33.

¹² Hierüber besonders ausführlich ZLUHAN, S. 258–280.

¹³ RGZ 111 S. 405.

¹⁴ RGZ 107 S. 70; 119 S. 388; 133 S. 95; 145 S. 105; 165 S. 78.

¹⁵ ZLUHAN S. 81/82 und dort angeführte ältere Literatur, sowie S. 287 ff.; BRÖDMANN, § 317 HGB, Anm. 1; DÜRINGER/HACHENBURG, § 252 HGB, Anm. 62; STAUB/PINNER, § 252 HGB, Anm. 31 c; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI, § 114 Akt. G., Anm. 24; GADOW/HEINICHEN, § 114 Akt. G., Anm. 43; GODIN/WILHELMI, § 114 Akt.

keit darüber besteht, daß solche nur unter den Vertragsparteien eintreten, nicht aber gegenüber der AG, bei der das Stimmrecht besteht, über dessen Ausübung eine Vereinbarung getroffen worden ist. Der Gesellschaft gegenüber ist daher die Stimme gültig abgegeben, auch wenn der Stimmende damit die vertraglich übernommene Verpflichtung verletzt. Ebenso besteht Einigkeit darüber, daß der durch eine derartige Stimmabgabe Vertragsbrüchige Schadenersatz und eine allenfalls vereinbarte Konventionalstrafe schuldet. Umstritten ist anderseits die Frage der Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen¹⁶. Gemäß ständiger Rechtsprechung¹⁷ kann auf Erfüllung einer AV nicht geklagt werden, weil die Vollstreckung des Urteils nicht möglich sei. Diese Auffassung herrscht zwar auch in der Literatur vor¹⁸, doch vertrat HACHENBURG schon 1908 den gegenteiligen Standpunkt¹⁹ und hat seither teilweise sehr beachtliche Nachfolger gefunden²⁰.

G., S. 521; BAUMBACH/HUECK, § 102 Akt. G. N. 2 F, sowie die sämtlichen in Anm. 1 angeführten Monographien.

¹⁶ Vgl. hiezu vor allem die neueste, ausführliche Abhandlung von PETERS und die dort angeführte Literatur.

¹⁷ RGZ 112 S. 273; 119 S. 388; 133 S. 90; 160 S. 262; 165 S. 78/79; RG in JW 1927 S. 2992.

¹⁸ Von den vorn in Anm. 15 genannten Autoren an den dort angeführten Stellen: BRODMANN; STAUB/PINNER; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKI; GADOW/HEINICHEN; GODIN/WILHELMI, § 15 Akt. G., Anm. 10; BAUMBACH/HUECK; ferner: SCHMULEWITZ S. 90; BRODMANN in JW 1929 S. 615–617; LINDEMANN S. 90–99; ZAHN S. 32–38; JÜRGENSEN S. 37–52; WILKE S. 45–57; LENK S. 69–74; ALTVATER S. 11–14; RASCH S. 61; STEIN/JONAS/SCHÖNKE N. I zu § 894 ZPO.

¹⁹ HACHENBURG in LZ Bd. 2 (1908) Sp. 645/46.

²⁰ ZLUHAN S. 293–299; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 177–180; 2. A. S. 98–99 (wo er an dem schon in der 1. A. vertretenen Standpunkt festhält, die Erzwingung der Vollstreckung von AV sei bei der GmbH und der AG mit beschränktem Aktionärkreis zuzulassen, bei anderen AGen dagegen nicht); FRITZ BING in JW 1928 S. 217/18; ISAY; WOLFF; CHARLOTTE MEYER; DÜRINGER/HACHENBURG (Lehmann) zu § 252 HGB, Anm. 63; SOMMERFELD

Erwähnenswert ist noch die vom Reichsgericht in dieser Materie entwickelte Kollisionsnorm. In einem von ihm entschiedenen Fall²¹ handelte es sich um in Deutschland wohnhafte deutsche Reichsangehörige, die eine vertragliche Vereinbarung über die Ausübung der ihnen in einer dänischen AG zustehenden Stimmrechte abgeschlossen hatten. Die Zulässigkeit der schuldrechtlichen Bindung der Aktionäre wurde nach deutschem Recht beurteilt. Die Gültigkeit der Stimmabgabe sei dagegen nach dem für die AG maßgebenden (in jenem Falle also dänischen) Recht zu beurteilen. Verbiете dieses die Stimmabgabe eines durch AV gebundenen Stimmberechtigten, sei die AV auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher nach § 306 BGB nichtig.

§ 9

4. Die Aktionärbindungs-Verträge im Rechte der USA¹

A. Vorauszuschicken ist, daß die Gesetzgebung über das Privatrecht in den USA – im Gegensatz zum schweizerischen Bundesstaat – grundsätzlich den Gliedstaaten zusteht. Die Bestrebungen, der entsprechenden formellen Zersplitterung des amerikanischen Gesellschaftsrechts durch

S. 96–104; FRANTZ S. 26–42; PFEIFFENBERGER S. 46–58; BAADEN S. 29–31; BARTHOLOMEYCZIK; FISCHER in GmbH-Rundschau 1953 S. 65 ff.; PETERS.

²¹ RGZ 161 S. 296 ff., insbesondere S. 300. Vgl. dazu auch hinten § 13 lit. C (S. 242a) und § 14 lit. C e (S. 252a).

¹ Die mit unseren ABV, insbesondere den AV und AK vergleichbaren *pooling agreements* oder *shareholders' voting agreements* und *voting trusts* werden u. a. in folgenden allgemeinen Werken behandelt: BALLANTINE (1946) insbes. S. 416–433; DODD and BAKER (1951) insbes. S. 228–271; JENKS and CLARK (1922) insbes. S. 109–111; SCHMEY (1930) insbes. S. 307–324, 453 ff.

Monographien und Artikel in Zeitschriften: Die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Arbeiten von CUSHING (1915 bzw. 1927); SCHMEY in ZHR (1932); WILKE (1932; S. 61 ff.); BEAULIEU (1956/1959; für das in dieser Materie nahe verwandte

eine Änderung der Bundesverfassung oder freiwilliger Übernahme von Modell-Gesetzen durch die Gliedstaaten (wie des *Uniform Stock Transfer Act* und des *Uniform Business Corporation Act*) entgegenzuwirken, haben zwar schon einige Erfolge zu verzeichnen, doch liegt das Ziel der Rechtsvereinheitlichung noch in weiter Ferne². Dagegen scheint gerade die Unübersichtlichkeit des Gesetzesrechts «zusammen mit der dem *Common Law* eigenen, traditionellen Bedeutung der Gerichtsentscheide der Grund zu sein, warum die Gesetzgebung zugunsten der Urteile in den Hintergrund gedrängt wird»³. Auf diese Weise ergibt sich eine weitgehende Übereinstimmung in den Grundzügen, die es erlaubt, von einem Gesellschaftsrecht der USA zu sprechen und es als solches in wissenschaftlichen Werken zu behandeln⁴. Das schließt allerdings nicht aus, daß zum Teil wesentliche Fragen in den einzelnen Staaten gesetzlich verschieden geregelt und darum die Kollisionsnormen von erheblicher Bedeutung sind⁵.

Dazu kommt, daß die mit der schweizerischen AG als Kapitalgesellschaft am ehesten vergleichbare *Stock Corporation* auch in ihrer häufigsten Erscheinungsform als Erwerbsgesellschaft (*Business Corporation*) mit unserer

kanadische Recht); BOTTS u. a. (1958); die Referate an der «Seventh Conference of the International Bar Association held in Cologne in July, 1958», insbes. von SCOTT sowie von HOMBURGER and REVERDIN. Die zahlreichen, bei DODD and BAKER S. 259 angeführten Artikel in amerikanischen Periodica waren mir nicht zugänglich. Dr. Eric E. HOMBURGER, LL.M. Harvard, danke ich auch an dieser Stelle für die Überlassung von Literatur und Gewährung von Auskünften über das Recht der USA.

² SCHMEY S. 3/4 und 667 ff.; BALLANTINE S. 44 und 763 ff.; DODD and BAKER S. 20 ff.; KURT FEHLMANN S. 25 und 44–46; ESCHER S. 1 ff.

³ KURT FEHLMANN S. 26. Auch ESCHER, der S. 6 erklärt, «daß die Korporationen jederzeit durch Gesetzesrecht geregelt wurden», betont S. 4 die Wichtigkeit der Präjudizien.

⁴ Vgl. z.B. die vorn angeführten Werke von BALLANTINE sowie von DODD and BAKER.

⁵ Vgl. z.B. DODD and BAKER S. 231.

AG durchaus nicht identisch ist, sondern daß «in der gesamten Konzeption der beiden Institute bedeutsame Unterschiede bestehen»⁶. Vor allem ist in Amerika die Stellung der Geschäftsleitung und Verwaltung (*Board of Directors*) viel stärker als jene der Aktionäre. Der Generalversammlung (*Shareholders' Meeting*) steht nach Gründung der Gesellschaft und bei normalem Geschäftsbetrieb in der Regel nur die Wahl des *board of directors* zu. Ist dieser einmal für eine Amtsdauer gewählt, kann er grundsätzlich von der Generalversammlung nicht mehr nach Belieben abberufen werden⁷. Zudem hat das Stimmrecht der Aktionäre, namentlich seit vom Jahre 1924 an die stimmrechtslose Aktie in großem Umfange eingeführt worden ist⁸, sehr an Bedeutung verloren⁹.

B. Trotzdem spielen offenbar Verträge der Aktionäre (*shareholders*) über die Ausübung ihres Stimmrechts immer noch eine erhebliche Rolle. Grundsätzlich werden derartige *shareholders' voting agreements* oder *pooling agreements* als gültig erachtet, sofern sie nicht gegen die *public policy*¹⁰ verstoßen. Als solche sind sie sonst nach herrschender Auffassung mit der *public policy* nicht unvereinbar, wohl aber wenn damit unlautere Zwecke (*dishonest schemes*) verfolgt

⁶ SCHMEY S. 21–34, insbes. S. 30; KURT FEHLMANN S. 26–29, insbes. S. 27; ESCHER S. 6–11.

⁷ SCHMEY S. 283–297; BALLANTINE S. 121 ff., S. 433 ff.; ESCHER S. 15 und 36/37.

⁸ Vgl. hiezu SCHMEY in ZHR S. 254 und 273 sowie dortige Literaturangabe; ferner BALLANTINE S. 418/419; DODD and BAKER S. 209 ff. und 301.

⁹ KURT FEHLMANN S. 28.

¹⁰ «Die deutsche Rechtsprache hat keinen Begriff aufzuweisen, der dem anglo-amerikanischen der *public policy* ganz oder nur annähernd entspräche. Ein Querschnitt der englischen und amerikanischen Begriffsbestimmung ergibt etwa die folgende Definition: ‚Inbegriff der Rechtsnormen, die die zivilrechtliche Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte aus Gründen des Gemeinwohls beschränken.‘» (SCHMEY in ZHR S. 258).

oder andere Aktionäre benachteiligt werden¹¹. So ist – wie im europäischen Recht allgemein – der Stimmenkauf ungültig¹². Das statutarische Stimmrecht kann durch gegenseitige Vereinbarung der Aktionäre nicht abgeändert werden, z.B. in dem Sinne, daß eine Gruppe, welche die Hälfte der Aktien besitzt, das Recht erhielte, auf unbeschränkte Dauer drei von fünf *directors* zu wählen und so die Gesellschaft zu beherrschen¹³. Unzulässig sind auch Abreden, welche direkt oder indirekt das Ermessen der Verwaltung einschränken, z.B. indem sie ihr vorschreiben, daß eine bestimmte Person von der Gesellschaft angestellt werden müsse, weil die Verwaltung sämtlichen Aktionären gegenüber verantwortlich ist¹⁴. Dagegen ist es zulässig, daß sich – wie es der häufigsten AV nach deutschem und schweizerischem Recht entspricht – Aktionäre zur Beherrschung der Gesellschaft über die Wahl bestimmter Personen als *directors* einigen, selbst wenn diese Aktionäre der Personenzahl nach die Minderheit darstellen, zusammen jedoch über die Stimmenmehrheit verfügen¹⁵. Durch einstimmige Vereinbarung sämtlicher Aktionäre einer Gesellschaft, wie das insbesondere bei einer *close corporation*¹⁶ möglich ist, können sogar über Angelegenheiten der von Gesetzes wegen dem *board of directors* zustehenden Geschäftsführung verbindliche Abmachungen getroffen werden, wie z.B. über die Anstellung eines besoldeten Geschäftsführers. Typisch ist der Fall eines solchen *voting agreement* zwischen zwei oder drei Aktionären einer *close corporation*,

¹¹ BALLANTINE S. 419 u. 428 ff.; DODD and BAKER S. 241 ff. und 270; BEAULIEU S. 249 ff. insbes. 251–52.

¹² BALLANTINE S. 420/421.

¹³ BALLANTINE S. 420.

¹⁴ BALLANTINE S. 422.

¹⁵ BALLANTINE S. 421.

¹⁶ «Geschlossene Gesellschaft», bei welcher Kapitaleigentümer und Leiter des Unternehmens identisch sind, wie das in der Schweiz häufig bei Familien-AGen oder anderen AGen mit beschränkter Aktionärzahl zutrifft. Vgl. HOMBURGER and REVERDIN a.a.O. S. 263 ff.; SCOTT S. 1.

bei welcher der eine mehr Kapital beiträgt als die andern. Damit soll den Minderheitsaktionären die Mitbestimmung bei der Beherrschung und Geschäftsführung sowie ihre dauernde Anstellung in der Gesellschaft gewährleistet werden, wenigstens solange ihre Dienste befriedigen. Solche Abmachungen werden als gültig erachtet, sofern sie den Grundsätzen einer vorsichtigen Verwaltung nicht widersprechen, da sie niemandem schaden¹⁷. Nach herrschender, allerdings umstrittener Auffassung kann durch einstimmige Übereinkunft aller Aktionäre (insbesondere bei einer *close corporation*) auch festgelegt werden, daß die AG wie eine Personengesellschaft¹⁸, d.h. daß das Unternehmen und Eigentum der AG wie jene einer Personengesellschaft behandelt werden sollen¹⁹.

Als gültig werden sodann auch Vereinbarungen der Aktionäre über die Einschränkung des freien Verfügungsrechts über die Aktien²⁰ erachtet, wie sie insbesondere bei *close corporations* vorkommen²¹.

C. Lassen sich die bisher erörterten *shareholders' agreements* mit den ABV des europäischen Rechts juristisch gut vergleichen, so besteht die Ähnlichkeit bei den für das angelsächsische Recht typischen *voting trusts* vor allem in ihren Wirkungen, während ihr Mittel juristisch, wie das Rechtsinstitut des *trust* überhaupt²², unserem Recht fremd

¹⁷ BALLANTINE S. 423.

¹⁸ Partnership or joint enterprise (BALLANTINE S. 423; DODD and BAKER S. 294).

¹⁹ BALLANTINE S. 423/24; DODD and BAKER S. 294–297.

²⁰ «Agreements of shareholders restricting right to transfer shares»: BALLANTINE S. 777–780; DODD and BAKER S. 302–311, die im Zusammenhang damit auch unserer Vinkulierung von Namenaktien entsprechende statutarische Vorschriften behandeln.

²¹ Solche *close corporations* können, wie BALLANTINE S. 780 unübersetzbar bemerkt, als «incorporated partnership» oder «statutory partnership» (S. 424) betrachtet werden, in der die Identität und Persönlichkeit der Aktionäre für die Gesellschafter von wesentlicher Bedeutung sind.

²² Vgl. in diesem Sinne F. T. GUBLER, «Besteht in der Schweiz

ist. Beim *voting trust* überlassen die daran beteiligten Aktionäre ihre Aktien einem oder mehreren *trustees* («Treuhändern»). Der *trustee* erhält damit für die Dauer des *trust* alle Aktionärrechte, insbesondere das Stimmrecht, und kann auch als Aktionär in den Büchern der AG eingetragen werden. Die *trustees* stellen ihrerseits den Aktionären Zertifikate über die ihnen ausgehändigten Aktien aus. Die Inhaber dieser *trust certificates* werden als «*equitable owners*» der Aktien bezeichnet²³; sie sind in der Regel nur zum Bezug der Dividenden und zum Empfang der Aktien nach Beendigung des *trust* berechtigt²⁴. Erste und oft einzige Aufgabe des oder der *trustees* ist die Wahl der *directors*, auf welche Weise sie praktisch die Gesellschaft beherrschen, sofern die dem *voting trust* angehörenden Aktionäre über die Stimmenmehrheit verfügen.

Das Institut der *voting trust*, das normalerweise als Mittel zur Stabilisierung der Aktienmehrheit einer Gesellschaft dient, wurde durch dessen Anwendung auf mehrere Gesellschaften²⁵ schon bei den Verträgen der *Standard Oil Company* in den Jahren 1879 und 1882 durch die Juristen der Rockefeller-Gruppe zum Zwecke der Unternehmenszusammenfassung eingesetzt²⁶. So erreichte der *voting trust*

ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?», in ZSR N. F. Bd. 73 (1954) S. 215 a ff., insbes. über den Begriff des trust S. 266 a ff. und dessen Unvereinbarkeit mit dem schweizerischen Recht S. 348 a ff.

²³ BALLANTINE S. 431; zum Begriff des «*equitable owner*» (Eigentümer nach dem Recht der «*equity*», der Billigkeit) vgl. GUBLER a.a.O. S. 270 a ff., insbes. S. 275 a sowie S. 350 a.

²⁴ SCHMEY S. 314; SCHMEY in ZHR S. 255–257; SCOTT S. 6; CUSHING S. 44 ff., sowie Beispiele von *voting trust agreements* S. 187 ff.; BEAULIEU S. 247–249 (für das verwandte kanadische Recht); über ausnahmsweise weitere Rechte des «*equitable owner*» siehe BALLANTINE S. 432; DODD and BAKER S. 263.

²⁵ als sog. «*combination trust*»; vgl. darüber SCHMEY S. 309 u. 457–459; SCHMEY in ZHR S. 263 ff. insbes. 265.

²⁶ SCHMEY in ZHR S. 264; JENKS and CLARK a.a.O. S. 109–111; MARKUS FELDMANN, «Kartelle, Trusts und Monopole», Basel 1931, S. 113 ff.; W. v. STEIGER in ZSR n. F. Bd. 62 (1943) S. 237 a–239 a.

als Konzentrationsform in den Jahren 1880–1890 eine außerordentliche Blüte, der aber infolge der seit 1888 einsetzenden Volksbewegung gegen die *trusts* sowie der von ihrem Geist erfüllten Antitrust-Gesetzgebung und einzelstaatlichen Rechtsprechung ein scharfer Rückschlag folgte. Der *combination trust* wurde durch eine AG ersetzt, nachdem der Staat New Jersey 1889 seinen Gesellschaften die Befugnis eingeräumt hatte, Aktien und Obligationen anderer Gesellschaften zu erwerben, was die Bildung von Holding-Gesellschaften ermöglichte²⁷. Obwohl die Antitrust-Gesetzgebung und -Rechtsprechung sich nicht gegen die Rechtsform des *voting trust*, sondern gegen die damit verfolgte wirtschaftliche Tendenz zur Monopolisierung des Marktes wendete, hatte sie doch ein deutliches Mißtrauen auch gegen den *voting trust* als solchen zur Folge, und zwar sogar in seiner Anwendung auf eine einzelne Gesellschaft wegen der Möglichkeit von Mißbräuchen. In gewissen Entscheiden wurde der *voting trust* als an und für sich nichtig erklärt, vor allem weil das Stimmrecht kein selbständig übertragbares Recht, sondern ein mit der Aktie verbundenes Sonderrecht darstelle, das nur zum Schutze der Interessen des Aktionärs und nicht Dritter auszuüben sei. Der *voting trust* sei darum, weil er den das Risiko tragenden und am guten Gang der Gesellschaft interessierten Aktionären das Stimmrecht entziehe, «*contrary to public policy*»²⁸. Die herrschende Meinung erachtet dagegen die *voting trusts* als gültig, außer wenn ein unlauterer Beweggrund oder Zweck nachgewiesen wird. Der Grund dafür ist, daß diese juristische Konstruktion die einzige sichere Methode darstellt, um eine Bindung der Aktionäre zu einer einheitlichen Stimmabgabe zu erreichen und so in jenen Situationen, in denen es notwendig ist, die wünsch-

²⁷ Vgl. JENKS and CLARK a.a.O. S. 243 ff. und S. 334–343, wo insbesondere die Entwicklung des Standard Oil Trust vom *voting trust* zur Holding-Gesellschaft ausführlich dargelegt wird; ebenso bei SCHMEY S. 460 ff. und SCHMEY in ZHR S. 267 ff.

²⁸ BALLANTINE S. 425/26; DODD and BAKER S. 243 ff.

bare Stabilität und Kontinuität in der Geschäftsführung der AG herbeizuführen²⁹. Dementsprechend wurde der *voting trust* in mehr als zwanzig Einzelstaaten der USA gesetzlich als zulässig anerkannt. Diese Gesetze versuchen eine knappe Regelung solcher *trusts*; sie begrenzen gewöhnlich ihre Dauer auf eine bestimmte Zeit, meistens auf zehn Jahre³⁰ und regeln auf verschiedene Weise die Möglichkeit ihrer Verlängerung. Einige Gesetze verlangen das Beitrittsrecht zum *voting trust* für alle Aktionäre³¹, Schriftform³² oder daß eine Vertragskopie bei der Gesellschaft hinterlegt und von allen Aktionären (nach manchen Gesetzen sogar von jedermann, der ein berechtigtes Interesse daran hat) eingesehen werden kann³³. In einigen Staaten regelt das Gesetz die Ausgabe der *voting trust certificates* oder die vorzeitige Beendigung der *trusts* durch Mehrheitsbeschluß der beteiligten Aktionäre³⁴.

Im übrigen besteht über die Gültigkeit der *voting trusts*, insbesondere die Zulässigkeit ihrer ganz verschiedenartigen Zwecke eine mannigfaltige Kasuistik. So gelten als erlaubt *voting trusts* zu Sanierungszwecken; zur Erleichterung der Finanzierung; überhaupt zur Sicherung einer stabilen und kontinuierlichen Geschäftsführung; zur Abwehr drohender Überfremdung und zum Schutze der Interessen einer Minderheit oder sich die Waage haltender

²⁹ BALLANTINE S. 426; DODD and BAKER S. 258 ff.; SCHMEY in ZHR S. 257/58; im gleichen Sinne für das verwandte kanadische Recht: BEAULIEU S. 251.

³⁰ BALLANTINE S. 427; DODD and BAKER S. 255 u. ausführlich S. 260–263, wo auch S. 261 Staaten erwähnt werden, bei denen die Höchstdauer auf 15 (Minnesota), ja 21 Jahre (California) festgesetzt ist. Die Angaben bei SCHMEY (1930) S. 318–321 und SCHMEY in ZHR (1932) S. 259/60 sind zum Teil überholt.

³¹ DODD and BAKER S. 261; SCHMEY S. 320/21; SCHMEY in ZHR S. 260.

³² z.B. New Jersey (DODD and BAKER S. 255 Anm. 7).

³³ DODD and BAKER S. 262; SCHMEY S. 319/20; SCHMEY in ZHR S. 260.

³⁴ DODD and BAKER S. 261/62.

Gruppen von Aktionären, indem die Wahl der Verwaltung einem Unparteiischen übertragen wird³⁵. Als einem unlauteren oder fragwürdigen Zwecke dienend gelten u.a. jene *voting trusts*, die nur dem persönlichen Interesse ihrer Gründer oder der *trustees* dienen, indem sie ihnen z.B. eine Anstellung, Saläre, Verträge oder andere individuelle Vorteile sichern³⁶.

Durch die Einführung der stimmrechtslosen Aktie in den USA seit 1924 scheint der *voting trust* an praktischer Bedeutung allerdings eingebüßt zu haben³⁷, doch wird er offenbar hauptsächlich noch bei Reorganisationen oder Rekapitalisierungen angewendet, die eine sichere Periode stabiler Beherrschung der Gesellschaft erfordern³⁸.

§ 10

5. Standortsbestimmung des schweizerischen Rechts¹

Auch in der Schweiz sind die ABV das Ergebnis einer außergesetzlichen Entwicklung. Keine gesetzliche Bestimmung des schweizerischen Rechts befaßt sich ausdrücklich mit ihnen. Nicht einmal der Stimmenkauf ist gesetzlich verboten, wohl aber nach der Rechtsprechung und Rechtslehre wenn auch nicht strafbar, so doch wegen Unsittlichkeit nichtig². Die grundlegende Frage der Zulässigkeit der ABV und insbesondere der AV wird nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unter dem Vorbehalt der allgemeinen

³⁵ BALLANTINE S. 429.

³⁶ BALLANTINE S. 429/30.

³⁷ SCHMEY in ZHR S. 273.

³⁸ SCOTT S. 6.

¹ Über die Behandlung der ABV in der schweizerischen Rechtsprechung und in allgemeinen Werken der schweizerischen Rechtsliteratur s. vorn § 1 Anm. 8 und 9; über entsprechende schweizerische Monographien und Artikel in Zeitschriften s. hinten § 11 Anm. 1.

² F. v. STEIGER in SAG Bd. 14 (1941/42) S. 15; FUNK, Art. 691 OR N. 1, Abs. 5; BÜRGI, Art. 692 OR N. 33 und 34.

Voraussetzungen für die Gültigkeit von Verträgen an und für sich von Rechtsliteratur und Judikatur bejaht. Diese folgen somit im wesentlichen der im deutschen und anglo-amerikanischen Recht herrschenden Auffassung, was auch in der in diesem Zusammenhang häufig erfolgenden Berufung auf deutsche Autoren und Gerichtsentscheide zum Ausdruck kommt. Die viel kritischere Einstellung der französischen und italienischen Rechtsprechung und Literatur, vor allem in der Frage der Gültigkeit der AV, wurde zwar von einzelnen Autoren erwähnt³, wirkte sich aber bisher sogar in den sprachverwandten Teilen der Schweiz nicht aus. Allerdings läßt sich das angesichts des bis jetzt noch geringen Umfangs der schweizerischen Rechtsliteratur auf diesem Gebiet und der Seltenheit von Gerichtsentscheidungen über ABV sowie mit Rücksicht auf die historisch bedingte Verwandtschaft des deutschen mit dem schweizerischen Aktienrecht⁴ einigermaßen erklären.

Die kritische Erörterung der Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsnatur und der grundsätzlichen Anerkennung der Gültigkeit der ABV und der AV im besondern, sowie hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen, Vollstreckbarkeit und Beendigung im schweizerischen Recht stellen, bildet Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit.

³ So VON GOLDSCHMIDT S. 75 und 76; MOSER S. 77/78; BENOIT S. 48/49 und 59.

⁴ Vgl. SIEGWART, Aktienrecht Einl. N. 284; WEISS Einl. N. 46.

ZWEITER TEIL

DIE AKTIONÄRBINDUNGS-VERTRÄGE
IM SCHWEIZERISCHEN RECHT
(Zur Dogmatik der Aktionärbindungs-Verträge)

*I. Die Rechtsnatur der Aktionärbindungs-Verträge
und ihre Rechtsanwendbarkeitsnormen*

§ 11

1. Die Rechtsnatur der Aktionärbindungs-Verträge
im allgemeinen¹

Angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen von ABV, wie sie oben in den §§ 3–5 darzustellen versucht wurde, kann nicht überraschen, daß die Frage nach ihrer Rechtsnatur, abgesehen von einer grundlegenden

¹ Über die Behandlung der ABV in der schweizerischen Rechtsprechung und in allgemeinen Werken der schweizerischen Rechtsliteratur s. vorn § 1 Anm. 8 und 9.

Monographien und Artikel in Zeitschriften: Die im Literaturverzeichnis näher bezeichneten Arbeiten von: KOEBEL (1938); F. v. STEIGER in SAG Bd. 14 (1941/42) S. 12–15; STUBER (1944); SONTAG in SAG Bd. 21 (1948/49) S. 210/11; SPAHN in SAG Bd. 22 (1949/50) S. 1 ff. und 48 ff.; PATRY (1956/59).

In anderen Zusammenhängen finden sich Ausführungen über ABV u.a. in folgenden schweizerischen Monographien und Zeitschriftenartikeln: WETTSTEIN (1930) S. 18; NAHRAT (1933) S. 103–107; HUG, Zur Revision (1934) S. 28/29 und 49; NAEGELI Bd. I (1935) insbes. S. 187–193, Bd. II (1941) S. 435; KOLB (1935) S. 44/45; WOLF in SAG (1936) S. 13 und 68; FRANKENBERG (1937) S. 52–55; ZINKE (1939) S. 45; ZELLER (1940) S. 53/54; MIJALKOVIC (1941) S. 29; SIEGWART, Festgabe (1943) S. 203; W. v. STEIGER in ZSR n. F. Bd. 62 (1943) S. 292a Anm. 177; MOSER (1945) S. 73–78; HEINZ FEHLMANN (1948) S. 8f.; WIELAND A. (1948) insbes. S. 80ff.; GIOVANNI SCHUCANY (1949) S. 36–39; ZIMMERMANN (1951) S. 10/11 und 76–78; WYSS (1953) S. 57 und 280/81; HANS FELDMANN (1954) S. 49; SCHLUEP (1955) S. 139/40; BENOIT (1956) S. 137–140;

Feststellung, nicht einheitlich beantwortet werden kann². Allgemein läßt sich über ihre Rechtsnatur nur sagen, daß zwar Gegenstand dieser Verträge Aktionärrechte – für deren Gestaltung das Aktienrecht maßgebend ist – bilden, jedoch nur ein Schuldverhältnis über ihre Ausübung begründet wird. Die ABV stellen darum Schuldverträge³ und nicht Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse des Aktienrechts dar⁴.

Dagegen können die ABV nicht etwa, wie die gesetzlich geregelten Vertragstypen, nur unter eine, sondern unter jede Art von Schuldverträgen fallen, die von der Rechtslehre und ihr folgend vom OR unterschieden werden, denn sie treten sowohl als einseitige, wie auch als zweiseitige

FROMER in SAG Bd. 30 (1957/58) S. 129/30; JÄGGI in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 67/68; HOMBURGER and REVERDIN (1958).

Dr. RUDOLF G. VON GRAFFENRIED hatte die große Freundlichkeit, mir kurz vor Vollendung meiner Arbeit noch Einblick in sein Referat von 1957 vor der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht über «Internationalrechtliche Probleme schweizerischer Aktiengesellschaften, insbesondere Parallelgesellschaften und Sitzverlegungen», sowie in seine schriftlichen Äußerungen über «Die Aktienpoolverträge im schweizerischen Recht» zu gewähren. Ich möchte ihm auch an dieser Stelle für die dadurch erhaltenen Anregungen herzlich danken.

² ZLUHAN S. 82; JÜRGENSEN S. 31; STUBER S. 19 ff.

³ v. TUHR S. 125 (v. TUHR/SIEGWART S. 137); OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 66 zu Art. 1–40 OR.

⁴ So schon MÜLLER S. 13 sowie ZLUHAN S. 81/82 und seither die herrschende deutsche und schweizerische Literatur und Rechtsprechung. Vgl. u.a. PETERS S. 313 und die dort in Anm. 6 und 7 angegebenen Entscheidungen und Autoren; STUBER S. 18/19; MOSER S. 74; WEISS Einl. N. 139; BÜRGI N. 27 zu Art. 692 OR; PARTY S. 218. Die gegenteilige Auffassung der aktienrechtlichen Natur solcher Verträge geht zurück auf SCHMULEWITZ S. 91 ff.; WILKE S. 21–23; LASSIG S. 11/12 und BAADEN S. 10–12 übernahmen sie teilweise von ihm. Es werden dabei jedoch vertragliche Bindungen und statutarische Anordnungen in unzulässiger Weise vermengt. SCHMULEWITZ befaßt sich ohnehin nur mit Verträgen von Aktionären mit der AG selber.

Verträge auf, sowie als Gesellschaftsverträge. Welcher dieser Arten von Schuldverträgen ein ABV entspricht, läßt sich darum nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles oder für bestimmte Typen von ABV entscheiden⁵. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretisch, sondern praktisch von großer Bedeutung, weil z. B. die Art. 82 und 107 ff. OR nur auf wesentlich zweiseitige (synallagmatische) Verträge, die Art. 545 ff. OR dagegen nur auf Gesellschaften anwendbar sind.

A. Als einseitiger Schuldvertrag stellt sich eine Vereinbarung dar, durch die sich ein Aktionär gegenüber dem Vertragspartner verpflichtet, ein Aktionärrecht nicht oder nur in einem bestimmten Sinne auszuüben, z. B. für die Wahl des Partners in den Verwaltungsrat zu stimmen⁶, ohne daß irgend eine Gegenverpflichtung des Partners besteht. Solche ABV dürften aus naheliegenden wirtschaftlichen Gründen selten sein.

B. Ein zweiseitiger Schuldvertrag liegt dann vor, wenn der hinsichtlich der Ausübung seiner Aktionärrechte verpflichtete Aktionär seinerseits Gläubiger des Vertragspartners ist, sei es, daß dieser eine andersartige Leistung zu erbringen hat, sei es, daß er – seinerseits als Aktionär – ebenfalls eine Verpflichtung betr. Ausübung seiner Aktio-

⁵ In dieser Beziehung liegen bei den ABV ähnliche Verhältnisse vor wie bei den der Benützung von Erfindungen dienenden Lizenzverträgen. Auch bei diesen weder durch das BG betreffend die Erfindungspatente (insbes. dessen Art. 34) noch sonst durch ein schweizerisches Gesetz geregelten Verträgen bestehen mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten. Sie können sowohl in der Form zweiseitiger, dem Kauf oder der Pacht eines Rechtes nahestehender Verträge auftreten, als auch von solchen, auf welche die Rechtsprechung gesellschaftsrechtliche Grundsätze anwendet. Vgl. WEIDLICH und BLUM, Das schweizerische Patentrecht, Bern 1934, S. 233/34; MARCEL AEBERHARD, Rechtsnatur und Ausgestaltung der Patentlizenz im deutschen, französischen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1932, S. 66/67; SIEGWART, Personenges. Vorbem. 76 zu Art. 530–551 OR.

⁶ Im Sinne von § 3, Ziff. 1, lit. Aa (S. 174a).

närrechte übernimmt⁷. Im ersten Fall wird stets ein Austauschverhältnis zwischen den beiden verschiedenartigen Leistungen und somit ein wesentlich zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag vorliegen (über dessen Gültigkeit im Falle entgeltlicher Verpflichtung zur Ausübung des Stimmrechts noch in anderem Zusammenhang⁸ Ausführungen folgen). Im andern Fall der gegenseitigen Bindung von Aktionärrechten bestehen dagegen zwei Möglichkeiten, die zu unterscheiden im Einzelfalle oft sehr heikel ist. Entweder stehen sich nämlich die beidseitigen gleichartigen Leistungen dann, wenn die Vertragspartner damit nicht gemeinsame Zwecke verfolgen und jeder von ihnen zur Erreichung seines eigenen Zweckes auf die Leistung des andern angewiesen ist, in einem Austauschverhältnis gegenüber. Dann besteht zwischen den Leistungen der Vertragspartner eine gegenseitige Bedingtheit nach ihrer Entstehung und Erfüllung, somit eine nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 67 II 126) für den zweiseitigen Vertrag im Sinne von Art. 82 (und 107 ff.) OR charakteristische genetische und funktionelle Abhängigkeit der Verpflichtungen⁹.

⁷ Im Sinne von § 3, Ziff. 1, lit. Ab (S. 174a).

⁸ Siehe § 15 C c aa (S. 269a f.).

⁹ Ein Austauschverhältnis und demzufolge ein zweiseitiger Vertrag wurde z.B. in folgendem typischen, praktisch wichtigen Falle einer Familien-AG angenommen, die ein früher durch zwei Kollektivgesellschafter betriebenes Unternehmen weiterführte. Die Familienangehörigen dieser Gesellschafter, von denen der eine vor und der andere nach der Gründung der AG gestorben waren, hatten als Eigentümer sämtlicher Aktien der AG u.a. vereinbart, daß bei der Wahl des Verwaltungsrates jeder der beiden Aktionärfamilien das Recht zustehen solle, durch gleich viele geeignete Familienmitglieder oder bevollmächtigte Dritte im Verwaltungsrat vertreten zu sein. Der Präsident des Verwaltungsrates sollte in zweijährigem Turnus abwechselungsweise von jeder Aktionärgruppe gestellt werden. Es handelte sich somit (neben anderen Abmachungen) um eine typische Abstimmungsvereinbarung. Dabei verfolgten aber die beiden beteiligten Familiengruppen nur gleichartige, dagegen nicht gemeinsame Zwecke. Vielmehr bezweckte die AV be-

C. Ein als Gesellschaft zu beurteilender ABV liegt dagegen im andern Eventualfalle vor, wenn die Vertragspartner mit ihren gegenseitigen Verpflichtungen über die Ausübung von Aktionärrechten einen gemeinsamen Zweck verfolgen, so daß ihre Leistungen als gemeinsame Mittel zu dessen Erreichung aufzufassen sind. Das ist der bei den Aktionärkonsortien im engeren, präzisen Sinne bestehende Sachverhalt¹⁰.

§ 12

2. Die Typisierung der Aktionärbindungs-Verträge

Aus den vorausgehenden Ausführungen über die Rechtsnatur der ABV im allgemeinen folgt ohne weiteres, daß sie sich jedenfalls nicht gesamthaft einem gesetzlichen Vertragstyp einordnen lassen.

A. Die zuletzt erwähnte Art von ABV, die Aktionärkonsortien, bei denen die Vertragspartner gegenseitig Verpflichtungen betr. die Ausübung von Aktionärrechten

stimmungsgemäß, die unter den Vertragspartnern bestehenden, entgegengesetzten Sonderinteressen gegenseitig zu schützen, wobei jede Vertragspartei auf die Unterstützung der andern angewiesen war. Die AV diene somit durchaus nicht notwendigerweise dem gemeinsamen Interesse der Förderung der AG, sondern konnte sich sogar gegenteilig auswirken. Eine verbindende Brücke zwischen den Interessen der beiden Aktionärgruppen wurde lediglich im Ergebnis geschlagen, indem durch die wechselseitigen Verpflichtungen und deren Erfüllung Machtverschiebungen zwischen ihnen und Interessenkämpfe innerhalb der AG ausgeschaltet oder doch erschwert wurden. Es wurde daher ein Austauschvertrag im Sinne eines zweiseitigen Vertrags eigener Art, und zwar ein Dauerschuldverhältnis angenommen. (Unveröffentlichtes Urteil eines schweizerischen Schiedsgerichtes vom 23. Januar 1954 und ein in jenem Verfahren erstattetes Gutachten von Prof. Dr. PETER JÄGGI aus dem Jahre 1953). Im gleichen Sinne lautete das unveröffentlichte Urteil eines andern schweizerischen Schiedsgerichtes vom 30. August 1957. Vgl. ferner BÜRGi N. 39 zu Art. 692 OR.

¹⁰ Vgl. § 3 Ziff. 1 lit. Ab (S. 174a ff.) und § 5 Ziff. 8 lit. B u. C (S. 188a ff.).

zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes übernehmen, lassen sich ohne Zwang als einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 ff. OR auffassen¹. Denn bei dieser vertragsmäßigen Verbindung von zwei oder mehreren Personen ist die Einigung über den Zweck das Primäre, während – im Gegensatz zu den zweiseitigen Verträgen – der Leistungsinhalt ein beliebiger sein kann, weil die Leistungen als Mittel zum Zweck bei ihr nur sekundäre Bedeutung haben². Die Mittel zur Erreichung des Zweckes einer einfachen Gesellschaft können daher sehr wohl in Bindungen hinsichtlich der Ausübung von Aktionärrechten bestehen, da die Aufzählung in Art. 531 Abs. 1 OR nicht erschöpfend ist³. Möglich ist auch die Einbringung der Aktien selbst in die einfache Gesellschaft, doch wird davon praktisch selten Gebrauch gemacht. Die Aktien fallen dann gemäß Art. 544 Abs. 1 OR in das Gesamteigentum der Gesellschafter. Ein ABV im Sinne dieser Arbeit liegt in solchen Fällen nicht mehr vor, sondern es stellen sich lediglich die gleichen Probleme wie bei jedem gemeinschaftlichen Eigentum an Aktien (Art. 690 Abs. 1 OR⁴). Auf diesen Sonderfall wird daher hier weiter nicht eingetreten. Im übrigen ist die gesetzliche Regelung der einfachen Gesellschaft, insbesondere hinsichtlich der Gesellschaftsbeschlüsse (Art. 534 OR), der-

¹ Nach deutschem BGB § 705 ff. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Als solche wurden die Aktionärkonsortien schon von FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge S. 228/29; MÜLLER S. 14 ff. und ZLUHAN S. 83 aufgefaßt. Ebenso für das schweizerische Recht von KOEBEL S. 29 u. STUBER S. 22, der zutreffend betont, daß aber deswegen Bindungsverträge unter Aktionären nicht «samt und sonders als Gesellschaftsverhältnisse beurteilt» werden dürfen. Die Unterstellung der eigentlichen Aktionärkonsortien unter die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. die einfache Gesellschaft ist heute im übrigen in Deutschland und in der Schweiz unbestritten: FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 2. A. S. 86; PATRY S. 225/26.

² SIEGWART, Personenges. Vorbem. 61 zu Art. 530–551 OR.

³ SIEGWART, Personenges. N. 37 zu Art. 530 u. N. 4 zu Art. 531 OR; BECKER N. 3 zu Art. 531 OR; FUNK N. 1 zu Art. 531 OR.

⁴ Vgl. z.B. BÜRGI N. 2–10 zu Art. 690 OR u. die weitere dort zit. Literatur.

art weitherzig, daß auch AK mit ausgebauter Organisation⁵ ohne weiteres diesem gesetzlichen Vertragstypus unterstellt werden können. Bei der Revision des OR wurde denn auch entgegen der ursprünglichen Absicht gemäß den Entwürfen von 1919 (Art. 625–637) und 1923 (Art. 552–563), von einer Regelung der «Gelegenheitsgesellschaft (Konsortium⁶, Syndikat)» abgesehen, weil die Rechtsform der einfachen Gesellschaft den Bedürfnissen vollauf genüge. Praktisch können sich allerdings – vor allem bei Konsortien, die nur zwei Mitglieder oder zwei Mitgliedergruppen zählen – Schwierigkeiten bei der Unterscheidung gegenüber zweiseitigen Verträgen im Sinne von Art. 82 und 107ff. OR ergeben⁷.

B. Bei den zweiseitigen Verträgen wird jeder gesetzliche Vertragstypus durch eine Leistung besonderer Art charakterisiert⁸. Das gilt auch von den einseitigen Schuldverträgen, die (ähnlich wie das Schenkungsversprechen und die Bürgschaft) gelegentlich in der Gestalt von ABV vorkommen. Sie können daher für die Frage der Typisierung der ABV zusammen mit den praktisch viel wichtigeren zweiseitigen ABV behandelt werden. Bei keinem ein- oder zweiseitigen gesetzlichen Vertragstypus bildet die Ausübung von Aktionärrechten als solche den Leistungsinhalt.

a) Das gilt vor allem von den Vereinbarungen über die Ausübung des Aktionärstimmrechts und der damit zusammenhängenden Rechte zur Teilnahme oder Vertretung an der Generalversammlung. Die Versuche, solche Abstimmungs-Verträge als Auftragsverhältnisse, Dienst- oder

⁵ Vgl. § 5 Ziff. 8 lit. C (S. 188a ff.).

⁶ Gemäß dem Bericht von EUGEN HUBER zum Entwurf von 1919 (S. 32 ff.) wurde dabei allerdings nicht an die Aktionärkonsortien im besonderen gedacht.

⁷ Vgl. § 11 lit. B (S. 229a f.) und Anm. 9, sowie allgemein SIEGWART, Personenges., Vorbem. 56–81 zu Art. 530–551 OR.

⁸ SIEGWART, Personenges., Vorbem. 61 zu Art. 530–551 OR.

Werkverträge aufzufassen⁹, führen zu keinem befriedigenden Ergebnis. Insbesondere die Auffassung des AV als eines Auftrages kann – jedenfalls nach schweizerischem Recht – nicht befriedigen, weil der Sinn solcher Vereinbarungen nicht in der bloßen Geschäftsbesorgung des Verpflichteten liegt, sondern in der Erzielung eines bestimmten Erfolges. Darum scheidet auch der Dienstvertrag aus, zumal schon wegen seiner Entgeltlichkeit. Der Annahme eines Auftrags steht ferner die zwingende Vorschrift freier Widerruflichkeit (Art. 404 OR) wegen des Zwecks der AV diametral entgegen. Aber auch von einem Werkvertrag kann, schon mit Rücksicht auf dessen Entgeltlichkeit (Art. 363 OR), nicht die Rede sein. Die ein- und zweiseitigen ABV stellen somit, da sie unter keinen der Vertragstypen des OR (Art. 184–529 OR; die einfache Gesellschaft scheidet in diesem Zusammenhang aus) passen und auch nicht in andern Gesetzen geordnet sind, gesetzlich nicht geregelte Verträge eigener Art¹⁰, Verträge *sui generis*¹¹ dar. Ihre grundsätzliche Zulässigkeit ergibt sich aus dem in Art. 19 Abs. 1 OR verankerten Grundsatz der Vertragsfreiheit¹². Immerhin unterstehen auch solche Verträge als Schuldverträge den Normen des allgemeinen Teils des OR und den allgemeinen Bestimmungen des ZGB. Es fehlen ledig-

⁹ Vgl. ZLUHAN S. 85/86 u. 300; JÜRGENSEN S. 33–35; WILKE S. 19/20; FRANTZ S. 41; PFEIFFENBERGER S. 5; BAADEN S. 12 ff.; KOEBEL S. 32–34; STUBER, der S. 21 zutreffend alls diese Versuche ablehnt.

¹⁰ Vgl. über diese allgemein ARTHUR MEIER-HAYOZ, Gesetzlich nicht geregelte Verträge I, SJK 1134, Genf 1954. Unter den S. 8 ff. (naturgemäß nicht abschließend) angeführten Beispielen von Verträgen eigener Art wird die Abstimmungsvereinbarung allerdings nicht erwähnt. Vgl. ferner BECKER N. 10 zu Art. 19 OR und OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 4 zu Art. 184–551 OR.

¹¹ So schon STUBER S. 21; sinngemäß übereinstimmend PATRY S. 225.

¹² Genauer gesagt der Vertragsinhaltsfreiheit, insbes. der Typenfreiheit. Vgl. MEIER-HAYOZ a.a.O. S. 2 und dort angegebene Literatur.

lich die für die gesetzlichen Vertragstypen aufgestellten besonderen zwingenden und dispositiven Rechtssätze und damit die entsprechende Möglichkeit der Vertragsergänzung. Diese hat gemäß Art. 1 ZGB nach Gewohnheitsrecht und allenfalls in freier Rechtsfindung zu erfolgen, wobei aus gesetzlichen Vertragstypen Rechtssätze, die für ähnliche Verhältnisse gelten, ganz oder teilweise übernommen werden können¹³. Bei den AV kommt bereits nach den früheren Erörterungen je nach den Umständen des Einzelfalles eine Anlehnung an Rechtssätze des Auftrags in Betracht¹⁴.

b) Bei den Verfügungsbindungen verpflichtet sich der Aktionär durch ein- oder zweiseitigen Vertrag hinsichtlich der Ausübung des ihm – vorbehaltlich statutarischer Einschränkungen – zustehenden freien Verfügungsrechts über die Aktie. Dies geschieht vor allem durch Vereinbarung von Veräußerungsverboten und durch Verträge über die Einräumung von Kaufs-, Rückkaufs-, Vorkaufs- und Vorhandrechten¹⁵. Hier stellen sich wegen des Wertpapiercharakters der Aktie hinsichtlich ihrer Rechtsnatur die gleichen Fragen, wie bei Veräußerungssperren und bei den Vorkaufs-, Kaufsrecht-, Rückkaufs- und Vorhandverträgen über Wertpapiere und bewegliche Sachen schlechthin. Daher erübrigt es sich, an dieser Stelle auf deren Rechtsnatur näher einzugehen, indem dafür auf die entsprechende zahlreiche Literatur verwiesen werden

¹³ MEIER-HAYOZ a.a.O. S. 6, Ziff. 2 ff. und die dort angegebene Literatur. Ferner OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 4 zu Art. 184–551 OR.

¹⁴ So schon STUBER S. 21. (Seine Berufung auf PFEIFFENBERGER in Anm. 15 erfolgt dagegen irrtümlich, da dieser wie z.B. KOEBEL S. 34 bei einseitiger Stimmbindung einen Auftrag schlechthin annimmt).

¹⁵ Die Erörterung der Verankerung solcher in Statuten einer AG fällt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit. Vgl. dazu die in § 1 Anm. 2 (S. 153a.) angegebene Literatur

kann¹⁶. Es handelt sich dabei – abgesehen von der am ehesten einem Garantievertrag angenäherten Veräußerungssperre und vom Vorhandvertrag, der als bedingter Vorvertrag aufzufassen ist¹⁷ – weitgehend um ungeregelte Abarten des Kaufvertrages, die man als Verträge *sui generis* bezeichnen kann¹⁸.

c) Bei den Bindungen bezüglich der Ausübung anderer Aktionärrechte durch ein- oder zweiseitige Verträge, wie namentlich des Bezugsrechts für neue Aktien oder des Dividendenrechts¹⁹, liegen dagegen wieder – ähnlich wie bei den AV – eigenartige, mit dem Aktienrecht eng zusammenhängende Leistungen vor, die keinem gesetzlichen Vertragstypus entsprechen. Auch sie stellen daher Verträge *sui generis* dar.

C. Zusammengefaßt ist somit festzustellen, daß von den ABV sich nur die Aktionärkonsortien dem gesetzlichen Vertragstypus der einfachen Gesellschaft einordnen lassen, die übrigen ABV dagegen allgemein als Verträge eigener Art (*sui generis*) aufzufassen sind.

D. In der Praxis werden die Rechtsverhältnisse bei ABV und besonders bei AK oft dadurch kompliziert, daß sie Elemente gesetzlich geregelter und anderer gesetzlich ungeregelter Vertragstypen mitenthalten, so daß im konkreten Einzelfall häufig ein gemischter Vertrag²⁰ vor-

¹⁶ Vgl. insbes. zur Rechtsnatur des praktisch besonders wichtigen Vorkaufsvertrages: A. MEIER-HAYOZ, Vom Vorkaufsrecht, in ZBJV Bd. 92 (1956) S. 306 ff. und zur Abgrenzung von verwandten Instituten S. 331 ff., sowie die Bibliographie S. 337 ff.

¹⁷ LEHNER in SJZ Bd. 50 (1954) S. 77 und die dort in Anm. 27 angegebene Literatur.

¹⁸ So MEIER-HAYOZ a.a.O. S. 308 für den Vorkaufsvertrag. Vgl. ferner v. TUHR S. 237 (v. TUHR/SIEGWART S. 254/55); OSER/SCHÖNERBERGER N. 18 ff. zu Art. 216 OR; F. v. STEIGER in SAG Bd. 16 (1943/44) S. 1 ff.

¹⁹ Vgl. § 4 Ziff. 4 lit. C u. E (S. 183a).

²⁰ Vgl. über diese allgemein ARTHUR MEIER-HAYOZ, Gesetzlich nicht geregelte Verträge II, SJK 1135, Genf 1954, sowie BECKER

liegt²¹. Dabei ist zu beachten, daß ganz allgemein der Übergang von reinen einfachen Gesellschaften zu Mischformen und anderen Vertragstypen überhaupt ein allmählicher ist, so daß «der Entscheid über die Zu- oder Aberkennung des gesellschaftlichen Charakters eines bestimmten Verhältnisses nur auf Grund einer Gesamtbetrachtung der Dinge getroffen werden kann²².» Das gilt auch für gemischte Verträge mit Elementen von gesellschaftsrechtlichen, aber auch von ein- oder zweiseitigen ABV. Als Beispiel eines solchen gemischten Vertrages sei jener erwähnt, in welchem bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Familien-AG in einem einheitlichen Gründungsvertrag sowohl Vereinbarungen über die Gründung einer AG mit bestimmtem Statuteninhalt, als auch solche über die Handhabung dieser Statuten und die Ausübung des Aktionärstimmrechts nach Gründung der AG getroffen werden. Oder es kann eine einfache Gesellschaft zum gemeinsamen Erwerb eines Aktienpaketes begründet und gleichzeitig vereinbart werden, in welcher Weise die Aktien nachher unter die Gesellschafter verteilt und das Aktionärstimmrecht von ihnen ausgeübt werden soll, damit jedem Partner ein Sitz im Verwaltungsrat gesichert wird. Häufig enthalten derartige ABV auch Konkurrenzklauseln, durch die sich die gebundenen Aktionäre verpflichten, gegenüber der gemeinsam beherrschten AG keine Konkurrenz zu betreiben (was ja sonst einem Aktionär nicht verboten ist). Oder es kann in einen Mehrheitskonsortialvertrag die Klausel aufgenommen werden, daß sich die Konsorten verpflichten, weder publizistisch noch intern als Opposition aufzutreten. In manchen ABV werden zu Lasten der AG Lieferungs- oder Abnahmeverpflichtungen zugunsten von

N. 4 ff. zu Art. 19 OR und OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 6 ff. zu Art. 184–551 OR.

²¹ So schon STUBER S. 24 und die dort in Anm. 22 angeführte Literatur.

²² SIEGWART, Personenges., Vorbem. 2 und 3 zu Art. 530–551 OR; N. 49 zu Art. 530 OR.

Vertragspartnern oder Dritten mitvereinbart. Verträge unter den Aktionären von Familien-AGen im engeren oder im fiskalischen Sinn (*close corporations*) enthalten oft Bestimmungen, durch welche den Vertragspartnern oder ihren Familienangehörigen Anstellungen durch die AG zu bestimmten Bedingungen zugesichert werden, wobei oft eine bestimmte Relation der Salärbezüge festgesetzt wird. Da jeweils die AG als Lieferantin, Abnehmerin oder Arbeitgeberin vorgesehen ist, dürften diese Klauseln als Garantieverträge auszulegen sein. Bei AK mit einer Konsortialleitung enthält der Vertrag in bezug auf deren Stellung und Tätigkeit stets Elemente des Auftrags. Bei treuhänderischem Aktienbesitz kommen regelmäßig auch Elemente von Abstimmungsvereinbarungen im Treuhandvertrag vor²³. Vor allem aber enthalten die ABV mit stärkster Intensität der Bindung²⁴ zumeist (namentlich wenn statutarische Sicherungen nicht bestehen oder – wie bei Inhaberaktien – unmöglich sind) einen Hinterlegungsvertrag und Aufträge mit Vollmacht zur Vertretung der Aktien der Vertragspartner an den Generalversammlungen der AG. Regelmäßig ist den ABV, vor allem den AK, eine Schiedsgerichtsklausel angefügt, die bekanntlich prozeßrechtlicher Natur ist.

E. In den letztgenannten Fällen, bei denen mehrere, an und für sich selbständige Verträge miteinander verbunden werden, liegen aber nicht mehr gemischte, sondern zusammengesetzte Verträge²⁵ vor, bei denen die einem gesetzlichen Vertragstyp entsprechenden Teilverträge in ihrer Rechtsnatur nicht berührt werden. Für die gemischten Verträge sind dagegen aus den von MEIER-HAYOZ dargelegten Gründen gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB²⁶ für die Ver-

²³ Siehe § 15 lit. C b bb Anm. 37 (S. 268a).

²⁴ Vgl. § 4 Ziff. 7 lit. C (S. 187a).

²⁵ MEIER-HAYOZ SJK 1135, S. 2/3; OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 7 ff. zu Art. 184–551 OR.

²⁶ MEIER-HAYOZ SJK 1135, S. 4 ff.

tragsergänzung dieselben Grundsätze anzuwenden, wie sie vorn für Verträge eigener Art dargelegt wurden.

F. Im Anschluß an die zusammengesetzten Verträge sind vor allem noch die Verbindungen von Aktionärskonsortien mit der Aktiengesellschaft in Betracht zu ziehen²⁷. Äußerlich werden zwar der Schuldvertrag unter den Aktionären und die Statuten der AG regelmäßig, schon im Hinblick auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung der Beschlüsse über die Gründung der AG (Art. 637 und 638 OR) und über Statutenänderungen (Art. 647 OR), getrennt vorliegen. Innerlich kann aber durch die Koordinierung statutarischer Vorschriften, wie z.B. über die Vinkulierung von Namenaktien sowie über Vorkaufs- und Vorhandrechte, mit vertraglichen Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts eine enge Symbiose erzielt werden. Namentlich bei Familien-AGen im ursprünglichen und im fiskalischen Sinne (*close corporations*) kann die Verbindung mit ABV in Gesellschaftsform oder in Gestalt zweiseitiger Verträge in der Praxis so eng gestaltet werden, daß die vertraglich als Vorbereitung der Generalversammlung vorgesehenen Beschlüsse von den Vertragspartnern, die zugleich mit sämtlichen Aktionären identisch sind, der Einfachheit halber als Generalversammlungsbeschlüsse der AG behandelt werden²⁸. Die Vertragspartner können bei der Gründung einer Familien-AG geradezu vorsehen, «daß intern unter den Gesellschaftern das bisherige Kollektivgesellschaftsverhältnis weiter bestehen solle»²⁹, also ein in Amerika als «*incorporated partner-*

²⁷ Vgl. allgemein zu den Verbindungen von Personengesellschaften mit Körperschaften: SIEGWART, Personenges., Vorbem. 25–29 zu Art. 530–551 OR.

²⁸ Gleiche Feststellungen macht RUD. G. VON GRAFFENRIED in seinen noch unveröffentlichten Aufzeichnungen (vgl. § 11, Anm. 1).

²⁹ So in dem durch Urteil des Obergerichts des Kts. Aargau vom 12. Dezember 1949 entschiedenen Falle (SJZ Bd. 49, 1953, S. 295, sowie AGVE 1950, S. 55).

ship» bezeichnetes Rechtsverhältnis³⁰ vereinbaren. Trotz der praktischen Vermengung von Vertrag und AG ist in solchen Fällen nicht etwa ein neues Rechtsverhältnis *sui generis*, eine Mischform zu erblicken, «bei der dann also eventuell sogar zwingende Sätze sowohl des Körperschafts- wie des Gesellschaftsrechts ausgeschaltet wären»³¹, sondern es ist entsprechend den Grundsätzen über die zusammengesetzten Verträge davon auszugehen, daß der ABV einerseits und die AG andererseits durch solche Verbindungen in ihrer Rechtsnatur nicht berührt werden³².

§ 13

3. Zum internationalen Privatrecht der Aktionärbindungsverträge

Schließlich stellt sich bei ABV, die sich über das Gebiet der Schweiz hinaus erstrecken, so wenn schweizerische und ausländische Aktionäre, oder schweizerische Aktionäre einer ausländischen AG, oder ausländische Aktionäre einer schweizerischen AG an ihnen beteiligt sind, die Frage des internationalen Privatrechts nach der Anwendbarkeit schweizerischen oder ausländischen Rechts.

A. Nach der heute herrschenden Rechtsprechung des Bundesgerichts sind im Gebiete des internationalen Schuldrechts grundsätzlich «die Entstehung und Wirkung des Vertrages nach ein- und demselben Recht zu beurteilen, nämlich nach dem von den Parteien als maßgebend bezeichneten Recht, oder, mangels einer solchen Bezeichnung,

³⁰ BALLANTINE S. 423/24 und 780; vgl. § 9 lit. B Anm. 19 u. 21 (S. 221a).

³¹ SIEGWART, Personenges., Vorbem. 29 zu Art. 530–551 OR.

³² Vgl. dazu RGZ 101 S. 56 sowie WOLFGANG PREISER, Die verschleierte Umgestaltung von Kapitalassoziationen zu Personalverbänden, Diss. Frankfurt a.M. 1930, S. 40/41, und FRIEDRICH SCHÖNLE, Das Problem der Grundtypenvermischung im neuen Recht, Diss. Köln 1935, S. 50/51.

nach dem Recht des Landes, mit dem der Vertrag den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist» (BGE 78 II 74ff.). Dieser Zusammenhang «besteht in der Regel mit dem Recht des Landes derjenigen Partei, welche die charakteristische Leistung des in Frage stehenden Vertragsverhältnisses zu erbringen hat» (BGE 79 II 297/98 unter Verweisung auf frühere Entscheide).

B. Ohne weiteres ist es somit klar, daß auf ABV schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, wenn die Parteien es ausdrücklich oder stillschweigend im ABV vereinbart haben¹.

C. Beim Fehlen einer solchen Parteivereinbarung wird bei ein- und zweiseitigen ABV die Verpflichtung hinsichtlich der Ausübung eines Aktionärrechts die charakteristische Leistung sein. Es ist daher auf solche ABV das Recht des Landes des gebundenen Aktionärs anzuwenden. Sind bei einem zweiseitigen ABV beide Vertragspartner bei der Ausübung von Aktionärrechten der gleichen Gesellschaft gebunden und hat der eine von ihnen sein Domizil im gleichen Lande, dessen Recht die AG untersteht², so dürfte wohl der engste räumliche Zusammenhang mit diesem bestehen. Sonst ist das Personalstatut der AG für die rechtliche Beurteilung der mit ihr im Zusammenhang stehenden ABV nur insofern von Bedeutung, als sich die Aktionärrechte, deren Ausübung Gegenstand der ABV ist,

¹ So wandte ein schweizerisches Schiedsgericht mit Urteil vom 30. August 1957 auf einen zwischen schweizerischen Aktionären einer belgischen AG geschlossenen Konsortialvertrag gestützt auf die im Vertrag getroffene Rechtswahl schweizerisches Recht an.

² Über die Bestimmung des Personalstatus der AG vgl. BGE 80 II 59. Es stehen sich heute die ältere Lehre vom tatsächlichen Verwaltungssitz und die neuere Inkorporationstheorie gegenüber, die an das Recht des Ortes anknüpft, wo und nach dessen Recht die AG gegründet wurde. Praktisch kommen beide Auffassungen meistens zum gleichen Ergebnis, doch herrscht heute in der schweizerischen Rechtslehre die Inkorporationstheorie vor (Weiss Einl. N. 448, 449 u. 451, sowie die dort angegebene Literatur).

nach diesem Recht richten. Sofern z.B. das ausländische Recht «die Abgabe der Stimme eines durch einen Abstimmungsvertrag gebundenen Aktionärs für unzulässig erklären und einer solchen Abstimmung im Verhältnis zu der Gesellschaft die rechtliche Anerkennung versagen sollte», dann wäre nicht nur nach deutschem (BGB § 306), sondern auch nach schweizerischem Recht (Art. 20 Abs. 1 OR) zu erkennen, die AV sei «auf eine aus Rechtsgründen unmögliche Leistung gerichtet» und darum nichtig³.

D. Bei den als einfache Gesellschaften gestalteten ABV ist jedenfalls dann, wenn alle Gesellschafter in der Schweiz wohnen, schweizerisches Recht anwendbar, selbst wenn das AK sich auf eine ausländische AG bezieht. Schwieriger ist eine allgemeine Aussage über das anwendbare Recht, wenn die Gesellschafter in verschiedenen Ländern domiziliert sind. Weist das AK, wie das häufig zutrifft, eine Konsortialleitung auf, so wird das Recht ihres Sitzes als maßgebend betrachtet werden können, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei internationalen Kartellen⁴. Im übrigen ist nach den Verhältnissen des Einzelfalles zu ermitteln, mit welchem Land

³ RGZ Bd. 161 S. 300; vgl. auch § 14 lit. C e (S. 252a). Die vom Reichsgericht erwogene Möglichkeit könnte grundsätzlich z.B. bei einer Vereinbarung über die Ausübung des Stimmrechts in einer französischen AG in Frage kommen. Nach Solus N. 318 (S. 285) bewirkt eine die freie Ausübung des Stimmrechts behindernde Klausel nach dem *décret-loi* von 1937 zwar nicht automatisch die Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses als solchen, wohl aber die Ungültigkeit der in Erfüllung der AV abgegebenen Stimmen. Diese sind also vom Abstimmungsergebnis abzuziehen. Verbleibt dann immer noch eine genügende Stimmenzahl für die erforderliche Mehrheit, so bleibt der Beschluß gültig, während er andernfalls nicht zustandegekommen ist.

⁴ BGE 78 II 148/49; im gleichen Sinne RUD. G. VON GRAFFENRIED in seinem Referat von 1957 vor der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht. Ähnlich ferner A. F. SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, 2. Bd., 4. A., Basel 1958, S. 748/49.

das AK den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist, wie z.B. auf Grund des Abschlusses des Konsortialvertrags in der Schweiz und der ausdrücklichen Wahl eines schweizerischen Gerichtsstandes bzw. Bezeichnung einer schweizerischen Instanz zur subsidiären Ernennung von Schiedsrichtern⁵. Aus praktischen Gründen dürfte es sich daher bei AK empfehlen, im Konsortialvertrag das anwendbare Recht zu vereinbaren.

II. Die Rechtsgültigkeit der Aktionärbindungs-Verträge

§ 14

1. Die Rechtsgültigkeit der Aktionärbindungs-Verträge im allgemeinen

A. Grundsätzlich maßgebend dafür, unter welchen Bedingungen ABV gültig zustandekommen können, sind die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Entstehung der Schuldverträge (Art. 1–40). Soweit sie den Vertragsabschluß (Art. 6 ff. OR), die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) sowie die besonderen Verhältnisse bei abstrakten Schuldverpflichtungen (Art. 17 OR), Simulation (Art. 18 OR) und Stellvertretung beim Vertragsabschluß (Art. 32 ff. OR) betreffen, bestehen bei den ABV keine Besonderheiten gegenüber anderen Schuldverträgen. Zu erörtern ist lediglich, welchen Anforderungen die ABV hinsichtlich der Form (Art. 11 ff. OR) und des Inhalts (Art. 19 ff. OR) zu genügen haben, um gültig zustande zu kommen.

B. Eine besondere Form der ABV wäre für ihre Gültigkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 OR nur dann erforderlich, wenn das Gesetz eine solche für sie vorschriebe. Soweit die ABV einem gesetzlichen Vertragstypus, nämlich der einfachen Gesellschaft, entsprechen, besteht für sie keine Formvorschrift. Da sie, wie in § 12 dargelegt, im übrigen gesetz-

⁵ Vgl. SIEGWART, Personenges., Vorbem. 129–131 zu Art. 530–551 OR.

lich nicht geregelte Verträge eigener Art (*sui generis*) darstellen oder Elemente gemischter Verträge bilden, unterliegen sie keinen gesetzlichen Formvorschriften, entsprechend dem in Art. 11 Abs. 1 OR verankerten Grundsatz der Formfreiheit¹.

Soweit allerdings in zusammengesetzten Verträgen, welche in der Praxis besonders häufig in der Weise vorkommen, daß mit einem ABV eine Schiedsgerichtsklausel verbunden wird, für den einen der verbundenen Verträge eine Formvorschrift besteht, ist sie jedenfalls für diesen zu beachten. So bedürfen Schiedsgerichtsklauseln nach den schweizerischen Zivilprozeßrechten im allgemeinen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform². Wird in einem ABV im Zusammenhang mit der Regelung der Folgen des Todes eines Vertragspartners für das Vertragsverhältnis (vgl. darüber die Ausführungen unter V) vorgesehen, daß nicht die gesetzlichen Erben kraft Universalsukzession in das Vertragsverhältnis eintreten sollen, sondern dafür eine andere Erbfolge maßgebend sein soll, so bedarf eine solche Anordnung zu ihrer Gültigkeit der Form einer letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrages. Ferner ist gemäß Art. 689 Abs. 3 OR bei Namenaktien zur Vertretung des Aktionärs an der Generalversammlung (und Stimmabgabe) eine schriftliche Vollmacht erforderlich. Soweit in einem ABV die Vertretung der Vertragspartner an der Generalversammlung z.B. durch die Konsortialleitung vereinbart ist, muß – sofern es sich um Namenaktien handelt – dem Erfordernis der Schriftlichkeit der Vollmacht sei es durch die Vertragsurkunde selbst, sei es durch besondere Vollmachtsurkunden nachgelebt werden.

Im übrigen sind aber die aktienrechtlichen Formvorschriften für die Gültigkeit der ABV ohne Bedeutung, da

¹ V. TUHR S. 206 (V. TUHR/SIEGWART S. 221); OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 zu Art. 11 OR; BECKER N. 1 zu Art. 11 OR; ARTHUR MEIER-HAYOZ SJK 1134, S. 2.

² MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. A., Zürich 1958, S. 578, insbes. Anm. 27 u. S. 212.

es sich ja um Schuldverträge außerhalb der AG handelt, die lediglich die Ausübung von Aktionärrechten zum Inhalt haben³.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß ABV gültig in formloser Weise, insbesondere also auch mündlich und sogar stillschweigend durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden können. Praktisch überwiegt allerdings bei weitem die Schriftform, vor allem bei den Konsortialverträgen, und zwar als Beweismittel⁴, wie auch als vertraglich gemäß Art. 16 OR vorbehaltene Schriftform⁵.

C. Für den Inhalt der ABV sind im vorliegenden Zusammenhang – grundlegend – zunächst nur Art. 19 und 20 OR von Bedeutung, da hinsichtlich der mit einer allfälligen Übervorteilung eines Vertragspartners oder des Abschlusses eines Vorvertrages (Art. 21 und 22 OR) verknüpften Fragen bei den ABV keine Besonderheiten bestehen.

Nach Art. 19 Abs. 1 OR gilt die Vertragsfreiheit bezüglich des Inhalts auch bei den gesetzlich geregelten Verträgen nur innerhalb der Schranken des Gesetzes. Wie Art. 19 Abs. 2 OR näher erläutert, sind in erster Linie die zwingenden Gesetzesvorschriften zu beachten; darüber hinaus aber dürfen Verträge nicht gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstoßen. Damit übereinstimmend erklärt Art. 20 Abs. 1 OR jeden Vertrag, der einen widerrechtlichen oder unmöglichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, als nichtig. Prüft man die rechtliche Zulässigkeit der ABV nach diesen Grundsätzen, so ergeben sich folgende allgemeine Feststellungen⁶:

³ In diesem Sinne schon ZLUHAN S. 86/87.

⁴ Auch der neuerdings für das italienische Recht von der durch GUIDO RAFFAELLI präsierten Kommission gemachte Gesetzesvorschlag sieht die Schriftform nur als Beweiserfordernis vor. Vgl. § 7, S. 209a, insbes. Anm. 29.

⁵ Etwas zu allgemein STUBER S. 31.

⁶ Die nachfolgende, Art. 19 und 20 OR zugleich umfassende

a) Zwingendes Gesetzesrecht, das auf den Inhalt von Verträgen über die Ausübung von Aktionärrechten anzuwenden ist, liegt einerseits in den zwingenden Vorschriften des allgemeinen Teils des OR über die Schuldverträge, sowie der Einleitung des ZGB vor. Auf sie ist – mit Ausnahme des in Art. 2 ZGB verankerten Gebots des Handelns nach Treu und Glauben sowie des Persönlichkeitschutzes gemäß Art. 27 und 28 ZGB, die beide auf ungeschriebenes Recht verweisen – hier nicht weiter einzugehen, da sie keine Besonderheiten bezüglich der ABV enthalten. Inwiefern ABV unter gewissen Voraussetzungen gemäß Art. 2 Abs. 2 ZGB wegen Rechtsmißbrauchs keinen Rechtsschutz finden oder das Recht der Persönlichkeit verletzen, wird nachfolgend unter lit. c und d sowie in den §§ 15 und 16 bei der Erörterung der Abstimmungsvereinbarungen im besonderen und des Minderheitenschutzes in der AG zu berücksichtigen sein. Dagegen erscheinen ABV allgemein und an sich betrachtet keineswegs als rechtsmißbräuchlich, sondern als grundsätzlich zulässige Anwendungen der Vertragsfreiheit hinsichtlich der den Aktionären vom Gesetz und den Statuten eingeräumten Rechte. Soweit es sich um gesellschaftsrechtliche ABV handelt, unterstehen sie ferner den für einfache Gesellschaften zwingenden Vorschriften⁷. Bei diesen geht es namentlich um Art. 546 OR über die Kündbarkeit der auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossenen Gesellschaftsverträge⁸ und Art. 545 Ziff. 7 OR über die Auflösung aus wichtigem Grunde⁹, die bei solchen ABV

Systematik entspricht jener v. TUHRS S. 219 ff. (v. TUHR/SIEGWART S. 235 ff.)

⁷ Vgl. darüber SIEGWART, Personenges., Vorbem. 105 zu Art. 530–551 OR.

⁸ SIEGWART N. 20 zu Art. 545/547 OR; BECKER N. 1 zu Art. 546 OR.

⁹ SIEGWART N. 25 zu Art. 545/547 OR u. Vorbem. 105 zu Art. 530–551 OR; BECKER N. 22 zu Art. 545 OR (der jedoch nur eine allgemeine Ausschließung der Berufung auf wichtige Gründe für unzulässig hält).

von erheblicher Bedeutung sind und auf die im Zusammenhang mit der Dauer und Beendigung der ABV¹⁰ zurückzukommen sein wird. Da im übrigen, wie bereits in § 12 lit. B (S. 233a) festgestellt wurde, bei keinem der gesetzlichen ein- oder zweiseitigen Vertragstypen die Ausübung von Aktionärrechten als solche den Leistungsinhalt bildet, bestehen darüber weder nachgiebige noch zwingende Gesetzesvorschriften.

b) Einen widerrechtlichen Inhalt haben ABV jedenfalls nicht in dem Sinne, daß das vom Schuldner (gebundener Aktionär) versprochene Verhalten in einem gesetzwidrigen, insbesondere strafbaren Handeln bestünde. Dies gilt sowohl für die Bindungen hinsichtlich des freien Verfügungsrechts über die Aktie, als auch der Ausübung des Stimmrechts oder der übrigen Aktionärrechte. Insbesondere fehlt im schweizerischen Recht eine Strafbestimmung über den Stimmenkauf hinsichtlich des Stimmrechts von Aktionären, wie sie z.B. in den §§ 299 und 300 des deutschen Akt.G. enthalten sind. Denn Art. 168 des schweizerischen StGB betrifft nur den strafbaren Stimmenkauf, der im Zusammenhang mit einem Konkurs- oder Nachlaßverfahren begangen wird. Diese Bestimmung kann nach strafrechtlichen Grundsätzen nicht ausdehnend auch auf den Stimmenkauf im Aktienrecht angewendet werden. Trotzdem ist der Stimmenkauf in bezug auf das Aktionärstimmrecht in der Schweiz zivilrechtlich nichtig, wie noch darzutun sein wird¹¹.

Das schweizerische Recht kennt auch keine Bestimmung, durch welche der Abschluß von Verträgen über die Ausübung von Aktionärrechten oder gewisser Arten von solchen (wie insbesondere der Abstimmungsvereinbarungen) verboten oder ungültig erklärt würde¹², wie das im fran-

¹⁰ Vgl. hinten § 22 (S. 338a und 345a).

¹¹ Vgl. hinten lit. d aa (S. 250a) u. § 15 (S. 269a f.).

¹² So schon NAHRAT S. 103; KOEBEL S. 35; Stuber S. 92; MOSER S. 74; PATRY S. 219.

zösischen Recht gemäß Art. 10 des *décret-loi* vom 31. August 1937¹³ für die Klauseln zutrifft, welche die Stimmfreiheit in den Generalversammlungen beeinträchtigen.

Dagegen enthält das Aktienrecht eine Anzahl von Bestimmungen, die sich zwar nicht direkt gegen den Abschluß von ABV richten, deren Zweck aber unter Umständen durch solche vereitelt werden kann. Das muß auch für die namentlich im Gebiete des Minderheitenschutzes wichtigen Sätze des ungeschriebenen Aktienrechts gelten. In solchen Fällen stellt sich die Frage

c) der Gesetzesumgehung. Das *salvis verbis sententiam legis circumvenire* stellt einen Fall des Rechtsmißbrauchs dar und findet daher, wie auch die Umgehung statutarischer Vorschriften, gemäß Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz. Dabei ist aber zu beachten, daß dann keine Gesetzesumgehung vorliegt, wenn sich das gesetzliche Verbot nicht gegen den von den Vertragsparteien (hier eines ABV) erstrebten Erfolg, sondern nur auf den vom Gesetz genannten Fall beschränkt¹⁴. Entsprechend muß das auch für die Umgehung von Statuten gelten. Die Bedeutung, welche der Ungültigkeit der eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung umgehenden ABV zukommt, erhellt aus dem vom Bundesgericht ausgesprochenen Satze: «Wenn nicht ein Umgehungsgeschäft vorliegt, ist jeder Aktionär frei, nach den Wünschen eines Dritten zu stimmen»¹⁵. Es wird darauf im § 15 bei Behandlung der Gültigkeit der AV zurückzukommen sein. Im Zusammenhang mit Vereinbarungen über die Ausübung von Rechten, die dem Aktionär eindeutig in seinem Individualinteresse durch Gesetz oder Statuten eingeräumt sind, wie insbesondere das Recht auf freie Verfügung über die Aktie (soweit die Statuten es gewähren; vgl. Art. 627 Ziff. 8 und

¹³ Vgl. den Wortlaut dieser französischen Bestimmung in § 6, Anm. 19 (S. 199a).

¹⁴ v. TUHR S. 222 (v. TUHR/SIEGWART S. 238/39).

¹⁵ BGE 81 II 542 (Erw. 4 am Ende).

684 OR), das Bezugsrecht für neue Aktien (Art. 652 OR) und Genußscheine (Art. 657 OR) sowie auf Dividende (Art. 675 OR) stellt sich die Frage der Umgehungsgeschäfte nicht. Es ergibt sich aus dem Wesen dieser Rechte, daß der Aktionär sie in seinem alleinigen Interesse ausüben und sich daher auch hinsichtlich dieser Ausübung verpflichten kann. ABV dieser Art, insbesondere reine Sperrkonsortien, wie die *sindacati di blocco* nach italienischem und die *syndicats de blocage* im engeren Sinne nach französischem Recht, sind denn auch sogar in den erwähnten Rechtsgebieten, die den ABV kritisch gegenüber stehen, in ihrer Gültigkeit unbestritten¹⁶. Fragen der Ungültigkeit im allgemeinen und der Gesetzes- oder Statutenumgehung ergeben sich einzig bei ABV, die sich auf die Ausübung von Rechten beziehen, bei denen die Auffassungen auseinander gehen, ob und allenfalls wie weit sie dem Aktionär in seinem Individual- oder im Sozialinteresse der AG zustehen. Es handelt sich dabei um die sog. Herrschaftsrechte des Aktionärs, und unter ihnen vor allem um das Stimmrecht (Art. 692 OR), sowie die mit seiner Ausübung zusammenhängenden Rechte auf Teilnahme oder Vertretung an der Generalversammlung (Art. 692 Abs. 1 und 2 OR). Da der Stellungnahme zur Gültigkeit solcher ABV, insbesondere der Abstimmungsvereinbarungen, mit Rücksicht auf aktienrechtliche Vorschriften einige grundsätzliche Betrachtungen über das Verhältnis des Aktionärs zur AG und zu den Mitaktionären vorzuschicken sind, rechtfertigt sich eine gesonderte Behandlung dieser Fragen (in § 15).

d) Die guten Sitten, welche dem Inhalt von Verträgen über die Ausübung von Aktionärrechten Grenzen setzen, stellen das ungeschriebene Recht dar, welches einerseits die Persönlichkeit (Art. 27 ZGB) und anderseits die öffentliche Ordnung schützt¹⁷. Die von der Rechtsprechung und

¹⁶ Vgl. § 6, Anm. 35 (S. 202a) u. § 7 vor Anm. 7 (S. 205a f.).

¹⁷ EGGER, Personenrecht, N. 22 zu Art. 27 ZGB; FELIX WIGET,

Rechtslehre über den unsittlichen Vertrag entwickelten Grundsätze sind auch auf die ABV anzuwenden. Soweit die Rechtsgültigkeit von Abstimmungsvereinbarungen in Frage steht, wird darauf aus den schon genannten Gründen in § 15 gesondert eingegangen. Im übrigen ergibt sich aus den erwähnten Grundsätzen¹⁸ bei Anwendung auf die ABV:

aa) Unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung spricht grundsätzlich nichts gegen die Zulässigkeit der ABV. Insbesondere ist ihr Inhalt, die Verpflichtung hinsichtlich der Ausübung von Rechten, die einem Aktionär nach der Rechtsordnung zustehen, nichts Unsittliches.

Dagegen können ABV, insbesondere AV, im Einzelfall Verabredungen darstellen, «welche geeignet sind, das allgemeine Vertrauen, auf welches der Verkehr angewiesen ist, zu untergraben»¹⁹. Demgemäß sind namentlich entgeltliche ABV daraufhin zu prüfen, ob nicht ein Schmiergeldversprechen vorliege, das ungültig wäre²⁰. Dabei erscheint insbesondere der Stimmenkauf, der sich auf Aktionärstimmen bezieht, auch nach schweizerischem Recht als zivilrechtlich ungültig²¹.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten wegen des Übermaßes der rechtlichen Bindung betrifft die

bb) Schranken des Persönlichkeitsrechtes. Ihrem Wesen nach können ABV nur die Freiheit der wirtschaftlichen Persönlichkeit tangieren. An und für sich wird diese Freiheit durch frei zustandegewonnene

Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung, Diss. Zürich 1939, S. 114 und 141 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ SJK 1134, S. 3.

¹⁸ Vgl. über sie v. TUHR S. 223 ff. (v. TUHR/SIEGWART 239 ff.); OSER/SCHÖNENBERGER N. 11–13 zu Art. 19 und N. 27–44 zu Art. 20 OR; BECKER N. 24–69 zu Art. 19 OR; EGGER, Personenrecht, N. 15 ff. zu Art. 27 ZGB, insbes. N. 26, 35 u. 36.

¹⁹ EGGER, Personenrecht, N. 26 zu Art. 27 ZGB.

²⁰ OSER-SCHÖNENBERGER N. 35 zu Art. 20 OR; EGGER, Personenrecht, N. 26 zu Art. 27 ZGB.

²¹ Siehe § 15 C c aa (S. 269a f.), insbesondere die dort in Anm. 40 angegebene Literatur.

Vereinbarungen über die Ausübung von Rechten, welche die Rechtsordnung dem Aktionär gewährt, nicht berührt.

Im Einzelfall kann allerdings durch einen ABV eine übermäßige Bindung eines Vertragspartners bewirkt werden. Was eine derartige Übermäßigkeit der Bindung infolge allzulanger Vertragsdauer anbelangt, wird darauf im Zusammenhang mit der Beendigung der ABV, insbesondere bei Dauerverhältnissen (unter V) zurückzukommen sein. Im übrigen läge ein sittenwidriger ABV z.B. dann vor, wenn durch eine einseitige Bindung hinsichtlich der Ausübung von Aktionärrechten ein Vertragspartner der Willkür des andern ausgeliefert würde, wie das insbesondere bei gewissen AV im Sinne von § 3 Ziff. 1 lit. A a (S. 174a) zutreffen könnte. Denkbar wäre auch, daß z.B. ein ABV stärkster Intensität im Sinne von § 4 Ziff. 7 lit. C (S. 187a), zumal wenn er noch mit weiteren Verpflichtungen wie z.B. Konkurrenzklauseln (vgl. § 12 lit. D, S. 237a), sowie mit der Vinkulierung von Namenaktien verbunden ist und die vom Vertrag umfaßten Aktien praktisch das ganze Vermögen des Aktionärs darstellen, durch seinen Umfang die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners gefährden könnte. Ein solcher ABV, der die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines Vertragspartners aufheben oder derart einengen würde, daß die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wären, müßte als sittenwidrig und daher nichtig erachtet werden²². Das träfe gemäß Art. 28 Abs. 1 ZGB auch dann zu, wenn durch einen ABV die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines am Vertrag unbeteiligten Mitaktionärs oder Dritten, sowie

²² Vgl. EGGER, Personenrecht, N. 35 zu Art. 27 ZGB und BGE 51 II 300 ff.; ferner das von FRIEDLÄNDER, Konzernrecht (1. A., S. 154; 2. A., S. 87) angegebene Beispiel: «Das Vorstandsmitglied, das zugleich Aktionär ist, bindet mit Wirkung für seine Erben den Aktienbesitz. Die Witwe besitzt außer den Aktien kein weiteres Vermögen; eine Genehmigung zur Veräußerung wird ihr von der Mehrheit des Konsortiums nicht erteilt. Hier liegt die Unsittlichkeit weniger in der langen Bindung als in der Handhabung.»

insbesondere der mit dem ABV im Zusammenhang stehenden Aktiengesellschaft bezweckt oder bewirkt würde²³. Denn auch die AG genießt als juristische Person gemäß Art. 53 ZGB den Schutz ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit²⁴.

e) Einen unmöglichen Inhalt im Sinne objektiver Unmöglichkeit, der ihre Nichtigkeit gemäß Art. 20 OR bewirken würde, haben die ABV ihrem Wesen nach nicht.

Auch hier wäre die Nichtigkeit aus diesem Grunde im Einzelfalle denkbar. So läge nach schweizerischem Recht ebenfalls Nichtigkeit einer AV vor, wenn diese sich auf die Ausübung des Stimmrechts in einer ausländischen AG bezöge, nach dem für diese maßgebenden ausländischen Recht die Stimmabgabe eines derart gebundenen Aktionärs aber ungültig wäre. Denn in diesem Falle wäre die AV – wie auch das Reichsgericht nach deutschem Recht entschieden hat²⁵ – «auf eine aus Rechtsgründen unmögliche Leistung gerichtet».

f) Zusammengefaßt ist festzuhalten, daß die ABV nach schweizerischem Recht grundsätzlich zulässig und gültig sind, weil sie unter keinem Gesichtspunkt allgemein, ihrem Wesen nach als Verträge erscheinen, welche entsprechend ihrem Inhalt gegen die Schranken des Gesetzes oder des ungeschriebenen Rechtes verstoßen. Nur in Einzelfällen steht ihre Gültigkeit unter den soeben dargelegten besonderen Voraussetzungen in Frage. In diesem Sinne ist auch die Gültigkeit der AV und der die Rechte von Minderheiten in der AG berührenden ABV in den §§ 15 und 16 näher zu prüfen.

²³ Vgl. EGGER, Personenrecht N. 36 zu Art. 27 sowie N. 63, 64 und 67 zu Art. 28 ZGB; OSER/SCHÖNENBERGER N. 14, 40 und 44 zu Art. 41 OR; v. TUHR S. 328/29 (v. TUHR/SIEGWART S. 352/53).

²⁴ Vgl. EGGER, Personenrecht N. 12 zu Art. 53 ZGB, allerdings eingeschränkt in N. 17 zu Art. 53 ZGB. Ablehnend zu dieser letztgenannten Kommentarstelle: HANS MAURER, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Personen bei Konzern und Kartell, Diss. Zürich 1953, S. 56 ff. (Vgl. hier auch S. 74 f. und 144 f.).

²⁵ RGZ 161 S. 300; vgl. auch § 13 lit. C (S. 242a).

§ 15

2. Die Rechtsgültigkeit
der Abstimmungsvereinbarungen

A. Grundsätzlich sind auch für die Verträge über die Ausübung des Aktionärstimmrechts, wie für alle ABV, die Gültigkeitsvoraussetzungen des Vertragsrechts im allgemeinen, wie sie in § 14 behandelt wurden, maßgebend. Die besondere Problematik der AV ergibt sich, wie dargelegt wurde¹, aus der durch das Aktienrecht bestimmten Bedeutung des Stimmrechts der Aktionäre, dessen Ausübung Gegenstand der ABV bildet. Denn im Gegensatz zu den ABV, welche sich auf die Ausübung von Vermögensrechten des Aktionärs beziehen, wie vor allem die Verfügungsbindungen, ist bei den Abstimmungsvereinbarungen (AV) die Ausübung persönlicher Mitgliedsrechte, der sog. Herrschafts- oder Organschafts-² oder Mitverwaltungsrechte³ Vertragsgegenstand. Während nun die Vermögensrechte dem Aktionär eindeutig in seinem Individualinteresse zustehen, stellt sich bei den Herrschaftsrechten, vor allem beim Stimmrecht, die Hauptfrage, ob das Aktienrecht deren Ausübung dem Aktionär in seinem Individualinteresse allein erlaube, oder ob – und in welchem Umfange – ihm diese als Funktion im Sozialinteresse der AG übertragen seien. In diesem Sinne rühren die Abstimmungsvereinbarungen an die Grundlagen der Aktiengesellschaft. Die unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen der Aktiengesellschaft und über die Rechtsstellung des Aktionärs in den verschiedenen Ländern ziehen auch die abweichende Beurteilung der Abstimmungsvereinbarungen nach sich⁴. Diese Grundeinsicht rechtsvergleichend im einzelnen darzulegen, würde in diesem Zu-

¹ Vgl. § 14 lit. C c (S. 249a).

² WIELAND K. II. S. 185; BÜRGI Vorbem. 7 zu Art. 660–698 OR.

³ u.a. SIEGWART, Aktienrecht N. 37 zu Art. 646 OR.

⁴ HOUIN hat das in seiner Zusammenfassung vor der Association Henri Capitant (S. 212/13) eindrücklich hervorgehoben.

sammenhang zu weit führen. Darum beschränkt sich die folgende Darstellung darauf, aus den heute im schweizerischen Recht herrschenden Grundauffassungen über die AG und die Rechtsstellung der Aktionäre, insbesondere das Wesen ihres Stimmrechts, die Folgerungen für die Grenzen der Gültigkeit von Abstimmungsvereinbarungen zu ziehen. Sinngemäß gelten diese Grenzen in der Regel auch für Vereinbarungen über die Ausübung anderer Herrschaftsrechte der Aktionäre, welche Gegenstand von ABV bilden, insbesondere des Rechts auf Teilnahme oder Vertretung an der Generalversammlung.

B. Wesen und Bedeutung des Stimmrechts (wie auch der übrigen Herrschaftsrechte) der Aktionäre werden maßgeblich durch den Charakter der AG als Kapitalgesellschaft bestimmt.

Als Kapitalgesellschaft wird die AG vom *intuitus pecuniae* beherrscht, im Gegensatz zu den Personengesellschaften, bei denen der *intuitus personae* maßgebend ist⁵. Das Gesetz (Art. 680 Abs. 1 OR) beschränkt die Verpflichtungen des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft auf die rein pekuniäre der Liberierung der gezeichneten Aktien und erklärt weitergehende mitgliedschaftliche Pflichten des Aktionärs als unzulässig⁶. Insbesondere kann darum auch nicht der Aktionär durch die Statuten zur Ausübung seiner Herrschaftsrechte, also namentlich nicht zur Teilnahme an den Generalversammlungen gezwungen oder die Stimmpflicht eingeführt werden⁷. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften, zur Genossenschaft und zu den Verei-

⁵ Vgl. hiezu BOURCART, speziell S. 515, und CAMERLYNCK, insbes. S. 12 ff.

⁶ BÜRGI N. 2 und 11 ff. zu Art. 680 OR; FUNK N. 5 zu Art. 620 OR (S. 155); F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft, S. 144 ff. und 194; WEISS Einl. N. 122 und 126/27; WIELAND K. II S. 243 ff.

⁷ BÜRGI N. 11 zu Art. 688 und N. 4 zu Art. 692 OR sowie dort angegebene Literatur zur Frage des Stimmzwanges; FUNK N. 2 zu Art. 689 OR (S. 314); F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft, S. 194; MOSER S. 42 ff.; WIELAND K. II S. 248.

nen kann sich also bei der Aktiengesellschaft das Mitglied, der Aktionär, an den gemeinsamen Angelegenheiten völlig desinteressieren, ohne daß er damit seine Rechtspflichten verletzen würde.

Auch die Treuepflicht des Aktionärs, die in Deutschland und in der Schweiz seit den dreißiger Jahren von mehreren Autoren⁸ postuliert wurde, soll nach der überwiegenden Auffassung nicht die positiven Mitgliedschaftspflichten des Aktionärs zur Verpflichtung erweitern, aktiv zur Förderung des Gesellschaftszweckes beizutragen, sondern nur eine Unterlassungspflicht darstellen⁹. Der Aktionär soll in Erfüllung dieser Treuepflicht «bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte alles unterlassen, was eine Hintansetzung des Gesellschaftszweckes hinter die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen zum Schaden der Minderheitsaktionäre bedeutet»¹⁰. Die Vertreter der Treuepflicht des Aktionärs stützen sich dabei theoretisch vor allem auf den von WIELAND verfochtenen Gedanken, daß auch in der reinen Kapitalgesellschaft doch

⁸ WIELAND K. II S. 243 und 248/49; ERNST HEYMAN in der Festgabe für Wieland (1934) S. 230 f.; DORPALEN (1936), der sich S. 24/25 in Anm. 62 insbesondere auch mit den Abstimmungsvereinbarungen befaßt; ROBERT HAAB, Vorträge (1937) S. 29; FROMER in ZSR n. F. Bd. 58 (1939) S. 210 ff.; SCHAFFNER (1940) S. 103 ff. (zurückhaltend); HANS FILBINGER, Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht, Berlin 1942, S. 100 ff., bes. 117 ff.; GLOOR (1942) S. 108 ff.; MAX BEER, Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, Diss. Bern 1944, S. 13–16; PEYER (1944) S. 105 ff.; BENZ (1947) S. 8 ff. (der im übrigen nur die Treuepflicht bei den Personengesellschaften behandelt, S. 6); WILFRIED BERTSCH, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, S. 85 ff.; SIEGWART, Aktienrecht, N. 32 zu Art. 620 OR (einschränkend); FUNK N. 5 zu Art. 620 OR.

⁹ Als Ausnahme postuliert GLOOR (S. 127 f.) im Zusammenhang mit der Sabotierung von Beschlußfassungen, für die eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, eine positive Treuepflicht, die auf eine Stimmpflicht in solchen Fällen hinausläuft.

¹⁰ FROMER a.a.O. S. 215/16.

gesellschaftliche Elemente wirksam seien¹¹. In der Schweiz berufen sie sich darauf, diesem Gedanken sei bei der Revision des OR von 1936 durch Art. 736 Ziff. 4 grundsätzlich Rechnung getragen worden, denn als wichtiger Grund zur Auflösung der AG komme «vornehmlich gesellschaftswidriges Verhalten einzelner Aktionäre in Betracht»¹².

Die damit aufgeworfene Frage, ob die AG ihrem Wesen nach eine Gesellschaft, also letzten Endes ein vertragliches Gebilde darstelle, oder aber eine Körperschaft mit anstaltlichem Einschlag¹³, ist umstritten und kann in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden¹⁴. Erwähnt sei immerhin, daß das schweizerische Bundesgericht 1941 den Rechtsgrund der Auflösung der AG aus wichtigen Gründen (Art. 736 Ziff. 4 OR) nicht in der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, sondern im Rechtsmißbrauch (Art. 2 ZGB) erblickte (BGE 67 II 165), dann aber 1943 erklärte, die AGen seien in ihrem Kern Gesellschaften (BGE 69 II 248), und schließlich im Jahre 1954 entschied, aus der Rechtsnatur der AG als juristischer Person ergebe sich, daß der Aktionär in seiner Eigenschaft als solcher der Gesellschaft nicht als Vertragschließender gegenüberstehe, sondern die beidseitigen Pflichten und Rechte jedenfalls dem Grundsatz nach wesentlich körperschaftliche seien (BGE 80 II 269). Die Frage, ob eine Treuepflicht des Aktionärs vertraglicher oder vertragsähnlicher Art bestehe, wurde in dieser letzten Entscheidung offen gelassen. Die korporationsrechtliche Grundlage der AG, die nach unserem Recht eben eine juristische Person ist, darf

¹¹ WIELAND K. II S. 243; FROMER a.a.O. S. 211; DORPALEN S. 2 ff.

¹² FROMER a.a.O. S. 210/11 und 228 ff.; im gleichen Sinne HAAB, Vorträge S. 29/30.

¹³ SIEGWART, Aktienrecht Einl. N. 19.

¹⁴ Vgl. darüber WEISS Einl. N. 55–58, und ausführlich W. v. STEIGER, Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, in ZBJV Bd. 91 bis (1955) S. 349 ff., mit zahlreichen Literaturhinweisen, auch über die französische «théorie institutionnelle» der AG.

jedenfalls nicht übersehen werden¹⁵. Vor allem ist bei den (nach der Zahl der Aktionäre) kleinen und mittleren AGen, die immer wieder bei der Beweisführung für die Gesellschaftsnatur der AG und für das Bestehen einer besonderen, vertraglichen Treuepflicht des Aktionärs herangezogen werden, daran zu denken, daß sie vom Leitbild des Gesetzgebers aus gesehen atypische Gebilde darstellen. Zudem ist gerade in diesem Zusammenhang nicht zu übersehen, daß unter den Aktionären solcher AGen sehr häufig persönliche Bindungen auf Grund von ABV bestehen, die in das Leben der AG hineinwirken, aber von den aktienrechtlichen Beziehungen klar zu unterscheiden sind¹⁶.

Auch ohne daß deswegen gesellschaftsvertragliche Züge der AG rundweg abgesprochen werden oder die persönlichen Beziehungen der Aktionäre bei der Auflösung der AG aus wichtigen Gründen (Art. 736 Ziff. 4 OR, vgl. Anm. 16 hiavor) unberücksichtigt bleiben müßten, wird heute in der Schweiz und in Deutschland eine Treuepflicht der Aktionäre überwiegend abgelehnt, soweit darunter eine besondere Verpflichtung wie bei den Personengesellschaften verstanden wird und nicht nur die allgemeine Rechts-

¹⁵ WEISS Einl. N. 58; SIEGWART, Aktienrecht Einl. N. 91.

¹⁶ In BGE 84 II 50 wurde allerdings bei der Beurteilung der Frage, ob wichtige Gründe i. S. von Art. 736 Ziff. 4 OR zur Auflösung einer AG bestünden, den persönlichen Beziehungen der Aktionäre entscheidende Bedeutung beigelegt und erklärt: Das Verhalten von Mehrheitsaktionären, die zu ihrem eigenen Nutzen oder zu dem ihnen nahestehender Personen oder Gesellschaften das Vermögen der AG jahrelang unter völliger Mißachtung der legitimen Interessen verwaltet hätten, sei je nach den Umständen verschieden zu würdigen. Im vorliegenden Falle wiege es besonders schwer, «vu notamment qu'il s'agit d'une petite société anonyme, dont les actionnaires ont quasi nécessairement des relations personnelles.» Die Frage der Treuepflicht blieb indessen unerwähnt. Das entspricht durchaus dem Kerngedanken dieses Entscheides, der den Auflösungsgrund für die AG nicht in der Zerstörung des Vertrauensverhältnisses unter den Aktionären erblickt, sondern in dem gegen die Zwecke der AG verstoßenden Verhalten der Mehrheitsgruppe.

pflicht, in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 ZGB; §§ 242 und 826 BGB). Insbesondere bildet nach herrschender Auffassung das allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauchs die bessere Grundlage für den Minderheitenschutz in der AG als die Konstruktion einer Treuepflicht des Aktionärs, die dem Grundsatz widerspricht, die Aktionäre nicht über die Leistung der Einlage hinaus in irgendwelcher Weise zu verpflichten oder durch die Statuten verpflichten zu lassen¹⁷.

Diese Auffassung, die auf dem Wesen der AG als Kapitalgesellschaft beruht, steht auch im Einklang mit der Stellungnahme des Gesetzgebers zur Frage der Stimmrechtsbeschränkungen. Nachdem vor allem EGGER¹⁸ nachgewiesen hatte, daß die Stimmrechtsbeschränkungen wegen Interessenkollision der inneren Berechtigung entbehren, folgte ihm auch der Gesetzgeber von 1936 und ließ insbesondere den Stimmrechtsausschluß des Apportanten bei der Beschlußfassung über die eingebrachten Vermögenswerte (Art. 619 Abs. 4 aOR) bewußt fallen¹⁹. Damit steht nicht im Widerspruch, daß das geltende Recht die Ausübung des Stimmrechts noch in zwei Fällen ausschließt, für die an der Geschäftsführung beteiligten Personen beim

¹⁷ GOLDSCHMIDT S. 33 Anm. 17, S. 34 und S. 40, sowie in SJZ Bd. 37 (1940/41) S. 223; EHRBAR (1941) S. 92–95; W. v. STEIGER in ZSR N. F. Bd. 62 (1943) S. 254a–258a; WEISS in SJZ Bd. 39 (1942/43) S. 519 und WEISS Einl. N. 56, 126/27, 177–184; WYSS (1953) S. 160–164; GEORG ASCHWANDEN, Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1955 S. 20; SCHLUEP S. 329–343; WALDER S. 9–12; PROBST S. 269; BÜRGI N. 11 zu Art. 680 und N. 31 zu Art. 692 OR. Für das deutsche Recht: GODIN/WILHELMI, § 1 Akt. G. Anm. 2; BAUMBACH/HUECK, Übersicht vor § 48 Akt. G., Anm. 2 B; SCHMIDT in Großkomm. Akt. G. (GADOW/HEINICHEN, 2. A. 1957) § 1 Akt. G. Anm. 8b; vgl. dazu die Besprechung von MEIER-HAYOZ in SJZ Bd. 55 (1959) S. 78.

¹⁸ EGGER, Schranken (1926) S. 19–28, insbes. S. 25.

¹⁹ Vgl. dazu Näheres bei MOSER S. 57/58; ZINKE S. 28–30; EUGENIE HAGMANN, Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1951, S. 28, sowie BGE 83 II 64.

Entlastungsbeschluß (Art. 695 Abs. 1 OR) und für die Gesellschaft in bezug auf ihre eigenen Aktien (Art. 659 Abs. 5 OR). Denn in diesen beiden Fällen beruht die gesetzliche Anordnung auf der begrifflichen Unmöglichkeit der Stimmrechtsausübung. Wie es einerseits begrifflich unmöglich ist, daß jemand sich selber entlastet, so stellt andererseits die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten durch eine Körperschaft sich selbst gegenüber eine begriffliche Unmöglichkeit dar²⁰.

Das schweizerische Recht entspricht somit der Auffassung von EGGER. Es erlaubt, daß jeder Aktionär in der AG auch seine eigenen Interessen verfolgt, in der Regel also auch in eigener Sache in der Generalversammlung Stimmrecht hat²¹. Ja, es geht sogar vom Gedanken aus, daß die AG geradezu auf diesem Eigeninteresse der Gesellschafter aufgebaut sei und daß der Aktionär diese seine Interessen wahrnehmen solle, da die AG damit zumeist wohl am besten fahre. Entscheidend für die Rechtsgültigkeit der so zustandekommenden Beschlüsse ist nicht die Zusammensetzung der Stimmenden, sondern das Resultat. Dieses ist bei Anfechtung eines Beschlusses objektiv daraufhin zu prüfen, ob es das gesetzte oder ungeschriebene Recht verletze²².

Insofern unterscheidet sich das Stimmrecht des Aktionärs wesentlich von jenem des Verwaltungsrates.

²⁰ HAGMANN a.a.O. S. 28/29.

²¹ So ausdrücklich BGE 83 II 64/65. Noch weiter geht GOLDSCHMIDT S. 71, nach welchem das Stimmrecht dem Aktionär «ausschließlich im eigenen Interesse gegeben ist, um seine Interessen in der Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten geltend zu machen.» Folgerichtig lehnt er Stimmrechtsbeschränkungen wegen Interessenkollisionen gänzlich ab (S. 72).

²² EGGER, Schranken S. 25 und 27. In ähnlichem Sinne GOLDSCHMIDT S. 72: «Denn jeder Aktionär kann seine individuellen Interessen wahrnehmen und, ob er sich von außergesellschaftlichen Interessen hat leiten lassen, gewinnt erst im Falle der Schädigung anderer Aktionäre Bedeutung, mit anderen Worten, bei Entscheidung über eine erhobene Anfechtungsklage.»

Dieser hat, sogar wenn er einen Großaktionär oder eine Aktionärgruppe «vertritt», in erster Linie als Organ der AG deren Interessen zu wahren²³, und er haftet gemäß Art. 754 Abs. 1 OR für Verletzungen der ihm obliegenden Pflichten. Demgegenüber besteht keine Haftung des Aktionärs aus der Ausübung seines Stimmrechts, selbst wenn er dabei eindeutig seine eigenen Interessen wahrnimmt.

Ist es somit dem Aktionär nach schweizerischem Recht erlaubt, bei der Stimmabgabe auch seine Interessen zu wahren, so müssen Abstimmungsvereinbarungen, die er in Wahrung seiner Interessen trifft, grundsätzlich zulässig sein. Die Korrektur erfolgt auch hier, sofern nicht überhaupt Nichtigkeit vorliegt, im wesentlichen über Art. 706 OR durch die Anfechtbarkeit von rechts- oder statutenwidrigen Beschlüssen.

Gewiß besteht die Gefahr, daß durch AV die Diskussion in der Generalversammlung der AG ihres Sinnes weitgehend entkleidet werden kann – wie das ja auch für manche parlamentarische Diskussion zutrifft. Aber selbst wenn nach herrschender Auffassung Generalversammlungsbeschlüsse nicht auf dem Zirkularwege gefaßt werden können²⁴, so zeigt doch die Zulässigkeit der Vertretung des Aktionärs an der Generalversammlung (Art. 689 Abs. 2 OR), daß das schweizerische Recht keineswegs entscheidend Wert darauf legt, die Willensbildung für die Stimmabgabe erst in der Generalversammlung selbst nach durchgeführter Diskussion erfolgen zu lassen. Denn der auftraggebende Aktionär ist ohne Zweifel berechtigt, seinem beauftragten Vertreter schon vor der Generalversammlung verbindliche Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts zu erteilen^{24a}. Das hat selbstverständlich, da der Auftraggeber in seinen Weisungen frei ist und sie nach schweizeri-

²³ Zur rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates vgl. die in § 1 Anm. 3 (S. 154a) angeführte Literatur.

²⁴ BGE 67 I 342; BÜRGI N. 6 zu Art. 689 und N. 2 zu Art. 692 OR; FUNK N. 1 zu Art. 692 OR; WEISS Einl. N. 165.

^{24a} Im gleichen Sinne: GOLDSCHMIDT S. 75/76; KOEBEL S. 37.

schem Recht auch jederzeit ändern kann, nichts mit Stimmbindung zu tun, doch ist nicht einzusehen, weshalb der Aktionär, der also für die Instruktion seines Vertreters schon vor der Generalversammlung seine Stimmabgabe festlegen darf, dies nicht auch auf dem Wege vertraglicher Vereinbarung mit andern Aktionären oder sogar Dritten tun dürfte.

Das schweizerische Aktienrecht enthält auch keinen Grundsatz, wonach das Stimmrecht unter allen Umständen vom Aktionär selbst oder durch einen von ihm bestellten und abhängigen Vertreter auszuüben sei. Im Gegenteil sieht Art. 690 Abs. 2 OR die Berechtigung des Nutznießers zur Teilnahme an der Generalversammlung und Ausübung des Stimmrechts in der AG vor. Zudem läßt die heutige Rechtsprechung bei vinkulierten Namenaktien die Möglichkeit des Auseinanderfallens der in den Aktien verbriefen Vermögensrechte einerseits und der Mitgliedschaftsrechte anderseits zu²⁵, verlangt also nicht, daß das Stimmrecht nur dem zustehe, der das finanzielle Risiko aus der Beteiligung an der AG trägt.

Schließlich kommt dem Aktionärstimmrecht auch nicht etwa höchstpersönlicher Charakter²⁶ zu, entfällt es doch ohne weiteres mit der Übertragung des Eigentums bei Inhaberaktien, beziehungsweise der Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch bei Namenaktien. Insofern unterscheidet sich das Stimmrecht des Aktionärs wesentlich vom allgemeinen Stimm- und Wahlrecht des Bürgers in der Demokratie. Dieses beruht auf dem Gedanken, die Menschenwürde des erwachsenen Rechtsgenossen erfordere, daß ihm bei der Gestaltung der Rechtsordnung und bei der Wahl der Behörden, denen er sich im

²⁵ Vgl. BGE 83 II 297 ff., dessen Kommentierung durch STAEHELIN und JÄGGI in ZSR n. F. Bd. 77 (1958) S. 518 ff. sowie die dort und im Urteil erwähnte Literatur.

²⁶ Ebenso BÜRGI N. 28 zu Art. 692 OR; die gegenteilige Auffassung von ZINKE (S. 45) verkennt den Begriff der höchstpersönlichen Rechte.

Interesse des Volksganzen fügen muß, das Recht der Mitentscheidung gewährt werde. Darum wird das demokratische allgemeine Stimm- und Wahlrecht jedem volljährigen Bürger, dem die bürgerliche Ehrenfähigkeit zukommt, ohne Rücksicht auf seine Fähigkeit, sachlich richtige politische Entscheidungen zu treffen, um seiner Menschenwürde willen zuerkannt und sollte es richtigerweise allen erwachsenen Bürgern ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht zustehen. Es hat darum – im Gegensatz zum Stimmrecht des Aktionärs – höchstpersönlichen Charakter. Zwar hat der Aktionär gemäß Art. 646 Abs. 3 OR und Art. 692 Abs. 2 OR ein wohlerworbenes Recht auf mindestens eine Stimme²⁷. Damit wird das Stimmrecht aber nicht zu einem Recht, hinsichtlich dessen Ausübung er sich nicht vertraglich verpflichten könnte, sondern gemäß Art. 646 Abs. 1 OR hat dies nur zur Folge, daß es einzig mit seiner Zustimmung angetastet werden kann. Zudem geht es bei den ABV und insbesondere den AV nicht um den Bestand der Aktionärrechte, sondern nur um ihre Ausübung. Als Verträge enthalten sie ohnehin begriffsnotwendig die Zustimmung des Aktionärs zu seiner Verpflichtung.

Das Wesen des Aktionärstimmrechts steht somit Verträgen über seine Ausübung grundsätzlich nicht entgegen. Diese Auffassung ist heute nach schweizerischem (wie deutschem) Recht einhellig anerkannt²⁸.

Es erscheint denn auch durchaus sinnvoll, die AV (wie

²⁷ SIEGWART, Aktienrecht N. 15 ff. zu Art. 646 OR; BÜRGI N. 8 ff. zu Art. 692 OR; SCHLUEP S. 131 ff. (betr. die grundsätzliche Zulässigkeit der Stimmbindungsabreden insbes. S. 139); vgl. auch KOEBEL S. 40/41. Zum entsprechenden § 114 Abs. 1 Akt. G. (früher § 252 Abs. 1 HGB) des deutschen Rechts vgl. die Kommentare hiezu sowie u.a. ZLUHAN S. 281; SOMMERFELD S. 63 ff.; WILKE S. 25/26; LENK S. 43–45.

²⁸ Es kann diesbezüglich auf die gesamte in § 11 Anm. 1 (sowie in § 8 Anm. 1 für das deutsche Recht) angeführte Literatur verwiesen werden. Vgl. insbesondere SIEGWART, Aktienrecht, Einl. N. 300; FUNK N. 1 (S. 319) zu Art. 691 OR; WEISS Einl. N. 139; BÜRGI N. 28–31 zu Art. 692 OR.

die ABV überhaupt) als Ergänzung zum Rechtsinstitut der AG zuzulassen. Bei der AG als Kapitalgesellschaft bestehen grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen unter ihren Mitgliedern, den Aktionären. Im Hinblick auf die in § 2 näher dargelegten Bedürfnisse der Stabilisierung der Herrschaft in der AG, der Unternehmenszusammenfassung und der Verpersönlichung der AG, um eine Beschränkung der Unternehmerhaftung zu ermöglichen, sind aber in der modernen Wirtschaft rechtliche Bindungen der Aktionäre unerlässlich. Obwohl das schweizerische Aktienrecht solche Bindungen bis zu einem gewissen Grade durch statutarische Maßnahmen zulässt (die in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert werden können), ist es vor allem Aufgabe der ABV im allgemeinen und der AV im besonderen, das Aktienrecht durch derartige Bindungen sinnvoll zu ergänzen.

C. Im Einzelfalle können Abstimmungsvereinbarungen unter folgenden Gesichtspunkten ungültig erscheinen:

a) Rechtsmißbrauch. Wenn auch dem Aktionär nach schweizerischem Recht, wie erwähnt, erlaubt ist, bei der Ausübung seines Stimmrechts seine eigenen Interessen zu wahren, so gebietet ihm doch Art. 2 Abs. 1 ZGB, dabei nach Treu und Glauben zu handeln. Darum sind AV, welche dieses Gebot mißachten, nichtig, sofern sie aus aktienrechtlichen Gründen nicht bloß anfechtbar sind. So müßte einer AV wegen Rechtsmißbrauchs der Rechtsschutz versagt werden, die zum Zwecke der Schädigung der AG, wie z.B. durch die Verpflichtung, nur nach Anweisung des Konkurrenten der Gesellschaft zu stimmen, zur Vernichtung des von ihr geführten Unternehmens oder der wirtschaftlichen Existenz der Mitaktionäre²⁹ abgeschlossen würde. Inwiefern Nichtigkeit von AV anzunehmen ist, die bezwecken, einer Minderheit von Aktionären

²⁹ ZLUHAN S. 268 f.; SOMMERFELD S. 69; WILKE S. 36/37; KOEBEL S. 54; STUBER S. 93; MOSER S. 76.

wohlerworbene Rechte zu entziehen oder solche einzuschränken oder die berechtigten Interessen der Minderheit in anderer Weise rechtsmißbräuchlich zu beeinträchtigen, wird im Zusammenhang mit der Frage des Minderheitenschutzes (§ 16) noch näher erörtert.

b) die Gesetzesumgehung läßt sich als besondere Form des Rechtsmißbrauchs auffassen, welche die Nichtigkeit von AV bewirken kann³⁰. Dabei ist in erster Linie an

aa) die Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen zu denken, welche das Gesetz (Art. 659 Abs. 5 und 695 Abs. 1 OR) oder die Statuten (gestützt auf Art. 692 Abs. 2 OR) anordnen. Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung durch die Überlassung von Aktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts werden in Art. 691 Abs. 1 OR ausdrücklich als unstatthaft erklärt. Die Unzulässigkeit derartiger Umgehungsgeschäfte wird damit aber nicht auf die in Art. 691 Abs. 1 OR genannten Fälle beschränkt, sondern diese Bestimmung offenbart im Gegenteil den Grundsatz, daß das Gesetz die Vereitelung des durch die Stimmrechtsbeschränkungen angestrebten Erfolges durch Umgehungsgeschäfte verhindern will.

Eine als Umgehung von Art. 695 Abs. 1 OR gemäß Art. 20 OR nichtige AV läge vor, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrates seine Aktien einem andern Aktionär oder Dritten verkaufen oder treuhänderisch übertragen würde (evtl. mit Ausnahme einer Pflichtaktie), mit der Vereinbarung, daß dieser mit den Aktien für die Entlastung des Verkäufers oder Treugebers zu stimmen habe. Dagegen können die AV, welche sich (auch) auf die Erteilung der Décharge an die Verwaltung oder den Verzicht auf Verantwortlichkeitsklage gegen diese beziehen, nicht ganz allgemein als ungültig erklärt werden. Der Aktionär, der aus eigenem Entschluß oder auf Grund einer AV der Entlastung

³⁰ ZLUHAN S. 271 f.; SOMMERFELD S. 69/70; NAHRAT S. 107; KOEBEL S. 48/49; STUBER S. 95/96; MOSER S. 76; BÜRGI N. 32 zu Art. 692 OR.

oder dem Verzicht auf eine Verantwortlichkeitsklage zustimmt, begibt sich damit hauptsächlich für sich, soweit er an der AG interessiert ist, der Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber der Verwaltung (Art. 757 OR). Den Gesellschaftsgläubigern wird damit beim Konkurs der AG die Möglichkeit einer Verantwortlichkeitsklage nicht genommen (Art. 758 OR). Der Aktionär, der sich – mindestens, wenn es in Kenntnis der näheren Umstände geschieht – verpflichtet, für Décharge oder den Verzicht auf eine Verantwortlichkeitsklage zu stimmen, wahrt damit im wesentlichen seine eigenen Interessen, und es ist daher ein solcher Vertrag grundsätzlich als gültig zu erachten. Vorausgesetzt wird dabei freilich die Unentgeltlichkeit dieser Verpflichtung, andernfalls ein nach Art. 20 OR nichtiger Stimmenkauf vorläge. Erfolgt die Vereinbarung in Unkenntnis der Sachlage oder gar unter Täuschung darüber, kann Anfechtbarkeit der AV gemäß Art. 24 Abs. 4 oder 28 und 31 OR vorliegen.

Umstritten ist, ob eine Umgehung von Art. 659 Abs. 5 OR (Stimmverbot für eigene Aktien der AG) bei jeder Abstimmungsvereinbarung mit der AG selber vorliege. Damit hat sich STUBER (S. 102–107) besonders einläßlich auseinandergesetzt. Er betrachtet sie als nichtig im wesentlichen aus der Überlegung, es fehle in solchen Fällen (wie bei den eigenen Aktien der AG) immer ein Rechtssubjekt, welches dem Abstimmungsverpflichteten (bei eigenen Aktien dem Vertreter) «Weisung geben könnte, wie er abzustimmen habe; denn der Wille der Körperschaft soll ja erst in der nachfolgenden Beschlußfassung gebildet werden. Es existiert vorläufig diesbezüglich noch gar kein Körperschaftswille, also kann ein solcher dem Vertragspartner auch nicht mitgeteilt werden» (S. 106). STUBER konnte sich für seine Auffassung auf namhafte deutsche Autoren berufen³¹. Allerdings wurde und wird auch die

³¹ GIERKE (5. A. 1941) S. 246; BRODMANN, N. 2c zu § 252 HGB. Weitere Zitate vgl. STUBER S. 106 Anm. 18 und S. 107 Anm. 19,

gegenteilige Ansicht der Gültigkeit solcher AV mit der AG vertreten³². Dabei wird vor allem die schon von SCHMULEWITZ³³ angestellte Überlegung ins Feld geführt, dem Aktionär bleibe es tatsächlich freigestellt, entgegen seiner vertraglichen Bindung gegenüber der AG zu stimmen und sich dadurch u.U. schadenersatzpflichtig zu machen³⁴. Abgesehen davon, daß solche Vertragsverletzungen durch die Hinterlegung der Aktien in ein Sperrdepot und Bevollmächtigung eines Vertreters für die Stimmabgabe praktisch sehr erschwert werden können, ist für die Frage der Gültigkeit derartiger Verträge nichts gewonnen mit der Feststellung, daß sie gebrochen werden können. Der entscheidende Sachverhalt der Umgehung des Verbots von Art. 659 Abs. 5 OR wird dabei übersehen. Ihm wird in der Argumentation von STUBER u.a. zutreffend Rechnung getragen. Es liegt hinsichtlich der Auswirkungen auf die Willensbildung der Generalversammlung das gleiche Verhältnis vor wie bei Aktien, die zwar rechtlich nicht im Eigentum der Muttergesellschaft stehen, sondern in jenem einer von ihr beherrschten Tochtergesellschaft. Ist diese Beherrschung derart, daß der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft kein eigener Wille zukommt, so fallen die im Eigentum der Tochtergesellschaft stehenden Aktien der Muttergesellschaft unter das Vertretungsverbot des Art. 659 Abs. 5 OR. Denn bei Mitwirkung der Stimmen dieser Aktien sähe sich die Minderheit vor eine künstlich gemachte Majorität gestellt. Derartige Verschiebungen hat sich die Minderheit nicht gefallen zu lassen; sie kann gegen eine

ferner: BAADEN S. 15 ff.; LENK S. 54–62, der nur Ungültigkeit von Wahlvereinbarungen mit der Gesellschaft annimmt (S. 62); SINN S. 56/57.

³² STAUB/PINNER N. 18 zu § 317 HGB; GODIN/WILHELMI Anm. 10 zu § 15 Akt. G.; SCHLEGELBERGER/QUASSOWSKY, N. 22 zu § 114 Akt. G.; NAHRAT S. 105; SCHLUEP S. 139/40. Sinngemäß wohl auch HUG, Zur Revision S. 49.

³³ SCHMULEWITZ S. 149 oben; ebenso SOMMERFELD S. 86/87; ALTVATER S. 37/38.

³⁴ KOEBEL S. 44–48; SCHLUEP S. 139/40, insbes. Anm. 43.

solche Übermacht auftreten und jeden unter ihrer Einwirkung gefaßten Beschluß anfechten³⁵. Aus allen diesen Gründen ist der Auffassung beizupflichten, daß AV mit der AG selber gemäß Art. 20 OR nichtig sind. Ob bei einem mehrere Verpflichtungen umfassenden Vertrag, wie die AK sie zumeist darstellen, nur Teilnichtigkeit i. S. von Art. 20 Abs. 2 OR hinsichtlich der Stimmbindung anzunehmen sei, kann nur im Einzelfalle entschieden werden.

Durch AV können auch statutarische Stimmrechtsbeschränkungen umgangen werden, so insbesondere jene, welche gestützt auf Art. 692 Abs. 2 Satz 2 OR übereinstimmend mit aOR Art. 640 Abs. 2 Satz 2 anordnen, daß kein einzelner Aktionär mehr als den fünften Teil der sämtlichen vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen kann. Derartige Statutenbestimmungen umgehende AV, z. B. zwischen dem Verkäufer und Käufer von Aktien, sind nach Art. 20 OR nichtig. Andererseits stellen AV, durch die sich ein Aktionär verpflichtet, sein Stimmrecht vollständig nach den Weisungen seines Vertragspartners auszuüben, nicht etwa Verletzungen der Vorschrift (Art. 692 Abs. 2 Satz 1 OR) dar, daß jeder Aktionär zum mindesten eine Stimme hat. Denn diese Norm bezieht sich auf das Stimmrecht als solches, im Verhältnis des Aktionärs zur AG, besagt aber nichts über die Art seiner Ausübung.

bb) Umgehung statutarischer Vinkulierungsvorschriften im Sinne von Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1 und 686 Abs. 1 und 2 OR³⁶. Ein solcher Sachverhalt lag z. B. dem Urteil des Bundesgerichtes vom 13. Dezember 1955 (BGE 81 II 534ff.) zugrunde. Dort hatte der Verkäufer von Namenaktien vor deren Übertragung auf den Käufer das Stimmrecht nach dessen Weisung ausgeübt, um eine statutarische Vinkulierungsbestimmung zu umgehen. Dieses

³⁵ BGE 72 II 284/85 und 292/93, ferner die dort S. 286 angegebene Literatur, sowie SIEGWART, Aktienrecht, Einl. N. 182; FUNK N. 10 zu Art. 659 OR; WEISS Einl. N. 348.

³⁶ Im gleichen Sinne KOEBEL S. 54.

Vorgehen wurde als Rechtsmißbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) beurteilt und die nach den Weisungen des Käufers abgegebenen Stimmen wurden, weil ungültig, beim Abstimmungsergebnis nicht berücksichtigt (S. 540). In demselben Urteil wurden dagegen die Stimmen, welche nach den Weisungen desselben Käufers von einer Bank abgegeben worden waren, als gültig betrachtet, weil die Bank, welche die Aktien als Treuhänderin³⁷ für den Käufer gezeichnet hatte, im Aktienbuch als Aktionärin eingetragen worden war. Entscheidend war dabei, daß die gesetzlich nicht verbotene fiduziarische Aktienzeichnung weder durch die Statuten jener AG ausgeschlossen war, noch eine Gesetzesumgehung oder sonstige Erschleichung von Stimmrechten bedeutete. Dabei erklärte das Bundesgericht: «Wenn nicht

³⁷ Derartiger treuhänderischer Aktienbesitz kommt häufig auch (um den Vorschriften von Art. 711 Abs. 1–3 OR wenigstens formell zu entsprechen) bei Verwaltungsratsmitgliedern schweizerischer AGen vor, die Tochtergesellschaften ausländischer Firmen sind. Da auf den fiduziarischen Vertrag weitgehend Auftragsregeln anzuwenden sind, kann man sich fragen, ob in solchen Fällen überhaupt ein Stimmbindungsvertrag vorliege, oder ob sich das Weisungsrecht des Fiduzianten nicht vielmehr aus Auftragsrecht (Art. 397 OR) ergebe. Allein im Gegensatz zum bevollmächtigten Vertreter eines Aktionärs an der Generalversammlung, der ja kraft Auftragsrechtes und nicht eines Stimmbindungsvertrages nach den Weisungen seines Auftraggebers stimmt, übt der Fiduziar nicht als Stellvertreter des Treugebers dessen Aktionärrechte aus, sondern nach der ihm von den Parteien gewollt eingeräumten Stellung ist er tatsächlich und nicht nur zum Schein Aktionär (so F. v. STEIGER, *Fiduziarische Aktienzeichnung*, SAG Bd. 9, 1936/37, S. 96). In einem solchen Treuhandvertrag sind daher auch Elemente eines Stimmbindungsvertrages zu erkennen, soweit sich der Treuhänder verpflichtet, als Aktionär nach den Weisungen des Treugebers zu stimmen. In diesem Sinne lautete ein Gutachten von Prof. Dr. GOTTFRIED WEISS † aus dem Jahre 1956, der auf ein solches Treuhandverhältnis die Grundsätze über die Abstimmungsvereinbarungen sinngemäß anwandte. Rechtsanwalt Dr. Hans Hotz (und dessen Mitarbeiter Dr. Georg Aschwanden) danke ich auch an dieser Stelle für die Überlassung des Gutachtens sowie von Literatur und weiterem Material. Vgl. ferner allgemein zur treuhänderischen Übertragung von Aktien die Arbeit von ZAHN (1931).

ein Umgehungsgeschäft vorliegt, ist jeder Aktionär frei, nach den Wünschen eines Dritten zu stimmen» (S. 542). Dieser Satz ist nach dem ganzen Zusammenhang nur als grundsätzliche Anerkennung der Zulässigkeit von Stimmbindungen zu verstehen und schließt selbstverständlich andere Ungültigkeitsgründe von AV im Einzelfalle nicht aus. Namentlich können die AV unter besonderen Umständen

c) gegen die guten Sitten verstoßen. Hier ist vor allem als

aa) der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend der schon mehrfach genannte Stimmenkauf zu erwähnen. Dieser kann im Zusammenhang mit einem Umgehungsgeschäft erfolgen, muß es aber nicht notwendigerweise. Wie bereits³⁸ ausgeführt wurde, ist der Stimmenkauf im Aktienrecht nach schweizerischem Recht – anders als nach deutschem – nicht strafbar, jedoch zivilrechtlich wegen Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) nichtig. Obwohl der deutsche Begriff des Stimmenkaufs (§ 299 Akt.G.) annähernd der in der Schweiz herrschenden Auffassung entspricht³⁹, darf doch die an einen Gesetzestext gebundene deutsche Rechtsprechung und Lehre nicht unbesehen übernommen werden; das schweizerische Recht läßt hier eine freiere Anwendung zu. Entscheidend für das Vorliegen eines Stimmenkaufs ist nicht etwa, daß die Stimmabgabe des Aktionärs gegen bessere Einsicht erfolge (was sich kaum nachweisen ließe), sondern daß er sich für die Art der Ausübung oder Nichtausübung seines Stimmrechts überhaupt bezahlen oder einen andern, besondern Vorteil gewähren läßt⁴⁰. Dabei ist

³⁸ In § 14 lit. C b (S. 247a) und lit. C d aa (S. 250a).

³⁹ A. WIELAND in SAG Bd. 21 (1948/49) S. 81.

⁴⁰ A. WIELAND a.a.O. S. 80; OSER/SCHÖNENBERGER N. 35 zu Art. 20 OR; EGGER N. 26 zu Art. 27 ZGB; FUNK N. 1 zu Art. 691 OR; BÜRGI N. 30, 33 und 34 zu Art. 692 OR; KOLB S. 45; KOEBEL S. 42 ff.; F. v. STEIGER in SAG Bd. 14 (1941/42) S. 15; STUBER S. 101/102; MOSER S. 76; G. SCHUCANY S. 37; FELDMANN S. 49;

aber, übereinstimmend mit der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre, darin, daß auch die Vertragspartner sich ebenfalls bezüglich der Ausübung des Aktionärstimmrechts verpflichten und der allfällige Vorteil sich somit aus der Abstimmung selbst ergibt, oder daß die Vorteile allen Aktionären zukommen, kein Sondervorteil zu erblicken⁴¹. Welche Probleme sich im Einzelfall bei der Beurteilung der Frage, ob Stimmenkauf vorliege, stellen können, zeigt ALFRED WIELANDS kritische Würdigung der Urteile der aargauischen Instanzen und des Bundesgerichtes vom 29. Juni 1948 i.S. W. Daetwyler g. H. Daetwyler AG⁴².

Um der öffentlichen Ordnung im zivilrechtlichen Sinne

SCHLUEP S. 139 Anm. 42. Unklar ist, ob NAHRAT S. 104 und ZINKE S. 45 den Stimmenkauf als nach schweizerischem Recht zulässig bezeichnen wollen. Diese Auffassung wäre unhaltbar, und es liegt wohl eher eine mißverständliche Ausdrucksweise dieser Autoren vor.

⁴¹ Vgl. u.a. aus den letzten Jahren GODIN/WILHELMI, N. 41 zu § 300 Akt. G.; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 2. A. S. 97/98; BAUMBACH/HUECK, N. 2 zu § 300 Akt. G. und bei diesen Autoren angeführte Entscheide.

⁴² A. WIELAND a.a.O. S. 77 ff. Bezirksgericht Zofingen und Obergericht des Kantons Aargau haben die Klage abgewiesen, weil die Verträge des Klägers mit den andern Aktionären wegen Stimmenkaufs gemäß Art. 20 Abs. 1 OR nichtig seien. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen, «da es sich zum mindesten bei dem dritten Aktionär, dessen Aktien der Kläger fest gekauft hatte, um einen Verstoß gegen die statutarische Vinkulierung der Aktien handle und schon der Ausfall der auf sie entfallenden Aktienstimmen die sonst in der Generalversammlung vorhandene Stimmenmehrheit des Klägers in eine Minderheit verwandelt hätte.» Es sei nämlich bei vinkulierten Namenaktien unzulässig, daß «ein Aktionär die Stimmenvollmacht für seine Aktien einem andern erteilt, weil dieser, ohne dafür die Genehmigung des Verwaltungsrates zu erhalten, die Aktien gekauft und der Verkäufer mit der Veräußerung das Interesse daran, in Gesellschaftsangelegenheiten mitzureden, verloren hat. In einem solchen Falle steht die Bevollmächtigung zur Stimmabgabe im Widerspruch mit den Erfordernissen der Zustimmung des Verwaltungsrates zur Übertragung von Aktien, weil sie den Zweck dieses Erfordernisses vereitelt.» (A.a.O. S. 78/79).

willen müssen aber auch die mit der Ausübung des Stimmrechts zumeist eng zusammenhängenden aktienrechtlichen Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit oder auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, auf Auskunfterteilung, Einberufung der Generalversammlung und Auflösung der AG aus wichtigen Gründen⁴³ frei erhoben werden können. Jede allgemein oder zum voraus erfolgte vertragliche Bindung hinsichtlich der Ausübung oder Nichtausübung solcher Aktionärrechte ist daher gemäß Art. 20 OR nichtig. Zu bemerken ist, daß solche Bindungen allerdings kaum je verabredet werden und daß sie, falls sie sich als eine von mehreren Klauseln in einem ABV befinden, lediglich von der Teilnichtigkeit gemäß Art. 20 Abs. 2 OR betroffen würden⁴⁴.

bb) Da das Aktionärstimmrecht keinen höchstpersönlichen Charakter hat⁴⁵, verstoßen AV an sich nicht gegen das Recht der Persönlichkeit, wohl aber kann im Einzelfall eine die wirtschaftliche Persönlichkeit tangierende übermäßige Bindung vorliegen⁴⁶. Eine solche kann nicht ohne weiteres schon darin erblickt werden, daß sich ein Aktionär vertraglich «auf unbestimmte Zeit blindlings nach den Weisungen des andern Teils zu stimmen verpflichtet»⁴⁷. Vielmehr stellt sich bei einem

⁴³ Vgl. § 16 lit. B a, b, c, d und f (S. 277a–279a).

⁴⁴ Im gleichen Sinne FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 437 (Nachtrag, Ziff. 2a); STUBER S. 75.

⁴⁵ Vgl. vorn lit. B (S. 261a).

⁴⁶ ZLUHAN S. 272 ff. mit instruktiven Beispielen; SOMMERFELD S. 73 (doch wäre eine Abrede, daß die vertragswidrig abgegebene Stimme ungültig sein solle, ohnehin wegen ihrer rein obligatorischen Natur unwirksam; vgl. § 19 über Rechtswirkungen der ABV); WILKE S. 39/40; PFEIFFENBERGER S. 25–27; LENK S. 53/54; KOEBEL S. 53/54; STUBER S. 94/95.

⁴⁷ Gleicher Ansicht: u.a. STUBER S. 94/95; gegenteilig: A. WIELAND a.a.O. S. 83 und KOEBEL S. 53/54, der fordert, es müsse «dem Gesellschafter vor jeder Abstimmung möglich sein, zu den Anträgen und Gegenständen der Tagesordnung frei Stellung nehmen zu können.» Konsequenterweise müßte er damit zur Ablehnung aller

solchen Dauerschuldverhältnis die Frage seiner vorzeitigen Beendigung aus außervertraglichen Gründen⁴⁸, sowie seiner Verbindlichkeit nach dem Inhalt der Weisungen im Einzelfall. Es müßten vielmehr die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz eines Vertragspartners oder eines am Vertrag unbeteiligten Aktionärs oder Dritten durch die AV gefährdet sein, damit sie als sittenwidrig und daher gemäß Art. 20 OR nichtig erachtet werden könnte⁴⁹, was praktisch sehr selten nachweisbar sein dürfte⁵⁰.

III. Der Minderheitenschutz im Zusammenhang mit den Aktionärbindungs-Verträgen

§ 16

Die ABV stehen in dreifachem Zusammenhang mit den Fragen des Schutzes von Minderheiten in der AG:

1. In erster Linie stellt sich die Frage, welchen Schutz die außerhalb der ABV stehenden Minderheitsaktionäre gegen die Beeinträchtigung ihrer Interessen durch solche in der AG wirkende Vereinigungen genießen, insbesondere, inwiefern ABV mit Rücksicht auf die aktienrechtlichen Grundsätze des Minderheitenschutzes als zulässig erscheinen.

2. Bei Aktionärkonsortien, die ihre Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip fassen, können sich auch innerhalb des ABV Minderheiten ergeben. Hier stellt sich die Frage, wie weit solche vertragliche Bindungen gültig vereinbart werden können und welche Rücksichten die Mehrheit auf die Minderheit zu nehmen habe.

Stimmbindungen gelangen, außer jenen, die sich auf einen bestimmten Verhandlungsgegenstand beziehen (ähnlich wie das für das italienische Recht durch den Vorschlag von ASCARELLI geschieht; vgl. vorn § 7 Anm. 36, S. 211a). Diesen Schluß zieht KOEBEL aber nicht (vgl. S. 35 und 58).

⁴⁸ Ebenso BÜRGI N. 30 zu Art. 692 OR; vgl. dazu § 22.

⁴⁹ Vgl. vorn § 14 lit. C d bb (S. 251a), insbes. Anm. 22.

⁵⁰ In diesem Sinne PATRY S. 224.

3. Die ABV bilden aber nicht nur eine Gefahr für die Minderheiten in der AG, sondern stellen durch die Begründung persönlicher Rechtsbeziehungen unter den Aktionären auch ein wirksames Mittel zu ihrem Schutze dar.

Während die beiden ersten Fragen noch vorwiegend in den unter II (§§ 14 und 15) behandelten Zusammenhang der Rechtsgültigkeit der ABV gehören, ist die dritte in jenen der unter IV zu erörternden Rechtswirkungen der ABV zu stellen. Die Bedeutung der ABV für den Minderheitenschutz in der AG gleicht somit einem Januskopf, was die Behandlung dieser Fragen in einem besonderen Abschnitt rechtfertigt, der zwischen diejenigen über die Rechtsgültigkeit und die Rechtswirkungen der ABV einzufügen ist. Dabei sei erneut betont, daß es in dieser Arbeit nicht um eine umfassende Erörterung des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes gehen kann, sondern lediglich darum, auf diese Fragen nur soweit einzugehen, als der Zusammenhang mit den ABV es erfordert.

1. Minderheitenschutz der außerhalb eines Aktionärbindungs-Vertrages stehenden Aktionäre

Grundsätzlich hat sich in der AG bei Abstimmungen in der Generalversammlung die Minderheit (die ohnehin nicht nach Personen, sondern nach Aktienstimmen berechnet wird) der Mehrheit zu fügen. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn diese Mehrheit infolge der Mitbeteiligung von Aktionären an der Abstimmung zustandegekommen ist, die in eigener Sache gestimmt haben¹. Um so mehr muß es auch gelten, wenn die Mehrheit auf Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts beruht oder die Folge von Verfügungsbindungen ist, soweit sie den in den §§ 14 und 15 dargestellten Gültigkeitsanforderungen entsprechen. Aber dieser Mehrheitsherrschaft sind durch das Aktienrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze Schranken ge-

¹ Vgl. § 15 lit. B sowie daselbst Anm. 21 und 22 (S. 259a).

setzt, wobei nach schweizerischem Recht nicht die Art und Weise des Zustandekommens der Beschlüsse maßgebend ist, sondern der objektive Befund, ob sie im Ergebnis geschriebenes oder ungeschriebenes Recht verletzen². Demzufolge ist der Schutz der Minderheiten gegen ihnen schädliche ABV nach schweizerischem Recht in erster Linie in den aktienrechtlichen Klagen gegen beeinträchtigende Beschlüsse zu suchen, und nur in zweiter Linie in Rechtsbehelfen, die sich gegen die Gültigkeit der ABV richten. Ergänzt wird dieser abwehrende Minderheitenschutz durch solchen vorbeugender Natur.

A. Die Aktionäre, welche dem ihre Interessen offensichtlich beeinträchtigenden ABV nicht angehören und den von diesem angestrebten Maßnahmen nicht zugestimmt haben, können sich zunächst und in erster Linie auf die allgemeinen Schranken der Mehrheitsherrschaft in der AG berufen. Bei den durch Einwirkung von ABV zustandekommenden Mehrheitsbeschlüssen bestehen in dieser Hinsicht keine Besonderheiten, weshalb hier nicht auf Einzelheiten und Streitfragen dieses heiklen Rechtsgebietes näher einzugehen ist. Lediglich zusammengefaßt sei auf die Rechtsgrundlagen dieses Minderheitenschutzes hingewiesen³:

a) Begrenzt wird die Mehrheitsherrschaft in der AG in erster Linie durch die Schranken der allgemeinen Rechtsordnung und durch die Grundprinzipien des Aktienrechts. Beschlüsse, welche diese verletzen, sei es formell oder materiell, sind nichtig, während solche, die zwar auch – sogar zwingendes – Aktienrecht verletzen, aber nicht gegen dessen Grundlagen verstoßen, nur an-

² In diesem Sinne grundsätzlich schon EGGER, Schranken S. 27.

³ Vgl. darüber WEISS Einl. N. 161–210 sowie die dort in N. 159/60 angegebene zahlreiche Literatur. Neuerdings auch HOFMANN, bes. S. 58 ff., S. 77 ff. (Minderheitenschutz im ausländischen Aktienrecht) und S. 87 ff.

fechtbar sind⁴. Geschützt sind auf diese Weise die schlechthin unentziehbaren Rechte⁵ des Aktionärs, so daß schon diese allgemeinen Schranken der Mehrheitsherrschaft⁶ in gewissem Umfange auch einen Minderheitenschutz bewirken.

b) Besondere Schranken der Mehrheitsherrschaft⁷ ergeben sich sodann aus den wohlerworbenen Rechten⁸, die das Aktienrecht den Aktionären einräumt (Art. 646 Abs. 2 und 3 OR). Es handelt sich dabei um die nur mit Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs entziehbaren Rechte (Art. 646 Abs. 1 OR). Dagegen verstoßende Beschlüsse der Generalversammlung sind grundsätzlich anfechtbar⁹, doch kann der Entzug wohlerworbener Rechte geradezu gegen die Grundlagen des Aktienrechtes verstoßen und dann Nichtigkeit zur Folge haben. Nichtigkeit liegt bei jedem Beschluß vor, der wohlerworbene Rechte grundsätzlich und zeitlich unbeschränkt entzieht oder beschränkt, sofern diese Rechte nicht im ausschließlichen Interesse der Beteiligten eingeräumt worden sind, also bei Verletzungen der Herrschafts- (Mitverwaltungs-)rechte, der Verantwortlichkeitsansprüche und des Grundsatzes der beschränkten Beitragspflicht¹⁰.

⁴ SCHUCANY N. 1 zu Art. 706 OR; FUNK N. 1 zu Art. 706 OR; F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft S. 214–217; WEISS Einl. N. 163–166.

⁵ WEISS in SJZ Bd. 39 (1942/43) S. 515.

⁶ GOLDSCHMIDT S. 38, der darunter allerdings auch die nur anfechtbaren, dem ungeschriebenen Aktienrecht widersprechenden Beschlüsse versteht (S. 46). Vgl. zu diesen nachfolgend lit. c.

⁷ GOLDSCHMIDT S. 51 ff.

⁸ Vgl. über diese vor allem die gründliche Arbeit von SCHLUEP (1955). Ferner die Kommentare SCHUCANY, SIEGWART und FUNK zu Art. 646 OR; WEISS in SJZ Bd. 39 (1942/43) S. 515/16 und WEISS Einl. N. 167/168; F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft, insbes. S. 183 ff.

⁹ PEYER S. 22 ff.; SCHLUEP S. 286–289.

¹⁰ SCHLUEP S. 282; HANS BAUR, Der Gegensatz zwischen den wohlerworbenen Rechten des Aktionärs und den Interessen der Aktiengesellschaft u. seine Überbrückung, Diss. Bern 1951, S. 12 ff.

c) Allgemein anerkannt wird ein gewisser Minderheitenschutz aber auch in den Fällen, in denen eine (einfache oder qualifizierte) Mehrheit über eine Opposition hinweggeht, ohne daß wohlerworbene Rechte verletzt werden¹¹.

aa) Hier besteht einerseits ein beschränkter Minderheitenschutz kraft der Bestimmungen, welche für gewisse Beschlüsse von großer Tragweite, insbesondere grundlegende Statutenänderungen, ein qualifiziertes Mehr verlangen, sei es von Gesetzes wegen (Art. 648 OR: Umwandlung des Zweckes, Beseitigung statutarischer Erschwerungen der Beschlußfassung, Einführung von Stimmrechtsaktien; Art. 649: Erweiterung des Gesellschaftsbereiches, Fusion, Verlegung des Sitzes der Gesellschaft und noch weitere Fälle; Art. 654: Ausgabe von Vorzugsaktien; Art. 658: Ausstellung von Genußscheinen; Art. 693 Abs. 3: Sonderregelung bei Stimmrechtsaktien) oder auch durch die Statuten (gemäß Art. 627 Ziff. 11 OR). Denn in solchen Fällen kann eine, je nach den Bestimmungen größere oder kleinere, Minderheit (gewöhnlich ein Drittel der Stimmen) das Zustandekommen solcher Beschlüsse als Sperrminorität verhindern¹².

bb) Viel problematischer ist dagegen das auf Grund ungeschriebenen Rechts dem geschädigten Minderheitsaktionär wegen Machtmißbrauchs der Mehrheit gewährte Anfechtungsrecht¹³. Soweit es aus einer besonderen Treuepflicht des Aktionärs abgeleitet wird, ist dazu bereits in anderem Zusammenhang¹⁴ ablehnend Stellung genommen worden. Ohne daß hier auf die Frage

¹¹ Vgl. WEISS Einl. N. 169 ff.

¹² Vgl. Indermaur S. 11/12; ULRICH GEILINGER, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1948; BÜRGi in SAG Bd. 29 (1956/57) S. 82; PROBST S. 268.

¹³ Vgl. insbes. GOLDSCHMIDT S. 38 ff.; EHRBAR, vor allem S. 31/32, S. 38–40 und S. 92–101; WEISS Einl. N. 171 ff.

¹⁴ § 15 lit. B (S. 255a–258a).

näher eingetreten werden könnte, scheint es – insbesondere aus den vor allem von GOLDSCHMIDT, EHRBAR und WEISS dargelegten Gründen¹⁵ – für das schweizerische Recht auch entbehrlich, sich für dieses ungeschriebene Recht auf das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre¹⁶ zu berufen. Vielmehr ergibt sich hier, wie bei der angeblichen Treuepflicht, die rechtlich zutreffende Lösung aus Art. 2 ZGB, dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, dem Verbot des Rechtsmißbrauchs. Ein solcher offensichtlicher Mißbrauch des Aktionärstimmrechts muß aber immer dann angenommen werden, wenn die Mehrheit, «obschon die Kapitalgrundlage gemeinsam und zur Erreichung gemeinsamer Zwecke geschaffen wurde, die durch diese Kapitalzusammenlegung gebotenen Möglichkeiten einseitig zu ihrem (gesellschaftlichen oder außer-gesellschaftlichen) Vorteil und unter offenkundiger Schädigung der Minderheit ausbeutet, ohne daß ihr Vorgehen durch das Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt wird»¹⁷.

B. Zur Durchsetzung ihrer Rechte stehen der Aktionär-minderheit folgende Rechtsbehelfe zur Verfügung¹⁸:

a) Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses gemäß Art. 20 OR nach Lehre und Rechtsprechung.

b) Die Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit gemäß Art. 706 OR. Nach dessen Absatz 2 werden Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsaktien

¹⁵ GOLDSCHMIDT S. 40/41 und 45/46; EHRBAR S. 92–95; WEISS Einl. S. 172–197.

¹⁶ Vgl. dazu ARNOLD SPIESS, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1941, insbes. auch S. 128 ff.; demgegenüber GOLDSCHMIDT S. 45/46; EHRBAR S. 94/95 und WEISS Einl. N. 186–197.

¹⁷ WEISS Einl. N. 175 Abs. 2.

¹⁸ Vgl. WEISS Einl. N. 198–210; F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft, S. 214–228; SCHLUEP S. 266–300.

sowie Beschlüsse, die infolge des erhöhten Stimmrechts solcher Aktien zustandegekommen sind, ausdrücklich auch als anfechtbar erklärt, «wenn sie eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderte offenbare Schädigung der Interessen von Aktionären mit sich bringt». Dieser Anfechtungsgrund ist aber nicht auf Stimmrechtsaktien beschränkt¹⁹.

c) Die Klage auf Auskunfterteilung gemäß Art. 697 Abs. 3 OR²⁰.

d) Die Klage auf Einberufung der Generalversammlung gemäß Art. 699 Abs. 3 und 4 OR²¹.

e) Die Leistungsklage gegen die AG zur unmittelbaren Durchsetzung wohlerworbener Rechte²² oder auf Ersatz des dem Minderheitsaktionär zugefügten Schadens²³. Ob eine solche, wie SCHLUEP neuerdings postuliert²⁴, dem Minderheitsaktionär auch dann offenstehe, wenn die Mehrheit sich mittelbar oder unmittelbar auf Kosten der Minderheit dadurch einen Vorteil verschafft, daß sie einen durch die Gesellschaftsinteressen geforderten Beschluß unterläßt, ist hier nicht näher zu erörtern.

f) Die Auflösungsklage aus wichtigen Gründen gemäß Art. 736 Ziff. 4 OR²⁵. Sie ist die *ultima ratio*, die

¹⁹ Vgl. vorn lit. A c bb. In diesem Sinne schon HUG, Zur Revision (1934) S. 79; GOLDSCHMIDT S. 44; EHRBAR S. 53/54; WEISS Einl. N. 175 und 206.

²⁰ Vgl. dazu insbesondere WYSS S. 216 ff.; SCHLUEP S. 269 ff.

²¹ Vgl. SCHLUEP S. 274 ff. und dort in den Anm. 34–44 angegebene Literatur und Rechtsprechung.

²² Vgl. SCHLUEP S. 266 ff. und dort in den Anm. 1–16 angegebene Literatur und Rechtsprechung.

²³ WEISS in SJZ Bd. 39 (1942/43) S. 538; SCHLUEP S. 300, 347 und S. 88/89 sowie die dort in Anm. 26 zitierte Literatur.

²⁴ SCHLUEP in SJZ Bd. 54 (1958) S. 213–215. Immerhin ist zu bezweifeln, ob es Aufgabe der Gerichte sein könne, positiv gestaltend in die Angelegenheiten einer privaten Aktiengesellschaft einzugreifen.

²⁵ WEISS Einl. N. 209 und 243 sowie die in N. 208 angegebene Literatur und Rechtsprechung; ferner neuestens BGE 84 II 44 ff.

erst subsidiär in Frage kommt, wenn alle andern Möglichkeiten, insbesondere die bisher genannten Klagen gegen die AG selbst, versagen.

g) Außergesellschaftlicher Natur ist schließlich die Schadenersatzklage gemäß Art. 41 OR, welche die herrschende Lehre der Minderheit gegen die ihre Macht mißbrauchenden Mehrheitsaktionäre einräumt, wobei allerdings die praktische Bedeutung dieses Rechtsbehelfs noch ungeklärt ist²⁶.

C. Zu diesen dem Minderheitenschutz allgemein, also auch gegenüber Schädigungen infolge von ABV, zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen gesellen sich noch jene, die sich gegen die Gültigkeit der ABV selber richten.

Es folgt aus Art. 20 Abs. 1 OR, daß solche Verträge als nichtig zu erachten sind, sofern sie bezwecken, einen nach den vorstehenden Grundsätzen (lit. A a) nichtigen Beschluß herbeizuführen, denn sie haben in diesem Falle einen aus rechtlichen Gründen unmöglichen Inhalt. Nichtigkeit des ABV wegen Widerrechtlichkeit des Inhalts wird auch dann anzunehmen sein, wenn die vertragliche Vereinbarung einen Zustand anstrebt, der die Voraussetzungen für eine Auflösungsklage aus wichtigem Grunde gemäß Art. 736 Ziff. 4 OR (lit. B f hiervor) oder eine Schadenersatzklage gemäß Art. 41 OR gegen die Gesellschaft (lit. B e hiervor) oder gegen eine ihre Macht mißbrauchende Mehrheit (lit. B g hiervor) erfüllen würde.

Dagegen können ABV, die dazu bestimmt sind, einen Sachverhalt herbeizuführen, der zwar dem Aktienrecht – insbesondere z.B. dessen Bestimmungen über die wohl-erworbenen Rechte – widerspricht, aber nur Anfechtbarkeit bewirkt, nicht gemäß Art. 20 Abs. 1 OR als nichtig erachtet werden. Vielmehr verweist das Aktienrecht in solchen Fällen, in Abweichung von Art. 20 OR, den ge-

²⁶ Vgl. WEISS Einl. N. 210 und die dort angegebene Literatur sowie SCHLUEP S. 300 und S. 347–349.

schädigten Minderheitsaktionär auf die Anfechtungsklage gemäß Art. 706 OR. Ihr dürfte denn auch praktisch für den Minderheitenschutz im Zusammenhang mit ABV die größte Bedeutung zukommen²⁷.

D. Die bisher behandelten Rechtsbehelfe des Minderheitenschutzes haben grundsätzlich rein repressiven Charakter und wirken – wie namentlich die Anfechtungs- und Auflösungsklage aus wichtigen Gründen – nur indirekt präventiv. Es ist zuzugeben, daß der den Minderheitsaktionären damit gewährte Schutz in vielen Fällen unzulänglich ist, um so mehr, als Lehre und Rechtsprechung im Hinblick auf die Interessen der Gesellschaft die Großzahl der wohlerworbenen Rechte – allen voran das Dividendenrecht – nur als relativ wohlerworbene Rechte anerkennen²⁸. Namentlich bei fortgesetztem Machtmißbrauch der Mehrheitsaktionäre und der von ihnen eingesetzten Verwaltung bilden die Nötigung der Minderheit zu immer neuen Anfechtungsprozessen und die als *ultima ratio* verbleibende Möglichkeit der Auflösung der AG aus wichtigen Gründen keine befriedigende Lösung. Das vor allem, wenn der fortgesetzte Machtmißbrauch darin besteht, daß die Mehrheit es andauernd ablehnt, die im Gesellschaftsinteresse notwendigen Beschlüsse zu fassen und dann nach herrschender Auffassung überhaupt nur die Auflösung der Gesellschaft gemäß Art. 736 Ziff. 4 OR zu einem praktischen Ergebnis führt. Abgesehen von den besonderen Fragen, zu denen dieser Sachverhalt Anlaß gibt²⁹ und auf die hier nicht näher eingetreten werden kann, besteht ganz allgemein und insbesondere in den nicht seltenen

²⁷ Im gleichen Sinne PROBST S. 270, der im übrigen auch noch (auf der gleichen Seite oben) auf die Möglichkeit der Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752–754 OR) hinweist, die indirekt ebenfalls dem Minderheitenschutz dienen können.

²⁸ SCHLUEP S. 215.

²⁹ Vgl. zum Vorausgehenden und zu diesen Fragen SCHLUEP in SJZ Bd. 54 (1958) S. 213–215.

Fällen, bei denen die ihre Macht mißbrauchende Mehrheit auf einem ABV beruht, das Bedürfnis nach vermehrtem, vor allem auch vorbeugendem Minderheitenschutz³⁰.

Das schweizerische Recht bietet zum mindesten einen Ansatzpunkt zu einem solchen präventiven Minderheitenschutz³¹ in Art. 708 Abs. 4 und 5 OR³². Zwin-

³⁰ Betont fordert vermehrten Minderheitenschutz gerade auch im Zusammenhang mit ABV u.a. BÜRGI N. 37 und 38 zu Art. 692 OR sowie in SAG Bd. 29 (1956/57) S. 81 ff., besonders S. 91, an beiden Orten unter Hinweis auf HOFMANN, S. 58 und 77 ff., der zusammenfassend feststellt, es habe sich auch in der Schweiz «mit der Entwicklung des Aktienrechts eine starke Verwässerung der Aktionär- und Minderheitsansprüche vollzogen, wogegen die Verwaltung dank obrigkeitlicher Unterstützung ihre Macht zu konsolidieren verstand.» (S. 92).

³¹ Als solchen bezeichnet auch BENOIT S. 237 die Vertretung von Aktionärgruppen im Verwaltungsrat. HOFMANN erklärt (S. 93) zunächst ebenfalls, Art. 708 Abs. 4 und 5 OR wären geeignet, sein (soeben in Anm. 30) wiedergegebenes Urteil «über den Haufen zu werfen». Anschließend äußert er sich (S. 93–99) dann allerdings sehr skeptisch über die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen für den Schutz echter Minderheiten.

³² Früher wurden in Art. 708 oft Abs. 4 Satz 2 als Abs. 5 und dementsprechend Abs. 5 als Abs. 6 bezeichnet, was bei Publikationen bis ca. 1950 zu beachten ist. Nach dem amtlichen Gesetzestext (BS Bd. 2 S. 355) besteht jedoch Abs. 4 aus zwei Sätzen und ist Abs. 5 der letzte von Art. 708. Literatur zu Art. 708 Abs. 4 und 5 OR: Indermaur (1928) S. 85–97; Kolb (1935) S. 33–36; Goldschmidt S. 105/106, insbes. Anm. 10; Elek Szűcs, Der Schutz der Aktionäre nach den Entwürfen zum OR, Diss. Bern 1939, S. 44/45; F. v. Steiger, Der sog. Verwaltungsratsproporz, in SAG Bd. 11 (1938/39) S. 193 ff.; Paul Held, Die Vertretung von Aktionärgruppen in der Verwaltung (Art. 708 Al. 4 OR), in SJZ Bd. 36 (1939/40) S. 64 ff. und 236 ff.; Ed. Gubler, Die Regelung der Minderheitenvertretung im schweizerischen Aktienrecht, in SAG Bd. 12 (1939/40) S. 171 ff.; Mijalkovic (1941) S. 69; Schucany (1941) N. 4 und 5 zu Art. 708 OR; Georges Capitaine in ZSR n. F. Bd. 62 (1943) S. 88a Anm. 183; W. v. Steiger in ZSR n. F. Bd. 62 (1943) S. 297a/298a; Hans Gerber, Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1946, S. 103–114; Emanuel Falkeisen, Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat, Diss. Zürich 1947, S. 87–97; Giovanni Schucany

gende Vorschrift ist nur Absatz 4³³. Danach müssen die Statuten nicht Minderheiten schlechthin, sondern nur jeder Gruppe von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung die Wahl wenigstens eines Vertreters sichern und, wenn ein Verwaltungsratsausschuß besteht, den wichtigen Gruppen auch eine Vertretung in diesem. Bei den im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Minderheiten wird es sich aber in der Regel nicht um Aktionäre handeln, die eine andere Rechtsstellung besitzen als die ihnen gegenüberstehende, im ABV zusammengeschlossene Mehrheit. Es kann daher davon abgesehen werden, hier näher auf die Regelung gemäß Absatz 4 sowie auf die Kontroverse über die ihm entsprechende Wahlart der Gruppenvertreter einzugehen, um so mehr, als dieses Thema erst kürzlich von BENOIT in einer gründlichen Studie behandelt worden ist, in der er der Lösung des Bundesgerichtes i. S. Tobler eine eigene gegenüberstellt³⁴.

Im Zusammenhang mit dem Minderheitenschutz gegenüber Mehrheiten, die auf ABV beruhen, kommt hauptsächlich Art. 708 Absatz 5 OR in Frage, der denn auch nicht nur von Aktionärgruppen, sondern von Bestimmungen über die Wahlart der Verwaltung spricht, welche die Statuten zum Schutze von Minderheiten aufstellen können. Als Minderheiten sind Gruppen von Aktionären gleicher Rechtsstellung zu verstehen,

(1949) S. 31–35; ZIMMERMANN (1951) S. 56–68; FUNK (1951) N. 4 und 5 zu Art. 708 OR; F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft (1952) S. 57, 208–210, 234 und 354; HOFMANN (1954) S. 93–97; BENOIT (1956).

³³ BGE 66 II 50 i.S. Tobler g. AG Chocolat Tobler. Damit übereinstimmend die gesamte in Anm. 32 angeführte Literatur.

³⁴ BENOIT S. 274 ff., insbes. S. 279. Vgl. dazu die Besprechung in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 28/29. Als ideal kann wohl auch die von BENOIT vorgeschlagene Lösung, welche die Stellung der beherrschenden Aktionärgruppe gegenüber dem Wahlsystem gemäß dem Bundesgerichtsentscheid i.S. Tobler verstärkt, nicht bezeichnet werden. Vgl. ferner die kritischen Bemerkungen von HOFMANN (S. 97/98) zum Entscheid i.S. Tobler.

«die Minderheiten der einzelnen Aktionäre gegenüber den Großaktionären»³⁵. Die Bedeutung solcher Vertretungen von Aktionärminderheiten im Verwaltungsrat liegt vor allem im Einblick in die Geschäftsführung, in der Möglichkeit, über Interessengegensätze schon im Schoße des Verwaltungsrates zu diskutieren und allenfalls der Ausführung nachteiliger Verwaltungsratsbeschlüsse durch Einberufung der Generalversammlung (Art. 699 Abs. 3 und 4 OR) und Anrufung des Richters entgegenzutreten, so daß sie gesamthaft gesehen Benachteiligungen der Minderheit weitgehend vorbeugt³⁶. Andererseits ist die Bedeutung solcher Vertretungen nicht zu überschätzen, da sie ja auch im Verwaltungsrat eine Minderheit darstellen. Dazu kommt, daß Art. 708 Absatz 5 OR, im Gegensatz zu Absatz 4, nachgiebiges Recht darstellt³⁷. Seine Schutzwirkung ist deswegen natürlich viel geringer, hängt es doch vom guten Willen der Mehrheit ab, ob sie solche Bestimmungen in die Statuten aufnehmen oder sie darin belassen will³⁸. Immerhin geht MIJALKOVIC zu weit, wenn er sie (S. 69) als «nichtssagend» bezeichnet. Zum mindesten bildet Absatz 5 eine klare Rechtsgrundlage, um Minderheiten in den Statuten Anspruch auf eine Vertretung einzuräumen. Das war unter dem alten Recht noch umstritten. Das aargauische Handelsgericht³⁹ hatte in Anlehnung an BGE 51 II 334/

³⁵ EUGEN HUBER in Ber. 1919 S. 130.

³⁶ Im gleichen Sinne HOFMANN S. 71/72.

³⁷ Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung. Vgl. ferner FALKEISEN a.a.O. S. 89; GIOVANNI SCHUCANY S. 32; HOFMANN S. 96; BENOIT S. 224.

³⁸ Das betonen vor allem GIOVANNI SCHUCANY S. 32 und HOFMANN S. 96.

³⁹ SJZ Bd. 26 (1929/30) S. 382/83; ausführlicher im VAargR 1929 S. 154 ff. Nach dem im Urteil wiedergegebenen Tatbestand (S. 155/56) lag gar keine statutarische Bestimmung vor, die einer Aktionärgruppe das Recht auf ständige Vertretung im Verwaltungsrat einräumte, sondern bestanden unter den Aktionären dieser Familien-AG Aktionärbindungs-Verträge, nämlich ein «Sperrvertrag» (Verfügungsbindung) und ein «Stimmrechtsvertrag». Der gegen die AG gerichteten Klage mußte auch nach der in dieser

35⁴⁰ erklärt, die statutarische Einräumung eines Sonderrechts an eine Aktionärgruppe auf einen Verwaltungsratssitz sei ungültig, weil sie dem «unbeschränkten und unbeschränk-baren» Wahlrecht der Generalversammlung (Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1 aOR) widerspreche. An dieses letzte Urteil schloß sich eine interessante Kontroverse an⁴¹, die nun durch das Gesetz zugunsten der damals u. a. von THEO GUHL vertretenen Auffassung entschieden worden ist, daß «in den Statuten Schutzbestimmungen zugunsten einzelner Aktionärgruppen in dem Sinne aufgenommen werden können, daß diesen Gruppen ein oder mehrere Verwaltungsratssitze grundsätzlich zuerkannt werden», wobei «die Generalversammlung... Wahlbehörde» bleibt, da das Gesetz nicht zwingend vorschreibt, «daß mit dem Wahlrecht notwendigerweise auch die freie Auswahl unter den Kandidaten verbunden sein müsse»⁴².

Stets unter Vorbehalt der Wahrung des Grundsatzes, daß die Wahl der Verwaltung letzten Endes durch die Generalversammlung zu erfolgen hat, läßt Art. 708 Abs. 5 OR den AGen freie Hand bei der Aufstellung von Bestimmungen über die Wahlart zum Schutze von Minderheiten⁴³. So könnten «die Statuten z. B. bestimmen, es sei in der Generalversammlung ein Teil der Verwaltungsräte nach

Arbeit vertretenen Auffassung der Erfolg versagt bleiben, da ABV ja nicht gegen die AG wirken (vgl. hinten in § 19). Merkwürdigerweise blieb dieser Sachverhalt in der folgenden Diskussion gänzlich unbeachtet und drehte sich diese um die – gar nicht vorhandene – statutarische Bestimmung.

⁴⁰ BGE 51 II 330 ff. betraf aber die Vertretung einer Gemeinde in einer Eisenbahngesellschaft, die nach öffentlichem Recht zulässig war.

⁴¹ E. STEINER in SAG Bd. 2 (1929/30) S. 115; P. PFYFFER, FRITZ FUNK jun., E. STEINER und nochmals P. PFYFFER unter teilweiser Wiedergabe einer gutachtlichen Äußerung von THEO GUHL in SAG Bd. 3 (1930/31) S. 9 ff., 24 ff., 43 ff. und 51 ff.; KOLB S. 33–36.

⁴² GUHL a. a. O. S. 52.

⁴³ Vgl. über die verschiedenen Möglichkeiten, die Art. 708 Abs. 5 OR für die Gestaltung der Wahlart zuläßt, vor allem BENOIT S. 285–300.

dem Aktienbesitz der Wähler und ein anderer Teil nach Köpfen aus der Generalversammlung zu wählen», wie das EUGEN HUBER im Bericht zum Entwurf von 1919 vorschlug⁴⁴. Zulässig wäre auch die statutarische Einführung der Wahl mit Stimmenkumulation⁴⁵. Vor allem aber erlaubt Absatz 5 den AGen, durch ihre Statuten für die Wahl der Verwaltung den Grundsatz der Proportionalität⁴⁶ einzuführen⁴⁷, den sog. Verwaltungsratsproporz⁴⁸. Während sich für die beiden erstgenannten Wahlsysteme noch kein schweizerischer Autor erwärmt hat⁴⁹, sind die Meinungen über den Verwaltungsratsproporz geteilt. Mehrheitlich wird allerdings auch er abgelehnt⁵⁰ und praktisch scheint er bis jetzt kaum je in einer schweizerischen AG freiwillig gestützt auf Art. 708 Abs. 5 OR eingeführt worden zu sein. HOFMANN spricht sich für das Proportionalwahlverfahren aus, allerdings nur in der Meinung, daß es *de lege ferenda* für kleinere und mittlere AGen bis zu einem

⁴⁴ Ber. 1919 S. 130/31. Schon der E. 1919 enthielt in Art. 757 Abs. 3 den Satz: «Die Statuten können über die Wahlart Bestimmungen zum Schutze der Minderheiten der Aktionäre aufstellen...» Vgl. dazu BENOIT S. 289.

⁴⁵ Entsprechend dem in den USA stark verbreiteten *cumulative voting*. Vgl. dazu BALLANTINE S. 404–406; DODD and BAKER S. 208; SCHMEY S. 304–307; INDERMAUR S. 95/96; MIJALKOVIC S. 69/70; HOFMANN S. 85/86; ESCHER S. 34; BENOIT S. 69/70 und S. 299/300.

⁴⁶ Sinngemäß entsprechend Art. 73 BV und BG betr. die Wahl des Nationalrates vom 14. Febr. 1919, BS Bd. 1 S. 180 ff.

⁴⁷ BENOIT S. 296 und die dort in Anm. 175 angeführten Autoren.

⁴⁸ Vgl. dazu insbesondere SONTAG S. 113 ff.; INDERMAUR S. 96/97; KOLB S. 41–44; F. v. STEIGER in SAG Bd. 11 (1938/39) S. 193 ff.; MIJALKOVIC S. 67 ff.; GIOVANNI SCHUCANY S. 32–35; HOFMANN S. 70–74; BENOIT S. 290–299.

⁴⁹ MIJALKOVIC, der sowohl das kumulative Stimmrecht als auch den Verwaltungsratsproporz empfiehlt, ist Jugoslawe.

⁵⁰ Gegen den Verwaltungsratsproporz haben sich u.a. ausgesprochen: KOLB S. 42/43; GOLDSCHMIDT S. 106 in Anm. 10 (Bedenken gegen Minderheitsvertretung im Verwaltungsrat schlecht-hin); F. v. STEIGER, Aktiengesellschaft S. 57; BENOIT S. 296–298.

bestimmten Grundkapital für die Wahl der Verwaltung zwingend vorzuschreiben wäre⁵¹.

Die Schwäche der heutigen Regelung in Art. 708 Abs. 5 OR besteht in der Tat darin, daß er nur nachgiebiges Recht darstellt und bloß dem Minderheitenschutz dienende Lösungen ermöglicht, ohne aber einen solchen zu gewährleisten. Da die Einführung und Aufhebung entsprechender Statutenbestimmungen vollkommen vom Willen der Mehrheit abhängt, sind sie, wie GIOVANNI SCHUCANY (S. 33) zutreffend bemerkt, nicht viel mehr als ein einseitiger Akt des Entgegenkommens. Das gilt nicht nur für die Einführung eines eigentlichen Verwaltungsratsproporzes, sondern auch für einfachere Regelungen, nach denen z.B. einem gewissen Prozentsatz von Aktienstimmen oder in den Statuten näher umschriebenen Minderheiten, wie insbesondere den außerhalb des Mehrheitskonsortiums stehenden Aktionären oder den Mitgliedern eines Minderheitskonsortiums, den Angehörigen eines bestimmten Familienstammes, den Lieferanten des von der AG betriebenen Unternehmens einerseits und Abnehmern anderseits usw.⁵² ein mehr oder weniger verbindliches Vorschlagsrecht für einen oder mehrere Sitze im Verwaltungsrat eingeräumt wird. Da die Mehrheit es nach geltendem Recht in der Regel jederzeit in der Hand hat, solche statutarische Anordnungen durch eine Statutenrevision zu beseitigen, ist eine Minderheit – sofern die Mehrheit zu Konzessionen zu deren Schutze überhaupt bereit ist – durch den Abschluß eines entsprechenden ABV wohl verhältnismäßig besser geschützt, wie in § 18 noch darzutun sein wird.

Zusammengefaßt ist festzustellen, daß zwar die ABV in vielen Fällen dem Zusammenschluß der die Minderheit be-

⁵¹ HOFMANN S. 74 und 179/80.

⁵² Vgl. die Aufzählung bei BENOIT S. 207, wo insbesondere auch erwähnt werden: «d) les sociétaires qui ne font pas partie d'un syndicat de majorité, ou qui appartiennent à une union de minorité.»

drückenden Mehrheit dienen, daß aber der Schutz solcher außerhalb eines ABV stehender Minderheitsaktionäre nicht mit spezifisch auf die ABV zugeschnittenen Maßnahmen erreicht werden kann, sondern weitgehend identisch ist mit dem Minderheitenschutz in der AG schlechthin. Darum muß auch *de lege ferenda* der Schutz gegen Auswüchse und Mißbräuche der ABV nicht in erster Linie in Maßnahmen, die sich besonders gegen diese richten, gesucht werden, sondern in der Verbesserung des allgemeinen Minderheitenschutzes in der AG. Es wird darauf und im besonderen auf den bereits erwähnten Vorschlag von HOFMANN sowie auf die Anregungen von BÜRGI⁵³ zum Ausbau des Minderheitenschutzes in den Schlußfolgerungen zurückgekommen.

§ 17

2. Minderheitsprobleme innerhalb von Aktionärkonsortien

Bei den als Gesellschaften zu beurteilenden ABV (Aktionärkonsortien)¹ kann – und es geschieht praktisch sehr häufig – für Gesellschaftsbeschlüsse in Abweichung von den nur dispositiven Regeln des Art. 534 OR² das Mehrheitsprinzip, und zwar nach Maßgabe der Bedeutung der Aktien, mit denen die Gesellschafter am Konsortium beteiligt sind, eingeführt werden³. Damit ist auch die Möglichkeit gegeben, daß sich innerhalb der AK Minderheiten bilden, wobei sich die groteske Situation einstellen kann, daß die Konsortialminderheit und die nicht dem AK angehörende Minderheit in der AG zusammen

⁵³ BÜRGI N. 37 zu Art. 692 OR und in SAG Bd. 29 (1956/57) S. 91.

¹ Vgl. § 11 lit. C (S. 231a) und § 12 lit. A (S. 231a–233a).

² SIEGWART, Personenges. N. 8 u. 9 zu Art. 534 OR; BECKER N. 5–9 zu Art. 534 OR und N. 9 zu Art. 535 OR; FUNK N. 1 u. 2 zu Art. 534 OR.

³ Vgl. § 5 Ziff. 8 lit. C a (S. 188a f.).

die Mehrheit hätten, infolge der Stimmenbindung jedoch die Gesamtstimmenzahl des Konsortiums das Übergewicht hat und dieses so letzten Endes der Herrschaft einer Minderheit dient⁴. Bei AK, welche sämtliche Aktionäre einer AG umfassen, stimmt die Konsortialminderheit mit der Aktionärminderheit überein, und es stellt sich hier ganz besonders die Frage des Verhältnisses zwischen dem Minderheitenschutz in der AG und den damit kollidierenden Bindungen aus dem Konsortialvertrag. Aber auch wo die Verhältnisse nicht derart extrem liegen, wie in den beiden genannten Beispielen, ist zu prüfen, welche Rücksichten die Konsortialmehrheit auf die Konsortialminderheit zu nehmen hat und unter welchen Umständen diese von der vertraglichen Bindung befreit wird bei Mehrheitsbeschlüssen, denen sie nicht zustimmt.

Die Lösung der Minderheitsprobleme innerhalb der AK kann schon deswegen nicht mit jener in der AG übereinstimmen, weil das AK eine Personengesellschaft darstellt, im Gegensatz zur AG als Kapitalgesellschaft. Vor allem ergibt sich aus den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter beim AK eine Treuepflicht vertraglicher Natur, die über das allgemeine Gebot, in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln, hinausgeht⁵. Diese Treuepflicht der Gesellschafter, die aus dem Wesen der Gesellschaft als eines Vertrags zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln folgt, kommt insbesondere im Konkurrenzverbot für die Mitglieder der einfachen Gesellschaft (Art. 536 OR) und in den wichtigen Gründen zum Ausdruck, aus denen eine einfache Gesellschaft gemäß Art. 545 Ziff. 7 OR durch

⁴ Über die Möglichkeit, eine AG mit 26 % oder praktisch einem noch kleineren Teil ihrer Stimmen mit Hilfe eines AK zu beherrschen, vgl. vorn § 2 Ziff. 3 (S. 166a f.).

⁵ FUNK N. 4 (S. 24) zu Art. 530 OR; BENZ, insbes. S. 3 ff., S. 25 ff. und S. 5 Anm. 11 betr. die Kommentare SIEGWART und BECKER; GLOOR S. 1–53 (für die Kollektivgesellschaft), insbes. S. 19 Anm. 21.

Urteil des Richters aufgelöst werden kann⁶. Sie ist aber darüber hinaus, weil dem Wesen der Gesellschaft entsprechend, für die gesamten Beziehungen der Gesellschafter von Bedeutung. Insbesondere bei den AK ergibt sich aus der Treuepflicht der Konsorten, daß sie sich gegenseitig Rücksicht schulden, da ohne solche ein Gesellschaftsverhältnis überhaupt nicht denkbar ist⁷. Dies gilt vor allem für die Fassung von Mehrheitsbeschlüssen, die das Gesetz denn auch nur auf vertraglicher Grundlage, also im Einverständnis aller Gesellschafter, zuläßt. Zutreffend erklärt GLOOR⁸, daß bei Mehrheitsbeschlüssen in der Personengesellschaft «die Mehrheit auf die Interessen der Minderheit größtmögliche Rücksicht zu nehmen hat». Allgemein betrachtet ist somit die Minderheit in einer einfachen Gesellschaft, in einem Konsortium, in geringerem Umfange gehalten, sich der Mehrheit zu unterziehen, als bei einer AG⁹.

Aus diesen grundsätzlichen Feststellungen geht hervor, daß bei der für die AK vor allem wichtigen Beschlußfassung über die Ausübung des Stimmrechts in der AG für die in das AK einbezogenen Aktien ebenfalls Schranken der Majoritätsherrschaft bestehen. Obwohl dem Konsortialbeschluß an und für sich selbständiger Charakter zukommt und seine Wirkungen auf die AG nur indirekte sind, nämlich soweit das Stimmrecht in der AG

⁶ Siehe § 22 (S. 245a).

⁷ Über die Treuepflicht der Konsorten vgl. insbes. STUBER S. 72–76; ferner sinngemäß im Zusammenhang mit der Auflösung des Konsortiums aus wichtigem Grunde: OSTHOFF S. 24, sowie die in Anm. 5 hievor angeführten Autoren.

⁸ GLOOR S. 21 Anm. 21, wo sich der zitierte Satz zwar auf die Kollektivgesellschaft bezieht, sinngemäß aber auch auf die einfache Gesellschaft, insbesondere die Konsortien. Im gleichen Sinne BENZ, der (S. 84) erklärt, bei Ausübung des Stimmrechts durch den Gesellschafter erstere ihm aus der Treuepflicht «die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Mitgesellschafter und die Gesellschafter als solche», im übrigen aber die Frage des Minderheitenschutzes in der Gesellschaft nicht behandelt.

⁹ Im gleichen Sinne STUBER S. 63.

tatsächlich in dem vom Konsortium beschlossenen Sinne ausgeübt wird, hängen doch die aktienrechtlichen Schranken der Mehrheitsherrschaft mit jenen, die für das AK gelten, eng zusammen. Dies gilt zunächst einmal für den Fall, daß das AK Stimmabgabe in einem Sinne beschließt, der Nichtigkeit des von der AG zu fassenden Beschlusses zur Folge hätte¹⁰, also z.B. vorsähe, der Minderheit schlechthin unentziehbare Rechte zu entziehen. Ein solcher Beschluß des AK hätte einen aus rechtlichen Gründen unmöglichen Inhalt und wäre darum selber gemäß Art. 20 OR nichtig. Das ergibt sich auch ohne Rücksicht auf die Treuepflicht der Konsorten. Diese ist aber von entscheidender Bedeutung, wenn die Mehrheit des Konsortiums gewillt ist, in der AG auf die Fassung eines Beschlusses hinzuwirken, der zwar nicht ohne weiteres nichtig, wohl aber durch die ihm nicht zustimmenden Aktionäre anfechtbar wäre¹¹. In der Regel wird die sich widersetzende Konsortialminderheit ein berechtigtes Interesse daran haben, daß die AG keinen solchen Beschluß faßt und ihr z.B. ein wohl-erworbenes Recht entzieht. Ohne AV könnten die Aktionäre der Konsortialminderheit sich in der AG dem Beschluß widersetzen und ihn auch gerichtlich anfechten. Hätten sie sich nun einem solchen Konsortial-Mehrheitsbeschluß zu unterziehen und ihre Stimmen in der AG gegen ihr eigenes Interesse abzugeben oder durch den Konsortialvertreter abgeben zu lassen, so würden sie auch noch ihres Anfechtungsrechtes beraubt, denn der AG gegenüber hätten sie dem Beschluß mit den Stimmen ihrer Aktien zugestimmt und wären daher nach Lehre und Rechtsprechung zur Anfechtungsklage nicht legitimiert¹². Ein solcher Mehrheitsbeschluß des Konsortiums würde die Treuepflicht der Mehrheit gegenüber der Minderheit verletzen. Dieses Verhalten der Mehrheit gäbe der Minderheit das Recht zur Auflösung

¹⁰ Vgl. § 16 Ziff. 1 lit. A a (S. 274a).

¹¹ Vgl. § 16 Ziff. 1 lit. A b und c bb (S. 275a–277a).

¹² PEYER S. 111/12 und Anm. 261; SCHUCANY N. 1 zu Art. 706 OR.

der Gesellschaft aus wichtigem Grunde (Art. 545 Ziff. 7 OR), so daß ein derartiger Konsortialbeschluß die Minderheit rechtlich nicht binden kann. Darüber hinaus erscheint es aber mit der Rücksicht, welche die Mehrheit gegenüber der Konsortialminderheit schuldet, nicht vereinbar, diese überhaupt durch einen Mehrheitsbeschluß zu zwingen, ihre Stimmkraft in der AG für einen anfechtbaren Beschluß, der also gegen geschriebenes oder ungeschriebenes Recht oder gegen die Statuten verstößt, zur Verfügung zu stellen. Das gleiche gilt auch, wenn die Konsortialmajorität eine objektiv, aus persönlichen oder sachlichen Gründen zweifellos ungeeignete Persönlichkeit zur Wahl in die Verwaltung der AG vorschlägt. In allen diesen Fällen ist der die Treuepflicht mißachtende Mehrheitsbeschluß, der die gegenüber der Konsortialminorität geschuldete Rücksicht verletzt, für diese unverbindlich, weil vertragswidrig. Die Minderheit kann daher in der Generalversammlung der AG stimmen, ohne diesen Beschluß zu beachten, und beanspruchen, daß die Aktien ihr zum erwähnten Zweck zur Verfügung gestellt werden, unter allen Umständen aber, daß die Stimmabgabe für ihre Aktien durch den gemeinschaftlichen Vertreter unterbleibt. Auf diese Weise behält sie auch die Möglichkeit der Anfechtungsklage, sofern die Generalversammlung der AG den anfechtbaren Beschluß gleichwohl faßt¹³. Zum voraus oder allgemein erfolgte Bindungen hinsichtlich der Ausübung des Anfechtungsrechtes sind ohnehin nichtig¹⁴.

Aber auch dort, wo das Gesetz oder die Statuten für das Zustandekommen eines Generalversammlungsbeschlusses eine qualifizierte Mehrheit erfordern und so, indem sie der Sperrminorität ein Vetorecht einräumen, einen beschränkten Minderheitenschutz gewähren¹⁵, widerspricht es der Treuepflicht der Konsortialmehrheit gegenüber der Minderheit, diese durch eine Majorisierung im AK um den

¹³ Im Ergebnis übereinstimmend STUBER S. 75.

¹⁴ Vgl. § 15 lit. C c aa (S. 271a) und Anm. 44.

¹⁵ Vgl. § 16 Ziff. 1 lit. A c aa (S. 276a).

vom Gesetz oder den Statuten gewährten Minderheitenschutz zu bringen. Dem wird denn auch in vielen Konsortialverträgen in der Weise Rechnung getragen, daß sie die Bindung der Stimmrechtsausübung an die Konsortialbeschlüsse in jenen Fällen, bei denen für die Beschlußfassung der AG gesetzlich oder statutarisch eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen ist, ausschließen oder nur bei Einstimmigkeit im Konsortium zulassen¹⁶. Gegen eine derartige Regelung ist nichts einzuwenden, da bei Einstimmigkeit ja keine Minderheit gezwungen wird, ihre Aktionärstimmen entgegen ihrer eigenen Auffassung abzugeben oder durch den Konsortialvertreter abgeben zu lassen. Dagegen genügt die für solche Fälle in manchen Konsortialverträgen vorgesehene qualifizierte Mehrheit für den Konsortialbeschluß nicht, da sie wie die einfache Mehrheit die grundsätzlich der Minderheit nach dem Gesellschaftsverhältnis geschuldete Rücksicht verletzt und sie zur Preisgabe von Minderheitsrechten zwingt, welche ihr sogar das Aktienrecht gewährt. Solche Majorisierungen der Konsortialminorität sind aber nicht nur wegen Vertragswidrigkeit für diese unverbindlich, sondern stellen zugleich wegen der Verfälschung des Stimmenverhältnisses in der Generalversammlung der AG eine Umgehung dar, somit einen Rechtsmißbrauch, der gemäß Art. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet¹⁷. Derartige Verschiebungen des Stimmenverhältnisses in der AG durch eine künstlich gemachte Majorität hat sich die Minderheit nicht gefallen zu lassen¹⁸. Auch die nicht dem AK angehörenden Minderheitsaktionäre können daher einen mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Generalversammlungsbeschluß anfechten, der nur mit den gegen den Willen der Konsortialminorität abgegebenen Stimmen zustandegekommen ist. Freilich setzt dies voraus, daß sie überhaupt von solchen Interna des AK

¹⁶ Vgl. § 4 Ziff. 5 lit. B a (S. 185a) und § 5 Ziff. 8 lit. C a (S. 189a).

¹⁷ Vgl. § 14 lit. C c (S. 248a) und § 15 lit. C b (S. 264a ff.).

¹⁸ Vgl. sinngemäß BGE 72 II 292/93.

Kenntnis erhalten und dafür Beweis erbringen können, woran es in vielen Fällen fehlen wird.

Umgekehrt steht aber einer Vereinbarung unter den sämtlichen Aktionären einer Familien-AG im fiskalischen Sinne (*close corporation*) nichts entgegen, durch die sie den Minderheitenschutz in der AG verstärken und z.B. intern die persönliche Verpflichtung übernehmen, «daß wichtige Beschlüsse im Sinne der Art. 648/49 OR (Fusion, Auflösung der Gesellschaft, Änderung des Zweckes, Erweiterung oder Verengung des Geschäftsbereiches, Einführung von Stimmrechtsaktien, Änderung der Firma, Sitzverlegung) nur einstimmig gefaßt werden sollen»¹⁹. Dabei bindet freilich eine derartige Abmachung nur die Vertragspartner persönlich, während die gesetzliche und statutarische Regelung der Generalversammlungsbeschlüsse auf diese Weise nicht geändert werden kann und die Gültigkeit solcher Beschlüsse sich nach dieser richtet und nicht nach den vertraglichen Vereinbarungen der Aktionäre²⁰.

¹⁹ Wie in dem vom Obergericht des Kts. Aargau beurteilten Falle, SJZ Bd. 49 (1953) S. 295; AGVE 1950 S. 55/56.

²⁰ Vgl. darüber § 19. Darum konnte in dem in Anm. 19 erwähnten Falle der gegen die AG gerichteten Klage schon aus diesem Grunde kein Erfolg beschieden sein. Die im Entscheid ferner vertretene Auffassung, daß Art. 705 OR zwingendes Recht enthalte (SJZ Bd. 49 S. 295; AGVE 1950 S. 60/61), erscheint insoweit zutreffend, als die Zuständigkeit der Generalversammlung zur Abberufung der Verwaltung und der Kontrollstelle weder durch die Statuten noch durch persönliche Vereinbarungen der Aktionäre wegbedungen oder auch nur so modifiziert werden könnte, daß die Abberufung nicht jederzeit und voraussetzungslos, sondern nur aus wichtigen Gründen gestattet wäre. Dagegen sagt Art. 705 OR nichts über das für den Abberufungsbeschluß notwendige Quorum. Es stünde daher m.E. gesetzlich nichts im Wege, für solche Abberufungsbeschlüsse gemäß Art. 627 Ziff. 11 OR in den Statuten eine qualifizierte Mehrheit vorzuschreiben. Ebensowenig wäre eine Vereinbarung unter den Aktionären ungültig, durch die sie sich intern verpflichten würden, solche Beschlüsse nur mit qualifiziertem Mehr oder sogar nur einstimmig zu fassen. Freilich hätte eine solche Vereinbarung nur obligatorische Wirkung, würde also die gesetzliche Regelung (einfache Mehrheit) oder eine davon ab-

Eine erhebliche Verschärfung erfahren die Minderheitsprobleme innerhalb des AK dann, wenn die Erfüllung der Stimmbindung durch besondere Maßnahmen gesichert wird. Das gilt schon für den Fall, daß diese Sicherungsmaßnahmen in der (für Inhaberaktien allein in Betracht fallenden) Hinterlegung der Aktien in einem Depot, über das die Konsortialen nur gemeinsam verfügen können, in Verbindung mit obligatorischen, im Konsortialvertrag enthaltenen Veräußerungsverboten, Kaufs-, Rückkaufs-, Vorkaufs- oder Vorhandrechten bestehen, und noch mehr, wenn die genannten Rechte zusammen mit der Vinkulierung von Namenaktien in den Statuten verankert werden und dadurch «dinglich», d.h. auch gegenüber jedem Dritt-erwerber wirken. Auf diese Maßnahmen zur Sicherung der Erfüllung der ABV ist in § 21 noch zurückzukommen, wobei allerdings ihre nähere Behandlung, soweit sie statutarischer Natur sind, aus Raumgründen unterbleiben muß. Im vorliegenden Zusammenhang sei nur hingewiesen auf die Bedeutung derjenigen Vertrags- oder Statutenbestimmungen für den Schutz der Konsortialminderheit, welche bei Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung der Aktien an einen außerhalb des Konsortiums stehenden Dritten eine Abnahmepflicht der übrigen Konsortialen statuieren, sowie jener, welche den Preis regeln, zu welchem die nicht frei übertragbaren Aktien an die andern Mitglieder des Konsortiums abgegeben werden können oder müssen. Fehlen solche Bestimmungen, so ist die Minderheit weitgehend der Willkür der Mehrheit ausgeliefert. In derartigen Fällen kann dann, wenn die vom Vertrag umfaßten Aktien praktisch das ganze Vermögen des Aktionärs dar-

weichende Statutenbestimmung nicht ändern. Ferner läge dann, wenn sich die Abberufung eines der Verwaltung oder der Kontrollstelle angehörigen Konsortialmitgliedes wegen schädigenden Verhaltens gegenüber der AG als objektiv berechtigt erwiese, ein wichtiger Grund zur Auflösung des Konsortiums (Art. 545 Ziff. 7 OR) vor, womit die Verbindlichkeit der vertraglichen Stimmbindung entfielen.

stellen, dessen wirtschaftliche Bewegungsfreiheit derart eingeengt sein, daß der Konsortialvertrag wegen Übermäßigkeit der Bindung als sittenwidrig und daher gemäß Art. 20 OR als nichtig zu erachten ist²¹. Es kann aber auch unter Umständen ein fortgesetzter Machtmißbrauch der Mehrheit vorliegen, der die Konsortialminorität, sofern sie zusammen mindestens über den fünften Teil des Grundkapitals verfügt, gemäß Art. 736 Ziff. 4 OR berechtigt, die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen zu verlangen, womit die Konsortialbindung ebenfalls gegenstandslos würde. Ein zum voraus und allgemein erklärter vertraglicher Verzicht auf die Auflösungsklage aus wichtigen Gründen wäre gemäß Art. 20 OR nichtig²² und daher untauglich die Konsortialminorität an einer solchen Klage zu hindern

§ 18

3. Die Aktionärbindungs-Verträge als Mittel des Minderheitenschutzes

Unbestreitbar stellen die ABV weit überwiegend ein Mittel zur Bildung von Aktionärmehrheiten, zur Verstärkung ihrer Macht und damit auch jener der mit ihnen verbundenen Verwaltungen dar. Die ABV können so in vielen Fällen zu Benachteiligungen, ja sogar zu einer eigentlichen Entrechtung der Minderheiten führen¹. Die damit zusammenhängenden Fragen wurden in den §§ 16 und 17 erörtert. Es mag daher auf den ersten Blick überraschen, daß ABV auch als Mittel des Minderheitenschutzes bezeichnet werden – und doch sind sie auch zu dieser Funktion geeignet².

Dabei ist in erster Linie an die schon wiederholt er-

²¹ Vgl. vorn § 14 lit. C d bb (S. 250a–252a).

²² Vgl. vorn § 15 lit. C c aa (S. 271a).

¹ BÜRGI N. 38 zu Art. 692 OR.

² BÜRGI N. 39 zu Art. 692 OR.

wähnten Minderheitskonsortien zu denken³. Sie entsprechen dem auf vielen Lebensgebieten geltenden Grundsatz: «Verbunden werden auch die Schwachen mächtig». Es liegt auf der Hand, daß Kleinaktionäre durch ihr Auftreten als geschlossene, organisierte Minderheit in der Generalversammlung einen erheblich größeren Einfluß ausüben können, als wenn sie ihre Kräfte zersplittern und infolge ihrer Einflußlosigkeit dieser fernbleiben, ja sich nicht einmal vertreten lassen. Vor allem aber: gelingt es einer solchen Minderheitsgruppe, einen Viertel oder einen Drittel der Stimmen zusammenzufassen, und hängt demzufolge das Zustandekommen von Generalversammlungsbeschlüssen, für welche Gesetz oder Statuten eine qualifizierte Mehrheit verlangen, von ihrer Zustimmung ab, so kann eine solche Sperrminorität von der Mehrheit unter Umständen z.B. eine Vertretung im Verwaltungsrat erlangen. Dieselbe wird allerdings in den seltensten Fällen im Sinne von Art. 708 Abs. 4 und 5 OR in den Statuten verankert sein, sondern zumeist auf einer mehr oder weniger formlosen Abstimmungsvereinbarung beruhen, die in der Regel den Charakter eines *Gentlemen's agreement* hat, ähnlich wie der bei Majorzwahlen von den politischen Parteien eingehaltene «freiwillige Proporz». Solche Minderheitsvertretungen in der Verwaltung haben über ihren rein stimmenmäßigen Einfluß hinaus, der naturgemäß nicht entscheidend sein kann, vor allem durch den Einblick in die Geschäftsführung und durch die Möglichkeit, über Interessengegensätze schon innerhalb der Verwaltung zu diskutieren und unter Umständen einen Ausgleich zu erzielen, eine nicht zu unterschätzende, hauptsächlich vorbeugende Wirkung zum Schutze der Aktienminorität⁴.

Die Bedeutung der ABV als Mittel des Minderheiten-

³ Vgl. § 2 Ziff. 1 am Ende mit den dort in Anm. 14 angeführten Beispielen und Literaturstellen (S. 163a), sowie § 3 Ziff. 3 lit. B a (S. 180a) und § 5 Ziff. 9 lit. A (S. 193a).

⁴ Vgl. § 16 Ziff. 1 lit. D (S. 280a ff.) und HOFMANN S. 71/72.

schutzes erschöpft sich aber nicht in den Minderheitskonsortien. Vielmehr ermöglicht der ABV einem Aktionär, der in der AG keine Stimmenmehrheit besitzt und somit nach dem reinen Mehrheitsprinzip nicht unter allen Umständen einen Sitz in der Verwaltung erlangen kann, sich einen solchen zu sichern durch den Zusammenschluß mit andern Aktionären, mit denen zusammen er über die Majorität verfügt. Ein solcher Aktionär gehört dann – im Verhältnis zu den außerhalb des ABV stehenden Aktionären – zwar zur Mehrheitsgruppe, aber nur weil und solange der ABV in Kraft bleibt. Fällt dieser dahin, so hat der einzelne Aktionär möglicherweise nur noch eine einflußlose Minderheitsbeteiligung an der AG. Dieser Sachverhalt liegt vor allem auch dort vor, wo sämtliche Aktionäre einer AG unter sich einen ABV abgeschlossen haben, in welchem jedem von ihnen oder jeder daran beteiligten Aktionärgruppe ein oder mehrere Sitze in der Verwaltung durch eine AV zugesichert werden, wie im Falle der Familien-AG im fiskalischen Sinne (*close corporation*). Es liegt auf der Hand, daß unter solchen Verhältnissen der am ABV beteiligte Minderheitsaktionär ein eminentes Interesse am Fortbestand des Vertrages hat, vor allem dann, wenn z.B. infolge von Todesfällen unter den Aktionären durch die Erbfolge die ursprünglich unter den Vertragspartnern bestehenden persönlichen Beziehungen grundlegend verändert worden sind.

Was die Verteilung der Verwaltungsratssitze anbelangt, wäre es – wie erwähnt⁵ – möglich, der oder den Aktionärsminderheiten solche auch gemäß Art. 708 Abs. 5 OR durch die Statuten zu sichern, sei es durch ein eigentliches Proportionalwahlverfahren, durch das Recht der Stimmenkumulation oder durch ein qualifiziertes Vorschlagsrecht. Aber sofern die Statuten nicht für ihre Änderung – über Art. 648 OR hinausgehend – in Anwendung von Art. 627 Ziff. 11 OR eine qualifizierte Mehrheit vorsehen und die

⁵ Vgl. § 16 Ziff. 1 lit. D (S. 282a ff.).

Minderheit nicht als Sperrminorität solche Statutenänderungen verhindern kann, hängt es in der Regel nur vom guten Willen der Mehrheit ab, ob sie zugunsten der Minderheit Bestimmungen über die Wahlart der Verwaltung in die Statuten aufnehmen oder in ihnen belassen wolle. Darum wird Art. 708 Abs. 5 OR praktisch selten angewendet⁶.

Ist jedoch das Recht auf einen oder mehrere Sitze im Verwaltungsrat dem Minderheitsaktionär in einem ABV zugesichert, dann erwirbt er damit zwar keinen aktienrechtlichen Anspruch gegenüber der AG, und es ist daher eine in Verletzung der Abmachung in der Generalversammlung getroffene Wahl gleichwohl gültig⁷. Dagegen besitzt er für die Vertragsdauer einen obligatorischen Anspruch gegen seine Vertragspartner und ist daher nicht einfach von ihrem guten Willen abhängig, sondern kann sich durch geeignete Maßnahmen praktisch weitgehend gegen Vertragsverletzungen schützen⁸. In einen Vertrag können zudem Bestimmungen aufgenommen werden, die in Statuten einer AG unzulässig wären, wie z.B. solche, durch welche den Vertragspartnern oder ihren Familienangehörigen Anstellungen zu bestimmten Bedingungen durch die AG zugesichert und zumeist bestimmte Relationen der Salärbezüge festgesetzt werden oder den beteiligten Aktionären die Verpflichtung auferlegt wird, gegenüber der gemeinsam beherrschten AG keine Konkurrenz zu betreiben usw.⁹. Auf diese Weise können ABV einen sehr wertvollen Beitrag zum Schutze von Minderheiten in der AG bilden, ihnen eine verhältnismäßig stabile Beteiligung an der Verwaltung gewährleisten und dem Aufkommen von Spannungen innerhalb der Gesellschaft vorbeugen oder solche vermindern helfen¹⁰.

⁶ SCHUCANY S. 34 oben.

⁷ Vgl. allgemein darüber § 19.

⁸ Vgl. darüber § 21.

⁹ Vgl. derartige Zusatzbestimmungen in ABV in § 12 lit. D (S. 236a ff.), sowie die ähnliche Praxis in den USA bei close corporations, § 9 lit. B (S. 220a f.) und WALDER, Veräußerung, S. 73 ff.

¹⁰ BÜRGi N. 39 zu Art. 692 OR.

IV. Die Rechtswirkungen der Aktionärbindungs-Verträge und die Maßnahmen zur Sicherung ihrer Erfüllung

§ 19

1. Die Rechtswirkungen der Aktionärbindungs-Verträge im allgemeinen

A. Als Schuldverträge begründen die ABV nur zwischen den Vertragsparteien Rechte und Pflichten. Der aus einem ABV Berechtigte besitzt nur ein relatives, persönliches Recht¹, das er einzig gegen den vertraglich Verpflichteten geltend machen, aus dem er aber kein Recht gegen Dritte ableiten kann². Klar zu unterscheiden sind sodann der ABV als Verpflichtungsgeschäft und die seiner Erfüllung dienenden Rechtshandlungen, wie insbesondere die Stimmabgabe in der Generalversammlung der AG, die Aushändigung der Aktientitel an den Aufbewahrer oder Treuhänder usw. Die Wirkungen des Erfüllungsgeschäfts gehen zwar indirekt auf das Verpflichtungsgeschäft zurück, treten aber nur ein, wenn der Verpflichtete wirklich erfüllt.

Die Rechte aus einem ABV können daher nicht geltend gemacht werden gegen die Aktiengesellschaft als solche, auf die sich die Aktionärrechte beziehen, deren Ausübung Gegenstand des Vertrages bildet. Denn die AG kann keinesfalls Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung der ihr gegenüber bestehenden Aktionärrechte übernehmen. Vertragliche Verpflichtungen, welche die Berechtigten über deren Ausübung eingehen, berühren sie nicht. Das gilt auch dann, wenn sämtliche Aktionäre der AG zugleich Vertragspartner des ABV sind³. Das ändert nichts daran,

¹ V. TUHR S. 6 (V. TUHR/SIEGWART S. 7).

² Vgl. § 11 S. 228a, Anm. 4; MOSER S. 77; BÜRGI N. 40 zu Art. 692 OR; PATRY S. 227.

³ Vgl. über einen derartigen Fall vorn § 17, Text vor Anm. 19 und 20 (S. 293a) bzw. SJZ Bd. 49 (1953) S. 295, ausführlicher: AGVE 1950 S. 55/56. – Die besonderen Verhältnisse bei der Ein-

daß der Vertrag nur relative Rechte begründet und diese sich auf die Vertragsparteien und nicht auf die AG beziehen. Es kann daher eine Aktionärgruppe, der durch einen ABV z.B. ein Verwaltungsratssitz zugesichert ist, nicht gegen die AG auf Feststellung klagen, daß sie «ein unbedingtes Recht darauf habe, im Verwaltungsrat durch mindestens ein Mitglied vertreten zu sein», oder gar die AG gerichtlich anweisen lassen, «an der Generalversammlung mindestens ein Mitglied der Gruppe in den Verwaltungsrat zu wählen»⁴. Die AG kann umgekehrt keine Rechte aus einem ABV, dem sie nicht als Vertragspartnerin angehört, geltend machen. So kann sie z.B. dann, wenn sie (bzw. die für sie handelnde Verwaltung) ein Interesse am Zustandekommen eines gewissen Beschlusses hätte, die Aktionärstimmen nicht in der Weise zählen, wie sie nach der vertraglichen Verpflichtung der Aktionäre hätten abgegeben werden müssen, sondern maßgebend für das Abstimmungsergebnis sind einzig die Stimmen, wie sie tatsächlich in der Generalversammlung abgegeben worden sind⁵.

Ebenso werden auch andere am ABV unbeteiligte Dritte durch diesen nicht verpflichtet oder berechtigt. Werden durch eine Vertragspartei eines ABV entgegen der vereinbarten Veräußerungssperre oder unter Verletzung eines vertraglichen Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts Aktien verkauft, so erwirbt der Käufer – sofern bei Inhaberaktien der Besitz auf ihn übertragen, bei Namenaktien die indossierten Aktientitel ihm übergeben werden – trotzdem das Eigentum an ihnen. Nur durch die in den

manngesellschaft müssen hier aus Raumgründen unberücksichtigt bleiben. Vgl. dazu RGZ 160 S. 257 ff. (insbes. S. 261–263) und PETERS S. 330/31.

⁴ SJZ Bd. 26 (1929/30) S. 382 und VAargR 1929 S. 157. Die Klage wurde denn auch vom Handelsgericht des Kts. Aargau durch Urteil vom 24. Jan. 1929 abgewiesen.

⁵ ZLUHAN S. 289/90; WILKE S. 43; SOMMERFELD S. 89 ff.; PFEIFFENBERGER S. 32 ff.; LENK S. 63 ff.; ALTVATER S. 10; KOEBEL S. 58 ff.; STUBER S. 77; MOSER S. 77; RASCH S. 60; BÜRGI N. 40 zu Art. 692 OR; PATRY S. 227.

Statuten verankerte Vinkulierung von Namenaktien (Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1 und 686 OR) kann ein auch Dritterwerbenden gegenüber wirksames Verbot oder die Beschränkung der Übertragung von Aktien eingeführt werden. Oder wenn eine Vertragspartei die Aktien, auf die sich die Stimmbindung bezieht, weiterverkauft hat, so ist der Erwerber dieser Aktien an und für sich vollkommen frei, wie er das nun ihm zustehende Stimmrecht ausüben will. Eine Bindung des Dritterwerbers kann nur durch eine entsprechende Vereinbarung mit ihm erreicht werden. In vielen ABV wird eine solche den Vertragsparteien für den Fall einer Handänderung der Aktien vorgeschrieben. Dabei kann z.B. im Falle eines AK dem verkaufenden Konsortialmitglied vorgeschrieben werden, in den Kaufvertrag die Bedingung aufzunehmen, daß der Käufer als Mitglied dem AK beitrete. Oder es wird vorgesehen, daß die Verpflichtung aus dem ABV durch einen Schuldübernahmevertrag (gemäß Art. 175 oder 176 OR) auf den Aktienerwerber übertragen werde⁶.

Das soeben Gesagte gilt nicht nur bei einem Übergang der in Frage stehenden Aktionärrechte auf einen Dritten infolge käuflicher Übertragung der Aktie, sondern auch für alle andern Fälle der Singularsukzession, wie z.B. infolge einer Schenkung oder eines Vermächtnisses. Bei Universalsukzession dagegen, wie insbesondere bei Beerbung einer Vertragspartei des ABV, gehen nicht nur die Rechte, sondern auch die persönlichen Verpflichtungen auf den Rechtsnachfolger über. Bei AK wird allerdings gemäß Art. 545 Ziff. 2 OR die Gesellschaft aufgelöst, wenn ein Gesellschafter stirbt und für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart worden ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll. Eine solche Bestimmung des Konsortialvertrages wird stets dann bewußt unterbleiben,

⁶ Entgegen PFEIFFENBERGER (S. 37/38) erscheint nicht nur privative, sondern auch kumulative Schuldübernahme möglich, da es sich ja nur um die Übernahme der Schuldverpflichtung und nicht um das Erfüllungsgeschäft handelt.

wenn das Konsortium das Eindringen ungeeigneter Erben verhindern will. In vielen ABV wird aber in einer Klausel die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit den Erben ausdrücklich vorgesehen, in welchem Falle diese in gleicher Weise wie der Erblasser hinsichtlich der Ausübung der auf sie übergegangenen Aktionärrechte persönlich verpflichtet sind, es sei denn, daß sie die Erbschaft ausschlagen.

B. Die Erfüllung der ABV erfolgt – was die für diese Vertragsart typische Vereinbarung über die Ausübung von Aktionärrechten betrifft – dadurch, daß der Verpflichtete im Zeitpunkt der Fälligkeit die Aktionärrechte in der vertraglich bestimmten Weise ausübt oder nicht ausübt.

Zur persönlichen Erfüllung (Art. 68 OR) ist der Schuldner eines ABV regelmäßig – abweichende Vereinbarung vorbehalten – nicht verpflichtet, da es bei der Ausübung der Aktionärrechte nicht auf seine Persönlichkeit ankommt. Er kann sich vielmehr normalerweise dabei vertreten lassen. Das gilt vor allem auch für die Ausübung des Aktionärstimmrechts (Art. 689 Abs. 2 OR). Ja es kann sogar dessen persönliche Ausübung durch den Aktionär im Vertrag ausgeschlossen und z.B. gemeinsame Vertretung aller dem ABV angehörenden Aktionäre vereinbart werden. Es stellt dies eine häufige Sicherungsmaßnahme dar, auf die in § 21 zurückgekommen wird.

Was die Zeit der Erfüllung (Art. 75ff. OR) betrifft, ergibt sich namentlich bei den Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts aus der Natur des Rechtsverhältnisses, daß zumeist nicht sofort bei Vertragsabschluß, sondern erst nach einem bestimmten Zeitablauf zu erfüllen ist. So ist die Erfüllung von Abstimmungsvereinbarungen ihrer Natur nach erst an den entsprechenden Generalversammlungen der AG möglich. Da die Erfüllung erst nach Eintritt der Fälligkeit geschuldet wird, braucht darum der Verpflichtete im Zeitpunkt des Abschlusses eines ABV noch nicht Aktionär der AG zu sein, auf deren Aktien sich der Vertrag bezieht. Dementsprechend braucht

bei Namenaktien die Eintragung im Aktienbuch noch nicht vorzuliegen, infolge welcher er im Verhältnis zur Gesellschaft gemäß Art. 685 Abs. 4 OR als Aktionär gilt. Wenn in dieser Arbeit bisher als Schuldner der für die ABV charakteristischen Leistung jeweils «der Aktionär» oder der «gebundene Aktionär» bezeichnet wurde, handelte es sich lediglich um eine Vereinfachung, die um der Verständlichkeit und der Kürze willen verwendet wurde⁷. Es handelt sich dabei allerdings um den bei weitem überwiegenden Fall. Doch kann ja bei einem Schuldvertrag grundsätzlich jeder Handlungsfähige eine Verpflichtung ganz unabhängig davon, ob er subjektiv in der Lage sei, sie zu erfüllen, gültig übernehmen, sofern die objektive Möglichkeit der Erfüllung besteht. So ist es beispielsweise zulässig, daß der Nichtaktionär einen ihn verpflichtenden ABV eingeht, wenn er die Aktien, auf die sich seine Verpflichtung bezieht, gegen Bezahlung auf den Zeitpunkt der Erfüllung seiner Schuld erwerben kann. Ist dem Schuldner aus einem von ihm zu vertretenden subjektiven, ja sogar objektiven Umstände die Erfüllung nicht möglich, so tritt an die Stelle der geschuldeten Leistung die Schadenersatzpflicht⁸.

Insbesondere kann daher ein künftiger Aktionär Schuldner aus einem ABV sein und seine Schuldpflicht korrekt erfüllen, wenn er bis zum Zeitpunkt der Erfüllung des ABV die Aktionärrechte erwirbt, bezüglich deren Ausübung er sich verpflichtet hat. Das ist vor allem bei sog. Gründungsverträgen wichtig.

Aber nicht nur der Aktionär (bzw. der als solcher im Aktienbuch eingetragene, Art. 685 Abs. 4 OR) oder künftige Aktionär einer AG ist in der Lage, sich hinsichtlich der Ausübung von Aktionärrechten zu verpflichten und diese Verpflichtung zu erfüllen. Auch der Nutznießer ist es (abweichende vertragliche oder erbrechtliche Regelung

⁷ Vgl. den entsprechenden Hinweis in § 3 Ziff. 1 Anm. 3 und 4 (S. 173a).

⁸ OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 und 9 zu Art. 119, N. 4–12 zu Art. 20, N. 7 und 11–25 zu Art. 97 OR.

vorbehalten), wenigstens hinsichtlich der ihm gemäß Art. 690 Abs. 2 OR zustehenden Rechte auf (persönlich oder durch Vertretung erfolgende) Teilnahme an der Generalversammlung und Ausübung des Stimmrechts. Gleiches gilt vom Nutzungsrecht des Ehemannes, das ihm bei Güterverbindung gemäß Art. 201 Abs. 1 ZGB an Aktien zukommt, die zum eingebrachten Frauengut gehören. Handelt es sich um Inhaberaktien, gehen sie allerdings gemäß Art. 201 Abs. 3 ZGB sogar in das Eigentum des Ehemannes über, und er wird also selber Aktionär, wenn diese nur der Gattung nach bestimmt worden sind. Entscheidend dafür, ob zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörende Inhaberpapiere in das Eigentum des Ehemannes übergehen, ist der Wille der Ehegatten, der im Einzelfalle zu ermitteln ist und sich auch aus den Umständen ergeben kann⁹. Ob dieser Eigentumsübergang kraft ehelichen Güterrechts stattgefunden habe, kann von erheblicher Bedeutung sein, wenn die Ehefrau Inhaberaktien erbt, hinsichtlich welcher der Erblasser einen ABV abgeschlossen hatte, der mit seinen Erben fortgesetzt wird. Infolge Universalsukzession gehen in diesem Falle die Verpflichtungen des Erblassers aus dem ABV als persönliche Schuld auf die erbende Ehefrau über. Fallen nun die Aktien als Inhaberpapiere gemäß Art. 201 Abs. 3 ZGB in das Eigentum des Ehemannes der Erbin, so ist diese als Nichtaktionärin gar nicht in der Lage, die Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung der Aktionärrechte gemäß ABV zu erfüllen, und könnte nicht nur die vertraglichen Rechte aus dem ABV (wie z.B. den Anspruch auf einen Verwaltungsratssitz) nicht geltend machen, sondern hätte sogar Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu gewärtigen. In einem solchen Falle wird in der Regel nach der ganzen Sachlage anzunehmen sein, daß ein Übergang des Eigentums an den Aktien von den Ehegatten nicht gewollt ist, sondern die

⁹ EGGER, Eherecht N. 13 und 14 zu Art. 201 ZGB; GMÜR N. 29b und 30 zu Art. 201 ZGB; BGE 47 II 134; 57 II 450.

Aktien zur Vermeidung der genannten Folgen in ihrem Eigentum verbleiben sollen, und der Ehemann daher das Aktionärstimmrecht als ihr Vertreter unter Beachtung der vertraglichen Bindung auszuüben hat¹⁰.

C. Der Berechtigte aus einem ABV kann die vereinbarte Ausübung der Aktionärrechte nur vom Verpflichteten fordern, nicht aber von der AG, und er kann bei Verletzung eines vertraglichen Veräußerungsverbot es nicht gegen den Dritterwerber vorgehen. Das ergibt sich aus dem bereits Ausgeführten. Gegen den Verpflichteten allein können sich daher die Maßnahmen und Ansprüche richten, die dem Berechtigten zur Verfügung stehen, wenn jener nicht vertragsgemäß erfüllt. Diese Rechtsbehelfe des Gläubigers sind nun in § 20 einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

¹⁰ In diesem Sinne entschied ein schweizerisches Schiedsgericht in seinem Urteil vom 18. Dez. 1943 in einem Falle, in welchem die Ehefrau Erbin von Inhaberaktien ihres Vaters war, der einem AK angehört hatte. Der Konsortialvertrag sah vor, daß das Vertragsverhältnis beim Ableben eines Kontrahenten mit dessen Erben fortgesetzt werde. Ferner war außer einer Stimmbindung hinsichtlich der Besetzung der Verwaltungsratssitze u.a. eine Veräußerungssperre vereinbart. Diese war allerdings u.a. für den Fall des Todes des Vaters der Ehefrau aufgehoben, wobei aber für die Hälfte der zu veräußernden Aktien eine Anbieterspflicht zu einem vertraglich näher umschriebenen Preise bestand. Das Schiedsgericht ging nun von der Feststellung aus, der Ehemann der Erbin sei im Verhältnis zu den Konsorten ein Außenstehender, auf den die Aktien erst hätten übergehen dürfen, wenn die Hälfte davon den übrigen Mitgliedern des Konsortiums vergeblich angeboten worden wäre. Daraus, daß ein solches im Konsortialvertrag vorgesehene Angebot nicht erfolgt war, die Ehegatten vielmehr im Gegenteil den übrigen Mitgliedern des Konsortiums hatten erklären lassen, sie würden die geerbten Aktien nicht verkaufen, sondern behalten, schloß das Schiedsgericht, es habe damit nach der Sachlage keine andere Meinung verbunden sein können, als daß die Ehefrau und Erbin diese Aktien in ihrem Eigentum behalte. Die Ehefrau sei also Mitglied des Konsortiums geblieben, weshalb sie verpflichtet sei, durch den Ehemann als ihren Vertreter die Stimmen ihrer Aktien gemäß der durch den Konsortialvertrag festgelegten Stimmbindung abgeben zu lassen.

§ 20

2. Die Folgen der Nichterfüllung der Aktionärbindungs-Verträge

A. Bestimmend für die Folgen der Nichterfüllung der ABV ist wiederum ihre Rechtsnatur als Schuldverträge. Allgemein gesehen richten sich diese Folgen daher nach Art. 97 ff. OR.

Im Anschluß an die Ausführungen in § 19 über die Wirkungen des ABV im allgemeinen ist zunächst festzuhalten, daß die Nichterfüllung eines ABV nur dessen Vertragsparteien, nicht aber unbeteiligte Dritte und namentlich auch nicht die AG berührt, auf die sich die Aktionärrechte beziehen, deren Ausübung Vertragsgegenstand bildet. Wenn also insbesondere eine vertragliche Verpflichtung hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts nicht befolgt wird, ist das für die AG ohne Bedeutung. Für sie ist die Stimmabgabe, wie sie tatsächlich in ihrer Generalversammlung erfolgt ist, maßgebend, sogar dann, wenn die Verwaltung oder die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre von der dadurch begangenen Verletzung des ABV Kenntnis haben¹. Ein Generalversammlungsbeschluß der AG, der dadurch zustandegekommen ist, daß durch einen ABV gebundene Aktionäre entgegen ihrer Vertragspflicht gestimmt oder nicht gestimmt haben, kann darum auch nicht durch den Vertragsberechtigten angefochten werden. Von selbst versteht sich das, wenn der Berechtigte nicht Aktionär ist, da ja gemäß Art. 706 Abs. 1 OR nur die Verwaltung oder jeder Aktionär zur Anfechtungsklage legitimiert ist. Anfechtbar sind aber nach der selben Bestimmung nur Beschlüsse, die gegen das Gesetz (worunter auch das ungeschriebene Recht zu verstehen ist) oder gegen die Statuten verstoßen. Beides trifft aber nicht schon deswegen zu, weil bei der Stimmabgabe obligatorische

¹ Vgl. § 19 lit. A (S. 299a f.) und die dort in den Anm. 3–5 angeführten Entscheidungen und Literaturstellen.

Verpflichtungen bezüglich der Ausübung des Stimmrechts nicht eingehalten worden sind. Hier muß sich eben der Gläubiger des ABV an den Schuldner halten. Das trifft selbst dann zu, wenn eine andere Verpflichtung aus einem ABV verletzt wird, indem z.B. eine Vertragspartei ihre Aktien trotz Veräußerungssperre verkauft.

Wird ein ABV nicht erfüllt und ist der Schuldner durch Mahnung oder Eintritt des Verfalltages in Verzug geraten (Art. 102 OR), stellt sich in erster Linie die Frage, ob der Gläubiger – außer dem Anspruch auf Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung (Art. 103ff. OR) – den Anspruch auf Realerfüllung behalte und erzwingen könne. Nach schweizerischem Zivilrecht steht dem Gläubiger grundsätzlich in erster Linie der Anspruch auf Erzwingung der vertraglichen Leistung als solcher zu². In bestimmten Ausnahmefällen besteht jedoch bloß ein Recht auf Schadenersatz³, und es ist umstritten, ob diese Ausnahme auch bei den ABV, insbesondere was die Stimmbindungen anbelangt, vorliege. Hierüber wird unter lit. B noch Näheres ausgeführt.

Außer Betracht fällt die Realerfüllung solcher Verpflichtungen auf jeden Fall dann, wenn das vertragswidrige Verhalten des Schuldners eine Rechtslage herbeigeführt hat, welche die Nachholung der gehörigen Erfüllung ausschließt. Das trifft dann zu, wenn Dritte Rechte erworben haben, welche die vertragsmäßige Ausübung der Aktionärrechte unmöglich machen: so wenn die Aktien in Verletzung einer vertraglichen Veräußerungssperre oder eines vereinbarten Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechtes veräußert und auf den Dritterwerber übertragen worden sind. Gleich verhält es sich, wenn infolge der vertragswidrigen Ausübung (oder Nichtausübung) des Stimmrechts ein Generalversammlungsbeschluß der AG zustandegekommen ist, auf

² v. TUHR S. 486 ff. (v. TUHR/SIEGWART S. 526 ff.); OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 2 zu Art. 97–109; N. 19 zu Art. 97 OR; BECKER N. 7 und 101–105 zu Art. 97 OR.

³ v. TUHR S. 487 (v. TUHR/SIEGWART S. 527); BECKER N. 102–104 zu Art. 97 OR.

den nicht mehr zurückgekommen werden kann, so z.B., wenn die Entlastung der Verwaltung (Art. 698 Ziff. 4 OR), die Festsetzung der Dividende (Art. 698 Ziff. 3 in Verbindung mit 674/75 OR), die Fusion mit einer andern AG (Art. 749 OR) oder sonstwie der Abschluß von Verträgen der AG mit Dritten beschlossen worden sind. Anders dagegen verhält es sich z.B. bei den praktisch vor allem wichtigen Wahlen in den Verwaltungsrat. Da die Generalversammlung gemäß Art. 705 Abs. 1 OR befugt ist, die Mitglieder der Verwaltung abzuwählen (wobei den Abgewählten lediglich Entschädigungsansprüche vorbehalten sind, Art. 705 Abs. 2 OR), besteht hier grundsätzlich die Möglichkeit, infolge vertragswidriger Ausübung des Stimmrechts erfolgte Wahlen durch Abwahlung der Gewählten und neue Wahlen zu berichtigen.

Soweit die Realerfüllung nicht angängig ist, insbesondere wenn nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung eintritt oder der Gläubiger bei zweiseitigen Verträgen auf nachträgliche Erfüllung rechtmäßig verzichtet hat (Art. 107 Abs. 2 OR), tritt auch bei ABV an die Stelle der Leistung eine Schadenersatzforderung im Umfange des Erfüllungsinteresses⁴. Bei zweiseitigen Verträgen kann statt dessen der Rücktritt des vertragstreuen Partners vom Vertrag, mit oder ohne Schadenersatzpflicht des Nichterfüllenden, treten⁵. Ferner kann ein solch vertragswidriges Verhalten bei Gesellschaftsverträgen (AK) einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft (Art. 545 Ziff. 7 OR) bilden.

Mit allen diesen Rechtsbehelfen ist freilich dem vertragstreuen Teil zumeist nicht gedient. Ihm liegt, insbesondere was die bei ABV in der Regel den eigentlichen Grund des Vertrages bildende Stimmbindung anbelangt,

⁴ v. TUHR S. 486, 498 und 550 (v. TUHR/SIEGWART S. 526, 539 ff. und 596); OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 3 zu Art. 97–109 und N. 8–13 zu Art. 97 OR.

⁵ v. TUHR S. 486 und 550 ff. (v. TUHR/SIEGWART S. 526 und 597 ff.); OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 4 zu Art. 97–109.

nichts daran, selber durch einen Rücktritt vom Vertrag oder durch die Auflösung des Konsortiums wieder frei zu werden. Sein Interesse liegt gerade in der Bindung. Der durch ihren Wegfall bewirkte Schaden, das positive Vertragsinteresse, läßt sich in den seltensten Fällen richtig substantiieren. Wie soll z.B. der Schaden dargetan und bemessen werden, der dem vertragstreuen Teil dadurch entsteht, daß infolge Nichteinhaltung der AV die von ihm vorgeschlagenen Personen nicht in den Verwaltungsrat der AG gewählt werden, sondern andere, gegen deren sachliche und persönliche Eignung an sich nichts einzuwenden ist? Es kann auch vorkommen, daß der Schadenersatz z.B. bei Verletzung eines vertraglichen Vorkaufsrechtes vom interessierten Dritterwerber bezahlt wird⁶. Darum besteht gerade bei ABV ein besonderes Interesse an der Realerfüllung, die nun unter lit. B näher betrachtet wird, sowie an Maßnahmen zur Sicherung der Erfüllung, wovon § 21 handelt.

B. Die Realerfüllung von ABV, insbesondere die Erzwingbarkeit vertraglicher Bindungen hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts ist vor allem in Deutschland seit Jahren umstritten⁷. Da hier die Fronten seit den Dreißigerjahren erstarrt sind, mag es genügen, auf die treffliche Übersicht über die hauptsächlichen Auffassungen in diesen Fragen in Lehre und Rechtsprechung bei PFEIFFENBERGER (S. 46–49) sowie auf die neueste ausführliche Arbeit von PETERS hinzuweisen. Die deutsche Kontroverse ist für das schweizerische Recht nicht durch-

⁶ So schon MÜLLER S. 51. Der Schadenersatzanspruch bei Verletzung von AV ist darum «ein kümmerlicher Behelf» (ZLUHAN S. 294), «ein schwacher Trost» (BARTHOLOMEYCZIK S. 338). Im gleichen Sinne betont LEHNER in SAG Bd. 26 (1953/54) S. 191–193 das Interesse des Berechtigten an der Realerfüllung bei Vorkaufsrechten an Aktien.

⁷ Vgl. die in § 8 in den Anm. 16–20 (S. 216a) angegebene Judikatur und Literatur. Für das italienische Recht mit vielen Hinweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung: COTTINO S. 263–280.

wegs aufschlußreich, weil sie sich hauptsächlich mit der prozessualen Anwendbarkeit bestimmter Klagen und Vollstreckungsverfahren gemäß den positiven Vorschriften der deutschen ZPO zur Erzwingbarkeit von Abstimmungsvereinbarungen befaßt. Insbesondere steht im Vordergrund, ob es sich bei der auf Grund einer AV abzugebenden Aktionärstimme um eine Willenserklärung handle, zu deren Abgabe der Schuldner gemäß § 894 Abs. 1 deutsche ZPO verurteilt werden kann und die im Falle der Gutheißung der Klage als abgegeben gilt, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat, oder ob es dabei um eine vertretbare oder unvertretbare Handlung gehe, deren Zwangsvollstreckung nach § 887 bzw. § 888 deutsche ZPO erfolgen kann. Das Reichsgericht, und mit ihm die herrschende Lehre, verneinen alle diese Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung von Stimmbindungen und lehnen vor allem deswegen auch die Leistungsklage auf Realerfüllung solcher Verpflichtungen ab⁸.

a) Für das schweizerische Recht steht dagegen, schon im Hinblick auf den bundesstaatsrechtlich begründeten Vorrang des Bundeszivilrechts vor den kantonalen Zivilprozeßrechten, die materiellrechtliche Frage an erster Stelle, ob der Gläubiger aus einem ABV in erster Linie Anspruch auf Realerfüllung habe, oder ob er bei Verweigerung oder sonstigem Ausbleiben der Erfüllung lediglich Schadenersatz beanspruchen könne. Der Vorrang des Zivilrechts in dieser Beziehung ergibt sich aber vor allem aus der Tatsache, daß es die materiellen Rechtsansprüche regelt, zu deren Verwirklichung das Zivilprozeß-

⁸ Einzig bei der Einmanngesellschaft (in Form einer GmbH) wird nach der Rechtsprechung (RGZ 160 S. 257 ff., insbes. S. 262/63) und bei sonst die Zulässigkeit der Erfüllungsklage ablehnenden Autoren (vgl. GODIN/WILHELMI § 15 Akt. G. Anm. 10 und STEIN/JONAS/SCHÖNKE § 894 ZPO N. 1 am Ende) eine gegen den Einmann-gesellschafter gerichtete Klage zur Herbeiführung einer Leistung der Gesellschaft als zulässig erachtet. Vgl. dazu auch PETERS S. 330/31.

recht als Mittel zum Zweck dient⁹. Ebenso hat richtigerweise das materielle Recht die Mittel zu bestimmen, die zur Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung stehen. Das Prozeßrecht hat sich daher nicht mit der Frage zu befassen, ob die Realexekution zuzulassen sei oder nicht, sondern lediglich das Verfahren ihrer Durchführung zu regeln, soweit das materielle Recht sie dem Berechtigten gewährt¹⁰.

Das schweizerische Zivilrecht gibt dem Gläubiger – als Gegenstück zur Verpflichtung des Schuldners zur Realleistung – in erster Linie den Anspruch auf Realerfüllung und damit von Bundesrechtswegen die Möglichkeit der Leistungsklage auf Erfüllung¹¹. Diese Klage wird nur in Ausnahmefällen verweigert. Es handelt sich dabei einmal um die unselbständigen Verpflichtungen, vor allem um Vorbereitungspflichten des Schuldners im Hinblick auf die Erfüllung¹². Ferner hat der Gläubiger dann nur Anspruch auf Schadenersatz, wenn die Durchsetzung der Realerfüllung als rechtsmißbräuchlich erschiene, weil das Interesse an ihr in einem krassen Mißverhältnis zu dem für den Schuldner damit verbundenen Nachteil stünde¹³. Diese Fälle grenzen an jene, in denen die Leistung infolge ihrer Unerschwinglichkeit wirtschaftlich unmöglich wird¹⁴, wie denn überhaupt bei Unmöglichkeit der Leistung eine Erfüllungsklage ausgeschlossen ist. An Stelle der Erfüllung

⁹ In diesem Sinne schon PFENNINGER S. 21 ff.

¹⁰ PFENNINGER S. 26/27; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. A., Zürich 1958, S. 596 Anm. 4.

¹¹ Vgl. v. TUHR S. 486 (v. TUHR/SIEGWART S. 526); BECKER N. 101 ff. zu Art. 97 OR; OSER/SCHÖNENBERGER N. 19 ff. zu Art. 97 OR; PFENNINGER S. 22, der daran erinnert, daß im römischen Recht der Realerfüllungsanspruch unklagbar war und die Klage auf dessen Geldwert zu lauten hatte.

¹² v. TUHR S. 486 vor Anm. 6 und S. 30/31 (v. TUHR/SIEGWART S. 526 vor Anm. 6 und S. 32/33); BECKER N. 104 zu Art. 97 OR.

¹³ Vgl. die entsprechenden Beispiele bei v. TUHR S. 487 (v. TUHR/SIEGWART S. 527) und BECKER N. 103 zu Art. 97 OR.

¹⁴ v. TUHR S. 487 (v. TUHR/SIEGWART S. 527).

tritt aber gemäß Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz, wenn den Schuldner ein Verschulden daran trifft, daß er nicht erfüllt hat. Ist aber Realerfüllung noch möglich, kann sie dagegen – außer in den erwähnten Ausnahmefällen – ohne Rücksicht darauf beansprucht werden, ob der Schuldner die Nichterfüllung bis dahin verschuldet habe oder nicht.

Die durch einen ABV übernommenen Verpflichtungen hinsichtlich der Ausübung von Aktionärrechten sind nun weder unselbständiger Natur, noch verletzt die Durchsetzung ihrer Realerfüllung ihrem Wesen nach den Grundsatz von Treu und Glauben. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, der einer Leistungsklage auf Realerfüllung solcher Verpflichtungen, insbesondere auf Erfüllung von Stimmbindungen, entgegenstünde – sofern diese Erfüllung überhaupt noch möglich ist und nicht etwa ein Generalversammlungsbeschluß der AG eine Rechtslage geschaffen hat, die durch eine entgegengesetzte Stimmabgabe des Verpflichteten nicht mehr geändert werden könnte¹⁵. Namentlich erweisen sich die in der deutschen Lehre und Rechtsprechung gegen die Zulässigkeit der Leistungsklage auf Realerfüllung von Stimmbindungen geltend gemachten Gründe als unstichhaltig.

Ein erstes Argument des Reichsgerichts und der ihm folgenden Autoren¹⁶ gegen Erfüllungsklage und Erfüllungszwang aus AV geht dahin, es sei mit den aktienrechtlichen Vorschriften nicht vereinbar, durch äußeren Zwang in die Willensbildung der Generalversammlung einzugreifen. In der Ausübung des Stimmrechts sei der Aktionär nach § 252 HGB (bzw. § 114 Akt.G.) völlig frei¹⁷. Konsequentermaßen müßte dieser Grundsatz (wie im französischen, belgischen und italienischen Recht) dazu führen, die Rechtsgültigkeit von Abstimmungsvereinbarungen überhaupt zu

¹⁵ Vgl. vorn unter lit. A (S. 307a f.).

¹⁶ Vgl. die in § 8 Anm. 17 (S. 216a) angegebenen Entscheide und die dort in Anm. 18 angegebenen Autoren, die sich gegen die Erzwingbarkeit der Realerfüllung aussprechen.

¹⁷ RGZ 119 S. 389.

verneinen, worauf schon wiederholt hingewiesen wurde¹⁸. Bejaht man aber ihre Zulässigkeit, dann kann das Argument der Abstimmungsfreiheit nicht hinterher zur Verweigerung der Klage auf Erfüllung der als gültig anerkannten Stimmbindung verwendet werden.

Unbegründet ist auch das weitere Argument, eine Verurteilung zur Erfüllung der AV sei nicht angängig, weil sie letzten Endes unwirksam wäre. Denn selbst wenn dem einzelnen Aktionär gegenüber eine bestimmte Ausübung des Stimmrechts erzwungen werden könnte, bestehe ohne weiteres die Möglichkeit, einen solchen Beschluß später aufzuheben und einen neuen zu fassen, bei welchem der gebundene Aktionär dann in entgegengesetztem Sinne stimmen könnte, und so könne wieder verfahren werden, «wenn auf den neuen Beschluß hin abermals Klage erhoben und Verurteilung zu einer den neuen Beschluß aufhebenden Abstimmung erwirkt würde»¹⁹. Schon ISAY wies demgegenüber zutreffend darauf hin, daß ein Leistungsurteil nicht deswegen versagt werden könne, weil der Schuldner die Möglichkeit habe, nach der Erfüllung dem Urteil wieder entgegenzuhandeln²⁰. Zudem läßt sich einem solchen reni-

¹⁸ CHARLOTTE MEYER S. 147; SOMMERFELD S. 98; PFEIFFENBERGER S. 50/51; BARTHOLOMEYCZIK S. 338; KOEBEL S. 60; KUMMER in ZSR n.F. Bd. 73 (1954) S. 174 Anm. 25. Auch ZLUHAN (S. 296) und ISAY (S. 1298) bekämpften dieses Argument des Reichsgerichts, ohne indessen seinen inneren Widerspruch zur grundsätzlichen Anerkennung der AV ins Feld zu führen. Ihre Gegenargumente sind denn auch nicht durchschlagend. Die Argumentation, mit der andererseits PETERS S. 322–325 auf den Gedanken zurückgreift, die Freiheit der Willensbildung in der Gesellschafter- (bzw. General-) Versammlung stehe einem Erfüllungszwang entgegen, vermag m.E. nicht zu überzeugen. Sie müßte logisch zu Ende gedacht zur Ungültigkeit der AV führen, was PETERS aber ablehnt.

¹⁹ RGZ 112 S. 279/80.

²⁰ ISAY S. 1298/99. Sein Beispiel ist einleuchtend: Ist ein Wegrecht vereinbart worden, entgegen welchem der Verpflichtete eine Schranke anbringt, so kann die Klage auf Erfüllung, d.h. Beseitigung der Schranke, nicht deswegen abgewiesen werden, weil er nach

tenten Verhalten des Schuldners durch eine entsprechend weite Fassung des Klagebegehrens und Urteilsspruches entgegenwirken²¹. Es ist auch keineswegs gesagt, daß der zur Stimmabgabe im Sinne des Vertrages Verurteilte, nachdem er urteilsgemäß gestimmt hat, in einer nächsten Versammlung das entgegengesetzte Abstimmungsergebnis herbeiführen kann, sei es, weil er nicht über die erforderliche Mehrheit verfügt oder weil das erste Abstimmungsergebnis solchen Inhalts ist, daß es nicht wieder rückgängig gemacht werden kann²².

An sich richtig ist sodann, daß die Abstimmungsvereinbarung nur die Vertragsparteien bindet und sich sowohl die AG als auch die an ihr unbeteiligten Mitaktionäre nicht an sie zu halten haben²³. Dagegen folgt daraus keineswegs, daß gegen den Vertragsgegner keine Leistungsklage möglich sei, sondern nur, daß sich eine solche oder allfällige Vollstreckungshandlungen nicht gegen die AG oder gegen unbeteiligte Mitaktionäre richten können²⁴.

Unstichhaltig ist schließlich das Argument BRODMANN²⁵, das Leistungsurteil werde «allermeist» zu spät kommen. Abgesehen davon, daß damit keine Begründung für jene Fälle gegeben wird, in denen das Urteil doch nicht

Vollstreckung des Urteils den Weg durch eine neue Schranke wieder sperren könnte. Gleicher Ansicht WOLFF S. 2116; CHARLOTTE MEYER S. 147; LINDEMANN S. 97; PFEIFFENBERGER S. 52/53; BARTHOLOMEYCZIK S. 338; PETERS S. 318.

²¹ So zutreffend ZLUHAN S. 296. Sein weiteres Argument, es müßte «gegenüber einer hartnäckigen Generalversammlung ... eine Klage gegen die Gesellschaft auf Ersetzung des Generalversammlungsbeschlusses durch eine Prozeßentscheidung geben», verkennet, daß die Gesellschaft als solche durch die Verträge über die Ausübung des Aktionärstimmrechts nicht berührt wird.

²² In diesem Sinne bereits MAX WOLFF S. 2116, Ziff. 3 lit. a.

²³ Vgl. die entsprechende Argumentation in RGZ 119 S. 389/90.

²⁴ PFEIFFENBERGER S. 52.

²⁵ BRODMANN in JW 1929 S. 615. (Auch in seinem Aktienrecht, 1928, lehnt BRODMANN in N. 1 d zu § 252 HGB die Erfüllungsklage bei AV ohne nähere Begründung ab.)

zu spät kommt²⁶, sind bei Dauerschuldverhältnissen, insbesondere also bei AK, und im Hinblick auf Wahlen in den Verwaltungen (oder Aufsichts-)rat Leistungsurteile durchaus rechtzeitig denkbar und von großem praktischem Interesse.

Aus allen diesen Gründen ist, jedenfalls für das schweizerische Recht, der Anspruch des Berechtigten auf Realerfüllung und dementsprechend die Zulässigkeit der Leistungsklage auf Erfüllung von Abstimmungsvereinbarungen und ABV überhaupt nach Bundesrecht zu bejahen²⁷.

b) Wird die Zulässigkeit der Leistungsklage auf Erfüllung von ABV mit Einschluß der AV, wie hier, bejaht, so stellt sich gerade im Hinblick auf die Gefahr, daß das Urteil zu spät kommen könnte, die Frage, ob dieser Gefahr nicht durch vorsorgliche Maßnahmen (einstweilige Verfügungen) des Gerichtes vorgebeugt werden könne²⁸. Zu

²⁶ Vgl. dazu MAX WOLFF S. 2116.

²⁷ Für das schweizerische Recht bejahen ebenfalls die Zulässigkeit der Leistungsklage auf Erfüllung einer AV: KOEBEL S. 60/61; STUBER S. 81–84 und 88. Ferner bejaht LEHNER in SAG S. 192 vor Anm. 14 den Erfüllungsanspruch beim Vorkaufsrecht an Aktien. Nur Schadenersatzpflicht bei Nichterfüllung einer AV halten (ohne nähere Begründung) für zulässig: MOSER S. 77; PESTALOZZI-HENGELER S. 108; PATRY S. 227; BÜRGI N. 40 zu Art. 692 OR. Im Urteil eines schweizerischen Schiedsgerichts vom 18. Dezember 1943 wurde die Beklagte «verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils eine außerordentliche Generalversammlung der X AG einzuberufen und an dieser Generalversammlung dafür zu stimmen, daß

a) Herr Y als Mitglied des Verwaltungsrates sofort abberufen wird;

b) daß Herr Z als Mitglied des Verwaltungsrates gewählt wird, wobei die Klägerin ihm 10 Aktien der X AG zur Hinterlegung bei der Gesellschaft zur Verfügung stellen darf;

c) daß dem Beklagten 2 und Herrn Z die gleichen Entschädigungen für ihre Tätigkeit im Verwaltungsrat ausgerichtet werden, vorbehaltlich die Vergütungen für Reisespesen und für außerordentliche Bemühungen.»

Dieses Urteil wurde ausgeführt, ohne daß es zu Vollstreckungshandlungen kam.

²⁸ Vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. A. 1958, S. 381 ff.

keinen Bedenken geben solche Maßnahmen Anlaß im Zusammenhang mit Verfügungsbindungen. So muß es ohne weiteres – mindestens nach § 131 oder § 292 Ziff. 2 der zürcherischen ZPO – als angängig erachtet werden, im Rechtsstreit über ein Veräußerungsverbot oder über ein Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrecht dem beklagten Aktieneigentümer bis zur Erledigung des Rechtsstreites zu verbieten, die Aktien zu veräußern. Problematischer sind dagegen einstweilige Verfügungen hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts. Da ein ABV dem Berechtigten nur ein relatives Recht gegen den gebundenen Aktionär gibt, um das sich die AG nicht zu kümmern hat, kann eine vorsorgliche Maßnahme jedenfalls nicht gegen die AG gerichtet werden; so kann z.B. nicht einstweilen untersagt werden, eine Generalversammlung abzuhalten, an der das Stimmrecht vereinbarungsgemäß auszuüben wäre. Da andererseits – mindestens nach zürcherischem Zivilprozeßrecht²⁹ – eine vorsorgliche Maßnahme das streitige Rechtsbegehren nicht vorläufig vollstrecken darf, wäre es beispielsweise nicht zulässig, einem Aktionär, der sich vertraglich verpflichtet hat, nicht zu stimmen, die Ausübung des Stimmrechts bis zur Erledigung des Rechtsstreites einstweilen zu verbieten. Mit diesen Einschränkungen erscheinen immerhin vorsorgliche Maßnahmen auch hinsichtlich des Stimmrechts als denkbar, wie z.B. in bezug auf gewisse, für die vertragliche Stimmabgabe notwendige Vorbereitungshandlungen³⁰, insbesondere Hinterlegung der Aktien oder Bezug von Stimmkarten für die Generalversammlung³¹. Aus den genannten Gründen spielen aber vorsorgliche Maßnahmen bei Streitigkeiten über AV praktisch kaum eine Rolle³².

²⁹ STRÄULI/HAUSER, Kommentar zur ZPO, S. 239 zu § 131 ZPO und N. 4 zu § 292 ZPO. Vgl. in ähnlichem Sinne für das deutsche Recht: PFEIFFENBERGER S. 58.

³⁰ Vgl. die allerdings etwas gesuchten Beispiele bei PFEIFFENBERGER S. 58.

³¹ Vgl. SCHUCANY sowie FUNK, je N. 1 zu Art. 702 OR.

³² Im Ergebnis übereinstimmend STUBER S. 89.

c) Erscheint somit die Leistungsklage auf Realerfüllung der ABV mit Einschluß der Stimmbindung als zulässig, so erhebt sich alsdann die Frage nach der Vollstreckbarkeit solcher Leistungsurteile. Da nur die Zwangsvollstreckung für Forderungen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung bundesrechtlich abschließend geregelt ist, kommt insbesondere für die Vollstreckung des Erfüllungsanspruchs aus einer AV kantonales Zivilprozeßrecht zur Anwendung (Art. 97 Abs. 2 OR). Dieses hat aber – wie schon vorn (S. 311a) betont – nur die Art und Weise dieser Vollstreckung zu ordnen und kann sie dort, wo das Bundeszivilrecht die Realerfüllung gewährt, nicht grundsätzlich verweigern.

Nach heute herrschender Auffassung stellt die Abgabe der Einzelstimme des Aktionärs eine Willenserklärung dar³³. Es liegt daher nahe, bei Abstimmungsvereinbarungen an eine Realexekution in der Weise zu denken, wie § 894 Abs. 1 der deutschen ZPO sie vorsieht und auch die schweizerische Bundes-ZPO Art. 78 sowie einzelne kantonale Zivilprozeßordnungen³⁴ sie kennen, um so mehr, als nach neuerer Auffassung diese Regelung auch für jene kantonalen Zivilprozeßrechte gilt, die sie nicht ausdrücklich erwähnen³⁵. Danach gilt eine Willenserklärung, zu deren Abgabe eine Prozeßpartei verurteilt wird, als abgegeben, sobald das Urteil rechtskräftig ist. Allein gegen diese Vollstreckungsart zur Erzwingung einer AV erheben sich doch schwere Bedenken. Schon MAX WOLFF erklärte (S. 2116) sehr eindrücklich: «Die Struktur einer Generalversammlung

³³ Vgl. darüber vor allem HORST BARTHOLOMEYCIK, Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, im Arch. civ. Prax. Bd. 144 (1937) S. 287 ff. und die dort angegebene zahlreiche deutsche Literatur; ferner MOSER S. 46/47 («eine Willenserklärung des Abstimmenden mit rechtsgeschäftlicher Wirkung»); FELDMANN S. 26–32 (eine Willenserklärung, die kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung darstellt); BÜRGI N. 6 zu Art. 692 OR.

³⁴ z. B. Art. 417 der bernischen ZPO. Vgl. ferner GULDENER a.a.O. S. 609 Anm. 71.

³⁵ GULDENER a.a.O. S. 609, Ziff. 5 lit. b.

verträgt es nicht, daß an der Stelle des Aktionärs ein steinerner Gast mit einem Abstimmungsurteil in der Hand am Tische sitzt, oder daß ein Urteil auf dem Versammlungstische liegt, das die Anwesenheit und Abstimmung des Aktionärs ersetzen soll.» Die Stimmabgabe des Aktionärs ist eben nicht eine Willenserklärung, die in irgendeiner Form abgegeben werden kann. Sie kann vielmehr nur vom Aktionär oder vom Nutznießer der Aktie oder ihren bevollmächtigten Vertretern an der Generalversammlung selbst erfolgen, wenn die formellen Voraussetzungen für die Zulassung zu dieser, wie Hinterlegung der Aktien, Bezug von Stimmkarten usw., erfüllt worden sind. Insbesondere ist in der AG eine Abstimmung auf dem Korrespondenzweg unzulässig³⁶. Schon diese besonderen Bedingungen, unter denen die Stimmabgabe des Aktionärs zu erfolgen hat, schließen es aus, sie durch einen Urteilsspruch zu ersetzen³⁷. Entscheidend ist aber vor allem, daß die Rechtskraft eines Leistungsurteils auf Erfüllung einer AV nur für die Prozeßparteien und ihre Rechtsnachfolger bindende Wirkung hat³⁸. Die fiktive Willenserklärung durch das Urteil gemäß Art. 78 Bundes-ZPO und analoger kantonaler Bestimmungen kann daher auch nur verbindliche Wirkungen unter den Prozeßparteien erzielen, nicht aber gegenüber unbeteiligten Dritten, wie insbesondere der AG oder den Mitaktionären. Für sie ist daher ein solches Urteil

³⁶ BGE 67 I 342 ff.; FUNK N. 1 zu Art. 692 OR; BÜRGI N. 6 zu Art. 689 und N. 2 zu Art. 692 OR; WEISS Einl. N. 165.

³⁷ In gleichem Sinne z.B. SCHMULEWITZ S. 90 Anm. 3; WOLFF S. 2116; JÜRGENSEN S. 41–43; SOMMERFELD S. 99/100; FRANTZ S. 37/38 (der insbesondere auch auf die Möglichkeit hinweist, daß der Verpflichtete seine Aktien kurz vor der Generalversammlung einem Dritten veräußert, der dann frei stimmen kann, da ihm gegenüber das Urteil nicht wirkt); BARTHOLOMEYCZIK S. 338/39; KOEBEL S. 62; STUBER S. 84/85; PETERS S. 321. Anderer Ansicht: HACHENBURG in LZ Bd. 2 (1908) Sp. 645 und im Kommentar zur GmbH, 5. A. 1926/27, Anm. 44 zu § 45; ZLUHAN S. 297; CHARLOTTE MEYER S. 147.

³⁸ Vgl. GULDENER a.a.O. S. 308 ff.

unbeachtlich und es hindert nicht, daß mit den Aktien des Beklagten, sofern sie rechtzeitig hinterlegt oder dafür Stimmkarten bezogen worden sind, durch den Stimmberechtigten (namentlich, wenn die Aktien in der Zwischenzeit auf einen Dritterwerber übergegangen sind) oder einen von ihm bestellten Vertreter anders gestimmt wird, als es das Urteil anordnet (mit verbindlicher Wirkung eben nur für die Prozeßparteien). Maßgebend für die AG sind aber nur die tatsächlich an der Generalversammlung abgegebenen Stimmen³⁹.

Dagegen stellt die Bindung hinsichtlich der Ausübung des Aktionärstimmrechts eine persönliche Leistung dar, die auf Grund eines entsprechenden Leistungsurteils gemäß § 375 Abs. 1 und 2 zürcher. ZPO und ihr ähnlichen prozessualen Bestimmungen⁴⁰ vollstreckt werden kann. Dabei wird dem Schuldner zunächst in einem ersten Stadium des Befehlsverfahrens Frist zur Stimmabgabe im Sinne des Urteils angesetzt oder – wenn das Urteil entsprechend lautet – die Unterlassung der Stimmabgabe befohlen, in Verbindung mit einer geeigneten Androhung. Unter anderem kann Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) angedroht werden⁴¹. Wird dem Befehl innert Frist nicht oder nur unvollständig Folge geleistet, so kann – nebst Vollzug der Androhung – Ersatzvornahme gemäß § 375 Abs. 2 zürcher. ZPO bzw. Art. 98

³⁹ Ebenso PFEIFFENBERGER S. 55; KOEBEL S. 63; STUBER S. 84. Mit teilweise ähnlicher Argumentation verneint auch KUMMER, S. 173–175, die Vollstreckung des Erfüllungsanspruches aus einer AV nach Maßgabe von Art. 407 bern. ZPO (= Art. 78 Bundes-ZPO, entsprechend § 894 Abs. 1 der deutschen ZPO).

⁴⁰ Vgl. GULDENER a.a.O. S. 606 und die dort in Anm. 57 angeführten kantonalen Bestimmungen. Nach den Art. 403 und 404 der bern. ZPO sind derartige Androhungen schon in das Urteil des erkennenden Richters, der den Beklagten zu einer Unterlassung oder zu einem Tun verpflichtet, aufzunehmen. Vgl. GULDENER a.a.O. S. 606 Anm. 59 und KUMMER S. 175/76 Anm. 26.

⁴¹ GULDENER a.a.O. S. 606.

Abs. 1 OR oder aber Umwandlung in Schadenersatz gemäß § 376 zürcher. ZPO erfolgen. Welche dieser beiden Möglichkeiten anzuwenden sei, ist aus dem gleichen Grunde fraglich, wie es im deutschen Recht umstritten ist, ob Vollstreckung von AV nach § 887 oder 888 ZPO Platz greifen könne. Die beiden einzigen schweizerischen Autoren, die sich bisher dazu ausgesprochen haben, halten eine Ersatzvornahme bei Stimmbindungen für ausgeschlossen⁴². Da es sich indessen bei der Stimmabgabe eines Aktionärs um keine höchstpersönliche Leistung handelt, sondern um eine solche, die im allgemeinen durch einen Dritten erfüllt werden kann, der vom Richter dazu ermächtigt wird, ist aus den von PETERS (S. 327–329) für die Anwendbarkeit von § 887 der deutschen ZPO näher angeführten Gründen die Zulässigkeit der Ersatzvornahme gemäß Art. 98 Abs. 1 OR bzw. § 375 Abs. 2 der zürch. der ZPO bei Zwangsvollstreckung von Stimmbindungen zu bejahen. Das Urteil wirkt in diesem Falle wie eine Vertretungsvollmacht des Schuldners. Voraussetzung einer solchen Vollstreckung ist allerdings die Möglichkeit einer Vertretung des Verpflichteten. Jene ist daher ausgeschlossen, wenn die Statuten der AG gemäß Art. 627 Ziff. 10 und 689 Abs. 2 OR eine Vertretung nur durch einen andern Aktionär gestatten und der Berechtigte nicht Aktionär ist, oder wenn der Verpflichtete die Aktien vor der Stimmabgabe auf einen gutgläubigen Dritten überträgt. Weitere Voraussetzung ist ferner stets, daß die Erfüllung als solche überhaupt noch möglich ist, was oft nicht zutreffen wird. Praktische Beispiele von derartigen Vollstreckungsverfahren sind bis jetzt nicht bekannt.

§ 21

3. Die Sicherungsmaßnahmen zur Erfüllung der Aktionärbindungs-Verträge

A. Der obligatorische Charakter der ABV im allgemeinen und die Eigentümlichkeiten der AV im besonderen bringen

⁴² KOEBEL S. 63/64; STUBER S. 87.

es, wie dargetan, mit sich, daß ihre Realerfüllung rechtlich als wenig gesichert erscheint. Wenn trotzdem nicht nur die staatlichen Gerichte, sondern auch die vertraglichen Schiedsgerichte sich nur höchst selten mit Streitigkeiten wegen ihrer Nichterfüllung zu befassen haben, hängt das einerseits damit zusammen, daß die Interessen der Beteiligten und die Machtverhältnisse in der Regel derart sind, daß die Nichterfüllung der ABV auch für die Verpflichteten sehr nachteilig wäre. Darum haben – vor allem bei AV – in vielen Fällen schon bloße *Gentlemen's agreements* genügend bindende Kraft¹. Andererseits werden vor allem dort, wo diese Voraussetzungen nicht ohne weiteres gegeben sind, die ABV sozusagen regelmäßig durch praktisch sehr wirksame Sicherungen geschützt.

Unter diesen Sicherungsmaßnahmen finden sich sowohl solche repressiver Natur – die Konventionalstrafen – als auch präventive, die entweder dafür sorgen, daß die Stimmabgabe tatsächlich im vereinbarten Sinne erfolge, oder daß keine Verfügung über die Aktien des Verpflichteten möglich sei, die eine Verlagerung der Herrschaftsverhältnisse in der AG, aber auch im AK zur Folge hätte.

B. Die Konventionalstrafe gemäß Art. 160ff. OR ist bei ABV vor allem auch deswegen eine häufige repressive Sicherungsmaßnahme, weil der Schaden im Falle der Nichterfüllung namentlich der Stimmbindungen, wie dargelegt, sich nur in den seltensten Fällen richtig substantiieren und beweisen läßt². Die Konventionalstrafe verfällt dagegen gemäß Art. 161 Abs. 1 OR auch, wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist. Zudem kann gemäß Art. 160 Abs. 1 OR verabredet werden, daß die für den Fall der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung des Vertrages versprochene Konventionalstrafe nebst der Erfüllung gefordert werden dürfe, was vor allem dann in

¹ Vgl. vorn § 4 Ziff. 7 lit. A (S. 186a), sowie STUBER S. 76/77 und ZIMMERMANN S. 79 Anm. 72.

² Vgl. vorn § 20 lit. A (S. 309a) und FRIEDLÄNDER, Aktienpool-

Betracht fällt, wenn nach dem Vertrag eine Unterlassung geschuldet wird. Die Zulässigkeit von Vertragsstrafen zur Sicherung von AV ist von der deutschen Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt worden³ und steht auch für das schweizerische Recht außer Zweifel⁴.

Entsprechend dem großen Interesse, das zumeist an der Erfüllung der ABV besteht, werden oft recht hohe Konventionalstrafen vereinbart. Nicht selten gehen sie bis auf das Doppelte oder Dreifache des Wertes bzw. Kurswertes der Aktien, auf die sich die Vertragsverletzung bezieht⁵. Allerdings besteht gemäß Art. 163 Abs. 3 OR die Möglichkeit, daß übermäßig hohe Konventionalstrafen durch den Richter herabgesetzt werden können. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, den wirklichen Schaden einer Vertragsverletzung abzuschätzen und angesichts der bedeutenden wirtschaftlichen Interessen, um die es in der Regel geht, wird bei derartigen richterlichen Eingriffen Zurückhaltung am Platze sein⁶.

Eine Verstärkung erfährt diese repressive Sicherungsmaßnahme noch durch die Kombination mit einer präventiven, indem die Aktien der Vertragsparteien nicht nur – wie noch zu erörtern ist – hinterlegt, sondern zur Sicherung der eventuellen künftigen Konventionalstrafschuld und

Verträge S. 230; ders. Konzernrecht 1. A. S. 171; ZLUHAN S. 299; LINDEMANN S. 99; SOMMERFELD S. 105; JÜRGENSEN S. 55; FRANTZ S. 50; NAHRAT S. 105; LENK S. 75; ALTVATER S. 15; FRANKENBERG S. 53/54; KOEBEL S. 38; STUBER S. 90; MOSER S. 77; ZIMMERMANN S. 77; RASCH S. 61; PATRY S. 228.

³ RGZ 133 S. 95.

⁴ Vgl. SIEGWART, Personenges. Art. 530 N. 84 und die in Anm. 2 hiervoor angeführten schweizerischen Autoren sowie PESTALOZZI-HENGgeler S. 108.

⁵ Vgl. bei OSTHOFF das Beispiel C 3 a § 8 (S. 64): «Vertragsstrafe bis zur Höhe des dreifachen Wertes der Aktien».

⁶ Vgl. v. TUHR S. 672 (v. TUHR/SIEGWART S. 730); OSER/SCHÖNENBERGER N. 12 zu Art. 163 OR; BECKER N. 10 zu Art. 163 OR. Gerichtliche (auch schiedsgerichtliche) Entscheidungen über die Herabsetzung von in ABV vereinbarten Konventionalstrafen sind mir nicht bekannt geworden. Das mag auch damit zusammen-

Schadenersatzverpflichtung verpfändet werden⁷. Dabei kann auch die private Verwertung vereinbart werden⁸, was sich besonders empfiehlt, wenn – wie das in der Regel zutrifft – der Erwerb der Aktien durch unerwünschte Außenstehende verhindert werden soll.

C. Bei den vorbeugenden Sicherungsmaßnahmen, welche die Stimmabgabe im vereinbarten Sinne gewährleisten sollen, stehen diejenigen im Vordergrund, die bewirken, daß nicht der Verpflichtete selbst zu stimmen hat, sondern in seiner Vertretung entweder der Berechtigte selbst oder ein anderer Bevollmächtigter. Dieser letzte wird, weil er sowohl die Interessen des Verpflichteten als auch jene des Berechtigten zu wahren hat, oft als Treuhänder bezeichnet, auch dann, wenn kein fiduziarisches Verhältnis, sondern eine bloße Stellvertretung vorliegt. Es kommt aber auch fiduziarische Übertragung der Aktien zu Sicherungszwecken vor⁹. Vor allem bei AK haben sehr häufig entweder die Konsortialleitung oder besondere Konsortialvertreter die Stimmen für alle Konsorten in der Generalversammlung in dem vom Konsortium beschlossenen Sinne einheitlich abzugeben.

D. Bei Inhaberaktien erfolgt die Vertretung in der Regel durch Legitimationsübertragung, die dadurch

hängen, daß – nach den Beispielen von ABV, in die ich Einblick hatte – in der Schweiz die ABV meistens ohne Vereinbarung einer Konventionalstrafe abgeschlossen werden. Vgl. die sinngemäß damit übereinstimmende Beobachtung von ZIMMERMANN, S. 79 Anm. 72.

⁷ STUBER S. 53; SIEGWART Personenges. N. 85 zu Art. 530 OR.

⁸ Vgl. KARL OFTINGER, Das Fahrnispfand, Kommentar 2. A. Zürich 1952, N. 48–63, insbes. N. 52 zu Art. 891 ZGB.

⁹ Vgl. allgemein zum Gebrauch des Wortes Treuhand und zum Rechtsbegriff der Fiduzia: GUBLER in ZSR n. F. Bd. 73 (1954) S. 217a ff. und 246a ff. Über Treuhandübertragung, Vollmachtserteilung und Legitimationsübertragung in bezug auf Aktien vgl. ferner ZAHN S. 13/14 und 19–24, sowie vorn § 15 lit. C b bb (S. 268a), insbes. Anm. 37.

erleichtert wird, daß die Aktien der Vertragsparteien meistens in solchen Fällen in einem Sperrdepot hinterlegt sind, aus dem sie dem gemeinsamen Vertreter für die Teilnahme an den Generalversammlungen zur Verfügung gestellt werden¹⁰. Der Vertreter hat dann nach außen die Stellung des Eigentümers, obwohl zwischen den Vertragsparteien keine Absicht der Eigentumsübertragung besteht. Nach herrschender Auffassung ist die Legitimationsübertragung im schweizerischen Recht zulässig, sofern damit keine Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung beabsichtigt ist¹¹.

Der Hinterlegungsvertrag gemäß Art. 481 ff. OR, der meistens mit einer Bank, manchmal auch einer Treuhandgesellschaft oder der Verwaltung der AG abgeschlossen wird¹², dient nicht nur der Legitimationszession, sondern stellt allgemein eine dinglich wirkende Sicherungsmaßnahme dar. Insbesondere wird die Hinterlegung auch zur Verstärkung von Übertragbarkeitsbeschränkungen bei Inhaberaktien wie z. B. Veräußerungsverboten oder Vorkaufs-

¹⁰ FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge S. 230; ders. Konzernrecht 1. A. S. 171; Müller S. 37–45 mit Beispielen im Anhang; ZLUHAN S. 299; HAUSSMANN, Praxis S. 154 §§ 3 und 4, S. 157 § 3, S. 160 §§ 5 und 6, S. 165/66 § 2; SOMMERFELD S. 33; ALTVATER S. 25; LENK S. 22; OSTHOFF S. 64 § 5; FRANKENBERG S. 54; STUBER S. 69.

¹¹ ERWIN HENSELER, Die Legitimationsübertragung von Aktien nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung, Diss. Bern 1940, insbes. S. 80 (grundsätzliche Ablehnung der Legitimationsübertragung) und S. 132 (Zulassung der Legitimationsübertragung nach geltendem schweizerischem Recht); F. v. STEIGER in SAG Bd. 14 (1941/42) S. 12 ff.; FUNK N. 1 zu Art. 691 OR; BÜRGI N. 35–37 zu Art. 689 OR.

¹² FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge S. 230; ders. Konzernrecht 1. A. S. 163, 2. A. S. 92; ALTVATER S. 25; HAUSSMANN (an den soeben in Anm. 10 angeführten Stellen); STUBER S. 52; F. v. STEIGER in SAG Bd. 13 (1940/41) S. 130; ZIMMERMANN S. 77; RASCH S. 58; BÜRGI N. 17 zu Art. 683 OR.

rechten benutzt¹³. Denn dadurch, daß den Verpflichteten der Besitz an den Aktien entzogen wird, sind sie praktisch an der Verfügung darüber verhindert. Darum werden derartige Sperrdepots auch für Namenaktien errichtet¹⁴. Während bei diesen mangels Indossierung ohne weiteres klar ist, daß sie im Eigentum der betreffenden Vertragspartei bleiben, werden bei Inhaberaktien Nummernverzeichnisse angelegt, um zu verhindern, daß an ihnen Miteigentum entsteht¹⁵. Es können auch – ähnlich wie bei den *voting trusts*¹⁶ – durch den Aufbewahrer Hinterlegungszertifikate ausgestellt werden, die statt der Aktien übertragen werden¹⁷. In Abweichung von Art. 475 Abs. 1 OR, der nur nachgiebiges Recht enthält, können die hinterlegenden Vertragspartner des ABV ihre Aktien nicht jederzeit zurückfordern, sondern der Aufbewahrer darf sie nach der vertraglichen Regelung normalerweise nur mit Zustimmung aller Vertragsparteien des ABV oder gegebenenfalls auf Grund eines Konsortialbeschlusses oder auf Weisung der Konsortialleitung herausgeben¹⁸. Besteht keine Rechtspflicht mehr zur Hinterlegung, so kann die Herausgabe natürlich auch durch den Richter angeordnet werden, so daß das Sicherungsdepot der Sequestrierung (Art. 480 OR) sehr ähnlich ist¹⁹. Auf die Möglichkeit, die im Sperrdepot liegenden Aktien zur Sicherung der allfälligen Ansprüche gegen den Hinterleger aus Vertragsverletzung zu verpfänden, wurde bereits hingewiesen²⁰.

¹³ LEHNER in SAG S. 192 und 193; JÄGGI in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 68. Vgl. auch SAG Bd. 17 (1944/45) S. 91.

¹⁴ STUBER S. 69. Vgl. PESTALOZZI-HENGgeler S. 108.

¹⁵ FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge S. 230; HAUSSMANN, Praxis S. 165 § 2; STUBER S. 52.

¹⁶ Vgl. vorn § 9 lit. C S. 222a und 224a zu Anm. 34.

¹⁷ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 163; 2. A. S. 92; STUBER S. 53.

¹⁸ Vgl. die soeben in Anm. 10 angegebenen Literaturstellen und Beispiele.

¹⁹ So schon STUBER S. 52 und 53.

²⁰ Vgl. vorn lit. B am Ende (S. 322a f.).

E. Bei Namenaktien ist dagegen zur Vertretung des Aktionärs in der Generalversammlung gemäß Art. 689 Abs. 3 OR eine schriftliche Vollmacht erforderlich. Diese kann schon in einem schriftlichen ABV enthalten sein oder in einer besonderen Urkunde erteilt werden. Die Vollmacht kann nach schweizerischem Recht (unter Vorbehalt des noch zu behandelnden Widerrufsrechts) für die ganze Dauer des ABV erteilt werden, und zwar (vor allem, wenn es ausdrücklich vorgesehen wird) mit Substitutionsrecht²¹, ja sogar in der Form der Blankovollmacht²². Jedoch ist die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht gemäß der zwingenden Vorschrift des Art. 34 Abs. 1 und 2 OR nach schweizerischem Recht ausgeschlossen, im Gegensatz zum Beispiel zum deutschen Recht (§ 168 Satz 2 BGB)²³ und zum französischen Recht²⁴, die beide ausnahmsweise den Verzicht auf Widerruflichkeit der Vollmacht zulassen, insbesondere falls diese im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden ist. Die freie Widerruflichkeit der Vollmacht nach schweizerischem Recht schwächt natürlich die Wirksamkeit der mit der Stimmabgabe durch einen Vertreter bezweckten Schutzmaßnahme in ABV in entscheidender Weise, so daß sie bei Namenaktien gerade dann, wenn es darauf ankäme, unwirksam ist²⁵. In dieser Beziehung kann die Stimmbindung bei Inhaberaktien durch die Legitimationszession in Verbindung mit einem Sperrdepot wirksamer gestaltet werden. Zwar besteht auch bei Namenaktien grundsätzlich die Möglichkeit der Legitimationsübertragung, doch ist sie wegen der damit verbundenen Komplikationen wenig verbreitet. Außer der Übergabe der Aktientitel erfordert sie nämlich ein Indossament oder eine

²¹ V. TUHR S. 302 f. (V. TUHR/SIEGWART S. 324 f.); OSER/SCHÖNENBERGER N. 11 zu Art. 33 OR; BECKER N. 13 zu Art. 33 OR.

²² V. TUHR S. 302 Anm. 101 (V. TUHR/SIEGWART S. 324 Anm. 101).

²³ STAUDINGER Bd. I, 11. A. 1957, N. 12a und 12b zu § 168 BGB.

²⁴ Vgl. vorn § 6 S. 198a Anm. 14.

²⁵ Das wurde schon von STUBER S. 70/71 zutreffend hervorgehoben.

schriftliche Abtretungserklärung sowie, was in diesem Zusammenhang besonders ins Gewicht fällt, zur Ausübung des Stimmrechts die Eintragung im Aktienbuch²⁶.

F. Sodann stellen die schon wiederholt erwähnten Verfügungsbindungen ganz allgemein vorbeugende Sicherungsmaßnahmen dar, die in der Regel zur Verstärkung der Stimmbindungen in die ABV aufgenommen werden.

Vorauszuschicken ist, daß bei Namenaktien derartige Bindungen durch die Vinkulierung (Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1 und 686 OR) mit «dinglicher» Wirkung gegenüber Dritten und der Gesellschaft weit wirksamer gestaltet werden können, als durch die bloß relative Rechte begründenden ABV. Auf die zahlreichen mit der Vinkulierung von Namenaktien zusammenhängenden Fragen kann hier schon aus Raumgründen nicht eingetreten werden²⁷. Dagegen sind – besonders in der schweizerischen Praxis – Verbindungen von ABV mit Aktienvinkulierungen sehr häufig²⁸. Insbesondere wird in Gründungsverträgen, die auch Stimmbindungen der Gründer in der künftigen AG enthalten, vorgesehen, daß die Statuten der Gesellschaft vinkulierte Namenaktien einführen und so gefaßt werden sollen, daß kein Konsorte ohne Zustimmung der andern eine Aktien- oder Stimmenmehrheit erwerben könne. Sodann wird sehr oft vorgeschrieben, daß die Zustimmung zur Eintragung eines neuen Aktionärs in das Aktienbuch (Art. 686 Abs. 1 und 2 OR) nur erteilt werden dürfe, wenn dieser dem ABV der Aktionäre beitrete und dessen Verpflichtungen als für sich verbindlich anerkenne. Diese Kombinationen, die sich vor allem für Familien-AGen und andere AGen mit be-

²⁶ PESTALOZZI-HENGgeler S. 82; Bürgi N. 21 zu Art. 684 OR.

²⁷ Vgl. dazu vor allem PESTALOZZI-HENGgeler.

²⁸ Derartige Kombinationen erwähnt schon MÜLLER (1924) S. 58 ff. Vgl. ferner ZIMMERMANN S. 78 und 79 vor Anm. 72; PESTALOZZI-HENGgeler S. 107; LEHNER in SAG S. 200 vor Anm. 39 (Sicherung außerstatutarischer Vorkaufsrechte).

schränktem Aktionärkreis (*close corporations*) gut eignen, ergeben eine höchst wirksame Gesamtbindung²⁹.

Als eine «besondere Art materieller Aktienvinkulierung»³⁰ sind sodann die statutarischen Vorkaufs- und Vorhandrechte aufzufassen, deren Zweck in erster Linie darin besteht, «daß der Kreis der Aktionäre beschränkt bleibt, daß kein Dritter dazukommt»³¹. Damit wird auch einer Verschiebung der Machtverhältnisse in der AG vorgebeugt und die Wirkung eines der Beherrschung der AG dienenden ABV unterstützt. Nach heute in der Schweiz herrschender Lehre (höchstrichterliche Entscheidungen zu dieser Frage fehlen noch) sind solche statutarische Vorkaufs- und Vorhandrechte an Aktien zulässig³². Auf die damit zusammenhängenden Einzelfragen kann hier nicht näher eingetreten werden³³.

G. Dagegen sind bei Inhaberaktien statutarische Übertragungsbeschränkungen oder -erschwerungen unzulässig, weil mit dem Wesen dieser Aktien als Inhaberpapiere unvereinbar³⁴. Die Übertragbarkeit von

²⁹ Im gleichen Sinne PESTALOZZI-HENGgeler S. 107 vor Anm. 70 und 71.

³⁰ LEHNER in SAG S. 194 Anm. 24, wo er sich mit der gegenteiligen Ansicht von REGULA PESTALOZZI-HENGgeler S. 106 auseinandersetzt. JÄGGI stimmt in SAG Bd. 31 (1958/59) S. 68–70 im wesentlichen LEHNER zu («Die statutarischen Vorkaufsrechte sind meistens gar keine Vorkaufsrechte im echten schuldrechtlichen Sinn.» Sie sind «umzudeuten in eine Vinkulierung...»: a.a.O. S. 69).

³¹ LEHNER in SAG S. 193.

³² LEHNER in SAG S. 197 ff. und die dort in Anm. 31 angegebene Literatur sowie JÄGGI a.a.O. S. 68.

³³ Vgl. die Literaturangabe in § 1 Anm. 2 (S. 153a) sowie das eine derartige Statutenbestimmung betreffende Urteil des Zivilgerichts Basel vom 7. Okt. 1950 (BJM 1954 S. 107 ff.).

³⁴ BÜRGI N. 16 zu Art. 683 OR sowie die dort angegebene, zahlreiche Literatur. Als zulässig gilt dagegen die bei Parallelgesellschaften wie z.B. bei der Nestlé-Alimentana SA und der Unilac Inc. bestehende statutarische Bestimmung, daß die jeder (Nestlé-Alimentana-) Inhaberaktie angehefteten und die gleiche Nummer tragenden (Unilac-) Titel der Parallelgesellschaft «einen integrie-

Inhaberaktien kann daher nur durch schuldrechtliche Veräußerungsverbote, Vorkaufs-, Vorhand-, Kaufs- und Rückkaufsrechte beschränkt oder erschwert werden³⁵, die grundsätzlich auch bei Namenaktien möglich sind. Sie bilden gewöhnlich als sichernde Klauseln Bestandteile von ABV, deren unmittelbarer Hauptzweck die Stimmbindung und letzten Endes die Beherrschung der AG durch einen beschränkten Kreis von Aktionären ist. Eine Sicherungsfunktion erfüllen derartige schuldrechtliche Verfügungsbindungen insofern, als sie eine Änderung der Einflußverhältnisse innerhalb der AG und unter den Vertragsparteien des ABV zu verhindern helfen.

Es liegt auf der Hand, daß solche bloß schuldrechtliche Verpflichtungen für sich allein keinen wirksamen Schutz gewähren³⁶. Sie werden daher regelmäßig – vor allem bei Inhaberaktien – durch Hinterlegung der Aktientitel in einem Sperrdepot in der vorn unter lit. D dargestellten Weise dinglich verstärkt³⁷.

Sowohl bei Übertragungsbeschränkungen und -erschwerungen schuldrechtlicher Natur als auch bei statutarischen ergeben sich zum großen Teil die gleichen Fragen. Ebenso sind die Probleme des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts an Aktien, das in diesem Zusammenhang besonders wichtig ist, weitgehend solche der Vorkaufsrechte überhaupt. Darum und vor allem aus Raumgründen können in der vorliegenden Arbeit von diesen Fragen nur wenige, besonders interessierende etwas näher behandelt werden. Im übrigen

renden Bestandteil der gleichnummerigen Aktie bilden, daß Aktie und Schein zusammengehören und daher die Aktie nicht ohne den Schein oder der Schein nicht ohne die Aktie übertragen werden können.» F. v. STEIGER in SAG Bd. 29 (1956/57) S. 208 ff., insbes. S. 210. Die nähere Erörterung derartiger statutarischer Bindungen liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

³⁵ BÜRGI N. 17 zu Art. 683 OR sowie die dort angegebene Literatur.

³⁶ STUBER S. 51/52.

³⁷ BÜRGI N. 17 zu Art. 683 OR; STUBER S. 52.

muß auf die zahlreiche Literatur zum Vorkaufsrecht³⁸ und zu den statutarischen Übertragungsbeschränkungen³⁹ verwiesen werden.

Die vertraglichen Verfügungsbeschränkungen umfassen in vielen ABV alle dinglichen Rechte an Aktien⁴⁰. Sie schließen daher nicht nur die Übertragung des Eigentums, sondern oft auch die Verpfändung oder die Bestellung einer Nutznießung an den im Sperrdepot hinterlegten Aktien aus. Manchmal wird die Verpfändung unter der Bedingung gestattet, daß das Stimmrecht beim Verpfänder verbleibe⁴¹.

Vertragliche absolute Übertragungsverbote kommen selten, praktisch vor allem bei reinen Sperrkonsortien vor⁴². In der Regel werden davon Ausnahmen in dem Sinne vorgesehen, daß die Übertragung der Aktien während der Vertragsdauer oder einer bestimmten Sperrfrist nur an Außenstehende unzulässig ist, also an die am ABV mitbeteiligten Aktionäre oder an die Nachkommen, den Ehegatten oder die gesetzlichen Erben des gebundenen Aktionärs frei erfolgen kann. In vielen ABV wird aber die Übertragung an die drei letztgenannten Erwerberkategorien nur zugelassen, sofern sie dem ABV mit allen Rechten und

³⁸ Vgl. die Bibliographie zum Vorkaufsrecht im allgemeinen bei MEIER-HAYOZ in der ZBJV Bd. 92 (1956) S. 337 ff.

³⁹ Vgl. vor allem die in den Arbeiten von LEHNER in SJZ S. 73ff. und SAG S. 189 ff. sowie bei PESTALOZZI-HENGgeler angegebene Literatur.

⁴⁰ Vgl. dazu allgemein: OSKAR GLETTIG, Die dinglichen Rechte an Aktien, Diss. St. Gallen 1953.

⁴¹ Das entspricht nach schweizerischem Recht ohnehin der (allerdings nur dispositiven) Regelung gemäß Art. 689 Abs. 5 Ziff. 1 OR. Vgl. das Beispiel im Bankgeschäftlichen Formularbuch Muster 133 § 8 (vgl. vorn S. 173a Anm. 1). Ferner allgemein zur Verpfändung solcher in Sperrdepots von AK liegenden Aktien: FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1. A. S. 170.

⁴² Das einzige veröffentlichte Beispiel bei ZLUHAN S. 307 betrifft allerdings ein AK mit Stimmbindung («§ 2. Die Mitglieder verpflichten sich, ihre Aktien während der Dauer des Konsortiums nicht zu veräußern.»).

Pflichten beitreten. Als weitere Ausnahme kann (ähnlich wie bei der Genehmigungsvinkulierung von Namenaktien) die Übertragung von der Zustimmung der übrigen Vertragspartner des ABV oder des Verwaltungsrates der AG abhängig gemacht werden.

Als weitere Milderungen des absoluten Übertragungsverbotes lassen sich ferner die Vorkaufs- (bzw. Einlösungs-⁴³) und Vorhandrechte auffassen, welche sich die Vertragsparteien in den meisten ABV gegenseitig in der einen oder andern Form einräumen. Sie beziehen sich regelmäßig auf Übertragungen der Aktien an Außenstehende, als welche jeweils auch jene Nachkommen, Ehegatten oder gesetzlichen Erben des gebundenen Aktionärs gelten, die sich weigern, dem ABV beizutreten. Bekanntlich setzt das Einlösungsrecht den Abschluß eines Vertrages mit einem Dritten voraus, während bei der Vorhand der Verpflichtete schon das erste Angebot eines Dritten den Berechtigten mitzuteilen hat, welche dann innert vereinbarter Frist die Aktien erwerben können, ohne daß es mit dem Dritten zum Vertrag kommt⁴⁴. Bei beiden Instituten richtet sich der vom Berechtigten für die zu erwerbenden Aktien geschuldete Preis ohne besondere Abrede nach dem Vertrag bzw. Angebot des Dritten. Sehr häufig handelt es sich aber bei ABV um limitierte Vorkaufs- oder Vorhandrechte. Bei ihnen kann der Berechtigte die Aktien nach einem zum voraus festgelegten Preis erwerben. Für diese Preisbestimmungsklauseln sind in der Praxis die verschiedensten Formeln entwickelt worden, auf die näher einzu-

⁴³ Über diesen Oberbegriff, unter den das Vorkaufsrecht als «ein bestimmter Fall des allgemeinen Einlösungsrechts» fällt, vgl. FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 164; 2.A. S. 92/93; STUBER S. 55.

⁴⁴ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 168; 2.A. S. 93; LEHNER in SJZ S. 73 und 77, auf dessen dortige Ausführungen zu den verschiedenen Arten von Vorkaufs- und Vorhandrechten im übrigen verwiesen sei. Sie treffen weitgehend auch auf jene vertraglicher Natur zu.

gehen hier nicht möglich ist⁴⁵. Am einfachsten ist die Preisbestimmung bei Aktien mit einem Börsenkurs, da dieser bzw. ein näher umschriebener Durchschnittskurs oder ein in bestimmter Relation zu ihm stehender Vorzugskurs anwendbar erklärt werden kann⁴⁶. Jedenfalls ergibt sich mindestens eine einfache Vertragsfassung, wenn der Neuwert der Aktien⁴⁷ oder aber ihr wirklicher Wert (entsprechend Art. 686 Abs. 4 OR, auch «innerer Wert» oder «Substanzwert») als maßgebend bezeichnet und dessen periodisch (z.B. alljährlich) oder für den Einzelfall vorzunehmende Ermittlung einem Sachverständigen übertragen wird. Er kann entweder zum voraus im Vertrag genannt werden (es kann insbesondere eine Treuhandgesellschaft sein), oder er ist im Bedarfsfalle von den Parteien beziehungsweise, bei Mißlingen einer Einigung, durch eine neutrale Stelle zu bezeichnen⁴⁸. Dabei können im Vertrag Grundsätze über die Berechnungsweise dieses Wertes aufgestellt werden, die sich u.a. mit der Berücksichtigung der Reserven und Erträge bei der Bewertung befassen⁴⁹. Schließlich kann die Preisbestimmungsklausel nur aus einer verbindlichen Formel zur Berechnung des Aktienwertes bestehen, die oft recht kompliziert ist.

⁴⁵ Vgl. darüber PIERRE CAMIER, Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions, Thèse Lille 1927, S. 91–96; TAMBOISE S. 109–124 mit ausführlichen Berechnungsbeispielen; FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 165/66; 2.A. S. 93; STUBER S. 55; LEHNER in SJZ S. 75–77. Auf die Bedeutung dieser Preisbestimmungsklauseln für den Schutz der Konsortialminderheiten wurde bereits vorn S. 294a hingewiesen.

⁴⁶ Vgl. Detailausführungen hiezu bei TAMBOISE S. 112–114.

⁴⁷ So erwähnt bei MÜLLER S. 51; LEHNER in SJZ S. 75 Ziff. 1 lit. b aa.

⁴⁸ Vgl. FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 1.A. S. 166; 2.A. S. 93; LEHNER in SJZ S. 77 Ziff. 1 lit. b cc.

⁴⁹ Detailausführungen hiezu bei TAMBOISE S. 114–124; vgl. auch CAMIER, a.a.O. S. 95/96. Zum Handelswert «gepoolter», dem Verkehr entzogener nichtkotierter Aktien siehe SAG Bd. 24 (1951/52) S. 200 ff.

Als Frist für die Geltendmachung des Vorkaufs- oder Vorhandrechtes wird häufig ein Monat vereinbart, doch kommen in der Praxis auch kürzere (14 Tage, drei Wochen) und längere (zwei bis drei Monate) Fristen vor⁵⁰. Ist keine solche vereinbart, dürfte im allgemeinen eine Monatsfrist (wie in Art. 681 Abs. 3 ZGB) als angemessen erscheinen. Doch besteht keine zeitliche Begrenzung der Vorkaufs- und Vorhandrechte, solange das für ihre Ausübung maßgebende Ereignis (Vertragsabschluß mit einem Dritten bzw. Offertstellung) nicht eingetreten ist⁵¹. Sie bleiben daher auch in Verträgen von mehr als zehnjähriger Dauer während der ganzen Vertragszeit wirksam.

Das Vorhandrecht kann ferner, abgesehen von der Limitierung, in gewissen Varianten vorgesehen werden. So kann es als bloße Anbieterspflicht statuiert werden, die auch ohne Offerte eines Dritten durch bloße Äußerung der Absicht des Verpflichteten, seine Aktien zu verkaufen, ausgelöst wird⁵². Wie in Statuten kann ebenso vertraglich nur ein abgeschwächtes Vorhandrecht vorgesehen werden, in welchem Falle den Verpflichteten trotz Äußerung der Verkaufsabsicht noch keine Anbieterspflicht trifft, sondern ihm freigestellt ist, ob und wann er die Aktien dem Berechtigten anbieten wolle. Es trifft ihn daher nur die Obliegenheit, die Aktien dem Berechtigten anzubieten, bevor er sie einem Dritten verkauft⁵³.

Noch günstiger gestaltet sich die Lage des gebundenen Aktionärs, wenn der Vertrag ihm ein Anbieters- (oder Andienungs-) recht einräumt und dem Vertragsgegner eine Übernahmepflicht auferlegt. Dabei kann für den

⁵⁰ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER N. 31 zu Art. 216 OR; TAMBOISE S. 125.

⁵¹ Vgl. HANS MERZ, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in der Festgabe für August Simonius, Basel 1955, S. 244; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Vom Vorkaufsrecht, in ZBJV Bd. 92 (1956) S. 314 ff.

⁵² LEHNER faßt in SJZ S. 77/78 das Vorhandrecht überhaupt nur in diesem Sinne auf.

⁵³ LEHNER in SJZ S. 80/81.

Fall, daß die Übernahme der Aktien innert nützlicher Frist dem andern Vertragsteil nicht möglich ist, vorgesehen werden, daß dieser sich durch eine Stimmbindung verpflichtet, für den Rückkauf der in Frage stehenden Aktien durch die AG zur entsprechenden Herabsetzung des Grundkapitals einzutreten.

Umgekehrt kann zu Gunsten des Berechtigten ein Kaufs- oder Rückkaufsrecht vorgesehen sein, das ihm gestattet, die Aktien unter bestimmten Voraussetzungen zu dem der Preisbestimmungsklausel entsprechenden Preis an sich zu ziehen⁵⁴. Solche Rechte werden namentlich eingeräumt, um die Übertragung der Aktien infolge Erbanges oder Zwangsvollstreckung auf unerwünschte Dritte zu verhindern⁵⁵.

Sind – wie zumeist bei AK – mehrere Berechtigte vorhanden, die durch Ausübung eines Vorkaufs- oder Vorhand-, Kaufs- oder Rückkaufsrechtes ihren Aktienbesitz vermehren können, enthält der Vertrag zumeist Bestimmungen, die dafür sorgen, daß die Beteiligungsverhältnisse unter den Vertragsparteien unverändert bleiben. Diesem Grundsatz entsprechend ist auch beim Fehlen solcher Vertragsvereinbarungen bei der Verteilung der aus der Ausübung solcher Rechte durch mehrere Berechtigte anfallenden Aktien vorzugehen⁵⁶.

Im gleichen Sinne enthalten viele ABV, vor allem Konsortialverträge, Bestimmungen über die Ausübung des Bezugsrechts auf neue Aktien sowie über das Vorgehen beim Erwerb zusätzlicher, vom ABV noch nicht erfaßter, Aktien durch eine Vertragspartei⁵⁷. Sie dienen

⁵⁴ Vgl. FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 168; 2.A. S. 93; STUBER S. 56.

⁵⁵ Bei Pfändung der Aktien eines Konsorten kann auch vorgesehen werden, daß die übrigen Mitglieder des Konsortiums, meistens im Verhältnis ihres Aktienbesitzes, verpflichtet oder berechtigt sind, den betreibenden Gläubiger abzufinden: MÜLLER S. 57.

⁵⁶ In diesem Sinne NETTER, insbes. S. 417.

⁵⁷ Vgl. hiezu FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 169/70; 2.A. S. 93; OSTHOFF S. 45 f.; STUBER S. 56 und 57.

alle dem Zwecke, die Beteiligungsverhältnisse unter den Vertragsparteien möglichst unverändert zu erhalten und einer Verschiebung der Macht in der AG vorzubeugen. Auf diese Weise helfen sie, die Wirkung eines ABV zur Beherrschung der AG zu sichern.

H. Schließlich kann auch der Verzicht auf die Ausgabe von Aktientiteln als sichernde Maßnahme in Betracht fallen, deren Wirksamkeit aber nicht überschätzt werden darf⁵⁸. Sie besteht im wesentlichen darin, daß die Negoziabilität der Aktien erschwert wird⁵⁹. Doch ist weder für die Entstehung, noch für die Geltendmachung oder Übertragung der Mitgliedschaft das Bestehen eines Aktientitels erforderlich⁶⁰. Die Nichtverbriefung der Aktien wird denn auch von Lehre und Rechtsprechung als zulässig anerkannt⁶¹.

V. Die Beendigung der Aktionärbindungs-Verträge

§ 22

1. Grundsätzliches zur Vertragsbeendigung

Grundsätzlich gelten für die ABV die Beendigungsregeln für Schuldverträge im allgemeinen¹. Es kann sich somit im Rahmen dieser Arbeit nicht darum handeln, alle Beendigungsgründe der ABV zu erörtern, sondern nur auf

⁵⁸ ZELLER bezeichnet sie S. 54 als «äußerst wirksame Maßnahme», was aus den im Text genannten rechtlichen Gründen unzutreffend ist.

⁵⁹ BÜRGI Vorbem. 23 zu Art. 683–687 OR mit weiteren Literaturangaben.

⁶⁰ SIEGWART, Aktienrecht N. 40 zu Art. 622 OR; FUNK N. 6 zu Art. 622 OR; BÜRGI zu Art. 683–687 OR, Vorbem. 19 ff., insbes. 32 ff. (Übertragbarkeit), 38 ff. (Bestellung eines Pfandrechtes oder einer Nutznießung).

⁶¹ SIEGWART, Aktienrecht, N. 44 zu Art. 622 OR; BÜRGI zu Art. 683–687 OR, Vorbem. 19, 22, 28 und 29.

¹ Vgl. v. TUHR S. 556 ff., insbes. S. 560 ff. (v. TUHR/SIEGWART S. 603 ff., insbes. S. 607 ff.); OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 1 ff. zu Art. 114–142 OR; BECKER N. 4 ff. zu Art. 114–142 OR.

solche näher einzugehen, die gerade bei ABV besonderes Interesse bieten. Dabei ist zu beachten, daß die mit der Beendigung der ABV zusammenhängenden Fragen sich nicht einheitlich beantworten lassen. Denn die Beendigung der Schuldverträge ist je nach ihrer Rechtsnatur verschieden gestaltet. Wie bereits dargelegt wurde, sind nun die ABV nicht einheitlicher Rechtsnatur, sondern können sie sowohl als einseitige, wie auch als zweiseitige Verträge, sowie in Gesellschaftsform auftreten². Im Zusammenhang mit ihrer Beendigung ist sodann von wesentlicher Bedeutung, daß es unter ihnen nicht nur vorübergehende, sondern auch dauernde Schuldverträge gibt³. Zu den ABV, welche als Dauerschuldverhältnisse aufzufassen sind, gehören nicht nur jene in Gesellschaftsform⁴, sondern auch zweiseitige, ja sogar einseitige ABV können als solche begründet werden. Zu welcher dieser Vertragsarten ein ABV gehöre, ist im Einzelfall nach den besonderen Gegebenheiten zu entscheiden. Die (oft heikle) Beantwortung dieser Vorfrage⁵ ist maßgebend für die Beurteilung der Frage, welche Beendigungsmöglichkeiten für einen konkreten ABV bestehen, wie z. B. ob ein Kündigungsrecht gegeben sei und wenn ja, welches.

Zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der ABV in einer von den Parteien vorgesehenen Weise ordnungsgemäß

² Vgl. vorn § 11 (S. 228a f.).

³ Die Einteilung in vorübergehende und dauernde Schuldverhältnisse stammt von O. GIERKE (Jherings Jahrbücher Bd. 64, 1914, S. 355 ff.). Vgl. NEHM S. 5 ff. und EGGER, Ausgew. Schriften Bd. II S. 128. Dabei ist zu beachten, daß der Unterschied nicht in der bloßen Zeitdauer der Vertragsabwicklung liegt, sondern im typischen Inhalt, der bei Dauerschuldverträgen auf eine dauernde Leistungspflicht geht. Darum gehört ein Kaufvertrag mit einer Lieferfrist von drei Monaten zu den vorübergehenden, ein Mietvertrag von einem Monat dagegen zu den Dauerschuldverhältnissen (NEHM S. 9–10).

⁴ NEHM S. 11 ff.

⁵ Vgl. vorn § 11 vor lit. A und unter lit. B (S. 229a f.), insbes. auch das dort in Anm. 9 angeführte Beispiel.

endigt, und jene der außerordentlichen, vom Vertrag nicht geregelten Beendigung. Während die ersten keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten bereiten, trifft das bei den andern häufig zu, vor allem bei den Dauerschuldverhältnissen. Praktisch überwiegen diese aber bei den ABV, namentlich als Aktionärkonsortien, bei weitem.

2. Die ordentliche Beendigung

A. Bei ABV, die vorübergehende Schuldverhältnisse darstellen, welche bestimmungsgemäß in einem oder mehreren Zeitpunkten erfüllt werden, führt die Erreichung des Vertragszweckes zur Beendigung des Vertragsverhältnisses. So endigt z.B. eine AV des Inhalts, der gebundene Aktionär verpflichtete sich, einer Kapitalerhöhung oder einer Fusion zuzustimmen, mit der Stimmabgabe zum entsprechenden Antrag in der Generalversammlung⁶.

B. Als Dauerschuldverhältnisse anzusprechende ABV, also vor allem Aktionärkonsortien, erlöschen nicht durch Erfüllung; ihr normaler Beendigungsgrund ist vielmehr Zeitablauf⁷.

a) Die ABV auf bestimmte Dauer endigen mit deren Ablauf. Die Dauer kann in ähnlicher Weise wie Fristbestimmungen zur Erfüllung gemäß Art. 76/77 OR festgesetzt werden oder aber bis zum Eintritt eines künftigen Ereignisses, «auch wenn es unbestimmt ist, wann es eintreten wird, oder selbst, ob es eintreten wird (GIERKE S. 378)»⁸. Neben ABV, deren Dauer bis zu einem bestimmten Kalendertag festgesetzt ist⁹, kommen solche vor (und

⁶ NEHM S. 9 und 19; PFEIFFENBERGER S. 59, Ziff. I lit. a; PATRY S. 229.

⁷ EGGER, *Ausgew. Schriften* Bd. II S. 128; PFEIFFENBERGER S. 59 Ziff. I lit. b.

⁸ EGGER a.a.O. S. 129.

⁹ So wurde z.B. die Dauer des in SAG Bd. 24 (1951/52) S. 200/201 erwähnten, 1946 gegründeten AK auf den 1. Dez. 1995 (also auf 50 Jahre!) festgesetzt.

sie überwiegen), bei denen sie auf 3, 5, 10, 15, 20 und sogar 30 Jahre¹⁰ lautet. Eine bestimmte Dauer im Sinne der zweiten Möglichkeit liegt auch in jenen Fällen vor, welche die Auflösung der AG (auf die sich die Verpflichtungen im ABV beziehen) als Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bezeichnen¹¹, ebenso, wenn bestimmt wird, der ABV gelte für die Dauer der Beteiligung der Vertragsparteien an der AG oder (bei Kartellen oder Konzernen) «für die Dauer des Bestehens der in der Präambel erwähnten rechtlichen Konstruktion der Gesellschaften».

In diesen Fällen stellt sich dann, wenn eine sehr lange Dauer vereinbart wird, die Frage der Gültigkeit solcher Bindungen¹². Soweit es sich um einfache Gesellschaften (AK) handelt, sieht das Gesetz keine Höchstdauer, sondern lediglich die Kündbarkeit der auf Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossenen Gesellschaften (Art. 546 Abs. 1 OR) und im übrigen die Möglichkeit der richterlichen Auflösung aus einem wichtigen Grunde (Art. 545 Ziff. 7 OR) vor. Bei den übrigen ABV, die gesetzlich nicht geregelte Verträge sind, fehlt schon deshalb eine zeitliche Begrenzung durch das Gesetz. Indessen bejaht die herrschende Lehre bei allen Dauerschuldverhältnissen, die auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind, die Zulässigkeit der Kündigung aus wichtigen Gründen¹³. Deswegen wird Nichtigkeit solcher Verträge infolge Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) wegen ihrer über-

¹⁰ 30 Jahre im Beispiel A VI 1 § 6 bei HAUSSMANN, Praxis S. 154.

¹¹ Das gilt auch dann, wenn die AG selber auf unbestimmte Zeit errichtet worden ist. Gleicher Ansicht Prof. Dr. PETER JÄGGI in einem Privatgutachten aus dem Jahre 1953. Vgl. dazu auch BGE 56 II 190/91, wo ein auf Lebenszeit des Mieters abgeschlossener Mietvertrag als auf eine bestimmte Dauer vereinbart erklärt wurde.

¹² Vgl. vorn § 14 C d bb (S. 251a) und § 15 lit. C c bb (S. 271a f.), insbes. dort vor Anm. 48.

¹³ GIERKE a.a.O. S. 380; NEHM S. 35/36; MOLITOR S. 194; OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. 20 zu Art. 1–67 OR (der allgemein bei Dauerschuldverträgen die Kündbarkeit aus wichtigem Grunde bejaht, ohne Verträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu unterscheiden); EGGER, Ausgew. Schriften S. 129/30.

mäßigen Dauer allein nie angenommen werden können, denn diese Kündigungsmöglichkeit verhindert ja eine übermäßige Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte einer Vertragspartei. Wie dargelegt¹⁴, könnten zwar grundsätzlich ABV und insbesondere Abstimmungsvereinbarungen im Einzelfall unter besonderen Umständen wegen sittenwidriger übermäßiger Bindung nichtig sein. An und für sich verletzen aber solche Verträge die Schranken des Persönlichkeitsrechtes nicht und ABV sind daher, selbst wenn sie auf sehr lange bestimmte Dauer abgeschlossen werden, gültig, und nur aus wichtigem Grunde kündbar¹⁵.

b) Die ABV auf unbestimmte Dauer werden normalerweise durch die im Vertrag vorgesehene ordentliche Kündigung beendet. Durch diese einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wird nachträglich die Dauer des Vertrages auf einen bestimmten Zeitpunkt begrenzt.

¹⁴ Vgl. vorn § 14 C d bb (S. 251a) und § 15 lit. C c bb (S. 271a).

¹⁵ In diesem Sinne lehnte ein schweizerisches Schiedsgericht mit Urteil vom 30. August 1957 bei einem ABV, der nach den schiedsgerichtlichen Feststellungen ein Dauerschuldverhältnis mit dem Charakter eines zweiseitigen Vertrags darstellte, der 1949 um 30 Jahre verlängert worden war, die Kündbarkeit ohne wichtigen Grund ab. Ebenso verneinte das Schiedsgericht die Nichtigkeit dieses Vertrags nach Art. 20 OR wegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte gemäß Art. 27 OR.

Über Gesellschaftsverträge von langer Dauer im allgemeinen: SIEGWART, Personenges. N. 39 zu Art. 530 OR. In bezug auf ABV wie im Text schon ZLUHAN S. 272; SCHMULEWITZ S. 125; PFEIFFENBERGER S. 26 (der zutreffend erklärt, die lange Dauer könne die AV – zwar nicht für sich allein – aber dann nichtig machen, wenn noch andere Umstände hinzutreten); WOLF S. 68 (grundsätzliche Rechtsgültigkeit von Bindungen zwischen Aktionären auf die Dauer der AG); STUBER S. 97; BÜRGI N. 30 zu Art. 692 OR. WILKE vertritt S. 39 die Ansicht, bei Stimmbindungsverträgen von mehr als 30 Jahren Dauer werde «man ein Kündigungsrecht entsprechend zuzulassen haben». Andererseits erklärt er S. 18, sofern für die Dauer vertraglich nichts bestimmt sei, würde es dem Parteiwillen schwerlich entsprechen, daß ein Gesellschafter jederzeit kündigen könne. Nicht ausschließbar sei die Kündigung aus wichtigem Grund.

Zu beachten ist, daß ein Vertrag auf unbestimmte Dauer auch dann vorliegt, wenn zwar ein Endtermin vereinbart ist, es aber der Kündigung bedarf, um den Vertrag zu beenden, oder wenn vor dem vertraglichen Endtermin jederzeit (oder unter gewissen Voraussetzungen) eine ordentliche Kündigung möglich ist. Ob die bei ABV häufig vorkommende Klausel, daß sie sich um eine gewisse Zeit verlängern, wenn nicht zu einem bestimmten Termin «gekündigt» wird, keine wirkliche Kündigungsvereinbarung bedeute (infolge welcher es sich um Verträge auf unbestimmte Zeit handeln würde), sondern die «Kündigung» als Ablehnung der Entstehung eines neuen Vertrages gleichen Inhalts aufzufassen sei, ist umstritten¹⁶. Manche ABV enthalten umgekehrt eine Bestimmung, wonach sie schon vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt werden können, wenn die Gewinn- und Verlustrechnung der AG, auf die sich der ABV bezieht, während einiger Zeit (z. B. zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren) mit Verlust abschließe. Im übrigen braucht aber eine ordentliche Kündigung von keinerlei Bedingungen abhängig gemacht zu werden¹⁷.

Abgesehen von solchen vertraglich vereinbarten Kündigungsrechten besteht bei den als einfache Gesellschaften aufzufassenden ABV auf unbestimmte Dauer gemäß der zwingenden Gesetzesbestimmung von Art. 546 Abs. 1 und 2 OR die Kündigungsmöglichkeit auf sechs Monate. In dieser Beziehung sind Gesellschaften (AK) auf Lebenszeit eines Gesellschafters denen auf unbestimmte Dauer gleichgestellt. Um dieses Kündigungsrecht auszuschließen, werden die meisten AK bewußt auf eine

¹⁶ NEHM S. 21–23. Seine Auffassung (S. 22/23), daß bei den zuletzt genannten Fällen zunächst Verträge auf bestimmte Zeit vorliegen und daß das Unterlassen der «Kündigung» als stillschweigende Annahme der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu den bereits festgelegten Bedingungen aufzufassen sei, entspricht m.E. dem Sinne, den die Vertragsparteien vernünftigerweise solchen Abreden beilegen.

¹⁷ PATRY S. 229.

bestimmte Zeit abgeschlossen¹⁸. Allerdings ist umstritten, ob ein Kündigungsrecht gemäß Art. 546 Abs. 1 und 2 OR bei Gesellschaften mit bestimmter Dauer nicht gleichwohl dann bestehe, wenn die Vertragsdauer der zu erwartenden Lebenszeit der Gesellschafter gleichkomme oder sie über-schreite¹⁹.

¹⁸ STUBER S. 97.

¹⁹ Für die Kündbarkeit (ohne wichtigen Grund) treten BECKER, N. 3 zu Art. 546 OR, und SIEGWART, N. 21 zu Art. 545–547 OR ein. Sie berufen sich dabei auf ALFRED WIELAND, der in ZSR N.F. Bd. 40 (1921) S. 91/92 erklärt, es sei «die Gefahr nicht ausgeschlossen..., daß der Richter auch dann die einfache Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen erklärt und den Mitgliedern ein Kündigungsrecht zuspricht, wenn sie, gerade um ihre Mitglieder möglichst fest zu binden, auf besonders lange Zeit, z.B. auf länger als auf 50 Jahre abgeschlossen ist.» Die Kündbarkeit ohne wichtigen Grund in solchen Fällen wurde im erwähnten Urteil eines schweizer. Schiedsgerichts vom 30. Aug. 1957 in einer Eventualerwägung mit folgender, m.E. zutreffender Begründung abgelehnt: «Eine auf bestimmte Dauer abgeschlossene Gesellschaft, deren Dauer die Lebenszeit eines Gesellschafters übersteigt, kann aber nicht ohne weiteres der auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossenen Gesellschaft gleichgestellt werden. Praktisch hätte dies zur Folge, daß die Gesellschafter vor Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zunächst die Lebenserwartung eines jeden Gesellschafters feststellen müßten. Wären alle jung und gleichaltrig, so könnten sie eine Gesellschaft auf 30–40 Jahre eingehen; wäre dagegen einer von ihnen bereits alt, so könnte die Vertragsdauer vielleicht nur auf 5 Jahre bemessen werden. Das würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen (SCHLEGELBERGER-GESSLER § 134 HGB Anm. 3; WEIPERT in RGR-Komm. zum HGB § 134 Anm. 4). Die Annahme der Kündbarkeit eines die Lebenserwartung eines Gesellschafters übersteigenden Gesellschaftsvertrages mit bestimmter Dauer rechtfertigt sich jedenfalls nur dann, wenn mit dieser Bindung eine übermäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit verbunden ist, was bei einer Gesellschaft der Fall sein kann, sofern sie ‚ein sich entwickelndes, ständigen Wandlungen unterworfenen Verhältnis‘ darstellt (SIEGWART Vorbem. zu Art. 530–551 OR N. 58). Im vorliegenden Falle sind aber – wie bereits ausgeführt – die Pflichten der Vertragspartner im Konsortiums-Vertrage genau umschrieben und von einer übermäßigen Beschränkung der persönlichen Freiheit kann keine Rede sein.»

Bei andern Verträgen auf unbestimmte Dauer bejaht die herrschende schweizerische Lehre und Rechtsprechung die Zulässigkeit einer Kündigung auch ohne wichtige Gründe²⁰. Diese Kündigung nach Richterrecht «ist nur gebunden an die Beschränkungen, die sich aus dem Vertrage ergeben; der Zeitpunkt, da erstmals gekündet werden kann und die Dauer der Kündigungsfrist ist nach den besonderen Umständen des Falles und nach dem mutmaßlichen Parteiwillen festzustellen»²¹.

C. Die Beendigung des Vertrages infolge seiner Aufhebung durch Übereinkunft gemäß Art. 115 OR (bzw. Art. 545 Ziff. 4 OR bei einfachen Gesellschaften) stellt zwar keine ordentliche Beendigung in dem Sinne dar, daß sie von den Parteien schon beim Vertragsabschluß vorgesehen worden wäre, wie die Erfüllung, die feste Dauer oder die Kündigung. Anderseits unterscheidet sie sich von den außerordentlichen Beendigungen dadurch, daß sie auf dem übereinstimmenden Willen der Parteien beruht. Sie kann auf vorübergehende wie auf dauernde Schuldverhältnisse angewendet werden und gibt, soweit sie auf ABV an-

²⁰ V. TUHR S. 562 Anm. 51 (V. TUHR/SIEGWART S. 610 Anm. 21); BECKER N. 9 zu Art. 114–142 OR; EGGER, *Ausgew. Schriften* S. 130 ff.; PATRY S. 229/30. Urteile des Handelsgerichts Zürich vom 14. Juni 1935 und des Bundesgerichts vom 11. Februar 1936, BGE 62 II 32 ff., ausführlicher in ZR 35 S. 161 ff. Die in BGE 62 II 35/36 gegenüber der erwähnten Auffassung v. TUHRs ausgesprochene Einschränkung ist offenbar so zu verstehen, daß das BG die Kündigung bei Dauerverträgen auf bestimmte Zeit nur aus wichtigen Gründen, bei solchen auf unbestimmte Zeit dagegen auch ohne solche (analog dem Gesellschaftsrecht) zulassen will.

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung gewährt dagegen auch bei Dauerschuldverträgen auf unbestimmte Zeit nur die Kündigung aus wichtigem Grunde: RG in DR und JW 1940 S. 246 Nr. 5 (Erwägung betr. Kündbarkeit der AV, die in RGZ 161 S. 296 ff. aus dem gleichen Urteil nicht abgedruckt ist); MOLITOR S. 220 und dort in Anm. 10 u. 12 angegebene Literatur und Judikatur. Vgl. ferner EGGER, *Ausgew. Schriften* S. 131.

²¹ ZR Bd. 35 S. 161.

angewendet wird, zu keinen besonderen Erörterungen Anlaß²².

3. Die außerordentliche Beendigung

A. Bei vorübergehenden ABV kann die Beendigung allgemein im Falle nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung (Art. 119 OR) eintreten, die den gebundenen Aktionär befreit, sofern er dafür nicht verantwortlich ist. Im Falle seines Verschuldens begründet sie dagegen eine Schadenersatzpflicht gemäß Art. 97 ff. OR. Unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung kann z.B. infolge Auflösung der AG eintreten²³.

Bei zweiseitigen ABV kann ferner eine außerordentliche Beendigung infolge Verzugs des Schuldners eintreten, wenn der Berechtigte gemäß Art. 107 ff. OR den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Vor allem ist in diesem Falle von Bedeutung, daß der Zurücktretende gemäß Art. 109 Abs. 1 OR die versprochene Gegenleistung verweigern kann, also z.B. auch seinerseits nicht mehr gemäß AV zu stimmen braucht.

B. Bei ABV in Gesellschaftsform (Aktionärkonsortien) kommen für die außerordentliche Beendigung die in Art. 545 Ziff. 1, 2, 3 und 7 OR umschriebenen Gründe in Betracht.

a) Die Erreichung des Zweckes der Gesellschaft gemäß Ziffer 1 wird bei AK selten zur Beendigung führen, da dieser ja zumeist in einer dauernden Einwirkung auf die AG, sei es zu ihrer Beherrschung oder zum Schutze einer Minderheit gegen Mehrheitseinflüsse, besteht²⁴.

Unmöglichkeit der Zweckerreichung kann bei ABV vor allem eintreten bei Auflösung der AG, insbesondere auch bei Fusion gemäß Art. 748 OR (Übernahme der

²² PATRY S. 229.

²³ PFEIFFENBERGER S. 63.

²⁴ STUBER S. 57.

AG durch eine andere)²⁵. Ferner kann die Erreichung des Zweckes eines AK beim Ausscheiden von Gesellschaftern, die über einen für die Beherrschung der AG unerläßlichen Teil der Aktien verfügen, unmöglich werden²⁶.

b) Der Tod eines Gesellschafters, der gemäß Ziffer 2 einen Auflösungsgrund der Gesellschaft bilden kann, führt bei AK gewöhnlich nicht zu ihrer Auflösung, weil in den meisten Konsortialverträgen die Klausel enthalten ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen solle²⁷. In anderen Fällen kann gerade die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters unerwünscht sein; dann wird im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, daß die Gesellschaft trotz Tod eines Gesellschafters unter den übrigen, aber ohne die Erben weiterbestehen soll²⁸. Damit wird gewöhnlich ein Kaufsrecht an den Aktien des gestorbenen Gesellschafters zugunsten der im Konsortium verbleibenden verbunden, da sonst unter Umständen der Konsortialzweck, insbesondere durch Beherrschung der AG, nicht mehr verwirklicht werden könnte²⁹.

Bei einer Mehrheit von Erben, die den Vertrag an Stelle eines Gesellschafters fortsetzen, kann durch den Konsortialvertrag angeordnet werden, daß sie einen ge-

²⁵ PFEIFFENBERGER S. 63/64; STUBER S. 58. Vgl. daselbst die näheren Ausführungen über die Auswirkungen der verschiedenen Fusionsarten der AG auf die Konsortialverträge.

²⁶ PFEIFFENBERGER S. 62 mit weiteren Beispielen für Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks, sowie S. 63; STUBER S. 58/59.

²⁷ FRIEDLÄNDER, Aktienpool-Verträge S. 230; ders. Konzernrecht 1.A. S. 181; MÜLLER S. 54 ff.; PFEIFFENBERGER S. 62; STUBER S. 59. Vgl. im übrigen über die mit der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben zusammenhängenden Fragen: SIEGWART, Personenges. N. 5–7 zu Art. 545/47 OR; BECKER N. 11 zu Art. 545 OR.

²⁸ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 156; 2.A. S. 89; PFEIFFENBERGER S. 62; STUBER S. 59; FRAEFEL S. 95; SIEGWART, Personenges. N. 38 ff. zu Art. 545/47 OR; BECKER N. 11 zu Art. 545 OR.

²⁹ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 156; 2.A. S. 89.

meinsamen Vertreter zu bestellen haben, der sie im Konsortium vertritt³⁰, oder daß die Erbengemeinschaft als Ganzes wie ein Mitglied der Gesellschaft behandelt wird.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Möglichkeit, daß der Erblasser die Verschiebung der Teilung seines Aktienbesitzes durch Auflage oder negative Teilungsvorschrift verfügen kann, eventuell mit der Sanktion, daß eine Zuwendung gekürzt oder aufgehoben werde, wenn der Empfänger gegen seinen Willen die Teilung verlange³¹.

c) Manche Konsortialverträge enthalten auch Bestimmungen im Hinblick auf die in Ziffer 3 umschriebenen Auflösungsgründe der Gesellschaft (Bevormundung oder Zwangsvollstreckung gegen einen Konsorten). Für diese Fälle werden zumeist die Fortsetzung des Konsortiums unter den übrigen Mitgliedern und Kaufsrechte zu ihren Gunsten an den Aktien des Ausscheidenden vorgesehen.

d) Gemäß Ziffer 7 können Aktionärkonsortien durch Urteil des Richters aus wichtigem Grunde aufgelöst werden. Es handelt sich dabei um zwingendes Recht, das namentlich auch Minderheiten davor schützt, eine für sie untragbar gewordene Gemeinschaft fortsetzen zu müssen. Ob ein solcher wichtiger Grund vorliege, ist nach den allgemein für einfache Gesellschaften entwickelten Grundsätzen zu beurteilen³². Konkrete Fälle richterlicher Auflösung von AK konnten nicht in Erfahrung gebracht werden³³.

e) Die vollständige Auflösung des Aktionärkonsortiums

³⁰ Vgl. z.B. OSTHOFF, Vertrag Nr. C 3 a § 7 (S. 64).

³¹ A. ESCHER, Erbrecht, 2. Halbbd. 2.A. 1943, N. 8 zu Art. 604 ZGB; ZELLER S. 53/54.

³² Vgl. dazu insbes. FRAEFEL S. 78 ff.; BECKER N. 21 ff. zu Art. 545 OR; SIEGWART, Personenges. N. 29ff. zu Art. 547 OR.

³³ OSTHOFF zieht (S. 23/24) Beispiele für Kündigungen aus wichtigem Grunde (§ 723 BGB) aus dem Kartellrecht heran; die bei PFEIFFENBERGER (S. 44 ff.) und bei STUBER (S. 60/61) angeführten Beispiele sind nur theoretische Konstruktionen. Sie hier zu vermehren, besteht kein Anlaß.

kann dann unterbleiben, wenn der Auflösungsgrund ausschließlich einen einzelnen Gesellschafter betrifft³⁴. Wie bereits zu lit. b und c erwähnt, kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß in solchen Fällen nur der betreffende Gesellschafter ausscheidet, die Gesellschaft aber im übrigen fortgesetzt wird. Nach der Interessenlage darf bei AK in der Regel auch ohne ausdrückliche Vereinbarung angenommen werden, daß ihr Fortbestehen bei Ausscheiden eines einzelnen Konsorten stillschweigend gewollt ist³⁵. Mit STUBER (S. 60) ist festzustellen, daß Aktionär-Konsortialverträge kaum je ein Austrittsrecht vorsehen und daß umstritten ist, inwiefern bei einfachen Gesellschaften ein Ausschlußrecht statuiert werden kann. Praktische Beispiele von Ausschlußbestimmungen und Ausschlüssen von Konsorten konnten nicht ermittelt werden.

C. Bei andern als Dauerschuldverhältnisse zu beurteilenden ABV kommen, weil es sich um gesetzlich nicht geregelte Verträge handelt, die besonderen Gesetzesbestimmungen des Gesellschaftsrechts nicht ohne weiteres zur Anwendung. Insbesondere wenn sie auf unbestimmte Zeit begründet sind, können sie nicht unter allen Umständen gemäß Art. 546 Abs. 1 und 2 OR auf sechs Monate ohne Grundangabe gekündigt werden. Indessen sind, wie unter Ziff. 2 lit. B bereits dargelegt³⁶, auf Grund von Lehre und Rechtsprechung folgende Grundsätze des Richterrechts entwickelt worden:

a) Verträge eigener Art, die Dauerschuldverhältnisse auf bestimmte Zeit sind, können nur aus wichtigen Gründen vorzeitig gekündigt werden.

³⁴ SIEGWART, Personenges. N. 38 zu Art. 545/47 OR.

³⁵ FRIEDLÄNDER, Konzernrecht 1.A. S. 181 und ihm folgend STUBER S. 59/60 sowie die von ihm dort in Anm. 10 genannten Autoren.

³⁶ Siehe vorn S. 338a–342a mit den das Folgende belegenden Angaben über Lehre und Rechtsprechung in den Anm. 13, 15 und 20.

b) Verträge eigener Art, die Dauerschuldverhältnisse auf unbestimmte Zeit sind, können nicht nur aus wichtigen Gründen, sondern auch ohne Grundangabe nach Richterrecht gekündigt werden, wobei der Zeitpunkt, da erstmals gekündigt werden kann und die Dauer der Kündigungsfrist sich nach den besonderen Umständen des Falles und nach dem mutmaßlichen Parteiwillen richten.

Im übrigen endigen auch derartige dauernde ABV eigener Art bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung (Art. 119 OR), also z.B. bei Auflösung der AG. Handelt es sich um zweiseitige ABV, besteht ferner bei Eintritt der entsprechenden Voraussetzungen die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag gemäß Art. 107ff. OR. Hier gilt das bereits vorn unter Ziff. 3 lit. A (S. 343a) Ausgeführte.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

§ 23

Die Verträge über die Ausübung von Aktionärrechten wurden in dieser Arbeit der thematischen Geschlossenheit und des Raumes wegen möglichst losgelöst von anderen rechtlichen Erscheinungen untersucht, mit denen sie im Einzelfall häufig in Beziehung stehen, ja sogar eng verbunden sind. Ein solches Verfahren hat allgemein den Vorteil, daß die typischen Merkmale des Untersuchungsgegenstandes um so deutlicher hervortreten. Darum sind durch die Betonung des schuldvertraglichen Charakters dieser untersuchten Erscheinungen manche ihrer Eigenschaften vielleicht verständlicher, wenn nicht gar selbstverständlich geworden, wie vor allem ihre Wirksamkeit nur unter den Vertragsparteien und nicht gegenüber Dritten, zu denen auch die AG selber gehört. Über dieser Isolierung der ABV aus methodischen Gründen darf aber nicht vergessen werden, daß sie in Wirklichkeit selten für sich allein bestehen, sondern an andere rechtliche Erscheinungen grenzen und oft mit ihnen in sehr sinnvoller Weise kombiniert sind. Auf diese Tatsache mußte im Laufe der vorliegenden Arbeit immer wieder hingewiesen werden, ganz besonders im Zusammenhang mit den Maßnahmen zur Sicherung der Erfüllung der ABV (§ 21). Erst wenn man die angrenzenden Erscheinungen, wie vor allem die verschiedenen Arten der Vinkulierung von Namenaktien und die statutarischen Vorkaufs- und Vorhand-, Kaufs- und Rückkaufsrechte mit in Betracht zieht, gewinnt man ein richtiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen in den schweizerischen AGen. Es weicht für die weit überwiegende Mehrzahl der kapitalmäßig kleineren und mittleren AGen stark vom Leitbild ab, das dem geltenden schweizerischen Aktienrecht zugrunde liegt. Vorherrschend sind unter diesen Gesellschaf-

ten jene, die von einem geschlossenen Aktionärkreis beherrscht werden und seinen wirtschaftlichen Interessen zu dienen haben (Familienaktiengesellschaften im fiskalischen Sinne, *close corporations*). Während nun aber die Vinkulierung der Namenaktien in der Schweiz wenigstens in den Grundzügen gesetzlich geregelt ist, sind die heute im Leben der Aktiengesellschaften vielleicht ebenso bedeutsamen ABV von der schweizerischen Gesetzgebung bisher außer acht gelassen worden. Die Frage ist daher berechtigt, ob es nicht an der Zeit wäre, dies nachzuholen.

Die Übersicht über die Behandlung der ABV und ähnlicher Erscheinungen in einigen ausländischen Rechten (§§ 6–9) hat gezeigt, daß die außergesetzliche Entwicklung dieser Rechtsinstitute überall, wie in der Schweiz, vorausgegangen ist. Doch hat sich die Gesetzgebung bereits in verschiedenen Ländern mehr oder weniger intensiv mit ihnen befaßt oder sind Bestrebungen zur gesetzlichen Regelung im Gange. Schon die summarische Prüfung zeigt jedoch, daß keine dieser bestehenden oder angestrebten Ordnungen einfach auf schweizerische Verhältnisse übertragen werden könnte. Ganz außer Betracht fällt ein allgemeines Verbot der Abstimmungsvereinbarungen nach dem Beispiel des französischen *décret-loi* vom 31. August 1937, das auch in Frankreich, wie sich zeigte, weitgehend nur auf dem Papier steht¹. Es stünde mit der schweizerischen Auffassung vom Wesen der Aktiengesellschaft und der Rechtsstellung des Aktionärs nicht im Einklang². Der gleiche Grund läßt auch die an und für sich hochinteressanten Vorschläge, die in den letzten Jahren in Italien zur gesetzlichen Regelung der ABV gemacht wurden³, für schweizerische Verhältnisse als wenig geeignet erscheinen. Ein schweizerisches Gesetz müßte noch mehr, als es im

¹ Vgl. vorn § 6 S. 199a ff.

² Vgl. vorn § 15 S. 259a ff.

³ Vgl. vorn § 7 S. 210a ff., besonders Anm. 34 (Vorschlag der von RAFFAELLI präsierten Kommission) und 36 (Vorschlag ASCARELLI).

Vorschlag der von RAFFAELI präsidierten Kommission geschieht, die Gültigkeit auch von Abstimmungsvereinbarungen bejahen und könnte insbesondere die Beschränkung ihrer Gültigkeit auf fünf Jahre nicht übernehmen, weil dazu nach den in der Schweiz herrschenden aktienrechtlichen Grundauffassungen und nach den mit der außergesetzlichen Entwicklung der ABV gemachten Erfahrungen kein Anlaß besteht. In deren Licht betrachtet liegen die in mehr als zwanzig Einzelstaaten der USA bestehenden gesetzlichen Regelung des *voting trust*⁴ eher in der Richtung der schweizerischen Rechtsentwicklung. Andererseits ist aber nicht zu übersehen, daß sie sich auf das in der Schweiz unbekannte Rechtsinstitut des *voting trust* beziehen und daß das anglo-amerikanische Aktienrecht, vor allem was die Stellung des Aktionärs und der Verwaltung betrifft, gegenüber dem schweizerischen grundlegend verschieden ist⁵. Die in den genannten Gesetzen in bezug auf die Beschränkung der Gültigkeitsdauer von *voting trusts* bestehenden Unterschiede⁶ zeigen, wie willkürlich derartige starre Befristungen sind, wobei noch zu beachten ist, daß der *voting trust* viel radikaler in die Rechte der Aktionäre eingreift, als die meisten ABV schweizerischer Prägung. Diese entsprechen vielmehr den in Deutschland entwickelten Vertragstypen. Gerade das deutsche Recht kennt aber, abgesehen von den Verboten des Stimmenkaufs und des Stimmrechtsmißbrauchs (§§ 299 und 300 Akt.G.), sowenig wie das schweizerische Recht Gesetzesbestimmungen über die ABV. Auch bei der in Westdeutschland in Aussicht genommenen Aktienrechtsreform scheint nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes von 1958 eine umfassende gesetzliche Regelung der ABV, über die in den §§ 362 und 363 des Entwurfes enthaltenen Verbote des Stimmenkaufs und des Stimmrechtsmißbrauchs hinaus, die im wesentlichen dem geltenden Recht entsprechen, nicht beab-

⁴ Vgl. vorn § 9 S. 224a.

⁵ Vgl. vorn § 9 S. 218a f. und 221a f.

⁶ Siehe vorn S. 224a Anm. 30.

sichtigt zu sein. Zwar ist in § 127 Abs. 3 des Entwurfs eine Vorschrift enthalten, die gewisse Stimmvereinbarungen nichtig erklärt⁷. Wie sich aus den erläuternden Bemerkungen dazu (S. 281/82 des Referentenentwurfs) ergibt, soll damit verhindert werden, «daß die Verwaltung der Gesellschaft ein ihr genehmes Abstimmungsergebnis dadurch herbeiführen kann, daß sie Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts gibt, die für den Aktionär auf Grund vertraglicher Abmachungen bindend sind». Eingereiht ist die neue Vorschrift unter die Bestimmungen über den Ausschluß des Stimmrechts, unmittelbar folgend auf jene des Stimmverbots bei Interessenkollision und für (auch wirtschaftlich) eigene Aktien der AG (§ 127 Abs. 1 und 2 des Entwurfs). Nach dieser systematischen Einordnung handelt es sich bei der in Frage stehenden Norm im wesentlichen um eine Maßnahme zur Verhinderung von Umgehungen der Stimmrechtsausschlußbestimmungen und nicht um eine allgemeine Regelung der Verträge über die Ausübung von Aktionärrechten.

Gerade was die zuletzt berührte Frage der Zulässigkeit von Abstimmungsvereinbarungen mit der AG anbelangt, darf vielleicht unter Hinweis auf die früheren Ausführungen⁸ der Standpunkt vertreten werden, daß das schweizerische Recht auch ohne den Erlass gesetzlicher Bestimmungen in der Lage ist, zu ähnlichen Lösungen zu gelangen, wie

⁷ Referentenentwurf S. 61, § 127, Ausschluß des Stimmrechts: «(3) Ein Vertrag, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines Mitglieds des Vorstands der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens das Stimmrecht auszuüben, ist nichtig; ebenso ist ein Vertrag nichtig, durch den sich ein Aktionär gegenüber der Gesellschaft, einem abhängigen Unternehmen oder einem Vorstandsmitglied der Gesellschaft verpflichtet, für die Vorschläge des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zu stimmen. Gibt der Aktionär dennoch seine Stimme nach der Weisung oder für die Vorschläge ab, so ist die Stimmabgabe nichtig.»

⁸ Vgl. vorn § 15 lit. C b aa (S. 265a–267a).

sie der deutsche Referentenentwurf anstrebt. Auch manche andere Fragen, wie insbesondere jene von Dauer und Kündbarkeit von ABV, können nach der hier vertretenen Auffassung gleichfalls ohne gesetzliche Regelung befriedigend gelöst werden.

Allerdings gilt das nicht für alle Probleme, die mit den ABV im Zusammenhang stehen. Vor allem der Schutz der Minderheiten in den AGen, welche mit Hilfe von ABV beherrscht werden, läßt nach dem geltenden schweizerischen Recht zu wünschen übrig. Wie darzutun versucht wurde, ist aber der Schutz gegen Auswüchse und Mißbräuche der ABV nicht in erster Linie in besonderen Maßnahmen gegen diese zu suchen, sondern in der Verbesserung des allgemeinen Minderheitenschutzes in der AG⁹. Eine solche läßt sich auf dem Wege der Fortentwicklung des gesetzten Rechtes durch Richterrecht nur unvollkommen erreichen. Vielmehr verlangt ein wirksamer Minderheitenschutz, wie sich im Zusammenhang mit den Ausführungen zu Art. 708 Abs. 5 OR zeigte, entsprechende zwingende Gesetzesvorschriften gerade für jene Fälle, in denen die herrschende Mehrheit nicht bereit ist, auf die Minderheit Rücksicht zu nehmen¹⁰. Denn das nur nachgiebige Recht des Art. 708 Abs. 5 OR versagt dann, und in dieser Lage entfällt auch die Möglichkeit, mit Hilfe von ABV einen verhältnismäßig guten Minderheitenschutz auf freiwilliger Grundlage zu erreichen¹¹.

In Anlehnung an die in den letzten Jahren insbesondere von HOFMANN¹² und BÜRGI¹³ gemachten Vorschläge zur Verbesserung des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht ließe sich erwägen, ob eine Lösung nicht in der Richtung gesucht werden sollte, die durch Art. 708 Abs. 4 OR vorgezeichnet ist, nämlich im Ausbau des Rechts der

⁹ Vgl. vorn § 16, insbes. S. 287a.

¹⁰ Vgl. vorn § 16 S. 283a–286a.

¹¹ Vgl. vorn S. 286a und § 18 (S. 297a f.).

¹² HOFMANN S. 74 und 179/80.

¹³ BÜRGI in SAG Bd. 29 (1956/57) S. 91.

Minderheitenvertretung im Verwaltungsrat. Interessanterweise hat neuestens auch FISCHER im Hinblick auf die deutsche Aktienrechtsreform einen dahinzielenden Vorschlag mit Varianten aufgestellt¹⁴. Während HOFMANN «beispielsweise für AGen bis zu einem bestimmten Grundkapital das Proporzsystem für die Bestellung der Verwaltung zwingend vorzuschreiben» anregt¹⁵, sieht BÜRGI den «wohl wirksamsten Schutz zahlenmäßig qualifizierter Minderheiten... in einer Gesetzesbestimmung..., welche einem gewissen Prozentsatz von Aktienstimmen einen Anspruch auf eine Vertretung im Verwaltungsrat gewähren würde»¹⁶. Etwas komplizierter sind die Vorschläge FISCHERS, im wesentlichen dahingehend, durch zwingendes Recht vorzuschreiben, daß von der Gesamtzahl der Aufsichtsräte der «Kapitalseite» zwei Sitze für ausgesprochene «Minderheiten-Vertreter» reserviert werden müssen. Für deren Wahlart werden zwei Varianten vorgeschlagen; bei beiden hat die Minderheit bei der Wahl ihrer Vertreter zwar das Übergewicht, wird aber den Mehrheitsaktionären ein gewisser Einfluß auf diese Wahl ermöglicht¹⁷. Gegenüber diesen Vorschlägen FISCHERS wie

¹⁴ CURT EDUARD FISCHER, Minderheiten-Vertreter im Aufsichtsrat, in der Neuen Juristischen Wochenschrift, 11. Jahrg. (1958) S. 1265–1268.

¹⁵ HOFMANN S. 74.

¹⁶ BÜRGI a.a.O. S. 91.

¹⁷ FISCHER a.a.O. S. 1267. Bei beiden Varianten finden zwei getrennte Wahlgänge statt, der eine für die allgemeinen Wahlen in den Aufsichtsrat und der andere für die Wahl der beiden Minderheitenvertreter. Nach der ersten Variante haben die im ersten Wahlgang in Minderheit gebliebenen Aktionäre allein das Recht, für den zweiten Wahlgang Vertreter der Minderheit vorzuschlagen. Stimmberechtigt für den zweiten Wahlgang ist aber wieder die ganze Hauptversammlung, mit Einschluß der Aktionärmehrheit, die also in der Lage ist, «jene der im Wahlvorschlag präsentierten Minderheitskandidaten durchzubringen, die ihr menschlich oder sachlich am ‚genehmsten‘ sind». Nach der zweiten Variante haben die Minderheitsaktionäre, welche die Aktien seit mindestens 12 Monaten besitzen, das Vorschlagsrecht für die Minderheitsvertretung oder

auch jenem HOFMANNs läßt sich vielleicht einwenden, daß sie sich jedenfalls bei kleinen AGen mit beschränktem, zumeist aus juristischen Laien zusammengesetztem, Aktionärkreis wegen ihrer Kompliziertheit schwerlich einleben würden. Gerade bei kleineren und mittleren Gesellschaften sind aber die Minderheitsprobleme am häufigsten und schwerwiegendsten¹⁸. Beim Vorschlag BÜRGI ist nicht klar, ob er mit seinem Hinweis auf die «in den aktienrechtlichen Gesetzen einiger nordamerikanischer Gliedstaaten» bestehenden Lösungen die Einführung des kumulativen Stimmrechts im schweizerischen Aktienrecht befürworten will. Gegen dessen Gefahren hat aber gerade HOFMANN, den BÜRGI in diesem Zusammenhang erwähnt, mit Recht ernste Bedenken erhoben¹⁹. Versteht man jedoch den Vorschlag BÜRGI in dem Sinne, daß die Minderheiten in gleicher Weise wie die Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung gemäß Art. 708 Abs. 4 OR einen unabdingbaren Anspruch auf wenigstens einen Sitz im Verwaltungsrat erhalten sollten, dann ließe sich freilich eine verhältnismäßig einfache gesetzgeberische Lösung denken, indem z.B. Art. 708 Abs. 4 OR wie folgt ergänzt würde:

«Bestehen mehrere Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung oder Minderheitsgruppen, die mindestens den fünften Teil des Grundkapitals vertreten, so ist durch die Statuten jeder Gruppe die Wahl wenigstens eines Vertreters in der Verwaltung zu sichern. Wenn ein Verwaltungsratsausschuß besteht, haben wichtige Gruppen auch Anspruch auf eine Vertretung in diesem.»

Diese Lösung hätte den Vorteil, daß mit ihr nicht völliges Neuland betreten werden müßte, sondern über die Auslegung der Bestimmung durch die vom Bundesgericht

können die Mehrheitsaktionäre aus der Minderheitsgruppe Vorschläge für diese machen. Die Wahl erfolgt ausschließlich durch die Mitglieder der Minderheitsgruppe in einer gesonderten Wahlversammlung.

¹⁸ BÜRGI a.a.O. S. 88.

¹⁹ HOFMANN S. 85/86.

in Sachen Tobler²⁰ aufgestellten Grundsätze bereits Klarheit bestünde. Es würde sich dabei um eine folgerichtige Weiterentwicklung des bereits im Entwurf des Jahres 1919 von EUGEN HUBER im Kern enthaltenen präventiven Minderheitenschutzes durch Beteiligung der Minderheit an der Verwaltung handeln²¹. Die vorgeschlagene Bestimmung dürfte vor allem bei Familien-AGen und andern AGen mit beschränktem Aktionärkreis (*close corporations*) einen schätzenswerten Beitrag zum Schutze der Minderheiten leisten. Da dieser hauptsächlich für die kleineren und mittleren Gesellschaften erwünscht ist²², ließe sich auch – ähnlich wie im Vorschlag HOFMANN – erwägen, die Bestimmung nur auf solche (z.B. mit einem Grundkapital von höchstens einer Million Franken) anwendbar zu erklären. Es würde damit ebenfalls auf einen schon von EUGEN HUBER²³ in Anlehnung an das englische Recht vertretenen Gedanken zurückgegriffen, dem gerade im Hinblick auf die unter dem Einfluß von ABV «denaturierten» kleineren und mittleren AGen heute mehr denn je innere Berechtigung zukommt. Durch einen derartigen, auf einer zwingenden Gesetzesvorschrift beruhenden Minderheitenschutz würde aber den durch ABV möglichen Mißbräuchen wirksam begegnet und damit indirekt die Entwicklung des Rechtes der ABV positiv beeinflußt.

²⁰ BGE 66 II 50.

²¹ Vgl. EUGEN HUBER im Ber. 1919 S. 130.

²² Vgl. BÜRGI a.a.O. S. 88.

²³ im E. 1919 S. 43 ff.

