

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

# Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare  
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der  
Universität Bern vom 24./25. Oktober 2018



Stämpfli Verlag

**u<sup>b</sup>**

**UNIVERSITÄT  
BERN**

# Der Aktionärbindungsvertrag aus notarieller Sicht

ROLAND MÜLLER\*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	182
I. Einleitung .....	185
A. Begriff und Zweck eines Aktionärbindungsvertrags .....	185
B. Qualifikation und Problematik eines Aktionärbindungsvertrags .....	186
II. Formvorschriften im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen .....	188
A. Formfreiheit als Grundsatz beim Aktionärbindungsvertrag .....	188
B. Gesetzliche Formvorschriften beim Aktionärbindungsvertrag .....	190
1. Übersicht über die gesetzlichen Formvorschriften .....	190
2. Gesetzliche Formvorschriften im Obligationenrecht .....	190
3. Gesetzliche Formvorschriften im Zivilgesetzbuch .....	191
4. Gesetzliche Formvorschriften in anderen Erlassen .....	194
C. Vereinbarung zum Beurkundungszwang beim Aktionärbindungsvertrag .....	195
1. Beurkundungszwang als Gültigkeitsvoraussetzung .....	195
2. Beurkundungszwang für Änderungen und Ergänzungen .....	196
3. Beurkundungszwang zur Aufhebung .....	197
III. Materielle Vorschriften zum Inhalt von Aktionärbindungsverträgen ..	198
A. Überblick über den möglichen Inhalt von Aktionärbindungsverträgen .....	198
B. Typische Vertragsklauseln von Aktionärbindungsverträgen .....	201
1. Absichts- und Grundsatzerklärung .....	201
2. Vorhandrecht, Vorkaufsrecht und Kaufrecht .....	202
a) Vorhandrecht (right of first offer) .....	202
b) Vorkaufsrecht (right of first refusal) .....	203
c) Kaufrecht (Call-Option) .....	204
d) Kaufverpflichtung (Put-Option) .....	205
3. Mitverkaufsverpflichtung und Mitverkaufsrecht .....	205
4. Dividendenpolitik .....	206
5. Anrecht auf einen Sitz im Verwaltungsrat .....	207
6. Stimmrechtsbindung und Quorumsvorschriften .....	207

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St. Gallen und Bern.

a)	Verpflichtung zur einheitlichen Stimmabgabe .....	207
b)	Einführung zusätzlicher Quorumsvorschriften .....	208
c)	Entscheidungsfindung bei Pattsituationen .....	209
7.	Dauer und Beendigung .....	210
a)	Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung .....	210
b)	Aktionärbindungsvertrag auf Lebzeit .....	211
c)	Vertrag auf die Dauer der Gesellschaft oder der Aktionärseigenschaft .....	212
d)	Dauer bei Fehlen einer vertraglichen Regelung .....	213
e)	Ausserordentliche Kündigung des Aktionärbindungsvertrags .....	213
8.	Mittel zur Durchsetzung .....	214
C.	Schlussbestimmungen .....	216
1.	Übrige Bestimmungen .....	216
2.	Anwendbares Recht, Mediations- und Schiedsklausel .....	217
IV.	Zusammenfassung und Empfehlungen .....	218
A.	Zusammenfassung der theoretischen Erkenntnisse .....	218
B.	Empfehlungen für Notare zum Umgang mit Aktionärbindungsverträgen .....	218
1.	Formelle Prüfung des Aktionärbindungsvertrags .....	218
2.	Materielle Prüfung des Aktionärbindungsvertrags .....	219

## Literaturverzeichnis

- APPENZELLER HANSJÜRIG, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Zürich 1996.
- ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S., Stimmbindung mit Aktionärbindungsvertrag – Voting Trusts als Alternative, in: Der Schweizer Treuhänder, 6-7/2007, 474-478.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER, Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, in: ZBJV 129/1993, 475 ff. (zit. Böckli, Aktionärbindungsverträge).
- BÖCKLI PETER, Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 13, Zürich 1998 (zit. Böckli, Vorkaufsrechte).
- BÖCKLI PETER/MORSCHER LUKAS, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, in: SZW 1997, 53 ff.

- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- DORJEE-GOOD ANDREA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Dorje-Good, CHK).
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts, Zürich 1995.
- FISCHER DAMIAN, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Diss. Zürich 2009.
- FORSTMOSER PETER, Aktionärbindungsverträge, in: Innominatverträge, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988.
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GEISSMANN HANSPETER/HUBER FELIX/WETZEL THOMAS, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland – Von der Lex Friedrich zur Lex Koller, Zürich 1998.
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- HINTZ-BÜHLER MONIKA, Aktionärbindungsverträge, ASR Heft 659, Bern 2001.
- HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft – Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017.
- KUNZ PETER V., Ein- und Zweipersonen-Aktiengesellschaften in der Schweiz, in: ST 71/1997, 65 ff.
- LANG THEODOR, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrages, SSHW Band 221, Zürich 2003.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR; Bern 2018 (zit. Müller, BK).
- MÜLLER ROLAND, Der Aktionärbindungsvertrag, in: Der Treuhandexperte I/98, 4-7 (zit. Müller, ABV).

- MÜLLER ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (zit. Müller, Der VR als Arbeitnehmer).
- MÜLLER ROLAND/BIEDERMANN KATHRIN, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung, in: AJP 6/2015, 885-895.
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. Müller/Lipp/Plüss, Verwaltungsrat).
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, in: AJP 5/2011, 587-598 (zit. Müller/Lipp/Plüss, Minderheitenschutz).
- PFISTER URS, Der Aktionärbindungsvertrag – Die kollisionsrechtliche Behandlung aus der Sicht des Schweizerischen IPRG, Zürich 2001.
- PICHLER MARKUS, "Familienunternehmen" im Nachlass – Aufgaben und Rechtsstellung des Willensvollstreckers, in: REPRAX 3/2012 16-47.
- RUFENER ADRIAN, Bundesgericht bejaht Zulässigkeit der Anwalts-AG, in: Anwalts Revue 11–12/2012, 500-506.
- SCHENKER URS, Strukturierung der Unternehmensnachfolge bei der Aktiengesellschaft, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, hrsg. von Kunz Peter V. / Arter Oliver / Jörg Florian S., Zürich 2017.
- SCHWENZER INGEBORG, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. Schwenger, BSK).
- SETTELEN BALTHASAR, Der Aktionärbindungsvertrag, in: WEKA Loseblattsammlung zum Aktienrecht, Zürich 1993.
- VOSER PETER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Gesellschaftsrecht und Notar, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich 2016.
- WEBER ROLF, Vertrags- bzw. Statutengestaltung und Minderheitenschutz, Schriftenreihe SAV Bd. 11, Zürich 1992.
- WYSS ALEXANDER, Stämpflis Handkommentar Fusionsgesetz, hrsg. von Baker & McKenzie, 2. Aufl., Bern 2015.

## I. Einleitung

### A. Begriff und Zweck eines Aktionärbindungsvertrags

Beim Aktionärbindungsvertrag (ABV) handelt es sich um eine vertragliche Vereinbarung zwischen aktuellen oder zukünftigen Gesellschaftern einer oder mehrerer Aktiengesellschaften.<sup>1</sup> Je nach Zielsetzung und Inhalt werden auch folgende, alternative Begriffe verwendet:<sup>2</sup>

- Abstimmungsvereinbarung
- Aktionärskonsortium
- Aktionärssyndikat
- Konsortialvertrag
- Poolvertrag
- Stimmbindungsvertrag<sup>3</sup>
- Syndikat

Um Missverständnissen vorzubeugen, wird die generelle Bezeichnung "Aktionärbindungsvertrag"<sup>4</sup> empfohlen.<sup>5</sup> Die Gründe für den Abschluss eines solchen Vertrages können sehr vielseitig sein:<sup>6</sup>

- Verpflichtung zur Gründung oder Umstrukturierung einer AG
- Fixierung oder Neuregelung der Beteiligungsverhältnisse
- Erweiterung der Aktionärsrechte oder -pflichten
- Festlegung von Stimmbindungen
- Ausschluss von Konkurrenz
- Einführung von Erwerbsberechtigungen

---

<sup>1</sup> Ähnlich ARTER/JÖRG, 474. HINTZ-BÜHLER, 6, FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 154, und SCHENKER, 250. Auch bei einer GmbH ist ein Gesellschaftervertrag möglich. Die nachstehenden Ausführungen gelten deshalb in Analogie auch für derartige Gesellschafterbindungsverträge bei GmbH. Ausführlicher definieren FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 3 den Begriff: "Ein Vertrag über die Ausübung von Rechten und Pflichten, die in Zusammenhang stehen mit der aktuellen oder künftigen Aktionärsstellung einer oder mehrerer der Vertragsparteien bei einer oder mehreren bestimmten Aktiengesellschaften."

<sup>2</sup> HINTZ-BÜHLER, 12 f.; MÜLLER/BIEDERMANN, 885. Im anloamerikanischen Recht wird der Begriff "Shareholder's Agreement" verwendet (FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 10).

<sup>3</sup> Zum Detailbegriff Stimmbindungsvertrag ausführlich APPENZELLER, FN 56.

<sup>4</sup> Die übrigen Begriffe sind nämlich allesamt schon mit einem konkreten Inhalt belegt oder aber zu wenig aussagekräftig und sollten deshalb nicht verwendet werden (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N. 155).

<sup>5</sup> Auf die Gültigkeit des Vertrages hat eine falsche Bezeichnung gemäss Art. 18 OR ohnehin keinen Einfluss gemäss dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* (vgl. HONSELL/MAYER-MALY, 117).

<sup>6</sup> MÜLLER, ABV, 4; vgl. die systematische Erörterung der möglichen Ziele eines Aktionärbindungsvertrags bei HINTZ-BÜHLER, 13 ff.

- Statuierung zusätzlicher Haftungsverpflichtungen
- Sicherstellung der Nachfolge

Schon diese Auflistung zeigt, dass der Aktionärbindungsvertrag in diversen Fällen einen direkten Bezug zur notariellen Tätigkeit haben kann. Dabei kann der Notar als Berater oder als Urkundsperson tätig werden.<sup>7</sup> In beiden Fällen ist eine sorgfältige Prüfung und Vorgehensweise erforderlich. Die nachstehenden Ausführungen sollen deshalb den Notaren eine praxisbezogene Hilfe beim Umgang mit Aktionärbindungsverträgen liefern.

## B. Qualifikation und Problematik eines Aktionärbindungsvertrags

Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung handelt es sich beim Aktionärbindungsvertrag nicht um einen Innominatkontrakt, obwohl er nicht gesetzlich geregelt ist.<sup>8</sup> Vielmehr ist der Aktionärbindungsvertrag je nach Ausgestaltung und Zielsetzung unter die bestehenden gesetzlichen Vertragstypen zu subsumieren. Grundsätzlich sind nur drei rechtlich unterschiedliche Qualifikationen möglich:<sup>9</sup>

- Einseitiger Schuldvertrag
- Zweiseitiger Schuldvertrag
- Gesellschaftsvertrag

Ein *einseitiger Schuldvertrag* liegt insbesondere dann vor, wenn sich der Verkäufer von Aktien vom Käufer noch bestimmte Zusagen bezüglich Verwendung der Aktien während einer bestimmten Zeit geben lässt. Oftmals werden auch im Zusammenhang mit der Vergabe von Mitarbeiteraktien Aktionärbindungsverträge in Form eines einseitigen Schuldvertrages abgeschlos-

---

<sup>7</sup> Dies gilt sowohl für freiberufliche Notare als auch für Amtsnotare und Mitarbeiter von Behörden mit der Funktionskompetenz einer Urkundsperson (vgl. BRÜCKNER, Rz. 183).

<sup>8</sup> Dazu ausführlich HINTZ-BÜHLER, 23 ff., und BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge, 477 f. Gemäss BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 573 wäre es zweckmässig gewesen, wenn der Gesetzgeber im Zuge der Aktienrechtsreform gerade auch die Aktionärbindungsverträge geregelt hätte. Es gibt Autoren, die ernsthaft behaupten, dass der Gesetzgeber sich nicht an diese Aufgabe gewagt habe, weil ihm die Materie zu kompliziert schien (WEBER, 85, mit Verweis auf FORSTMOSER, 359 f.). Tatsächlich wurde im Parlament im Zusammenhang mit der Revision des Aktienrechtes über die Aufnahme eines neuen Art. 695a über den Aktionärbindungsvertrag eingehend diskutiert. Schliesslich wurde die Aufnahme eines entsprechenden Artikels jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass die Aktiengesellschaft selbst nicht Vertragspartei sei und auch nicht werden könne, weshalb eine entsprechende Regelung unnötig sei.

<sup>9</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N. 162 ff.; HINTZ-BÜHLER, 24 ff.; MÜLLER/BIEDERMANN, 887.

sen, indem zur Hauptsache die Modalitäten der Aktienrückgabe geregelt werden.

Ein *zweiseitiger Schuldvertrag* liegt meistens bei Verträgen mit Kaufs-, Vorkaufs- und Mitverkaufsrechten vor. Entscheidend ist der gegenseitige Austausch von Leistungen, ohne dass dabei die Erreichung eines gemeinsamen Gesellschaftszieles im Vordergrund steht.

Ein *Gesellschaftsvertrag* ist schliesslich dann gegeben, wenn durch den Aktionärbindungsvertrag zur Hauptsache ein gemeinsames, abgestimmtes Verhalten bezweckt wird, welches letztlich der Erreichung eines gemeinsamen Gesellschaftszieles dient. Eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation ist insbesondere bei jenen Aktionärbindungsverträgen richtig, in denen die Stimmbindung überwiegt.

In der Praxis sind Aktionärbindungsverträge häufig gemischt aus gesellschaftsrechtlichen und vorwiegend schuldrechtlichen Abreden.<sup>10</sup> Und genau darin liegt die grosse Problematik für die notarielle Tätigkeit. Nur mit genauer Prüfung jeder einzelnen Klausel kann festgestellt werden, ob der zur Diskussion stehende Vertrag unter Umständen der öffentlichen Beurkundung bedarf. Deshalb wird nachstehend vorab ausführlich auf die Formvorschriften bei Aktionärbindungsverträgen eingegangen. Danach wird auf besondere Elemente beim Aktionärbindungsvertrag eingegangen, welche in der Praxis wiederholt zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben.

Aktionärbindungsverträge beruhen nicht auf einer statutarischen Grundlage. Dies im Gegensatz zu anderen Regelungen, die teilweise gleiche Zielsetzungen verfolgen, so z.B. einer statutarischen Vinkulierungsklausel.<sup>11</sup> Entsprechend können Aktionärbindungsverträge deshalb auch nur Wirkung unter den Vertragsparteien entfalten und nicht gegenüber der Gesellschaft.<sup>12</sup> Selbst wenn der Vorsitzende anlässlich einer Generalversammlung Kenntnis von einem Aktionärbindungsvertrag mit Stimmbindungsverpflichtung hat und im Rahmen einer Abstimmung eine Verletzung dieses Vertrages feststellt, so hat er weder das Recht noch die Pflicht diese Verletzung bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zu berücksichtigen. Dasselbe gilt auch für einen Verwaltungsrat, welcher bei der Nachführung des Aktienbuches Kenntnis von einem vertraglich vereinbarten Vorkaufsrecht erhält; auch in diesem Falle hat der Verwaltungsrat so zu handeln, wie wenn kein Aktionärbindungsvertrag

---

<sup>10</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 579.

<sup>11</sup> MÜLLER, ABV, 4.

<sup>12</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 578 mit der Begründung in N 579a, dass eine gegenteilige Regelung gegen das Grundprinzip von Art. 698 OR verstossen würde, wonach das oberste Organ die Versammlung der Aktionäre ist, in der dies gerade den Willen der Gesellschaft bestimmen. Dies im Gegensatz zu der Praxis in den USA, wo Gesellschaften dem Aktionärbindungsvertrag beitreten können.



vorhanden wäre. Es bleibt der in ihren Rechten verletzten Vertragspartei aber selbstverständlich unbenommen, gegen die vertragsbrüchige Partei zu klagen. Die Gesellschaft selbst kann jedoch nicht belangt werden.

Die Feststellung, dass im Rahmen einer Generalversammlung nur die tatsächlich abgegebenen Stimmen zu berücksichtigen sind und nicht die theoretischen Stimmen gemäss einem vorhandenen Aktionärbindungsvertrag ist aus notarieller Sicht bedeutsam. Müssen die Beschlüsse einer Generalversammlung öffentlich beurkundet werden, so darf sich die Urkundsperson nicht durch einen Vorsitzenden irritieren lassen, welcher bei der Stimmenzählung rechtswidrig einen Aktionärbindungsvertrag berücksichtigt. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat bereits in einem Entscheid vom 26. März 1970<sup>13</sup> unter dem Titel Aktionärbindungsvertrag wörtlich festgehalten: "Stimmbindungsverträge wirken nur unter den beteiligten Aktionären. Gegenüber der Aktiengesellschaft bleibt der gebundene Aktionär in der Ausübung des Stimmrechtes frei. Seine Stimmen sind daher in der Generalversammlung so zu zählen, wie sie tatsächlich abgegeben wurden. Zählt die Verwaltung die Stimmen stattdessen so, wie sie nach dem Aktionärbindungsvertrag hätten abgegeben werden müssen, so sind die betreffenden Beschlüsse gemäss Art. 706 OR anfechtbar."

## **II. Formvorschriften im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen**

### **A. Formfreiheit als Grundsatz beim Aktionärbindungsvertrag**

Das schweizerische Recht basiert auf der Vertragsfreiheit; als Konsequenz daraus bedürfen Verträge gemäss Art. 11 Abs. 1 OR nur im Ausnahmefalle einer besonderen Form.<sup>14</sup> Dies gilt im Grundsatz auch für den Aktionärbindungsvertrag. Allerdings können eine öffentliche Beurkundung und damit die Mitwirkung eines Notars in zwei Fällen erforderlich werden.<sup>15</sup> Einerseits sind die Parteien berechtigt, im Aktionärbindungsvertrag selbst einen Formvorbehalt anzubringen, wonach für die Gültigkeit eine öffentliche Beurkundung notwendig ist.<sup>16</sup> Andererseits können im Aktionärbindungsvertrag Elemente

---

<sup>13</sup> Publiziert in ZR 69 (1979) Nr. 101.

<sup>14</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 490; SCHWENZER, BSK, N 1 zu Art. 11; MÜLLER, BK, N 13 zu Art. 11.

<sup>15</sup> FISCHER, 37.

<sup>16</sup> Diese Fälle sind zwar nicht sehr häufig, da die öffentliche Beurkundung zusätzlichen Aufwand und Kosten mit sich bringt; dennoch wird gelegentlich vorsichtshalber eine öffentliche Beurkundung vereinbart, wenn nicht gänzlich auszuschliessen ist, dass der

enthalten sein, welche eine öffentliche Beurkundung erforderlich machen. Dieser zweite Fall ist problematisch, denn gelegentlich sind sich die Parteien gar nicht bewusst, dass sie Vereinbarungen treffen, welche eine öffentliche Beurkundung erfordern. Um Rechtssicherheit zu gelangen ist es deshalb am einfachsten, den Entwurf des Aktionärbindungsvertrags einem Notar zur Prüfung vorzulegen.

Bedarf nur eine einzige Klausel des Aktionärbindungsvertrags einer bestimmten gesetzlichen Form, so sollte dennoch der ganze Vertrag in dieser Form abgefasst werden. Ansonsten wäre unklar, ob insbesondere die Einleitungs- und Schlussbestimmungen des Vertrages auch auf diese Klausel anwendbar sind.

Ist ausnahmsweise eine gesetzliche Formvorschrift auf eine Klausel des Aktionärbindungsvertrags anwendbar oder haben die Parteien freiwillig eine Formvorschrift vereinbart, so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen eine Nichtbeachtung dieser Formvorschrift hat. Handelt es sich um eine freiwillige Formvorschrift können die Vertragsparteien konkludent davon abweichen. In einem solchen Falle hat der Formverstoss keine Rechtswirkung. Werden dagegen gesetzliche Formvorschriften verletzt, müssen die Konsequenzen im Einzelfall geprüft werden. Unter Umständen können der ganze Vertrag oder zumindest jene Vertragsbestandteile, welche formungültig sind, in ein gültiges Rechtsgeschäft mit vergleichbarem Zweck und Erfolg umgedeutet werden (Konversion).<sup>17</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings ein entsprechender Wille der Vertragsparteien, welcher z.B. aus einer entsprechender salvatorischen Klausel abgeleitet werden kann. Wird die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung im Zusammenhang mit Grundstücken verletzt, ist eine Konversion ausgeschlossen. Allerdings können die Vertragsparteien dennoch den Vollzug wie vereinbart vornehmen (z.B. einen Grundstücksvertrag öffentlich beurkunden und vollziehen) und damit den Mangel heilen.

---

Inhalt teilweise als Verfügung von Todes wegen qualifiziert werden könnte (ebenso FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 247).

<sup>17</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 237.

## **B. Gesetzliche Formvorschriften beim Aktionärbindungsvertrag**

### *1. Übersicht über die gesetzlichen Formvorschriften*

Der Gesetzgeber hat für den Aktionärbindungsvertrag bewusst keine besondere Form vorgeschrieben.<sup>18</sup> Es muss deshalb bei jeder einzelnen Klausel abgeklärt werden, ob allenfalls für den entsprechenden Inhalt eine besondere gesetzliche Formvorschrift besteht. Kann eine Vertragspartei (z.B. wegen einer entsprechenden Behinderung) nicht selbst unterschreiben, so ist es gemäss Art. 15 OR gestattet, die eigenhändige Unterschrift durch eine öffentliche Beurkundung ersetzen zu lassen.

Gesetzliche Vorschriften, welche für Aktionärbindungsverträge relevant sein können, finden sich nicht nur im Obligationenrecht, sondern auch im Zivilgesetzbuch und in anderen Erlassen. Nachstehend wird in dieser Reihenfolge entsprechend darauf eingegangen.

### *2. Gesetzliche Formvorschriften im Obligationenrecht*

Im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts wird durch Art. 165 OR lediglich das Verfügungsgeschäft bei der Zession einer besonderen Form (einfache Schriftlichkeit) unterstellt. Da Aktionärbindungsverträge aus Beweisgründen immer mindestens mit einfacher Schriftlichkeit abgeschlossen werden, sind Abtretungsklauseln aus formeller Sicht kein Problem.

Im Besonderen Teil des Obligationenrechts wird vorab durch Art. 216 OR die besondere Form der öffentlichen Beurkundung für Grundstückverträge (Kaufvertrag, Vorvertrag, Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht) vorgeschrieben. Daraus ergibt sich die Empfehlung, dass ein Aktionärbindungsvertrag immer dann öffentlich beurkundet werden sollte, wenn er besondere Klauseln im Zusammenhang mit Grundstücken enthält. Dieser Fall ist z.B. dann gegeben, wenn im Zusammenhang mit Abmachungen über den Kauf oder Verkauf von Aktien einem oder mehreren Aktionären ein Vorkaufs- oder Kaufrecht an einem Grundstück der Aktiengesellschaft eingeräumt wird. Werden Grundstücksgeschäfte bei einer Aktiengesellschaft hingegen lediglich im Zusammenhang mit der notwendigen statutarischen Zweckbestimmung genannt, so muss ein Aktionärbindungsvertrag zwischen den Aktionären die-

---

<sup>18</sup> Im ursprünglich vorgeschlagenen Gesetzesartikel zur Regelung der Aktionärbindungsverträge bei der letzten Aktienrechtsreform war noch die "Form der einfachen Gesellschaft" vorgesehen worden (vgl. HINTZ-BÜHLER, 23, mit Verweis auf das Amlt. Bull. NR 1985 II 1763 ff.).

ser Gesellschaft nicht schon allein deswegen öffentlich beurkundet werden. Das gilt auch für eine Immobiliengesellschaft in Form einer AG.

Die einfache Schriftlichkeit wird im Besonderen Teil des Obligationenrechts vorgeschrieben für das Schenkungsversprechen (Art. 243 Abs. 1 und 2 OR) und besondere Bestimmungen im Arbeitsvertrag<sup>19</sup> (Art. 321c Abs. 3, 322b Abs. 2, 323 Abs. 2, 324a Abs. 4, 330b Abs. 1, 332 Abs. 2, 335b Abs. 2, 335c Abs. 2, 339c Abs. 1 und 3, 340 Abs. 1, 344a Abs. 1, 347a Abs. 1, 348b Abs. 1 und 356c Abs. 1 OR). Auch diese Gesetzesvorschriften bilden somit aus formeller Sicht grundsätzlich kein Problem. Wird jedoch in einem Aktionärbindungsvertrag (z.B. zur Abgeltung einer Aktienübertragung) ein Schenkungsversprechen über ein Grundstück gemacht, so bedarf dies der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 243 Abs. 2 OR.

Es ist denkbar, dass sich eine Vertragspartei in einem Aktionärbindungsvertrag verpflichtet, gegenüber den übrigen Aktionären für eine Schuld einzustehen. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn zur Sanierung einer AG alle Aktionäre Darlehen einschiessen unter der Voraussetzung, dass sich der Hauptaktionär in einem Aktionärbindungsvertrag verpflichtet, für die Rückzahlung der Darlehensschuld einzustehen. Hier liegt eine klare Bürgschaftsverpflichtung im Sinne von Art. 492 Abs. 1 OR vor. Diese bedarf zu ihrer Gültigkeit dann gemäss Art. 493 OR der öffentlichen Beurkundung, wenn die Bürgschaftserklärung durch eine natürliche Person abgegeben wird und der Haftungsbetrag die Summe von 2'000 Franken übersteigt.

### 3. *Gesetzliche Formvorschriften im Zivilgesetzbuch*

Im ZGB finden sich zahlreiche Bestimmungen, welche für bestimmte Verträge oder Vertragsklauseln die öffentliche Beurkundung vorschreiben. Die entsprechenden Vorschriften im Stiftungsrecht (Art. 81 Abs. 1 ZGB) oder im Eherecht (Art. 184 und 195a ZGB) sind jedoch für Aktionärbindungsverträge nur selten relevant, da in der Praxis Vermischungen mit solchen Klauseln kaum vorkommen.<sup>20</sup> Auch ein Vorsorgeauftrag wird wohl kaum in einen Ak-

---

<sup>19</sup> Womit der Grundsatz der Formfreiheit im Arbeitsvertragsrecht gemäss Art. 320 Abs. 1 OR massiv eingeschränkt wird.

<sup>20</sup> Immerhin verweisen FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 814 f., darauf, dass gelegentlich die Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages vereinbart werde; rechtlich ist es zulässig, einen bestimmten Güterstand zur Voraussetzung für die Aufnahme in einen Aktionärbindungsvertrag zu machen. Umgekehrt kann ebenfalls ein Bezug bestehen, wenn z.B. in einem Gütertrennungsvertrag klargestellt wird, welcher Ehegatte welche Aktien erhält und diesbezüglich auch noch ein Vorkaufsrecht vereinbart wird. Dann handelt es sich aber um einen Ehevertrag mit Elementen eines

tionärbindungsvertrag integriert, weshalb auch Art. 361 ZGB keine Rolle spielen dürfte.

Eine mehr theoretische Bedeutung kommt Art. 337 ZGB zu, wonach der Vertrag über die Begründung einer Gemeinderschaft zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf. Tatsächlich könnte mit einem Aktionärbindungsvertrag ein Vermögen bzw. ein Aktienbestand mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass Verwandte entweder eine Erbschaft ganz oder zum Teil als Gemeinderschaftsgut fortbestehen lassen, oder dass sie Vermögen zu einer Gemeinderschaft zusammenlegen.

Für die notarielle Tätigkeit sehr bedeutsam sind die Formvorschriften im Erbrecht. Gemäss Art. 498 ZGB kann der Erblasser seine letztwillige Verfügung entweder mit öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder durch mündliche Erklärung errichten. Wird in einen Aktionärbindungsvertrag eine Klausel aufgenommen, wonach beim Todesfall einer Partei seine Aktien einer anderen Vertragspartei oder einer Drittpartei zufallen, so liegt bereits eine Verfügung auf den Todesfall vor, welche folglich öffentlich zu beurkunden wäre.<sup>21</sup> Die Einhaltung der testamentarischen Formvorschriften stellt ein Gültigkeitserfordernis dar.<sup>22</sup> Allerdings sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass ein solcher Formmangel in der Regel nur zur Anfechtbarkeit (mittels Ungültigkeitsklage nach Art. 520 ZGB) und nur in Extremfällen zur Nichtigkeit der Verfügung führt.<sup>23</sup> Die Abgrenzung zwischen einer letztwilligen Verfügung und einer reinen Aktionärbindungsklausel ist gelegentlich schwierig. So ist beispielsweise eine Verfügung im Aktionärbindungsvertrag, welche der Partei A. ein Vorkaufsrecht gegenüber der Partei B. einräumt und zugleich bestimmt, dass im Falle des Vorversterbens der Partei A. das Vorkaufsrecht auf die Partei C. übergeht, nicht als letztwillige Verfügung zu qualifizieren, sondern als Aktionärbindungsklausel, welche nicht der öffentlichen Beurkundung bedarf. Die Übertragung des Vorkaufsrechts von A. auf C. ist nämlich nicht vom Tod der Partei B. als Eigentümerin der Aktien abhängig, sondern vom Tod der Partei A. als Vorkaufsberechtigte.<sup>24</sup> Im Zweifelsfall sollte für einen Aktionärbindungsvertrag die Form der öffentlichen Beurkundung gewählt werden.

Im Zusammenhang mit den erbrechtlichen Bestimmungen muss an dieser Stelle auf die in letztwilligen Verfügungen gelegentlich vorkommende Auflage (Art. 482 ZGB) zum Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags hingewie-

---

Aktionärbindungsvertrags. Auf solche Spezialfälle wird jedoch vorliegend nicht eingegangen.

<sup>21</sup> Vgl. FORSTMOSER, Aktionärbindungsverträge, 367.

<sup>22</sup> BGE 118 II 273 Erw. 3.

<sup>23</sup> DORJE-GOOD, CHK, N 7 zu Art. 498 ZGB.

<sup>24</sup> Beispiel bei MÜLLER/BIEDERMANN, 888 f.

sen werden. Konkret bestimmt der Erblasser in seinem Testament, dass sein Sohn die Aktien der Familiengesellschaft nur mit der Auflage erbt, dass er mit seiner Schwester einen Aktionärbindungsvertrag abschliesst, worin ihr ein Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Preis einzuräumen sei. Auch wenn der Erblasser diese Vorgabe in Form einer öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung gemacht hat, muss der Erbe sie nicht dulden, wenn dadurch sein Pflichtteil eingeschränkt wird.<sup>25</sup> Umgekehrt wäre aber eine Auflage zulässig, wonach ein Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen werden muss, worin der Schwester die Möglichkeit zur Einsitznahme im Verwaltungsrat eingeräumt wird.<sup>26</sup>

Ein Aktionärbindungsvertrag kann Klauseln enthalten, welche rechtlich als Erbvertrag zu qualifizieren sind und gemäss Art. 512 Abs. 1 ZGB demnach öffentlich zu beurkunden sind. Dieser Fall wäre ganz offensichtlich gegeben, wenn in einem Familienunternehmen die Ehegatten, welche beide Aktionäre sind, sich in einem Aktionärbindungsvertrag gegenseitig für den Fall des Ablebens als Erben einsetzen. Schon weniger offensichtlich ist eine erbvertragliche Vereinbarung, wenn sich die Ehegatten für den Fall ihres Ablebens lediglich ein limitiertes Kaufrecht einräumen. Doch auch in diesem Falle handelt es sich um eine gegenseitige letztwillige Verfügung, welche der öffentlichen Beurkundung bedarf. Umgekehrt ist jedoch auch dann keine erbvertragliche Bestimmung gegeben, wenn sich die beiden Ehegatten verpflichten, ihre sämtlichen Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf allfällige Rechtsnachfolger wie etwa Aktienerwerber zu übertragen. Daran ändert auch folgender Nachsatz nichts: "Die Vertragsparteien sorgen mittels geeigneter erbrechtlicher Regelung dafür, dass ihre Aktien im Familienbesitz verbleiben."<sup>27</sup> Diese Bestimmung muss vielmehr als reine Absichtserklärung qualifiziert werden.

Im Sachenrecht finden sich zahlreiche Vorschriften, welche für bestimmte Rechtsgeschäfte die öffentliche Beurkundung vorsehen, insbesondere Art. 657 ZGB (Vertrag auf Eigentumsübertragung eines Grundstückes), Art. 680 und 681b ZGB (Aufhebung oder Änderung einer Eigentumsbeschränkung), Art. 712d Abs. 3 ZGB (Begründung von Stockwerkeigentum), Art. 779a ZGB (Errichtung eines Baurechts), Art. 732 ZGB (Errichtung einer Grunddienstbarkeit), Art. 779a Abs. 1 ZGB (Errichtung eines Baurechts), Art. 799 ZGB (Errichtung eines Grundpfandes). Wie bereits vorne im Zusammenhang mit Art. 216 OR wird auch hier die Empfehlung abgegeben, dass Aktionärbindungsverträge mit Klauseln, welche Rechtsgeschäfte im

---

<sup>25</sup> Vgl. SCHENKER, 261 f.

<sup>26</sup> PICHLER, 17, mit dem Hinweis, dass diese Auflage nicht zu einer Werteinbusse der Aktien führe.

<sup>27</sup> Gemäss der Musterformulierung bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 769.

Zusammenhang mit Grundstücken regeln, immer öffentlich beurkundet werden sollten. Damit lassen sich Auseinandersetzungen wegen Nichteinhaltung von Formvorschriften vermeiden.

#### 4. *Gesetzliche Formvorschriften in anderen Erlassen*

Nicht nur im Obligationenrecht und im Zivilgesetzbuch sind Formvorschriften enthalten, welche aus notarieller Sicht im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen relevant sein können. Allerdings ist es unmöglich, diese hier vollständig aufzulisten. Es soll deshalb nur auf diejenigen Erlasse hingewiesen werden, welche in der Praxis wirklich relevant werden können.

In der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV) werden Vorgaben für die Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden gemacht. Auch ein Aktionärbindungsvertrag kann in elektronischer Form erstellt werden. Sind die Voraussetzungen gemäss EÖBV erfüllt, so die erstellte elektronische öffentliche Urkunde gemäss Art. 3 EÖBV dem Aktionärbindungsvertrag auf Papier gleichgestellt und kann im Verkehr mit allen Behörden verwendet werden, die den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt haben. Gemäss Art. 11 EÖBV ist aber auch dann das Original des Aktionärbindungsvertrags als öffentliche Urkunde zuerst auf Papier zu erstellen.

Nachdem bereits Art. 216 OR vorschreibt, dass Grundstücksgeschäfte grundsätzlich der öffentlichen Beurkundung bedürfen, wird konsequenterweise auch im Bundesgesetz über das bauerliche Bodenrecht (BGBB) diese Formvorschrift aufgestellt. So verlangt Art. 39 BGBB für die Aufhebung und Abänderung von Vereinbarungen über den Anrechnungswert oder den Zuweisungsanspruch von entsprechenden Grundstücken die öffentliche Beurkundung. Dies ist bei Aktionärbindungsverträgen mit Klauseln im Zusammenhang mit landwirtschaftlich genutzten Grundstücken zu berücksichtigen.

Von besonderer Bedeutung für die Form von Aktionärbindungsverträgen kann schliesslich auch das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) sein. Denn gemäss Art. 20 FusG bedarf der Fusionsbeschluss der öffentlichen Beurkundung. Das Gleiche gilt gemäss Art. 44 FusG für den Spaltungsbeschluss und gemäss Art. 65 FusG für den Umwandlungsbeschluss.<sup>28</sup> Werden in einem Aktionärbindungsvertrag Klauseln mit derartigen Beschlüssen aufgenommen, ist eine öffentliche Beurkundung zur Gültigkeit unerlässlich. Keine öffentliche Beurkundung ist dagegen notwendig, wenn im Aktionärbindungsvertrag nur die Verpflich-

---

<sup>28</sup> Vgl. die Kommentierung von WYSS zu den Art. 20, 44 und 65 FusG.

tung der Vertragsparteien als Aktionäre der Gesellschaften A. AG und B. AG enthalten ist, diese beiden Gesellschaften zu fusionieren. Diese Klausel kann noch nicht als Fusionsbeschluss qualifiziert werden.

## **C. Vereinbarung zum Beurkundungszwang beim Aktionärbindungsvertrag**

### *1. Beurkundungszwang als Gültigkeitsvoraussetzung*

Die öffentliche Beurkundung setzt das Vorhandensein eines zulässigen Beurkundungsgegenstandes voraus.<sup>29</sup> Der Aktionärbindungsvertrag erfüllt diese Voraussetzung nur dann, wenn der Beurkundungswille sämtlicher Vertragsparteien ersichtlich ist. Die öffentliche Beurkundung erfolgt auch dann nicht von Amtes wegen, sondern ausschliesslich auf Parteienantrag hin, wenn eine Klausel im Aktionärbindungsvertrag zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf.<sup>30</sup>

Die Vertragsparteien eines Aktionärbindungsvertrags können die qualifizierte Form der öffentlichen Beurkundung als Gültigkeitsvoraussetzung vereinbaren, da der Gesetzgeber auf die Vorgabe einer bestimmten Form verzichtet hat.<sup>31</sup> Allerdings hat die Urkundsperson dann von einer Beurkundung abzusehen, wenn die missbräuchliche Verwendung der Urkunde zu befürchten ist.<sup>32</sup> Ein solcher Missbrauch könnte z.B. dann vorliegen, wenn die Vertragsparteien nicht die Gesamtheit der gegenseitigen Leistungsversprechen öffentlich beurkunden lassen wollen, um Dritte über den Inhalt zu täuschen. Die Urkundsperson sollte deshalb bei der Beurkundung eines Aktionärbindungsvertrags sorgfältig abklären, ob wirklich alle Abmachungen der Aktionäre im Aktionärbindungsvertrag enthalten sind.

Gelegentlich wäre es für alle involvierten Parteien vorteilhafter, wenn in den Schlussbestimmungen des Aktionärbindungsvertrags die Klausel aufgenommen würde, dass der Vertrag erst dann rechtlich Gültigkeit erlangt, wenn er durch eine dafür zuständige Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft öffentlich beurkundet ist. Zur Verdeutlichung sei auf den schon älteren, aber immer noch relevanten BGE 102 II 420 verwiesen. Gemäss Sachverhalt begannen im Frühjahr 1972 die C.J. Bucher AG und die Jean Frey AG über eine wirtschaftliche Verbindung der beiden Gesellschaften zu verhandeln. Die erste war vertreten durch Frau Alice Bucher, Präsidentin des Verwaltungsrates und

---

<sup>29</sup> BRÜCKNER, Rz. 685.

<sup>30</sup> Vgl. BRÜCKNER, Rz. 749 ff.

<sup>31</sup> Dazu ausführlich BRÜCKNER, Rz. 1208 mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>32</sup> BRÜCKNER, Rz. 1206.



zusammen mit Charles Bucher Mitinhaberin aller Aktien der Bucher AG, die zweite durch Max Frey; dieser gehörte zur Erbgemeinschaft Frey-Massino, welche die Aktienmehrheit der Jean Frey AG besass. Am 10. Mai 1973 unterzeichneten Alice und Charles Bucher sowie Max Frey nach stundenlangen Besprechungen mit ihren Beratern einen "Zusammenschlussvertrag". Darin verpflichteten die Vertragspartner sich unwiderruflich, bis spätestens 7. Juni 1973 eine Holding gemäss den bereits angenommenen Statuten zu gründen. Falls eine Vertragspartei die Gründung der Holding verhinderte, sollte "sie im Hinblick auf den der Gegenpartei daraus entstehenden ideellen Schaden dieser als Konventionalstrafe" Fr. 1'000'000.-- bezahlen. Der Vertrag wurde von allen Beteiligten handschriftlich unterzeichnet. Doch schon am 30. Mai 1973 schrieb Max Frey an Alice und Charles Bucher, dass die Gruppe Frey die bisherigen Abmachungen wegen Irrtums und absichtlicher Täuschung als dahingefallen betrachte und Schadenersatzansprüche vorbehalte. In der Folge wurde Max Frey auf Bezahlung der Konventionalstrafe eingeklagt. Er machte jedoch u.a. geltend, der Vertrag vom 10. Mai 1973 sei mangels öffentlicher Beurkundung nichtig. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid von 1976 vorab fest, dass die Vereinbarung zur Gründung einer Holdinggesellschaft dem Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft entspreche. Dieser Zusammenschluss kann formlos vorgenommen werden und bedarf keiner öffentlichen Beurkundung. Unter ausführlicher Zitierung der damaligen Literatur zum Aktienrecht lehnte es das Bundesgericht sodann ausdrücklich ab, in diesem Zusammenschluss zusätzlich noch einen Vorvertrag zur Gesellschaftsgründung zu sehen. Als Hauptargument wurde angeführt, dass die Vorschrift der öffentlichen Beurkundung im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen lediglich der Verhinderung von unlauteren Machenschaften diene, während die öffentliche Beurkundung bei Liegenschaftsverträgen unüberlegte Handlungen verhindern soll. Sodann verneinte das Bundesgericht das Vorliegen von Irrtum oder absichtlicher Täuschung. Es ging schliesslich nur noch um die Frage der Herabsetzung der Konventionalstrafe. Diesbezüglich stellte das Bundesgericht fest, es seien keine stichhaltigen Gründe für die Herabsetzung zu ersehen. Konsequenterweise wurde Max Frey deshalb zur Bezahlung der gesamten Konventionalstrafe verurteilt.

## 2. *Beurkundungszwang für Änderungen und Ergänzungen*

In den meisten Aktionärbindungsverträgen findet sich in den Schlussbestimmungen folgende Klausel:

Änderungen und Ergänzungen des vorliegenden Vertrages bedürfen der Schriftform, ebenso die Änderung des Formerfordernisses der Schriftform.

Wenn die Vertragsparteien die öffentliche Beurkundung als Gültigkeitsvoraussetzung vereinbaren, dann sollten sie dies entsprechend auch für Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages vorsehen. Allerdings sollte den Vertragsparteien klargemacht werden, dass dieser Formvorbehalt nachträglich konkludent übergangen werden kann.<sup>33</sup> Es sollte deshalb zusätzlich die Empfehlung abgegeben werden, sich strikte an diese Vorgabe in den Schlussbestimmungen zu halten und alle Änderungen oder Ergänzungen schriftlich festzuhalten und unterschriftlich zu bestätigen.

### 3. *Beurkundungszwang zur Aufhebung*

Gestützt auf Art. 1 OR können die Vertragsparteien mit einer Aufhebungsvereinbarung jederzeit den abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrag widerrufen. Es stellt sich die Frage, welche Form dafür notwendig ist, wenn die Vertragsparteien zur Gültigkeit des Vertrags die öffentliche Beurkundung vereinbart haben.

Der Aufhebungsvertrag ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden. Dies gilt nach Art. 115 OR selbst dann, wenn für die Begründung der Forderung eine Form erforderlich oder von den Parteien gewählt war.<sup>34</sup> Lediglich für die Aufhebung eines Erbvertrages wird in Art. 513 ZGB ausdrücklich die schriftliche Übereinkunft vorgeschrieben.

Aus Beweisgründen sollte ein Aktionärbindungsvertrag stets schriftlich aufgehoben werden. Wurde für die Gültigkeit des Vertrags die öffentliche Beurkundung vorgesehen, so kann auch für die Aufhebung diese Form vorbehalten werden. In Kombination mit der Formvorschrift zur Änderung oder Ergänzung des Vertrags könnte die entsprechende Klausel in einem Aktionärbindungsvertrag wie folgt formuliert werden:

Änderungen, Ergänzungen und die Aufhebung des vorliegenden Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung, ebenso die Änderung dieser Formvorschrift.

---

<sup>33</sup> Dies hat das Bundesgericht im Entscheid 4C.228/2006 vom 30.10.2006 ausdrücklich festgehalten; vgl. auch SCHWENZER, BSK, N. 10 zu Art. 16 OR.

<sup>34</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, 634 f.

### **III. Materielle Vorschriften zum Inhalt von Aktionärbindungsverträgen**

#### **A. Überblick über den möglichen Inhalt von Aktionärbindungsverträgen**

Wie einleitend schon ausgeführt wurde, kommen in der Praxis verschiedene Begriffe für den Aktionärbindungsvertrag vor. Gelegentlich sind sich die Parteien deshalb gar nicht bewusst, dass sie einen Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen haben. Dies zeigt der nicht publizierte Entscheid des Bundesgerichts 4C.376/2002 vom 20. März 2003.<sup>35</sup> Gemäss Sachverhalt hielt A. ursprünglich 50% der Aktien der Y. AG und war nicht nur einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident, sondern auch Geschäftsführer dieser Gesellschaft mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag (ob dies rechtlich zulässig war, wurde nicht geprüft). In der Folge verkaufte A. einen Teil seiner Aktien an die X. AG und C. wurde VR-Präsident. Obwohl die entsprechende Vereinbarung lediglich als "Kaufvertrag" bezeichnet worden war, wurden darin zwischen A. und der X. AG auch Abmachungen im Sinne eines Aktionärbindungsvertrags getroffen. Insbesondere wurde A. ein Anstellungsvertrag bei der Y. AG von mindestens fünf Jahren garantiert. Das Arbeitsverhältnis wurde jedoch vorzeitig durch die Y. AG zu Unrecht fristlos aufgelöst, weshalb es zu einem ersten Prozess zwischen A. und der Y. AG kam. Dieser wurde durch einen Vergleich per saldo aller Ansprüche abgeschlossen. Dennoch klagte A. nun gegen die X. AG als Käuferin auf Bezahlung einer Summe von CHF 500'000.-- nebst Zins wegen nicht erfüllter Vertragsverpflichtung. Das Bundesgericht schützte diese Klage vollumfänglich. Da im Aktionärbindungsvertrag keine anderslautende Regelung getroffen wurde, verpflichtete C. mit seiner Unterschrift lediglich die von ihm gehaltene X. AG, nicht jedoch die Y. AG, welche als Arbeitgeberin gegenüber dem A. vorgesehen war. Dieses Beispiel zeigt mit aller Deutlichkeit, dass bei einer notariellen Beratung im Zusammenhang mit vertraglichen Abmachungen unter Aktionären immer auch das Vorliegen eines Aktionärbindungsvertrags geprüft werden muss.

Der mögliche Inhalt eines Aktionärbindungsvertrags findet seine Grenzen vorab im Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB, da dieses Verbot gemäss Art. 19 OR auch auf schuldrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Verträge anzuwenden ist. So wäre es beispielsweise unzulässig, einen Aktionärbindungsvertrag unkündbar auf die Dauer von 50 Jahren abzu-

---

<sup>35</sup> Eine graphische Darstellung dieses Falles und ausführliche Erörterungen finden sich bei MÜLLER, Der VR als Arbeitnehmer, 503 ff.

schliessen. Im Zusammenhang mit der Dauer eines Aktionärbindungsvertrags soll noch näher auf diesen Punkt eingegangen werden. Daneben gibt es jedoch noch weitere inhaltliche Grenzen. So schreibt beispielsweise Art. 716a OR unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats vor; es ist deshalb nicht mehr möglich, in diesem Bereich das Weisungsrecht eines Aktionärs vorzubehalten. Auch im Zusammenhang mit der Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR gibt es materielle Schranken. Dieses Recht kann nicht wegbedungen werden und auch die Hürde von 10% in Art. 697b Abs. 1 OR kann nicht heraufgesetzt werden. Generell sollten Einschränkungen von Aktionärsrechten in einem Aktionärbindungsvertrag sehr sorgfältig auf ihre Zulässigkeit geprüft werden. Aber auch bei Klauseln im Zusammenhang mit Grundstücken ist Vorsicht geboten. Das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) schreibt in Art. 2 Abs. 1 generell eine Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vor. Diese Bewilligungspflicht gilt u.U. auch für den indirekten Erwerb von Grundstücken über den Kauf einer massgeblichen Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft. Dies wird in Art. 4 BewG ausdrücklich konkretisiert.<sup>36</sup>

Eine Besonderheit im Zusammenhang mit den inhaltlichen Grenzen beim Aktionärbindungsvertrag stellt die Anwalts-AG dar. Mit seinem Entscheid 2C\_237/2011 vom 7. September 2012 hat das Bundesgericht klargestellt, unter welchen Voraussetzungen eine Anwalts-AG gegründet und geführt werden kann. Diese Klarstellung war notwendig geworden, da die St. Gallischen Anwaltskammer mit Datum vom 13. Mai 2008 noch zu Unrecht die Meinung vertreten hatte, das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) verlange in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die absolute Unabhängigkeit von Rechtsanwältinnen. Diese sei aber nicht mehr gegeben, wenn eine Einbindung in eine Anwalts-AG vorliege. Das Bundesgericht prüfte im konkreten Fall, ob die von den Beschwerdeführern eingereichten Dokumente über die neue Organisationsstruktur die Unabhängigkeit gewährleisten. Dabei erwog es, dass die Leitung der Anwalts-AG, in welcher die Beschwerdeführer ihre Kanzlei überführen wollten, ganz in den Händen von registrierten Anwälten liege. Dies ergebe sich einerseits aus dem Zweck der Gesellschaft und werde durch die Statuten und einen Aktionärbindungsvertrag abgesichert. Mit letzterem würden sich die Aktionäre zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen, über welche die Aktionäre/Gesellschafter sämtliche Aktien gesamthänderisch halten würden. Alle Gesellschafter müssten in der Schweiz registrierte Anwälte sein. Bei Austritt eines Gesellschafters würden die verbleibenden registrierten Gesellschafter weiterführen. Statutarisch seien die Aktien vinkuliert, und der Verwaltungsrat müsste die

---

<sup>36</sup> Dazu ausführlich GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 58 ff.

Übertragung verweigern, wenn der Erwerber kein in der Schweiz registrierter Anwalt sei. In der Generalversammlung sei eine Vertretung nur durch andere Anwälte zulässig. Insbesondere mit diesen Regelungen sei die Unabhängigkeit gewährleistet und die Anwalts-AG sei zuzulassen.<sup>37</sup>

Grundsätzlich werden mit einem Aktionärbindungsvertrag weitgehende Rechte oder Pflichten der Aktionäre untereinander vereinbart und so indirekt die Aktiengesellschaft mit einem personalistischen Element ausgestattet. Die meisten Aktionärbindungsverträge enthalten deshalb Stimmbindungen und Verfügungsbeschränkungen.<sup>38</sup> Der Variantenreichtum ist dabei unerschöpflich und einer der Vorteile des Aktionärbindungsvertrags.<sup>39</sup> Entsprechend der rechtlichen Qualifikation können die einzelnen Klauseln eines Aktionärbindungsvertrags und damit auch sein Inhalt grundsätzlich in schuldrechtliche und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen unterteilt werden.<sup>40</sup> Längerfristig abgeschlossene Aktionärbindungsverträge sind zudem sehr ausführlich gehalten und können insbesondere folgende Vertragsgegenstände regeln:<sup>41</sup>

- Darstellung der Rahmenbedingungen
- Organisatorische Regelungen
- Grundregeln und Leitlinien
- Stimmrechtsbindungen
- Vermögensrechtliche Vereinbarungen
- Treue- und Mitwirkungspflichten der Vertragspartner
- Regelungen über Verfügungs- und Erwerbsrechte an den Aktien
- Mittel zur Sicherung der Vertragserfüllung
- Regeln im Zusammenhang mit der Änderung des Vertrages
- Ausscheiden und Neuaufnahme von Vertragspartnern
- Dauer und Beendigung des Aktionärbindungsvertrags
- Prozessuales und Rechtswahl

Diese Auflistung ist nicht abschliessend und sehr abstrakt.<sup>42</sup> In einem Aktionärbindungsvertrag können insbesondere auch sehr detaillierte Regelungen

---

<sup>37</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung der Prozessgeschichte und Erörterung der Auswirkungen dieses Entscheides bei RUFENER, 500 ff.

<sup>38</sup> Genaue statistische Untersuchungen fehlen, doch lässt sich dies zumindest aus der Fülle der entsprechenden Urteile ableiten; gl. M. SETTELEN, Kap. 2.2 S. 3.

<sup>39</sup> SETTELEN, Teil 15 Kap. 2.

<sup>40</sup> Doch selbst diese Unterscheidung ist nicht immer einfach zu treffen (vgl. BÖCKLI/MORSCHER, 53 ff, im Zusammenhang mit Optionsrechten).

<sup>41</sup> Vgl. HINTZ-BÜHLER, 18 ff., und PFISTER, 4 ff.

<sup>42</sup> Weitere mögliche Vertragsinhalte werden bei FORSTMOSER/KÜCHLER angeführt, so z.B. der Joint-Venture Vertrag in den Rz. 13, 56 und 238.

im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrat vereinbart werden.<sup>43</sup> Um die für einen Notar inhaltlich problematischen Klauseln zu erörtern wird deshalb nachstehend auf dem vollständig ausformulierten Muster eines Aktionärbindungsvertrags bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, basiert.<sup>44</sup>

## **B. Typische Vertragsklauseln von Aktionärbindungsverträgen**

### *1. Absichts- und Grundsatzerklärung*

Ein Aktionärbindungsvertrag kann sowohl vor als auch nach der Gesellschaftsgründung abgeschlossen werden. Häufig wird er auch im Zusammenhang mit Aktienkapitalerhöhungen oder Sanierungen verwendet. Um die Rahmenbedingungen des Aktionärbindungsvertrags zu verstehen, ist deshalb eine einleitende Klausel, in welcher die Ausgangslage und die Zielsetzungen des Vertrages vorgestellt werden, zweifellos von Vorteil. Zudem kann in einer solchen Klausel auch klargestellt werden, ob die Regelungen im Vertrag abschliessend sind oder nicht und auf welche weitere Dokumente allenfalls Bezug genommen wird (z.B. Statuten, Mandatsvertrag, Arbeitsvertrag, Organisations- und Geschäftsreglement).

Diese Einleitungsklausel kann verschiedene Überschriften tragen (Vertragsüberblick, Allgemeines, Absichtserklärung, etc.). Empfohlen wird an dieser Stelle die Bezeichnung "Absichts- und Grundsatzerklärung" aus zwei Gründen. Zum einen sollte in den Schlussbestimmungen eine salvatorische Klausel aufgenommen werden, wonach im Falle einer Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Klausel nicht der ganze Vertrag dahinfällt; vielmehr sollten die Parteien, oder im Streitfall an ihrer Stelle der Richter, ersatzweise eine Bestimmung aufstellen, welche wirtschaftlich der ungültigen oder nichtigen Klausel am nächsten kommt. Dies bedingt aber, dass die Rahmenbedingungen des Vertrages und die Absicht der Parteien so weit als möglich klargestellt sind. Zum anderen sollten in der Einleitungsklausel auch die Grundsätze und Grundlagen des Vertrages genannt werden, um allfällige spätere Streitigkeiten wegen Irrtums weitgehend auszuschliessen.

In der Praxis wird für die Einleitungsklausel gelegentlich die Bezeichnung "Präambel" verwendet.<sup>45</sup> Nun wird aber unter Präambel im allgemeinen

---

<sup>43</sup> Zwei konkrete Musterklauseln für das Anrecht auf Einsitz im VR und in der GL sowie für die Regelung von Arbeitsverträgen mit VR-Mitgliedern finden sich bei MÜLLER, Der VR als Arbeitnehmer, 521.

<sup>44</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 762 ff.

<sup>45</sup> Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER Rz. 1525, und HINTZ-BÜHLER, 18

Sprachgebrauch eine feierliche Erklärung verstanden, welche an den Anfang einer Urkunde gestellt wird und rechtlich keine eigenständige Bedeutung hat (vgl. Präambel der Bundesverfassung). Genau das Gegenteil soll aber mit einer verständlichen Absichts- und Grundsatzklärung erreicht werden. Unklarheiten und Lücken des Vertrages sollen dadurch geklärt werden. Deshalb wird an dieser Stelle der Begriff Präambel als Titel für die Einleitungsklausel eines Aktionärbindungsvertrags nicht verwendet.

Es hat sich als zweckmässig ergeben, in der Absichts- und Grundsatzklärung insbesondere folgende Punkte zu klären:

- Beschreibung der Vertragsparteien
- Vorgeschichte des Vertragsschlusses
- Interessen der Parteien, die sie zum Vertragsschluss bewegen
- Zielsetzung des Vertrages bzw. der Zusammenarbeit
- Regelungsbereich des Vertrages
- Grundlagen des Vertrages
- Klarstellung, ob die Regelungen abschliessend sind oder nicht

## 2. *Vorhandrecht, Vorkaufsrecht und Kaufrecht*

### a) **Vorhandrecht (right of first offer)**

Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte sind Gestaltungsrechte, deren rechtswirksame Ausübung Rechte und Pflichten wie aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag begründet.<sup>46</sup> Objekte solcher Rechte sind insbesondere Liegenschaften und Aktien.<sup>47</sup> Deshalb werden solche Klauseln häufig in Aktionärbindungsverträgen verwendet. Zusätzlich kommen bei Aktien aber auch noch Vorhandrechte vor. Diese sind von den vorstehend genannten Rechten abzugrenzen.<sup>48</sup>

Ein Vorhandrecht räumt dem Berechtigten ein Vorrecht an einer bestimmten Sache ein für den Fall, dass der Verpflichtete diese veräussern will oder eine bestimmte vertraglich vorgesehene Situation eintritt. Vorhandrechte werden auch als Optionen, unechte Vorkaufsrechte oder Anbieters- bzw. Andienungspflichten bezeichnet<sup>49</sup> Im Unterschied zum Vorkaufsrecht kann ein Vorhandrecht schon dann entstehen, wenn noch gar keine konkrete Offerte eines Dritten zum Kauf vorhanden ist. Vielfach handelt es sich deshalb bei vermeintlichen Vorkaufsrechten in Wirklichkeit um Vorhandrechte, da

---

<sup>46</sup> BGE 109 II 219 E. 2b.

<sup>47</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 343.

<sup>48</sup> Vgl. dazu die graphischen Darstellungen bei BÖCKLI, Vorkaufsrechte, 40 ff.

<sup>49</sup> HINTZ-BÜHLER, 89 f.

dem berechtigten Mitaktionär schon vor Eintreten des Vorkaufsfalls die Möglichkeit des Erwerbs eingeräumt wird.<sup>50</sup> In der Literatur werden drei Varianten von Vorhandrechten in Aktionärbindungsverträgen unterschieden:

- Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots
- Verpflichtung zur Annahme eines Angebots
- Verpflichtung zur Unterlassung der Veräußerung

Bei der *Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots* muss der Vorhandverpflichtete, sobald er Aktien veräußern will oder eine bestimmte vertraglich vorgesehene Situation eintritt, den Berechtigten darüber informieren und ihm die Aktien offerieren. Der Vorhandberechtigte hat dann die freie Wahl, ob er das Angebot annehmen will oder nicht. Nimmt er das Angebot an, kommt ein Kaufvertrag zustande; lehnt er ab, darf der Verpflichtete an einen eventuellen Drittinteressenten veräußern.

Bei der *Verpflichtung zur Annahme eines Angebots* muss der Vorhandverpflichtete den Berechtigten über Veräußerungsabsichten oder den Eintritt einer bestimmten Situation informieren; er muss aber im Gegensatz zur ersten Variante keine Verkaufsofferte abgeben. Nach der Mitteilung hat dann der Berechtigte die Wahl, ob er eine Kaufofferte machen will. Tut er dies, muss der Verpflichtete das Angebot annehmen, ausser wenn es sich um ein unlimitiertes Vorhandrecht handelt und das Angebot des Berechtigten schlechter ist als dasjenige des Drittoffferenten. Bei der *Verpflichtung zur Unterlassung der Veräußerung an einen Dritten* handelt es sich um eine Vertragsklausel, wonach der Verpflichtete zwar seinen Veräußerungswillen mitteilen muss, er aber weder zur Offertstellung noch zur Annahme einer Offerte des Berechtigten verpflichtet ist. Er ist einzig gehalten, nicht mit einem Dritten zu kontrahieren, falls der Berechtigte ein Angebot macht, welches mindestens gleichwertig mit jenem des Dritten ist. Das heisst, dass der Vorhandverpflichtete mithin gezwungen ist, die Aktien zu behalten, falls er sie nicht dem Berechtigten verkaufen will.<sup>51</sup>

## **b) Vorkaufsrecht (right of first refusal)**

Das Vorkaufsrecht ist eine dem Berechtigten vom Verpflichteten eingeräumte Befugnis, durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Verpflichteten eine Sache zu erwerben, sofern letzterer die Sache an einen Dritten verkauft oder so veräußert, dass die Veräußerung einem Verkauf gleichkommt. Es wird regelmässig durch einen sog. Kaufrechtsvertrag (bzw. eine entsprechende Klausel in einem Vertrag) vereinbart. Auch die Einräumung

---

<sup>50</sup> GUHL/KÖLLER/SCHNYDER/DRUEY, 753.

<sup>51</sup> Vgl. HINTZ-BÜHLER, 89 ff.



durch Verfügung von Todes wegen ist möglich. Zudem entsteht ein solches Recht in gewissen Fällen von Gesetzes wegen (z.B. Art. 682 ZGB).

Vorkaufsrechte an Aktien sind namentlich in Familiengesellschaften verbreitet, wo sie den Eintritt Familienfremder in die Gesellschaft verhindern sollen. Verkauft ein Aktionär seine Aktie einem Familienfremden, so soll ein bisheriger Aktionär in den Kaufvertrag eintreten können, damit sämtliche Aktien weiterhin in Familienbesitz bleiben.

Notwendiger Inhalt des Vorkaufsrechts sind die Parteien (Vorkaufsberechtigter und Vorkaufsbelasteter) sowie der Gegenstand des Vorkaufsrechts. Der Kaufpreis gehört dagegen nicht zu den zwingenden Bestandteilen einer entsprechenden Vereinbarung. Wenn die Parteien keinen Preis festgelegt haben, richtet er sich nach dem Kaufpreis, den der Vorkaufsbelastete mit dem Dritterwerber vereinbart (Art. 216d Abs. 3 OR). Ist der Preis oder dessen Bestimmung bereits im Voraus fixiert, spricht man von einem *limitierten* Vorkaufsrecht. Fehlt eine Bestimmung über den Preis, handelt es sich um ein *unlimitiertes* oder unbegrenztes Vorkaufsrecht. Häufig wird auch der Vorkaufsfall umschrieben.<sup>52</sup>

Vorkaufsrechte in Aktionärbindungsverträgen als Abreden unter den beteiligten Aktionären binden die Parteien nur im internen Verhältnis. Verletzt ein Vertragspartner und Aktionär den Vertrag, indem er seine Aktie unter Missachtung des Vorkaufsrechts einem Dritten verkauft, so macht er sich dem anderen Vertragspartner gegenüber schadenersatzpflichtig. Der Dritte bleibt in seinem Erwerb jedoch geschützt.<sup>53</sup>

### c) **Kaufrecht (Call-Option)**

Das Kaufrecht ist eine dem Berechtigten durch Rechtsgeschäft verliehene Befugnis, jederzeit oder bei Vorliegen bestimmter Bedingungen durch einseitige Willenserklärung eine bestimmte Sache käuflich zu erwerben. Es wird regelmässig durch einen Kaufrechtsvertrag eingeräumt, kann aber auch durch Verfügung von Todes wegen begründet werden.<sup>54</sup> Notwendiger Inhalt des Kaufrechtsvertrags ist die Angabe der Parteien und des Kaufgegenstandes sowie des Kaufpreises.

Es gibt gewöhnliche Kaufrechte und bedingte Kaufrechte; bei Letzteren kann der Berechtigte sein Recht erst nach Eintritt einer bestimmten Bedingung ausüben. Bedingungen werden beispielsweise vereinbart für den Fall, dass

---

<sup>52</sup> Vgl. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 344, und HINTZ-BÜHLER, 89.

<sup>53</sup> DRUEY, 670.

<sup>54</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 334; HINTZ-BÜHLER, 88.

ein Aktionär seine Mitarbeit in der AG aufgibt, seine Anteile veräussern will oder stirbt. Auch die Insolvenz eines Aktionärs oder die Verletzung eines ABV durch den Beteiligten können als Bedingungen vorgesehen werden.<sup>55</sup>

Die Erklärung, das Kaufrecht ausüben zu wollen, bedarf mangels anderer Abrede keiner bestimmten Form. Da die Rechtsgültigkeit der Kaufrechtsausübung jedoch oftmals an eine bestimmte Frist gebunden ist, sollte die Ausübung aus Beweisgründen stets schriftlich erfolgen. Ist keine Frist vereinbart worden, verjährt das Kaufrecht ohne Ausübung gemäss Art. 127 OR nach 10 Jahren.

#### **d) Kaufverpflichtung (Put-Option)**

Wird eine Call-Option in einem Aktionärbindungsvertrag eingeräumt, wird i.d.R. zur Gleichstellung der Parteien sogleich auch eine Put-Option vereinbart. Der Inhaber des Verkaufsrechts hat dabei das Recht, aber nicht die Pflicht, eine vereinbarte Anzahl an Aktien zu einem festgelegten Preis in einem festgelegten Zeitraum (Ausübungsfrist) oder einem festgelegten Zeitpunkt (Ausübungstermin) zu verkaufen.

Gelegentlich wird in einem Aktionärbindungsvertrag nur ein Kaufrecht (Call-Option) vereinbart. Dann sollte der Notar bei der Beratung festhalten, dass es sich um eine einseitige Belastung handelt und auch eine Kaufverpflichtung (Put-Option) der Gegenseite zur Diskussion stellen. Nur dann kann von einer umfassenden Beratung bzw. Aufklärung der Parteien gesprochen werden.

### *3. Mitverkaufsverpflichtung und Mitverkaufsrecht*

Die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft beruhen auf dem Mehrheitsprinzip. Dies gilt insbesondere für die Generalversammlung, in der die Aktionäre grundsätzlich nach dem Nennwert ihrer Aktien stimmberechtigt sind und so die Gesellschaftsstatuten festlegen, Verwaltungsrat und Revisionsstelle wählen, die Rechenschaftslegung (Jahresbericht, Jahresrechnung, Revisionsbericht) genehmigen und über die Gewinnverwendung entscheiden. Das Mehrheitsprinzip birgt die Gefahr in sich, dass die Mehrheit ihre eigenen Interessen gegen diejenigen von Minderheiten willkürlich durchsetzt. Umgekehrt kann aber auch die Minderheit gesetzliche oder statutarische Schutzbestimmungen dazu missbrauchen, Sonderinteressen zulasten der Mehrheit zu

---

<sup>55</sup> Vgl. HINTZ-BÜHLER, 88 f.

verfolgen. Schliesslich sind die Aktionärsinteressen – auch jene der Mehrheit – nicht zwingend deckungsgleich mit den Interessen der Gesellschaft.<sup>56</sup>

Um die Minderheitsaktionäre zu schützen und gleichzeitig aber einem Missbrauch durch diese vorzubeugen, werden in Aktionärbindungsverträge gelegentlich Mitverkaufsverpflichtungen und als Pendant dazu Mitverkaufsrechte aufgenommen.<sup>57</sup> Das Mitverkaufsrecht ist ein durch den Verkauf an Dritte bedingtes Verkaufsrecht gegenüber dem Veräussernden und soll sicherstellen, dass der Minderheitsaktionär zu den gleichen Bedingungen verkaufen kann. Die Mitverkaufspflicht ist dagegen ein bedingtes Kaufrecht zu Gunsten Dritter und soll sicherstellen, dass ein Kaufinteressent bei Bedarf das gesamte Aktienkapital zu den gleichen Bedingungen erwerben kann; damit wird verhindert, dass ein einzelner Minderheitsaktionär einen übermässigen Preis für seine Aktien verlangt.

Um einen reibungslosen Vollzug der Mitverkaufsverpflichtung im Interesse der Aktionäre zu gewährleisten, kann eine Vollmachtsklausel vorgesehen werden. Damit bevollmächtigen sämtliche Vertragsparteien den jeweiligen Präsidenten des Verwaltungsrates der Gesellschaft, in ihrem Namen und mit Rechtswirksamkeit für sie alle, Vereinbarungen zu unterzeichnen und Erklärungen abzugeben, welche im Zusammenhang mit dem Verkauf der durch sie gehaltenen Aktien an einen Dritten erforderlich sein sollten.

#### 4. *Dividendenpolitik*

Die Dividendenpolitik kann nicht nur in einer Eignerstrategie sondern auch in einem Aktionärbindungsvertrag festgelegt werden.<sup>58</sup> Möglich ist die Vorgabe eines bestimmten Prozentsatzes vom steuerbaren Jahresgewinn oder bei Konzernen vom konsolidierten Gewinn. Diese Vorgabe kann aber wiederum eingeschränkt werden, indem die Ausschüttung nur soweit erfolgen darf, wie ein bestimmter Prozentsatz an Eigenkapital nicht unterschritten wird.<sup>59</sup>

Problematisch bei Klauseln im Zusammenhang mit den auszuschüttenden Dividenden ist die präzise bzw. unmissverständliche Formulierung. Es lohnt sich, solche Klauseln der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen, da diese in einem Streitfall meist zuerst um Klärung gebeten wird.

---

<sup>56</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Minderheitenschutz, 587.

<sup>57</sup> Diese werden auch als Take-me-along- oder Tag-along-Klausel bzw. Drag-along Klausel bezeichnet (vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1321 ff.

<sup>58</sup> Vgl. dazu ausführlich FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1384 ff. mit entsprechenden Musterklauseln.

<sup>59</sup> Dazu ausführlich SCHENKER, 256 ff.

## 5. *Anrecht auf einen Sitz im Verwaltungsrat*

Nach Gesetz steht nur den einzelnen Aktionärskategorien das Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat zu.<sup>60</sup> Mit einem Aktionärbindungsvertrag kann dieses Recht auch auf kleine Aktionärsgruppen ausgedehnt werden. Problematisch bei solchen Klauseln ist die Durchsetzbarkeit. Hält sich eine Vertragspartei nicht an diese Vorgabe, so gilt in der Generalversammlung die abgegebene Stimme und nicht der Aktionärbindungsvertrag. Es bleibt der in ihren Rechten verletzten Vertragspartei nur die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen. Weil die Ermittlung sehr schwierig ist, empfiehlt sich die Vereinbarung einer Konventionalstrafe.

Wenn im Aktionärbindungsvertrag das Recht auf einen Sitz im Verwaltungsrat geregelt wird, so sollte gleichzeitig auch die damit verbundene Funktion (Präsident, Vizepräsident, Delegierter) und die Zeichnungsberechtigung geregelt werden.

## 6. *Stimmrechtsbindung und Quorumsvorschriften*

### a) **Verpflichtung zur einheitlichen Stimmabgabe**

Die Stimmrechtsbindung ist oftmals das Kernstück eines Aktionärbindungsvertrags. Auf diese Weise gelingt es auch kleinen Aktionärsgruppen, Unzulänglichkeiten des Minderheitenschutzes im Aktienrecht wettzumachen. Dabei verpflichten sich alle Vertragsparteien, anlässlich der Generalversammlung ihre Stimme einheitlich abzugeben. Auch an dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass trotz einer solchen Stimmbindung nur die tatsächlich in der GV abgegebenen Stimmen zu zählen sind und nicht, wie sie auf Grund des Aktionärbindungsvertrags hätten abgegeben werden müssen.<sup>61</sup>

Zur Vereinfachung der Stimmrechtsbindung werden oftmals unabhängige Dritte als Aktienvertreter bestellt, welche die Stimmen nach den übereinstimmenden oder mehrheitlichen Weisungen der Vertragspartner abzugeben haben. Diese Lösung hängt jedoch davon ab, dass die Statuten zur Aktienvertretung nicht ebenfalls einen Aktionär vorschreiben.

---

<sup>60</sup> Art. 709 Abs. 1 OR; vgl. dazu ausführlich MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 34 ff.

<sup>61</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 N 38.

**b) Einführung zusätzlicher Quorumsvorschriften**

Gelegentlich werden die wenigen gesetzlichen Quorumsvorschriften von den Aktionären als zu wenig restriktiv erachtet. Sie wollen deshalb die entsprechenden Hürden erhöhen und auf weitere Sachverhalte ausdehnen. Dies kann in einem Aktionärbindungsvertrag vereinbart werden. Allerdings gilt auch hier die Problematik der tatsächlichen Stimmabgabe wie beim Recht auf einen VR-Sitz. Es ist deshalb zu empfehlen, solche Klauseln mit einer Statutenänderung dauerhaft umzusetzen. In Frage kommen insbesondere Quoren für folgende Abstimmungen in der Generalversammlung:

- die Änderung des Gesellschaftszwecks
- die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft
- die Einführung von Stimmrechtsaktien
- die Änderung von Übertragungsbeschränkungen der Namenaktien
- die ordentliche, genehmigte oder bedingte Kapitalerhöhung
- die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts
- die Umwandlung von Namenaktien in Inhaberaktien und umgekehrt
- die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme und die Gewährung von besonderen Vorteilen
- den vollständigen oder teilweisen Verkauf von Beteiligungen
- den vollständigen oder teilweisen Verkauf von Immaterialgüterrechten
- die Auflösung der Gesellschaft

Solchen Verschärfungen sind allerdings Grenzen gesetzt. Bedenken gegen eine Verschärfung der Quorumsvorschriften sind namentlich bei den vier für das Funktionieren der Gesellschaft absolut notwendigen Beschlüssen der Generalversammlung angebracht (Genehmigung des Geschäftsberichts inkl. Jahresrechnung, Gewinnverwendung, Wahl des Verwaltungsrates, Wahl der Revisionsstelle). Die Festlegung eines höheren Quorums in diesen vier Bereichen könnte zu einer Blockade in der Gesellschaft führen. Eine (kleine) Minderheit könnte diesbezügliche Beschlüsse verhindern, umgekehrt wäre sie selbst nicht in der Lage, die von ihr gewünschten Beschlüsse herbeizuführen. Daher genügt für diese Beschlüsse im Hinblick auf die unerlässliche Aufrechterhaltung der Entscheidungsfähigkeit der Gesellschaft die absolute Mehrheit.<sup>62</sup> Unzulässig wäre auch ein Einstimmigkeitserfordernis, das auf ein Vetorecht eines einzelnen Aktionärs hinausliefe. Beschlusserschwerungen in den Statuten dürfen sodann die Kontrollrechte der Aktionäre nicht behindern.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Gl.M. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 Rz. 421; wobei er jedoch nicht zwingend die Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen verlangt; falls die Statuten bei Abstimmungen die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangen, so genügt auch diese.

<sup>63</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, 502.

### c) **Entscheidungsfindung bei Pattsituationen**

Vor allem bei Familiengesellschaften kann es nach einem Erbgang zu einer Pattsituation zwischen zwei Stämmen kommen. Die Situation wird dann sehr problematisch, wenn beide Stämme gleich viele Aktien haben und überdies in den Statuten ausdrücklich sowohl für die Generalversammlung als auch für den Verwaltungsrat ein Stichentscheid des Vorsitzenden bzw. Präsidenten verneint wird. In einem solchen Falle droht die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Dieselbe Situation kann selbstverständlich bei jeder Zweimann-Aktiengesellschaft entstehen.

Um die Entscheidungsfindung zu erleichtern oder sogar ultimatativ zu ermöglichen, kann ein Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen werden. Zwar gibt es kein Allheilmittel für Pattsituationen bei zerstrittenen Zweimann-Aktiengesellschaften, doch können mit einem Aktionärbindungsvertrag zumindest Lösungsansätze geschaffen werden. Konkret könnten die nachstehenden Klauseln zur Problemlösung aufgenommen werden.<sup>64</sup>

Die Parteien sind verpflichtet, noch vor der definitiven Entscheidung eine gemeinsame Stimmabgabe abzusprechen; gelingt dies nicht, so hat ein im Voraus bezeichneter Dritter als Vermittler oder sogar als Schiedsrichter innert einer konkret bestimmten Frist die ihm eingeräumten Massnahmen zu ergreifen, um eine einheitliche Stimmabgabe zu ermöglichen. Diese Lösung klingt auf dem Papier sehr überzeugend, ist in der Praxis jedoch zeitaufwendig und führt bei verhärteten Positionen trotzdem nicht zu einer Lösung.

Einem unabhängigen Dritten werden je gleich viele Aktien treuhänderisch übergeben, mit denen er lediglich im Interesse der Gesellschaft ein eigenständiges Stimmrecht ohne Weisungsbefolungsrecht ausübt; eventuell kann auch eine ungerade Anzahl von unabhängigen Dritten mit dieser Aufgabe betraut werden. Diese Lösung überzeugt, solange die Pattsituation nur in der Generalversammlung und nicht im Verwaltungsrat besteht.

Besteht die Pattsituation auch im Verwaltungsrat, so kann als weitergehende Lösung einem unabhängigen Dritten das Verwaltungsratspräsidium anvertraut werden. Voraussetzung dazu ist allerdings, dass er von beiden Aktionärsgruppen je gleich viele Aktien treuhänderisch und ohne Weisungsbefolungsrecht erhält. Zudem genügt hier je ein Mandatsvertrag nicht mehr, da dieser ohne weiteres gekündigt werden kann; es muss deshalb eine langjährige Regelung in einem Aktionärbindungsvertrag vorgesehen werden, wobei auch dem Problem einer Ersatzbestellung des Verwaltungsratspräsidenten Rechnung zu tragen ist.

---

<sup>64</sup> Vgl. dazu KUNZ, 70.

Schliesslich kann als ultimative Lösung auch eine Versteigerungsklausel vereinbart werden. Können sich die Aktionärgruppen innerhalb von einer bestimmten Frist nicht einigen, so hat jede der Parteien das Recht, eine interne Versteigerung eines genau definierten Aktienpaketes zu veranlassen. Die Versteigerung kann dabei über mehrere Runden und unter Leitung eines unabhängigen Dritten vereinbart werden. Obwohl es sich hier um eine Extremlösung handelt, wird sie in der Praxis stets zu einer konkreten Lösung führen. Das Problem besteht allerdings darin, dass sich die Parteien überhaupt auf die Aufnahme einer entsprechenden Klausel einigen können.

## 7. *Dauer und Beendigung*

### a) **Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung**

Die Parteien sind grundsätzlich frei, den Aktionärbindungsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abzuschliessen.<sup>65</sup> Bei Verträgen auf unbestimmte Dauer sollte jedoch immer eine konkrete Kündigungsfrist vereinbart werden, um Missverständnissen vorzubeugen. Anders als z.B. im Miet- oder Arbeitsrecht ist es bei Aktionärbindungsverträgen auf unbestimmte Zeit zulässig, dass die Kündigungsfristen nicht für alle Parteien gleich lang sind. Analog ist es bei zeitlich befristeten Aktionärbindungsverträgen möglich, dass einer Partei einseitig ein Optionsrecht zur Verlängerung des Vertrages eingeräumt wird.<sup>66</sup>

Die Festlegung der vertraglichen Dauer gestaltet sich oftmals schwierig. Auf der einen Seite erfüllt nur ein langfristiger Aktionärbindungsvertrag seinen Zweck, andererseits aber will sich keine Vertragspartei zu stark binden. Hier hilft die Schaffung von Ausweichklauseln.<sup>67</sup> Möglich wäre z.B. eine Klausel, wonach die Vertragsparteien mindestens ein Jahr vor Ablauf der festen Vertragsdauer Verhandlungen über eine mögliche Vertragsverlängerung aufzunehmen haben. Gelangen sie zu keiner Einigung, so hat jede Partei das Recht, die Aktien der Gegenpartei zu einem festgelegten Preis zu übernehmen oder aber ihre eigenen Aktien selbst zu veräussern. Letztlich handelt es sich um die Möglichkeit der Wahrnehmung einer PutandCall Option zur Verhinderung des vertragslosen Zustandes.

---

<sup>65</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 173 ff.

<sup>66</sup> Zur Befristung von Aktionärbindungsverträgen umfassen FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1782 ff.

<sup>67</sup> Vgl. dazu WEBER, a.a.O. S. 86.

## b) Aktionärbindungsvertrag auf Lebzeit

Das Bundesgericht hat in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung wiederholt festgestellt, dass Verträge nicht auf unbegrenzte Zeit abgeschlossen werden können.<sup>68</sup> Ihre Kündbarkeit ergibt sich aus Art. 27 ZGB, wonach die persönliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit nicht übermässig eingeschränkt werden darf, oder aus Art. 2 ZGB, wonach das Beharren einer Partei auf einer übermässigen Bindung als zweckwidrige und damit rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung erscheint. Es kann deshalb keine "ewigen" Aktionärbindungsverträge geben.

Konkret stellt sich die Frage, für welchen Zeitraum ein Aktionärbindungsvertrag trotz Fehlen einer Kündigungsmöglichkeit fest abgeschlossen werden darf, ohne dass eine übermässige Bindung vorliegt. In BGE 114 II 159 ff. erachtete das Bundesgericht einen Bierliefervertrag "für alle Zeit" nach spätestens 20 Jahren als kündbar. Ausdrücklich wurde dabei jedoch festgehalten: "Wann der Zeitpunkt gekommen ist, in dem das Vertragsverhältnis gekündigt werden kann, lässt sich nur von Fall zu Fall entscheiden (...) und hängt namentlich von der Intensität der Bindung des Verpflichteten und dem Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ab." Man kann deshalb davon ausgehen, dass grundsätzlich ein Aktionärbindungsvertrag mit einer festen und unkündbaren Dauer von 20 Jahren noch zulässig ist.

Während ewige Verträge oder Verträge auf alle Zeit unzulässig sind, sieht das Gesetz selbst mehrere Verträge auf Lebzeit vor, so insbesondere den Leibrentenvertrag gemäss Art. 516 ff. OR, die Gebrauchsleihe bis zum Tode des Entlehners gemäss Art. 311 OR, und den Verpfändungsvertrag gemäss Art. 521 ff. OR. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Aktionärbindungsverträge auf die Dauer der Lebenszeit einer bestimmten Vertragspartei zulässig sind. Diese Frage kann ohne weiteres bejaht werden, doch ist damit noch nichts darüber ausgesagt, ob ein derartiger Aktionärbindungsvertrag nicht vorgängig gekündigt werden kann.<sup>69</sup>

Art. 546 Abs. 1 OR legt fest, dass ein Gesellschaftsvertrag, der auf Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossen wurde, von jedem Gesellschafter auf sechs Monate gekündigt werden kann. Sofern die gesellschaftsrechtlichen Elemente in einem Aktionärbindungsvertrag überwiegen und der Vertrag ausdrücklich auf Lebenszeit einer der Vertragsparteien abgeschlossen wurde, ist demnach die Kündigung auf sechs Monate gesetzlich zulässig. Diese gesetzliche Regelung ist allerdings nicht zwingender Natur,<sup>70</sup> weshalb die Vertragsparteien

<sup>68</sup> Vgl. BGE 113 II 210 f. mit Hinweisen.

<sup>69</sup> Ebenso FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1815 ff. und ARTER/JÖRG, 474.

<sup>70</sup> Das Bundesgericht hat seine frühere, gegenteilige Auffassung in BGE 106 II 226 aufgegeben.



ohne weiteres auch eine andere Kündigungsfrist vereinbaren können. In jedem Falle endet der Aktionärbindungsvertrag jedoch mit dem Tode der entsprechenden Vertragspartei.

Eine besondere vertragliche Abmachung liegt vor, wenn der Aktionärbindungsvertrag zwar auf unbestimmte Zeit, jedoch mindestens bis zum Tode einer der Vertragsparteien gelten soll. In diesem Falle liegt ein Vertrag auf unbestimmte Dauer mit einer noch unbestimmten Minimaldauer vor. Nach Ansicht des Bundesgerichtes in BGE 106 II 226 ff. gelangt bei derartigen Gesellschaftsverträgen Art. 546 Abs. 1 OR und somit auch die Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht zur Anwendung. Es stellt sich dann allerdings die Frage, ob nicht allenfalls eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB vorliege und damit nach einer bestimmten Zeit (z.B. 20 Jahre) eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich sei. Das Bundesgericht hat diese Frage im konkreten Fall offengelassen. Da im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die betroffene männliche Vertragspartei bereits 61 Jahre alt war, kann allerdings nach der statistischen Lebenserwartung davon ausgegangen werden, dass in diesem Falle eine Kündigung vor dem Tode dieser Vertragspartei nicht möglich ist.

### **c) Vertrag auf die Dauer der Gesellschaft oder der Aktionärsenschaft**

Wird ein Aktionärbindungsvertrag "auf die Dauer der Gesellschaft" abgeschlossen, so muss angesichts der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtes davon ausgegangen werden, dass nach einer bestimmten Zeit (z.B. 20 Jahre) eine Kündigungsmöglichkeit besteht.<sup>71</sup> Tatsächlich liegt nämlich ein Vertrag mit bestimmter Dauer vor, wobei die Dauer jedoch voraussichtlich sehr gross sein wird. Ohne gegenteilige statutarische Bestimmung wird eine Aktiengesellschaft nämlich grundsätzlich auf "lange Zeit" gegründet und wird meist erst durch Konkurs oder Liquidation unfreiwillig aufgelöst.

In der Praxis finden sich auch Klauseln, wonach der zu Grunde liegende Aktionärbindungsvertrag dahinfällt, wenn eine der Vertragsparteien nicht mehr Aktionär ist.<sup>72</sup> Ein derartiger Aktionärbindungsvertrag ist als Vertrag auf bestimmte Dauer zu qualifizieren, wobei die Dauer vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist. Grundsätzlich sind auch derartige Klauseln zulässig.<sup>73</sup> Da es jedoch keine Verträge auf ewige Zeit gibt, besteht auch hier die konkrete

---

<sup>71</sup> Nach ARTER/JÖRG, 474, ist eine solche Klausel schlicht nicht zulässig.

<sup>72</sup> Gemäss BÖCKLI, Rz. 577, sind solche Klauseln häufig.

<sup>73</sup> Ebenso FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1802 ff.

Gefahr, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich wird.<sup>74</sup>

Sowohl bei einer Klausel auf die Dauer der Gesellschaft als auch auf die Dauer der Aktionärseigenschaft besteht demnach eine Rechtsunsicherheit bezüglich dem Zeitpunkt einer allfälligen Kündigungsmöglichkeit. Auch wenn solche Klauseln auf den ersten Blick eindrucksvoller erscheinen, als z.B. eine feste Dauer von 20 Jahren sollten sie vermieden werden. Im Einzelfall könnte ein Gericht nämlich zur Auffassung gelangen, dass auf Grund der eingegangenen Verpflichtungen ohnehin nach Ablauf einer gewissen Zeit eine Kündigungsmöglichkeit besteht.

#### **d) Dauer bei Fehlen einer vertraglichen Regelung**

Wird trotz entsprechender Empfehlung in einem Aktionärbindungsvertrag nichts über dessen Dauer ausgesagt, so ist von einem Vertrag auf unbestimmte Dauer auszugehen. Solche Verträge sind in jedem Falle kündbar, doch muss die einzuhaltende Kündigungsfrist auf Grund des konkreten Sachverhaltes ermittelt werden. Nachstehende Überlegungen sind dabei zu berücksichtigen.

Handelt es sich um einen Aktionärbindungsvertrag mit *überwiegend gesellschaftsrechtlichen Aspekten*, so ist gemäss Art. 546 Abs. 1 OR eine Kündigungsfrist von sechs Monaten einzuhalten.

Handelt es sich um einen Aktionärbindungsvertrag mit überwiegend schuldrechtlichen Aspekten, so sind die entsprechenden Sonderbestimmungen subsidiär anwendbar. Im Zweifelsfall müssten die auftragsrechtlichen Bestimmungen angewandt werden, wobei der Vertrag jederzeit gekündigt werden dürfte, allerdings unter dem Vorbehalt der Schadenersatzpflicht für eine Kündigung zur Unzeit.

In jedem Falle kommen auch die allgemeinen Regeln über die Vertragsbeendigung zur Anwendung, so insbesondere die Bestimmungen bezüglich Aufhebung durch Übereinkunft, Vereinigung und Unmöglichkeit.

#### **e) Ausserordentliche Kündigung des Aktionärbindungsvertrags**

Ein Aktionärbindungsvertrag kann nicht nur ordentlich, sondern auch fristlos aufgelöst werden. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn sich im Aktionär-

---

<sup>74</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 576, erachtet für diesen Fall eine Grenze von etwa 25 Jahren als gegeben.

bindungsvertrag keine entsprechende Klausel findet. Dies zeigt der Entscheid des Handelsgerichtes Zürich vom 18.10.2011.<sup>75</sup> Konkret ging es um einen Streit unter zwei Gesellschaften, welche beide Aktionäre einer Kleider AG waren. Sie hatten untereinander einen Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen, in welchem der Minderheitsaktionärin u.a. das Recht eingeräumt wurde, zwei der fünf Verwaltungsräte zu stellen. Von diesem Recht wurde auch Gebrauch gemacht. Die Revisionsstelle der Kleider AG erstattete einen Bericht an VR-Präsident mit Hinweis auf fiktive Warentransaktionen. Der Geschäftsführer der Kleider AG wurde in der Folge am 7.6.2011 fristlos entlassen; gleichzeitig wurden aber auch die von der Minderheitsaktionärin bestellten Verwaltungsräte abgewählt. Am 4.7.2011 verlangten die abgewählten Verwaltungsräte vom Handelsgericht Zürich den Erlass einer superprovisorischen Massnahme, wonach die Abwahl aufzuheben sei, da im Aktionärbindungsvertrag das Recht auf Einsitz im VR garantiert werde. Das Handelsgericht bestätigte jedoch, dass ein Aktionärbindungsvertrag jederzeit aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden könne, auch wenn keine entsprechende Klausel statuiert worden sei. Damit entfalle aber auch das vertraglich zugesicherte Einsitzrecht. Zur Begründung führte das Handelsgericht an, gemäss Art. 546 Abs. 2 OR könne eine einfache Gesellschaft aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos und ohne Klage aufgelöst werden. Das gelte gemäss BGer. 4A\_87/2010 E. 3.2 auch für Dauerschuldverhältnisse wie ein Aktionärbindungsvertrag.

## 8. *Mittel zur Durchsetzung*

Die in ihren Rechten verletzte Vertragspartei kann grundsätzlich nicht nur Schadenersatz, sondern auch Realerfüllung fordern.<sup>76</sup> Dies hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich bereits im Zusammenhang mit einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren für Stimmbindungen festgestellt.<sup>77</sup> Doch der einstweilige Rechtsschutz kommt auch dann noch zu spät, wenn die Stimme bereits abgegeben wurde. In der Praxis wurden deshalb zahlreiche andere Mittel zur Sicherung der Durchsetzung entwickelt:<sup>78</sup>

- Konventionalstrafe für Vertragsverletzungen
- Hinterlegung der Aktien
- Aktienverpfändung zur Deckung der Konventionalstrafe

---

<sup>75</sup> Publiziert in ZR 2014, S. 82 ff.

<sup>76</sup> Ausführlich zur Realerfüllung, LANG, 72 ff; zur Erfüllungsklage vgl. APPENZELLER, 58 ff.

<sup>77</sup> ZR 83 (1984) Nr. 53.

<sup>78</sup> Dazu ausführlich SETTELEN, Kap. 2.4, und systematisch FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 1533 ff.

- Überführung der Aktien in das Gesamteigentum der betroffenen Aktionäre
- Einbringung der Aktien in eine Holdinggesellschaft
- Vertretungsvollmacht an einen unabhängigen Dritten
- Fiduziarische Aktienübertragung an einen oder mehrere unabhängige Dritte
- Verbindung mit statutarischen Vinkulierungs- und Vorkaufsrechten
- Vorkaufs- oder Vorhandrechte

Entsprechende Klauseln finden sich denn auch sehr häufig in Aktionärbindungsverträgen. Dabei hat die Konventionalstrafe eine besonders grosse Bedeutung. Nur wenn diese genügend hoch ist und zudem klargestellt wird, dass die Konventionalstrafe den verletzten Parteien zu gleichen Teilen ohne Nachweis eines Schadens zusteht und auch die Bezahlung der Konventionalstrafe nicht von der weiteren Einhaltung des Vertrages und der Leistung von weiteren Schadenersatzansprüchen sowie allenfalls der Beseitigung des unrechtmässigen Zustandes entbindet, erfüllt sie ihren abschreckenden Zweck.<sup>79</sup>

Wie schwierig die Durchsetzung eines Aktionärbindungsvertrags sein kann, zeigt der Entscheid des Bundesgerichtes 4A\_260/2013 vom 6. August 2013 bei dem es um einen Streit unter Ärzten geht, welche gleichzeitig Aktionäre und VR-Mitglieder einer "Herzdienstleistungsgesellschaft" waren. Die vier Gründeraktionäre hatten einen Aktionärbindungsvertrag (genannt Poolvertrag) abgeschlossen. Gemäss diesem Vertrag sollten die Poolmitglieder nicht nur in einem Beteiligungsverhältnis, sondern auch in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen, was jedoch nie verwirklicht wurde. Des Weiteren enthielt der Vertrag u.a. auch Bestimmungen über die Organisation der Gesellschaft, Kostenbeiträge der Vertragsparteien und die Verwendung der erwirtschafteten Mittel. Nach verschiedenen gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien wegen angeblichen Interessenkonflikten und Konkurrenzierung ersuchte einer der Vertragspartner Anfang 2011 um Auskunft und Akteneinsicht zu offenen Fragen, verbunden mit einem Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und dem Antrag auf Sonderprüfung. Nach mehreren erfolglosen Aufforderungen zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung fand schliesslich am 6. Mai 2011 die ordentliche Generalversammlung der Gesellschaft statt, an der auch das Akteneinsichtsbegehren behandelt wurde. Der Antrag des Aktionärs auf Einsetzung eines Sonderprüfers wurde aber von der Generalversammlung abgelehnt. Auch vor Bundesgericht hatte er keinen Erfolg. Seine Klage wurde wegen nicht ausreichender Glaubhaftmachung abgelehnt. Die

---

<sup>79</sup> Zur Vereinbarung einer Konventionalstrafe als Durchsetzungsmittel im Aktionärbindungsvertrag siehe LANG, 125 ff.

Geltendmachung eines möglichen Interessenkonfliktes und einer konkurrierenden Tätigkeit ohne Beweise genüge nicht.

Mehr Glück hatte eine Aktionärin (juristische Person) vor Handelsgericht Zürich, die mit einer anderen Aktionärin (ebenfalls eine juristische Person) einen Aktionärbindungsvertrag im Zusammenhang mit einer Gesellschaft abgeschlossen hatte, welche ihrerseits eine Tochtergesellschaft hielt. Im Aktionärbindungsvertrag wurde vereinbart, dass die beiden Aktionärinnen in der GV der Tochtergesellschaft nur einstimmig auftreten dürften. Eine Aktionärin musste jedoch auf Grund von diversen Anhaltspunkten davon ausgehen, dass sich die andere Vertragspartei nicht an diese Abmachung halten würde. Erstere gelangte deshalb an das Handelsgericht und verlangte am 21.6.2013, dass der anderen Partei mittels vorsorglichen Massnahme verboten werde, ihre Aktien an der GV zu vertreten. Mit Verfügung vom 24.6.2013 wurde tatsächlich ein solches Verbot erlassen. Trotz Einreichung von zwei Parteigutachten durch die zur Stimmabstinenz verpflichtete Aktionärin verfügt der Einzelrichter des Handelsgerichts am 18.7.2013, dass die Massnahme in Kraft bleibe, zumal die beiden Parteien ohnehin gewillt seien, den Aktionärbindungsvertrag von einem Schiedsgericht beurteilen zu lassen.<sup>80</sup>

## **C. Schlussbestimmungen**

### *1. Übrige Bestimmungen*

Es wird empfohlen, den Aktionärbindungsvertrag je nach Situation mit weiteren Bestimmungen zu komplettieren. Dies ist insbesondere dann notwendig, wenn unter den Vertragsparteien schon früher entsprechende Verträge abgeschlossen wurden. Dann sollte klargestellt werden, dass die früheren Vereinbarungen gleichzeitig aufgehoben werden.

Der Bestand an Aktien kann sich bei den einzelnen Vertragsparteien durch Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen, Zu- und Verkäufe oder andere Transaktionen verändern. Es sollte klargestellt werden, dass die Regeln des Aktionärbindungsvertrags für alle Aktien gelten. Damit sind die Aktien im Falle eines Erbanges gleichzeitig entsprechend belastet.

Gelegentlich ist für die Vertragsparteien unklar, welche Auswirkungen der Tod einer Vertragspartei auf die von ihr gehaltenen Aktien hat. Bei natürlichen Personen macht deshalb vorab eine Klausel Sinn, wonach sich die Vertragsparteien verpflichten, ihre sämtlichen Rechte und Pflicht aus dem Vertrag auf allfällige Rechtsnachfolger wie etwa Aktienerwerber zu übertagen.

---

<sup>80</sup> HGer. Zürich 18.7.2013 (ZR 2013 S. 251 ff.).

Zudem kann klargestellt werden, dass die Erben unmittelbar in den Aktionärbindungsvertrag eintreten.<sup>81</sup> Um diese Rechtsnachfolge sicherzustellen, kann mit einer weiteren Klausel vereinbart werden, dass während der Dauer des Vertrages jeder neue Aktionär unmittelbar mit der Aktienübertragung ein Exemplar des Aktionärbindungsvertrags ausdrücklich als für ihn rechtsverbindlich zu unterzeichnen hat. Ist ein allfälliger Rechtsnachfolger nicht dazu bereit, gelangt ein entsprechendes Vorhandrecht der übrigen Aktionäre zur Anwendung.

Im Aktionärbindungsvertrag können Klauseln dadurch abgesichert werden, dass sich die Parteien verpflichten, diesbezüglich eine Statutenänderung vorzunehmen. Damit wächst aber die Gefahr, dass es zu Widersprüchen zwischen dem Aktionärbindungsvertrag und den Statuten kommt. Es lohnt sich deshalb, für diesen Fall eine Regelung zu treffen.

Schliesslich sind auch Klauseln bezüglich Geheimhaltung, Kommunikation, Änderungen und Ergänzungen, Verbindlichkeit von Anhängen und Anzahl der Vertragsexemplare zu empfehlen. Dass eine salvatorische Klausel bei komplexen Aktionärbindungsverträgen von Vorteil ist, wurde bereits im Zusammenhang mit der Absichts- und Grundsatzserklärung erwähnt.

## 2. *Anwendbares Recht, Mediations- und Schiedsklausel*

Gerade bei Aktionärbindungsverträgen muss leider davon ausgegangen werden, dass es wenn nicht unter den aktuellen so doch unter den zukünftigen Aktionären zu Streitigkeiten kommen kann. Es muss deshalb unbedingt klargestellt werden, welches Recht zur Anwendung gelangt und welcher Gerichtsstand gilt.<sup>82</sup> Treffen die Vertragsparteien keine Rechtswahl, gelten die Vertragsgerichtsstände gemäss Art. 31 ZPO. Zuständig ist einerseits das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder andererseits das Gericht an dem Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist.<sup>83</sup>

Es ist den Parteien freigestellt, der gerichtlichen Auseinandersetzung ein Mediationsverfahren voranzustellen. Insbesondere dann, wenn eine weitere Zusammenarbeit der Parteien notwendig ist, macht eine solche Vermittlung Sinn.

---

<sup>81</sup> Zum Eintritt der Erben in den Aktionärbindungsvertrag vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 600 ff.

<sup>82</sup> Dies ist insbesondere bei internationalen Verhältnissen von grosser Bedeutung; vgl. dazu ausführlich PFISTER, 39 ff.

<sup>83</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz. 2098 mit weiteren Ausführungen zu statutarischen Gerichtsstandsklauseln und zur sachlichen Zuständigkeit.

Die Auseinandersetzung über einen Aktionärbindungsvertrag kann den ordentlichen Gerichten entzogen und stattdessen ein Schiedsgericht eingesetzt werden. Dann sollte jedoch klargestellt werden, wie viele Schiedsrichter zu bestellen sind und welche Verfahrensvorschriften gelten. Die Einsetzung eines Einzelschiedsrichters führt in der Regel nur zu weiteren Problemen.

## **IV. Zusammenfassung und Empfehlungen**

### **A. Zusammenfassung der theoretischen Erkenntnisse**

Aktionärbindungsverträge kommen in der Praxis häufig vor und sind ein wichtiges Mittel, um die Rechte und Pflichte der Aktionäre einer bestehenden oder zukünftigen Gesellschaft zu konkretisieren. Da der Aktionärbindungsvertrag aber nicht gesetzlich geregelt ist, lassen sich viele Fragen erst durch entsprechendes Judikaturstudium klären. Umso wichtiger ist es, Aktionärbindungsverträge formell und materiell sorgfältig auszuarbeiten. Meist entstehen dadurch sehr komplexe Vertragswerke, welche auf alle möglichen Entwicklungsmöglichkeiten hin zu prüfen sind.

Notare werden mit Aktionärbindungsverträgen entweder in der Funktion als Rechtsberater oder als Urkundsperson konfrontiert. In beiden Fällen ist ein überlegtes Handeln notwendig. Aktionärbindungsverträge, welche unter zeitlichem Druck abgeschlossen werden müssen, weisen später meistens Defizite auf, da sie zu wenig durchdacht wurden.<sup>84</sup>

### **B. Empfehlungen für Notare zum Umgang mit Aktionärbindungsverträgen**

#### *1. Formelle Prüfung des Aktionärbindungsvertrags*

Auch wenn Aktionärbindungsverträge grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden können, so ist in jedem Falle aus Beweisgründen Schriftlichkeit zu empfehlen. Gelegentlich enthalten jedoch Aktionärbindungsverträge Klauseln, welche eine öffentliche Beurkundung des gesamten Vertragswerkes erforderlich machen. Dies ist sicher der Fall, wenn die Vertragsparteien freiwillig eine solche Formvorschrift vereinbaren. Die Notwendigkeit kann sich

---

<sup>84</sup> Auf die übrigen notariellen Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen, diesbezüglich sei auf die umfassenden Ausführungen von VOSER, 107 ff. verwiesen.

jedoch auch im Zusammenhang mit Grundstücken, letztwilligen Verfügungen, Bürgschaften, Fusionen oder Spaltungen ergeben.

Es lohnt sich, wenn ein Notar nicht nur die formellen Angaben der Vertragsparteien und der Gesellschaft prüft. Vielmehr sollte er jede einzelne Klausel auf allfällig resultierende Formvorschriften untersuchen. Im Zweifelsfalle ist es ganz klar von Vorteil, wenn der ganze Aktionärbindungsvertrag öffentlich beurkundet wird.

## 2. *Materielle Prüfung des Aktionärbindungsvertrags*

Bei der materiellen Prüfung des Aktionärbindungsvertrags ist die Klarheit und Verständlichkeit der Ausgangslage, der Zielsetzungen und der einzelnen Regelungen zu hinterfragen. Oftmals ergeben sich Widersprüche oder Unvollständigkeiten. Es ist zwar praktisch unmöglich, einen für alle Eventualitäten vollständigen Aktionärbindungsvertrag auszuarbeiten, dennoch kann versucht werden, jedenfalls die am häufigsten vorkommenden Entwicklungen zu regeln. Dazu sind insbesondere folgende allgemeine Klauseln in einem Aktionärbindungsvertrag zu empfehlen:<sup>85</sup>

- Vertragseinleitung mit einer Absichts- und Grundsatzerklärung, welche gegebenenfalls durch den Richter zur Lückenfüllung des Vertrages herangezogen werden könnte.
- Festhalten der aktuellen Beteiligungsverhältnisse, damit zumindest diesbezüglich Klarheit herrscht und später keine gegenteiligen Behauptungen mehr vorgebracht werden können.
- Auflistung der vorhandenen Vertragsgrundlagen, damit später kein Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung geltend gemacht werden kann.
- Festlegung der Vertragsdauer, sei dies nun auf unbestimmte oder bestimmte Zeit; im Falle eines Aktionärbindungsvertrags auf unbestimmte Zeit, sind die Kündigungsmodalitäten genau zu regeln. Eventuell können auch konkrete Gründe für eine fristlose Kündigung aufgelistet werden.
- Verpflichtung zur Hinterlegung der Aktien in einem gemeinsamen Sperrdepot. Dabei muss eine praktikable Regelung der Verfügungsberechtigung über das Sperrdepot getroffen werden.
- Vorsehen einer Konventionalstrafe in genau definierter Höhe für konkrete Vertragsverletzungen ohne Befreiung von der vertraglichen Verpflichtung. Denn jeder Vertrag ist nur so gut wie die Möglichkeiten zu seiner Durchsetzung und es muss immer davon ausgegangen werden, dass sich eine Partei nicht an den Vertrag hält.

---

<sup>85</sup> So schon im Ansatz 1998 MÜLLER, ABV, 5.



- Regelung der Rechtsnachfolge für den Fall, dass eine Vertragspartei stirbt oder handlungsunfähig wird. Vertragspartner sind in der Regel natürliche Personen, weshalb eine solche Klausel dringend notwendig ist.
- Statuierung einer salvatorischen Klausel, wonach im Falle einer Teilnichtigkeit nicht der gesamte Vertrag nichtig ist und der nichtige Passus vom Richter durch eine Bestimmung zu ersetzen sei, welcher wirtschaftlich der ursprünglichen Regelung am nächsten kommt.
- Festlegung des anwendbaren Rechts und eines zwingenden Gerichtsstandes oder Aufnahme einer Schiedsgerichtsvereinbarung. Die Parteien sind in der vertraglichen Regelung grundsätzlich frei, doch muss bei der Wahl des Gerichtsstandes zumindest ein Anknüpfungspunkt bestehen, damit das Gericht den Fall überhaupt annimmt. Je nach wirtschaftlicher Situation macht auch eine Mediationsklausel Sinn.