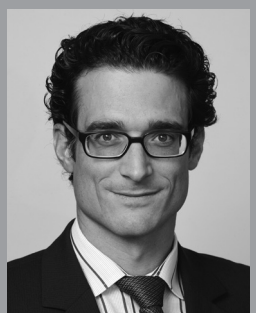

Stefan Knobloch*

Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Vertraglich strukturiertes Joint Venture
1. Anwendungsfälle
2. Rechtliche Qualifikation
2.1 Ausgangslage
2.2 Zwingende bzw. dispositive Normen der einfachen Gesellschaft
2.3 Abgrenzung Schuldvertrag und einfache Gesellschaft
a. Einleitung
b. Abgrenzung
3. Relevanz der rechtlichen Qualifikation auf die Gestaltungsmöglichkeiten
3.1 Einleitung
3.2 Dispositive Normen
3.3 Beitragspflicht
3.4 Vermögenswerte
3.5 Gewinn- und Verlustbeteiligung
3.6 Beschlussfassung
3.7 Geschäftsführung und Vertretungsrecht
3.8 Konkurrenzverbot, Sorgfalts- und Treuepflicht
3.9 Haftung zwischen den Gesellschaftern und gegenüber Dritten
3.10 Auflösung
III. Korporativ strukturiertes Joint Venture
1. Anwendungsfälle
2. Gründung und Struktur eines korporativen Joint Ventures
3. Rechtliche Qualifikation der Grundvereinbarung
4. Relevanz der rechtlichen Qualifikation auf die Gestaltungsmöglichkeiten
5. Grundvereinbarung und Joint-Venture-Gesellschaft (JVC)
6. Grundvereinbarung und die Mitglieder des Verwaltungsrats der JVC
7. Gesellschaftsrechtliche Absicherungsmöglichkeiten
7.1 Einleitung
7.2 Vertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung
7.3 Präsenz- und Beschlussquoren sowie Vetorechte
7.4 Dead-Lock Devices
a. Einleitung
b. Stichentscheid Generalversammlung/Verwaltungsrat/Geschäftsleitung
c. Wahl eines neutralen Verwaltungsrats
d. Ernennung eines Schiedsmanns
e. «Interner» Instanzenzug
f. Kauf- und Verkaufsrecht
g. Russisches Roulette und Blind Bids
7.5 Vorhand- und Vorkaufsrecht
7.6 Gesamtverkauf
7.7 Auflösung der JVC
7.8 Übertragungsbeschränkungen
a. Einleitung
b. Vinkulierung
c. Sicherstellung der Übertragungsbeschränkungen
IV. Zusammenfassung/Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Trotz der weiten Verbreitung von Joint Ventures ist die juristische Literatur dazu überschaubar und die höchstrichterliche Rechtsprechung kaum vorhanden. Das Ziel dieses Beitrags ist es, die vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Joint-Venture-Vereinbarungen bzw. der Joint-Venture-Gesellschaft zu analysieren und einen Teil der sich stellenden Rechtsfragen zu beantworten.

Die Bezeichnung «Joint Venture» wird für Kooperationsvereinbarungen jeglicher Art zwischen mindestens zwei natürlichen oder juristischen Personen verwendet. Eine Legaldefinition von Joint Venture gibt es im Schweizer Recht nicht[1].

* PD Dr. iur. Stefan Knobloch, Privatdozent für Handels- und Zivilverfahrensrecht an der Universität Zürich sowie Rechtsanwalt und Partner bei Staiger, Schwald & Partner AG, Zürich.

** Erweiterte Fassung des am vierten Deutsch-österreichisch-schweizerischem Symposium zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht vom 16./17. Mai 2013 gehaltenen Referats. Dieser Aufsatz wird voraussichtlich im Jahr 2014 auch bei Mohr Siebeck, Tübingen, erscheinen: Hans-Ueli Vogt/Holger Fleischer/Susanne Kalss (Hrsg.), [genauer Titel noch festzulegen].

1 Vgl. etwa Claude Reymond, Le contrat de «Joint Venture», in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, 385 f.; Walter R. Schluep, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in: ZSR 92 (1973) II, 481. Vgl. allerdings den Begriff «Gemeinschaftsunternehmen» im Kartellrecht (etwa Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen).

Aus zivilrechtlicher Sicht wird üblicherweise zwischen dem vertraglich strukturierten Joint Venture *(contractual joint venture)* und dem korporativen Joint Venture *(corporate/equity joint venture)* unterschieden[2]. Im Folgenden wird in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Lehre von einem korporativen Joint Venture ausgegangen, wenn sich die Parteien an einer juristischen Person beteiligen[3]; anderenfalls handelt es sich um ein vertraglich strukturiertes Joint Venture[4].

II. Vertraglich strukturiertes Joint Venture

1. Anwendungsfälle

Anwendungsfälle für vertraglich strukturierte Joint Ventures sind etwa Arbeitsgemeinschaften für die Errichtung eines Bauwerks oder Einkaufsgemeinschaften für verbesserte Einkaufskonditionen.

2. Rechtliche Qualifikation

2.1 Ausgangslage

Im Gegensatz zur Grundvereinbarung beim korporativ strukturierten Joint Venture[5] wird die Rechtsnatur des vertraglich strukturierten Joint Ventures von der Literatur eher stiefmütterlich behandelt und üblicherweise als einfache Gesellschaft qualifiziert[6]. Relevant ist die rechtliche Qualifikation, wenn es um die Frage der anwendbaren zwingenden oder – weil die Parteien keine Regelung getroffen haben – dispositiven Normen geht. Einschränkend ist allerdings festzustellen, dass der rechtlichen Qualifikation als Innominatvertrag – im Gegensatz zur Qualifikation als einfache Gesellschaft – ausschliesslich eine praktische Bedeutung zukommt, wenn die zwingenden und dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft bei einer Qualifikation als Innnomintvertrag nicht – auch nicht analog – zur Anwendung kommen[7].

---

2 Vgl. etwa Philippe Ritz, Joint Venture Vertrag, Zürich/Basel/Genf 2010, 1 und 4 f.; Rudolf Tschäni, Joint Ventures – zivilrechtliche Probleme, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 52; Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, 315 (entspricht weitgehend der vorstehend erwähnten Publikation von Rudolf Tschäni); Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Joint Ventures in Switzerland, Basel 1995 (Swiss Commercial Law Series, Bd. 4), 5.

3 Die Lehre ist nicht ganz eindeutig, scheint aber wie hier davon auszugehen, dass ein korporativ strukturiertes Joint Venture eine Beteiligung an einer juristischen Person erfordert. Vgl. etwa Lucius Huber, Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Kooperations- und Joint-Venture-Verträge, Bern/Stuttgart/Wien 1994, 18 f.; Philipp Ritz (FN 2), 1; Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (FN 2), 15; Tschäni/Diem/Wolf (FN 2), 315 i.V.m. 320 ff. A.M. Matthias Oertle, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1990, 4 i.V.m. 31 ff., der davon ausgeht, dass das Gemeinschaftsunternehmen nicht notwendigerweise eine juristische Person sein müsse und ein solches Gemeinschaftsunternehmen insbesondere auch in der Rechtsform der einfachen Gesellschaft bestehen könne.

4 M.E. ergibt sich die Richtigkeit dieser Abgrenzung bereits aus dem Begriff korporativ, d.h. körperschaftlich, und den Art. 52 ff. ZGB, die unter anderem die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen als juristische Personen bezeichnen. Wie hier wohl auch das Bundesgerichtsurteil vom 5. Mai 2006 (4C.22/2006), E. 5 (vgl. auch das Zitat in FN 49).

5 Vgl. unter III.3.

6 Lukas Handschin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 530 N 14 in Bezug auf die Arbeitsgemeinschaft, und Vogt/Watter (FN 2), 7.

7 Vgl. Marc Amstutz/Ariane Morin/Walter R. Schluep, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Einl. vor Art. 184 N 13 ff. und N 32 zur Anwendbarkeit von dispositivem und zwingendem Recht bei Innominatverträgen und den zur Lösung dieser Rechtsfrage vertretenen Theorien. Kommt man zum Schluss, dass der Joint-Venture-Vertrag keine einfache Gesellschaft begründet, kann man nicht – quasi durch die Hintertüre – die zwingenden Bestimmungen der einfachen Gesellschaft auf den Innominatvertrag anwenden. Ähnlich wie hier wohl das Bundesgerichtsurteil vom 21. November 2003 (4C.214/2003), E. 3, das unter Hinweis darauf, dass die Parteien eines Partnerschaftsvertrags (aufgrund des Regelungsgegenstands eine Art Aktionärbindungsvertrag) keine einfache Gesellschaft – zumindest nicht in Bezug auf den strittigen Punkt – bilden, nicht prüfte, ob Art. 533 Abs. 3 OR zwingend ist. Wäre diese Bestimmung auch beim vorliegenden Innominatvertrag anwendbar gewesen, hätte das Bundesgericht prüfen müssen, ob diese Bestimmung zwingend und daher anwendbar gewesen wäre. Die Heranziehung des dispositiven Rechts war bezüglich des strittigen Punkts nicht erforderlich, da die Parteien eine Regelung getroffen hatten.

2.2 Zwingende bzw. dispositive Normen der einfachen Gesellschaft

Gegenstand[8]	Zwingend	Dispositiv
Zweck	keine Widerrechtlichkeit	kein dispositiver Zweck vorgesehen
Beitragspflicht[9]	Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, wobei dieser massiv ungleich ausgestaltet sein kann[10]	Jeder Gesellschafter hat nach Art und Umfang den gleichen Betrag zu leisten[11]
Vermögenswerte	Anstelle von Gesamthandschaft kann Miteigentum vereinbart werden[12]	Gesamthandschaft
Gewinn- und Verlustbeteiligung	freie Gestaltungsmöglichkeit; evtl. unter Vorbehalt besonders krasser Fälle[13]	nach Köpfen. Ist nur die Verlustbeteiligung geregelt, gilt die gleiche Regelung für die Gewinnbeteiligung und *vis versa*[14]
Beschlussfassung	Weitgehende Gestaltungsmöglichkeit, sofern jedem Gesellschafter Stimmkraft zukommt[15]	Einstimmigkeit. Sofern das Mehrheitsprinzip vereinbart wurde, gilt das Kopfstimmprinzip[16]
Geschäftsführung	Die Geschäftsführung kann einzelnen Gesellschaftern oder Dritten zugewiesen werden[17]	Die Geschäftsführung steht jedem Gesellschafter zu
Vertretungsrecht	Im Aussenverhältnis gilt die bürgerliche Stellvertretung, wobei ein gutgläubiger Dritter darauf vertrauen darf, dass ein Geschäftsführer zur Vertretung befugt ist[18]. Insofern ist die Bestimmung über die Vertretung zwingender Natur	
Konkurrenzverbot	Kann im Rahmen der Rechtsordnung ausgedehnt und eingeschränkt werden[19]	Kein Gesellschafter darf zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde[20]
Sorgfalt und Haftung zwischen den Gesellschaftern	Kann im Rahmen von Art. 100 OR geändert werden[21]	subjektivierter Sorgfaltsmassstab[22]
Treuepflicht	sofern zur Zweckerreichung erforderlich, wohl zwingend[23]	
Haftung gegenüber Dritten	persönliche, primäre und ausschliessliche, unbeschränkte und solidarische Haftung[24] für rechtsgeschäftliches Handeln[25]	Dritter kann zu einer anderen Regelung einwilligen[26]
Auflösung[27]	Zweckerreichung und Feststehen seiner Unmöglichkeit[28] Zeitablauf[29] Ausscheiden des zweitletzten Gesellschafters[30]	Tod eines Gesellschafters[31] Konkurs eines Gesellschafters, Zwangsverwertung eines Liquidationsanteils eines Gesellschafters[32] und Unterstellung unter umfassende Beistandschaft[33] Übereinkunft[34] Kündigung bei unbestimmter Dauer/Lebenszeit[35] Urteil aus wichtigem Grund[36] Kündigung aus wichtigem Grund[37]

8 Diese Übersicht ist nicht abschliessend, erfasst aber die m.E. wesentlichen zwingenden und dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft.

9 Das Gesetz unterscheidet sprachlich zwischen Beiträgen (Art. 531 Abs. 1 OR) und Einlagen (Art. 548 Abs. 1 OR), wobei der Unterschied darin besteht, dass der Gesellschafter die Einlagen bei der Liquidation der einfachen Gesellschaft (zumindest wertmässig) zurückerhält (Art. 549 OR), nicht aber die Beiträge. Vgl. zum Ganzen Lukas Handschin/Reto Vonzun, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil, Tb V/4a: Die einfache Gesellschaft (Art. 530–551), Art. 531 N 16 f. mit Hinweisen, dass man vertraglich auch andere Beiträge als Einlagen qualifizieren könne. Vgl. auch Daniel Staehelin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 548/549 N 8 ff.; Alfred Siegwart, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Tb. V 5a, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659 OR, Zürich 1945, Art. 548, 549, 550 N 36 ff. Der Zweck dieser Unterscheidung liegt wohl daran, dass der Vermögensverzehr, nicht aber die Nutzung von Vermögenswerten unter den Gesellschaftern auszugleichen ist.

10 Vgl. neben Art. 531 Abs. 2 OR auch Lukas Handschin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 531 N 2; Walter Fellmann/Karin Müller, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt., 8. Tb., Art. 530–544 OR, Bern 2006, Art. 531 N 87 ff.

11 Art. 731 Abs. 1 OR.

12 Vgl. Art. 544 Abs. 1 OR; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 12 N 18.

13 Vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 533 N 54 ff. und Handschin (FN 10), Art. 533 N 2 ff. Vgl. auch das Bundesgerichtsurteil vom 21. November 2003 (4C.214/2003), E. 3.4, in dem die Frage offengelassen wurde, ob es zulässig sei, einen Gesellschafter auch dann von der Verlustbeteiligung zu befreien, wenn sein Beitrag zur einfachen Gesellschaft nicht in der Form von Arbeit nach Art. 533 Abs. 3 OR besteht.

14 Art. 533 Abs. 2 OR.

15 Es ergibt sich aus dem Gesetz, dass anstelle des Einstimmigkeits- das Mehrheitsprinzip gewählt werden kann (Art. 534 Abs. 1 OR). Vgl. dazu, dass vom gesetzlich vorgesehenen Kopfstimmenprinzip (Art. 534 Abs. 2 OR) abgewichen werden kann, etwa Handschin (FN 10), Art. 533 N 3 ff. und Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 534–535 N 92, jeweils mit weiteren Ausführungen über die Art der Festlegung der Stimmkraft wie etwa nach der Höhe der Beiträge oder der Dauer der Mitgliedschaft.

16 Vgl. Art. 534 OR. Nach Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 534–535 N 105 f. mit weiteren Hinweisen auf die Lehre soll für Vertragsänderungen zwingend Einstimmigkeit erforderlich sein. Vgl. dazu unter II.3.6.

17 Vgl. Art. 535 Abs. 1 OR.

18 Art. 543 Abs. 2 OR. Art. 543 Abs. 3 OR erwähnt zwar ausschliesslich, dass die Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers vermutet wird. Diese Vermutung ist in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht bei einem gutgläubigen Dritten jedoch unwiderlegbar (vgl. etwa BGE 124 III 359). Vgl. zum Ganzen Handschin (FN 10), Art. 543 N 25 f. und unter II.3.7.

19 Es gelten die allgemeinen Schranken eines übermässigen Konkurrenzverbots. Vgl. dazu Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 536 N 27. Nach Fellmann/Müller (FN 10), Art. 536 N 51 f. kann das Konkurrenzverbot gänzlich wegbedungen werden, sofern dadurch der Gesellschaftszweck nicht vereitelt oder wesentlich beeinträchtigt wird.

20 Art. 536 OR. Vgl. auch Handschin (FN 10), Art. 536 N 1.

21 Vgl. Fellmann/Müller (FN 10), Art. 538 N 80. Soweit ersichtlich, ist es unbestritten, dass Art. 538 OR im Rahmen von Art. 100 OR dispositiv ist (vgl. Fellmann/Müller, a.a.O. und Handschin (FN 10), 538 N 9). Sofern sich der Sorgfaltsmassstab einschränken lässt, kann im von der Haftung gänzlich ausschliessbaren Bereich auch eine betragsmässige Haftungsbeschränkung vereinbart werden (vgl. Wolfgang Wiegand, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 100 N 6). Schädigt ein Gesellschafter die einfache Gesellschaft im Bereich des zulässigen Haftungsausschlusses, trägt er einen Teil des Schadens allenfalls indirekt über die Vereinbarung zur Gewinn- und Verlustbeteiligung. Damit ein Gesellschafter nach Art. 538 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig wird, müssen neben der Missachtung des erforderlichen Sorgfaltsmassstabs (Verschulden) die üblichen Voraussetzungen einer vertraglichen Schadenersatzpflicht gegeben sein, d.h. Schaden, Vertragsverletzung und Kausalität (Fellmann/Müller (FN 10), Art. 538 N 88).

22 Gemäss Art. 538 Abs. 1 OR ist jeder Gesellschafter verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, die er in seiner eigenen Sache anzuwenden pflegt. Inwieweit ein Gesellschafter überhaupt eine Pflicht hat «fleissig» zu sein und somit etwas zu tun oder dafür zu sorgen, dass etwas nicht getan wird, kann sich aus dem Gesetz (so beispielsweise, wenn der Gesellschafter auch Geschäftsführer ist) und/oder dem Gesellschaftsvertrag ergeben (so beispielsweise aus der Art der Beträge). Soweit ein Gesellschafter keinen «Fleiss» schuldet, ist auch keine Sorgfalt geschuldet. Die Sorgfalt steht immer im Zusammenhang mit einer anderen Leistung (sinngemäss so auch Fellmann/Müller (FN 10), Art. 538 N 94). Ist ein Gesellschafter also weder Geschäftsführer noch hat er sich vertraglich verpflichtet (etwa über die Art der Beiträge), inskünftig etwa ausschliesslich die Produkte der einfachen Gesellschaft zu kaufen, handelt er nicht sorgfaltswidrig – aber allenfalls treuwidrig (vgl. dort) – und wird somit auch nicht wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung haftbar. Fellmann/Müller, a.a.O., Art. 538 N 89 f. erwähnen als vertragswidriges Verhalten etwa die unsorgfältige Geschäftsführung, die Nichtleistung der Beiträge, die Missachtung des Konkurrenzverbots und den Missbrauch des Kontrollrechts.

23 Die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft einerseits und gegenüber den Mitgesellschaftern andererseits ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Soweit die Treuepflicht andere als die bereits erwähnten Bereiche wie etwa das Konkurrenzverbot und die Sorgfaltspflicht betrifft, ist es unklar, was sie genau beinhaltet und inwieweit sie zwingender oder dispositiver Natur ist. Nach Fellmann/Müller (FN 10), Art. 530 N 591 hängt der Umfang und die Intensität der Treuepflicht von der Art des Gemeinschaftsverhältnisses und dem Gegenstand der Rechtsausübung ab. Nach Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 530 N 187 bedeutet die Treuepflicht, dass die Gesellschafter im Konflikt zwischen ihren persönlichen Interessen und den Interessen der Gesellschaft denjenigen der Gesellschaft den Vorzug zu geben haben, sofern der Konflikt in den Bereich der Zweckverfolgung fällt. Nach Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 12), § 12 N 61 ergibt sich die Pflicht der Gesellschafter zur Loyalität aus der personenbezogenen Ausgestaltung der einfachen Gesellschaft. Aufgrund der Unklarheit über den Inhalt der Treuepflicht ist m.E. ein besonderes Gewicht auf die Zweckumschreibung der einfachen Gesellschaft zu legen, damit eindeutig ist, was die einfache Gesellschaft alles nicht macht und durch sie auch nicht zu erreichen ist.

24 Vgl. etwa Meier-Hyoz/Forstmoser (FN 12), § 12 N 31; Art. 544 Abs. 3 OR.

25 Für eigenes (auch gemeinschaftliches) deliktisches Handeln, haftet jeder Gesellschafter selbstständig (Art. 41 OR und Art. 50 OR). Für deliktisches Handeln eines anderen Gesellschafters haftet er jedoch nicht (vgl. BGE 84 II 382 und BGE 90 II 508).

26 Art. 544 Abs. 3 OR.

27 Mit der Auflösung der einfachen Gesellschaft (Art. 545 f. OR) hört deren Existenz noch nicht auf; sie tritt in das Liquidationsstadium (Art. 548 OR). Liegt ein Auflösungsgrund vor, wird die einfache Gesellschaft – unter Vorbehalt einer abweichenden Regelung (vgl. dazu sogleich) – zwar aufgelöst, sie kann jedoch ohne Liquidation und Neugründung wieder zu einer aktiven Gesellschaft werden. Dazu ist ein einstimmiger – auch konkludenter – Beschluss der Gesellschafter erforderlich (Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 13). Nach Abschluss der Liquidation kann die Auflösung nicht mehr rückgängig gemacht werden (BGE 116 II 53 und BGE 70 II 56 f.) und die Gesellschafter müssten eine neue Gesellschaft gründen (Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 13 und 18; Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 4). Führt der Auflösungsgrund nicht zur Auflösung, sondern zum Ausscheiden eines Gesellschafters sind an die Gestaltungsfreiheit der Abfindungsregelungen gewisse Schranken geknüpft (vgl. Art. 580 OR sowie etwa Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 203 ff.). Nach Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 206 liegen diese Schranken in Art. 27 Abs. 2 ZGB und gegebenenfalls in den zu wahrenden Drittinteressen wie Erben und Gläubiger des ausscheidenden Gesellschafters. Soweit es um die Wahrung von Gläubigerinteressen geht, ist m.E. die Schranke der Mindestabfindung der Liquidationswert, d.h. der Wert, den die Ansprechspartner bei Anwendung der gesetzlichen Ordnung erhalten würden. Vgl. in Bezug auf den Erbfall die differenziertere Lösung bei Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 68 ff.

28 Mit Eintritt dieses Auflösungsgrunds (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR) wird die einfache Gesellschaft unmittelbar und ohne Weiteres aufgelöst. Vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 32, die explizit erwähnen, dass die Unmöglichkeit der Zweckerreichung ein zwingender Auflösungsgrund sei und von den Parteien nicht abweichend geregelt werden könne. Vgl. BGE 110 II 292, nachdem Unmöglichkeit vorliegt, wenn die Gesellschafter aufgrund interner Differenzen endgültig keinen gültigen Gesellschafterbeschluss mehr zustande bringen. Da der Auflösungsgrund der Unmöglichkeit zur automatischen Auflösung der einfachen Gesellschaft führt, ist dieser Auflösungsgrund m.E. nicht leichthin anzunehmen. Die internen Differenzen müssen also offensichtlich und nachhaltig sein (so auch Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 8).

29 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR ist insofern zwingend, als nicht vereinbart werden kann, dass die einfache Gesellschaft nach Ablauf einer vereinbarten Zeitdauer weder aufgelöst noch fortgesetzt wird. Selbstverständlich dürfen die Parteien nach Ablauf der vereinbarten Zeitdauer die einfache Gesellschaft fortsetzen (Art. 546 Abs. 3 OR).

30 Vgl. Art. 579 OR (Kollektivgesellschaft); Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 222 ff.

31 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Es kann vereinbart werden, dass die einfache Gesellschaft mit allen oder durch den Erblasser (einfache Nachfolgeklausel) oder im Gesellschaftsvertrag bezeichneten Erben (qualifizierte Nachfolgeklausel) fortgeführt wird oder alle oder einzelne Erben das Recht haben, der einfachen Gesellschaft beizutreten (Eintrittsklausel), oder die einfache Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt (Fortsetzungsklausel) wird und die Erben abgefunden werden (Abfindungsklausel). Vgl. zum Ganzen Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 36.

2.3 Abgrenzung Schuldvertrag und einfache Gesellschaft

a. Einleitung

Nachdem festgehalten worden ist[38], dass ein vertraglich strukturiertes Joint Venture definitionsgemäss keine juristische Person begründen kann, wird der Vertrag eines vertraglich strukturierten Joint Ventures entweder als «normaler» Schuldvertrag oder als Vertrag zur Begründung einer Rechtsgemeinschaft, d.h. als einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft oder als Kommanditgesellschaft qualifizieren[39]. Da eine Qualifikation als Kollektivgesellschaft und als Kommanditgesellschaft in aller Regel nicht gegeben ist[40], begrenzt sich die nachstehende Untersuchung auf eine Abgrenzung von Schuldvertrag und einfacher Gesellschaft.

b. Abgrenzung

Die einfache Gesellschaft wird durch einen formlosen Vertrag zwischen mindestens zwei Personen begründet (Art. 530 ff. OR)[41]. Ein Eintrag im Handelsregister ist weder erforderlich noch möglich[42]. Eine einfache Gesellschaft liegt vor, wenn sich die Parteien «zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften und Mitteln» verbinden und nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind (Art. 530 Abs. 1 OR)[43]. Daraus ergibt sich nicht nur die Abgrenzung gegenüber den anderen Gesellschaftsformen, sondern auch gegenüber den Verträgen, die keine Gesellschaft begründen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich, wenn die Vereinbarung zwischen den Parteien zwar Elemente eines gemeinsamen Zwecks beinhaltet, der gemeinsame Zweck aber als nicht hinreichend bedeutend angesehen wird[44].

In der Lehre wird als Abgrenzungskriterium teilweise auch die Causa-Struktur angefügt, die einerseits auf das Verhältnis zwischen den Leistungen der Parteien abstellt (*do ut des*) und andererseits auf das Verhältnis zwischen Leistung und Gewinnanspruch. Anders als beim synallagmatischen Vertrag beschränke sich bei der einfachen Gesellschaft der Rechtsgrund der Leistungspflicht der einen Partei nicht in der Verpflichtung der anderen Partei, sondern die Leistungspflicht erfolge im Interesse eines vereinbarten gemeinsamen Zwecks[45]. Sodann bestehe bei der einfachen Gesellschaft auch kein (wohl direkter) Zusammenhang zwischen (Beitrags-)Leistung des einzelnen Gesellschafters und seinem Gewinnanteil[46]. Als

---

32 Vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 84 ff. und Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 16a zur Zulässigkeit einer Regelung, die nicht zur Auflösung der einfachen Gesellschaft führt.

33 Vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 106 und Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 17 zur Zulässigkeit einer Regelung, die nicht zur Auflösung der einfachen Gesellschaft führt.

34 Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Soweit die Übereinkunft einstimmig zu erfolgen hat, ist dieser Auflösungsgrund wohl zwingend. Sollten die Parteien etwas anderes vereinbart haben, könnten sie jedenfalls die entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ändern.

35 Vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Art. 546 Abs. 1 OR. Das ordentliche Kündigungsrecht ist – unter Vorbehalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB – dispositiver Natur (BGE 106 II 228 f.) und kann insbesondere vom Vorliegen wichtiger oder anderer Gründe abhängig gemacht werden (vgl. dazu auch Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 24). Vom Auflösungsgrund der Kündigung ist die Wirkung der Kündigung zu unterscheiden. Anders als in Bezug auf die übrigen Auflösungsgründe erwähnt die Lehre beim Auflösungsgrund der Kündigung ohne wichtigen Grund nicht, dass vorgängig eine Fortsetzungsklausel vereinbart werden könne (vgl. etwa Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 141 ff.). Dagegen erwähnt diese Lehre beim Auflösungsgrund der Kündigung aus wichtigem Grund oder des Urteils, dass vorgängig eine Fortsetzungsklausel vereinbart werden könne (vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 165; Siegwart (FN 9), Art. 547 N 25; so wohl auch Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 5). Kann die Fortsetzungsklausel bei einem Auflösungsfall aus wichtigem Grund vorgesehen werden, muss das auch bei einer Auflösung aufgrund einer Kündigung ohne wichtigen Grund möglich sein. Eine unterschiedliche Behandlung liesse sich jedenfalls nicht rechtfertigen.

36 Vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. Art. 545 Abs. 2 OR. Die Auflösung durch Urteil aus wichtigem Grund ist insofern dispositiver Natur, als die Parteien anstatt der Auflösung durch Urteil aus wichtigem Grund, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund vereinbaren können (BGE 74 II 172 ff.). A.M. Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 33.

37 Wie in FN 36 ausgeführt worden ist, kann der Auflösungsgrund des Urteils aus wichtigem Grund durch ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ersetzt werden. Gegebenenfalls ist die Kündigung aus wichtigem Grund ohne Weiteres zwingender Natur. Ist der Auflösungsgrund des Urteils aus wichtigem Grund nicht wegbedungen, kann sich der aus Art. 27 Abs. 2 ZGB abgeleitete Kündigungsgrund aus wichtigem Grund – gemäss BGE 74 II 172 ff. stellt Art. 545 Abs. 2 OR kein Kündigungsrecht dar, sondern konkretisiert lediglich das Klagerecht nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR – ausschliesslich auf diejenigen Fälle beschränken, bei denen der wichtige Grund in der Zeitdifferenz zwischen einer sofortigen Auflösung durch Kündigung und einer späteren Auflösung durch Klage begründet ist. In diese Richtung auch Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 137 und Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 29. Vgl. etwa Staehelin (FN 9), Art. 545/546 N 5 ff. zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Ausschlussmöglichkeit von Gesellschaftern.

38 Vgl. unter I.

39 Vgl. zur Abgrenzung der Rechtsgemeinschaften von den Körperschaften etwa Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 12), § 2 N 2 ff. Die Rechtsgemeinschaften des ZGB wie die Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) werden aufgrund nicht gegebener Relevanz nicht weiter erwähnt.

40 Sind am Joint Venture juristische Personen beteiligt, was die Regel sein dürfte, kann keine Kollektivgesellschaft vorliegen. Die Kollektivgesellschaft steht ausschliesslich natürlichen Personen zur Verfügung (Art. 552 OR und BGE 84 II 381 f.). Die Qualifikation als Kommanditgesellschaft wird regelmässig deshalb entfallen, weil die Parteien nicht zwischen Komplementäre und Kommanditäre unterscheiden (Art. 594 OR).

41 Ausnahmsweise kann eine (qualifizierte) Schriftlichkeit erforderlich sein, wie beispielsweise bei der Vereinbarung eines Gerichtsstands oder der Übertragung von Grundstücken. Aus Beweisgründen empfiehlt es sich freilich, den Gesellschaftsvertrag auch schriftlich abzuschliessen, wenn dazu keine gesetzliche Notwendigkeit besteht.

42 BGE 79 I 179 ff.

43 Auf die in der Lehre geführte Diskussion, ob eine einfache Gesellschaft überhaupt ein kaufmännisches Gewerbe führen darf, wird nicht weiter eingegangen. Vgl. dazu etwa Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 12), § 4 N 50 ff.

44 Vgl. etwa Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 12), § 12 N 19 ff.; Fellmann/Müller (FN 10), Art. 530 N 66 ff.

45 Vgl. auch BGE 104 II 112 und das Bundesgerichtsurteil vom 16. April 2007 (4C.30/2007), E. 4.1.

46 Fellmann/ Müller (FN 10), Art. 530 N 70.

weiteres Abgrenzungskriterium wird angeführt, dass bei der einfachen Gesellschaft die (Beitrags-)Leistungen nicht etwa zwischen den Gesellschaftern ausgetauscht, sondern zur gemeinsamen Zweckerreichung vereinigt werden[47]. Vielleicht zieht man im Zweifelsfall einfach die von von Jhering herausgearbeiteten Grundsätze zur Interessenlage der Parteien von Austausch- und Gesellschaftsvertrag heran und entwickelt diese zur nachstehenden Gleichung: Ist «sein Schaden mein Gewinn», liegt ein Austauschverhältnis vor und ist «sein Vortheil mein Vortheil, mein Vortheil sein Vortheil» liegt ein Gesellschaftsvertrag vor[48].

Wendet man die genannten Kriterien an, wird man das wohl häufigste vertragliche Joint Venture, die ARGE, nicht vorschnell als einfache Gesellschaft qualifizieren können, dürfte doch das einzelne Mitglied der ARGE primär am «Verkauf» seiner Produkte/Dienstleistungen interessiert sein und nur sekundär an der gemeinsamen Errichtung der Bauten. Mit anderen Worten: Die Errichtung der Baute wird regelmässig vielmehr das Mittel zum Zweck und nicht der Zweck selbst sein[49].

3. Relevanz der rechtlichen Qualifikation auf die Gestaltungsmöglichkeiten

3.1 Einleitung

Da nicht auszuschliessen ist, dass das vertraglich strukturierte Joint Venture als einfache Gesellschaft qualifiziert[50] oder die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft – zumindest teilweise – auch bei einer Qualifikation als Innominatvertrag angewendet werden[51], empfiehlt es sich, die in Abschnitt II.2.2 aufgeführten Regelungsgegenstände im Joint-Venture-Vertrag ausdrücklich zu regeln.

3.2 Dispositive Normen

Es ist offensichtlich, dass die anwendbaren dispositiven Normen wegbedungen werden können. Je präziser die Wegbedingung ist, desto eher lassen sich später Streitigkeiten darüber vermeiden, ob auch der gerade strittige Gegenstand nicht nach den dispositiven Normen zu lösen ist. Eine generelle Wegbedingung sämtlicher dispositiver Normen des (Schweizer) Privatrechts[52] wäre daher problematisch; die generelle Wegbedingung der dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft, wird in der Regel aber hinreichend präzise sein[53].

3.3 Beitragspflicht

Die Parteien sollten eindeutig regeln, ob eine bestimmte Leistung eine gesellschaftsrechtliche Beitragsleistung oder die Erfüllung eines anderen Vertrags (beispielsweise eines Liefervertrags) darstellt. In der Regel wird die Zuweisung einer Leistung als Beitrag oder als Erfüllung eines anderen Vertrags aufgrund des Vorhandenseins bzw. Nichtvorhandenseins einer Gegenleistung vorgenommen werden können[54]. Überlässt aber eine Partei der einfachen Gesellschaft von Anfang an etwa eine für deren Zweckerfüllung erforderliche Lizenz, kann das Zurverfügungstellen – selbst wenn es *at arm's length* erfolgt – m.E. trotzdem eine Beitragsleistung darstellen[55] und daher vor der Auflösung der einfachen Gesellschaft nicht ohne Weiteres zurückgefordert werden.

3.4 Vermögenswerte

Werden der einfachen Gesellschaft Vermögenswerte zur Verfügung gestellt – sei es als gesellschaftsrechtliche Beitragsleistung oder in Erfüllung eines anderen Vertrags –, ist klar zu regeln, ob diese Vermögenswerte der Gesellschaft zu Eigentum *(quoad dominium),* zum Gebrauch *(quoad usum)* oder dem Werte nach *(quoad sortem)*

---

47 Fellmann/Müller (FN 10), Art. 530 N 72. Vgl. auch BGE 116 II 707, nachdem die Verkäufer von Aktien als einfache Gesellschaft qualifiziert wurden. Im Aktienkaufvertrag erfolgte allerdings keine Aufschlüsselung der Aktien und des Kaufpreises nach Verkäufer.

48 Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht, Erster Band, Leipzig 1877, 217, ähnlich zitiert bereits durch Fellmann/Müller (FN 10), Art. 530 N 71.

49 Im Einzelnen wird die rechtliche Qualifikation freilich von der Ausgestaltung der Vereinbarung abhängig sein, insbesondere von der Regelung über die Beteiligung von Gewinn und Verlust. Nicht differenzierend das Bundesgerichtsurteil vom 5. Mai 2006 (4C.22/2006), E. 5 (als obiter dictum) bei der Abgrenzung eines korporativen Joint Ventures von einem vertraglich strukturierten Joint Venture: «le contrat de joint venture ne se limite pas à un pur accord de collaboration (Contracutal Joint Venture), qui est naturellement soumis aux règles de la société simple, tels les contrats de consortium pour exécution de grands travaux, car il suppose, en plus, la création d'une société commune (la joint venture) – généralement une société anonyme – dont les partenaires détiendront toutes les action».

50 Vgl. unter II.2.3.

51 Vgl. unter II.2.1.

52 Etwa: «Sämtliche anwendbaren dispositiven Normen [des Schweizer Privatrechts] sind wegbedungen.»

53 So auch Dieter Gericke/Luca Dalla Torre, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 44. Nichtsdestotrotz ist es empfehlenswert, die durch die dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft geregelten Sachverhalte explizit zu regeln und die konkreten dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft einzelfallweise wegzubedingen. Ein solches Vorgehen hat auch den Vorteil, dass man sich zu jeder dispositiven Norm überlegen muss, wie man den dort geregelten Sachverhalt überhaupt regeln möchte. Schliesst man die dispositiven Normen generell aus und lässt den dort geregelten Sachverhalt ungeregelt, besteht das Risiko, dass man bei der Vertragsauslegung und Vertragsergänzung im Ergebnis doch noch bei der dispositiven Norm landet (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 ZGB). Vgl. zur Vertragsauslegung und Vertragsergänzung Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, § 10 und § 11, insbesondere N 1264 f.

54 Vgl. unter II.2.3 zur Causa-Struktur. Vgl. zum Ganzen etwa Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 531 N 26 ff.

55 So wohl auch Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 531 N 31.

überlassen werden[56]. Erfolgt die Einbringung zu Eigentum, werden die Gesellschafter Gesamteigentümer, sofern sie nicht Miteigentum vereinbart haben (Art. 544 Abs. 1 OR).

3.5 Gewinn- und Verlustbeteiligung

Sofern die einfache Gesellschaft – anders als wohl bei einer ARGE – kein wirkliches Eigenleben hat, fallen weder Gewinne noch Verluste an[57]. Nichtsdestotrotz sollte der Vollständigkeit halber auch in einem solchen Fall eine entsprechende Regelung vorgesehen werden.

3.6 Beschlussfassung

Ohne eine abweichende Regelung gilt für die Beschlussfassung Einstimmigkeit (Art. 534 Abs. 1 OR). Vom Einstimmigkeitsprinzip soll dagegen bei beschlussweisen Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht abgewichen werden können, es sei denn – was umstritten ist – der Gesellschaftsvertrag sehe einzelfallweise vor, welche Bestimmung mit welcher Mehrheit geändert werden könne[58]. Unabhängig davon, ist bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung faktisch ohnehin Einstimmigkeit erforderlich, da eine Partei allein keine Mehrheit auf sich vereinigt[59]. Mithin führt eine Qualifikation als einfache Gesellschaft gegenüber der Qualifikation als Innominatvertrag nicht wirklich zu einem unterschiedlichen Ergebnis. Auch in einem anderen Vertrag als einem Gesellschaftsvertrag kann man vereinbaren, wem welches Recht zusteht und ob eine Partei ein Wahlrecht oder ein Bestimmungsrecht hat. Freilich gilt hier wie dort die Einschränkung von Art. 27 ZGB.

3.7 Geschäftsführung und Vertretungsrecht

In Bezug auf das Vertretungsrecht gilt auch bei der einfachen Gesellschaft die bürgerliche Stellvertretung (Art. 543 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 ff. OR). Insofern macht es in Bezug auf die Stellvertretung keinen Unterschied, ob das vertraglich strukturierte Joint Venture als einfache Gesellschaft qualifiziert wird oder nicht. Einen Unterschied[60] gibt es dennoch: Bei der einfachen Gesellschaft wird die Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers – bei gutgläubigen Dritten unwiderlegbar[61] – vermutet (Art. 543 Abs. 3 OR).

3.8 Konkurrenzverbot, Sorgfalts- und Treuepflicht

Einer der wohl zentralen Unterschiede zwischen einer einfachen Gesellschaft und einer Vielzahl anderer Verträge ist die Treuepflicht und das Konkurrenzverbot, welche sich bei der einfachen Gesellschaft nicht gänzlich ausschliessen lassen. Anders als bei vielen anderen Verträgen, ist bei der einfachen Gesellschaft der Sorgfaltsmassstab zudem subjektiviert. Im Übrigen kann das Mass der Sorgfalt bei der einfachen Gesellschaft wie bei den meisten anderen Verträgen ebenfalls im Rahmen von Art. 100 OR herabgesetzt werden[62].

3.9 Haftung zwischen den Gesellschaftern und gegenüber Dritten

Im Innenverhältnis haftet jeder Gesellschafter gegenüber den anderen Gesellschaftern für den diesen/der einfachen Gesellschaft verursachten Schaden (Art. 538 Abs. 2 OR). Der dabei anwendbare Sorgfaltsmassstab ist subjektiviert[63]. Gegenüber Dritten haftet jeder Gesellschafter für rechtsgeschäftliches Handeln persönlich, primär und ausschliesslich, unbeschränkt und solidarisch[64]. Der Dritte kann zu einer anderen Regelung (beispielsweise den Ausschluss der Solidarität gemäss Art. 544 Abs. 3 OR) einwilligen[65]. Liegt dagegen keine einfache Gesellschaft vor, werden mehrere Parteien (z.B. Verkäufer) ausschliesslich dann solidarisch für die Verpflichtung der anderen Parteien einstehen müssen, wenn sich dies aus

---

56 Vgl. etwa Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 531 N 48 ff.

57 So ist es kaum vorstellbar, dass ein Aktionärbindungsvertrag, der nach der Auffassung einiger Autoren eine einfache Gesellschaft begründen soll, einen Gewinn/Verlust erwirtschaften kann. Dies ist zumindest kaum vorstellbar, wenn die durch den Aktionärbindungsvertrag geregelten Aktien nicht in die einfache Gesellschaft eingebracht werden. Erfahrungsgemäss tragen die Parteien ihre Kosten, die ihnen im Zusammenhang mit der Vertragsredaktion und der Abstimmung des Stimmverhaltens entstehen – wie bei anderen Verträgen auch – selbst.

58 Vgl. zum Ganzen Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 534–535 N 105 f., die davon ausgehen, dass bei Vertragsänderungen immer Einstimmigkeit erforderlich ist, also auch bei einer einzelfallweisen Regelung. Sofern man vom Grundsatz her zustimmen sollte, dass Vertragsänderungen Einstimmigkeit erfordern, ist nicht wirklich ersichtlich, weshalb es einen Unterschied machen soll, ob einzelfallweise oder generell eine abweichende Regelung getroffen wird. Entweder ist das Einstimmigkeitserfordernis dispositiv oder zwingend. Auf die formelle Umsetzung kann es nicht ankommen. Davon abgesehen, führte eine derart formelle Auffassung zu kaum lesbaren Gesellschaftsverträgen, die nach jedem Abschnitt, vielleicht sogar nach jedem Satz oder Teilsatz das für die Änderung relevante Quorum wiederholen würden.

59 Freilich eröffnet die Einführung des Mehrheitsprinzips bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung Raum für Spielereien, so zum Beispiel, wenn eine Partei verhindert ist, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen bzw. «selbstverschuldet» die Einladung dazu nicht erhält und somit von der Durchführung der Gesellschafterversammlung keine Kenntnis hat.

60 Der Unterschied dürfte jedoch gering sein, da der gutgläubige Dritte Kenntnis vom Vorliegen einer einfachen Gesellschaft und der Geschäftsführerstellung des handelnden Geschäftsführers haben muss (Vgl. BGE 124 III 360). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, werden regelmässig auch die Voraussetzungen für eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht der bürgerlichen Stellvertretung erfüll sein. Vgl. Rolf Watter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 33 N 16 zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht der bürgerlichen Stellvertretung.

61 Vgl. dazu FN 18.

62 Vgl. zum Ganzen unter II.2.2.

63 Vgl. unter II.2.2 und II.3.8 sowie FN 21.

64 Für deliktisches Verhalten haftet jeder Gesellschafter solidarisch, sofern er daran mitgewirkt hat (Art. 41 und Art. 50 OR). Vgl. FN 25.

65 Vgl. unter II.2.2.

der Vereinbarung mit dem Dritten oder einer anderen Gesetzesbestimmung ergibt (Art. 143 ff. OR).

3.10 Auflösung

Ein weiterer zentraler Unterschied zwischen einer einfachen Gesellschaft und anderen Dauerschuldverhältnissen ist die Auflösung bzw. die Beendigung der entsprechenden Vereinbarung. Die Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft (Art. 545 f. OR) sind relativ breit gefasst und daher bei der Vertragsredaktion zu adressieren, wenn eine Qualifikation als einfache Gesellschaft – so auch bei der ARGE[66] – nicht ausgeschlossen werden kann. Viele der Auflösungsgründe sind insofern dispositiv, als sie nicht zwingend zur Auflösung der einfachen Gesellschaft führen, wenn die Parteien andere zulässige Rechtsfolgen vereinbart haben.

Zwingend zur Auflösung führen die Zweckerreichung, die definitive Feststellung der Unmöglichkeit der Zweckerreichung (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR), das Ausscheiden des zweitletzten Gesellschafters[67] und der Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 5 OR). Im zuletztgenannten Fall wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, wenn die Parteien die Gesellschaft freiwillig fortsetzen (Art. 546 Abs. 3 OR).

Nicht zwingend zur Auflösung der einfachen Gesellschaft führen alle weiteren in Art. 545 f. OR aufgeführten Auflösungsgründe, sofern im Gesellschaftsvertrag oder teilweise auch später durch Beschlussfassung oder Änderung des Gesellschaftsvertrags eine andere zulässige Rechtsfolge vereinbart worden ist bzw. wird[68].

III. Korporativ strukturiertes Joint Venture

1. Anwendungsfälle

Anwendungsfälle für korporativ strukturierte Joint Ventures sind etwa die Zusammenlegung von Geschäftsbereichen verschiedener Unternehmen (z.B. ABB Asea Brown Boveri Ltd) oder die Schaffung eines Übernahmevehikels (z.B. Aquamit B.V. zur Übernahme der Quadrant AG).

2. Gründung und Struktur eines korporativen Joint Ventures

Ein korporativ strukturiertes Joint Venture wird durch eine Vereinbarung über die Errichtung und Führung eines Gemeinschaftsunternehmens initiiert. Die Vereinbarung wird regelmässig als Grundvereinbarung und das Gemeinschaftsunternehmen als Joint Venture Company (JVC) bezeichnet. In der Grundvereinbarung wird im Wesentlichen bestimmt, welche bestehende oder neuzugründende Gesellschaft die JVC sein soll (in der Regel eine neu zu gründende Aktiengesellschaft[69]), wer was in die JVC einbringt und wer mit welcher Beteiligung an der JVC beteiligt ist. Sodann einigen sich die Parteien in der Grundvereinbarung regelmässig auf den Inhalt von weiteren Dokumenten und Verträgen wie Statuten und Organisationsreglement der JVC, Sacheinlage-, Darlehens-, Lizenz- und Markenverträge und den Aktionärbindungsvertrag mit dem üblichen Regelungsgegenstand. Teilweise werden die Inhalte der erwähnten Dokumente und Verträge auch partiell direkt in die Grundvereinbarung integriert[70], was freilich nur möglich ist, wenn Parteiidentität besteht.

3. Rechtliche Qualifikation der Grundvereinbarung

Die rechtliche Qualifikation der Grundvereinbarung ist in der Lehre umstritten. Nach der einen Auffassung soll die Grundvereinbarung als Innominatvertrag[71] und nach der anderen Auffassung als einfache Gesellschaft[72] qualifizieren[73]. Wie bereits in Bezug auf das vertraglich struk-

---

66 Vgl. unter II.2.1.

67 Bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung ist das Ausscheiden der einen Partei ohne den Beitritt einer weiteren Partei somit gleichbedeutend mit der Auflösung der einfachen Gesellschaft. Gemäss Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 545–547 N 225 reicht der Beitritt einer weiteren Partei zur Aufrechterhaltung der einfachen Gesellschaft nicht aus, wenn er nach dem Ausscheiden (z.B. Tod) der ausgeschiedenen Partei erfolgt. Sofern also verhindert werden soll, dass die Gesellschaft beim Ausscheiden einer Partei aufgelöst wird, müsste man bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung noch mindestens einen weiteren Gesellschafter aufnehmen. Diesem zusätzlichen Gesellschafter könnte sowohl stimmen- als auch vermögensmässig eine untergeordnete Rolle zugewiesen werden. Vgl. dazu unter II.2.2.

68 Vgl. unter II.2.2.

69 Gericke/Dalla Torre (FN 53), 33 ff. legen dar, weshalb die Rechtsform der GmbH auch nach der Revision von 2008 wenig geeignet ist, um als JVC zu dienen. Zusätzlich zu den von Gericke/Dalla Torre, a.a.O., erwähnten Argumenten ist m.E. auch die in Art. 803 OR verankerte Treuepflicht und das Konkurrenzverbot problematisch, betreiben doch die Joint-Venture-Parteien regelmässig noch andere Geschäfte, die vom Geschäft der JVC nicht immer vollkommen verschieden sind.

70 Vgl. etwa den Mustervertrag einer Grundvereinbarung bei Ritz (FN 2), 17 ff., der die Organisation, das Stimmverhalten und die Übertragungsbeschränkungen direkt in die Grundvereinbarung integriert und nicht auf einen separaten Aktionärbindungsvertrag verweist.

71 Vgl. etwa Huber (FN 3), 55 f.; Reymond (FN 1), 386.

72 Vgl. etwa Jasmin Djalali, Internationale Joint Ventures, Diss. Bern 1999, 78; Oertle (FN 3), 109; Tschäni/Diem/Wolf (FN 2), 317.

73 Vgl. auch die Zusammenstellung der Lehrmeinungen bei Amstutz/Morin/Schluep (FN 7), Einl. vor. Art. 184 N 403, die davon ausgehen, dass es sich bei der Grundvereinbarung um einen gemischten Innominatvertrag handelt, der je nach Regelungsgegenstand (z.B. Stimmbindung) auch noch ein Vertrag *sui generis* sei. Vgl. auch Gericke/Dalla Torre (FN 53), 41 ff., die erwähnen, dass die Voraussetzungen für eine Qualifikation als einfache Gesellschaft regelmässig nicht erfüllt sein werden, aufgrund der bestehenden

turierte Joint Venture ausgeführt wurde, ist die rechtliche Qualifikation von Bedeutung, wenn es um die Frage der anwendbaren zwingenden[74] oder – weil die Parteien keine Regelung getroffen haben – dispositiven Normen geht. Ausserdem wurde darauf hingewiesen, dass der rechtlichen Qualifikation als Innominatvertrag – im Gegensatz zur Qualifikation als einfache Gesellschaft – ausschliesslich eine praktische Bedeutung zukommt, wenn die zwingenden und dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft bei einer Qualifikation als Innnomintvertrag nicht – auch nicht analog – zur Anwendung kommen[75].

Die Abgrenzung einer einfachen Gesellschaft von den Verträgen, die keine Gesellschaft begründen, wurde bereits vorgenommen[76]. Anders als bei vertraglich strukturierten Joint Ventures geht das Bundesgericht in Bezug auf die Grundvereinbarung nicht davon aus, dass diese *«naturellement soumis aux règles de la société simple»* sei[77]. Vielmehr führt das Bundesgericht im zitierten Entscheid vom 5. Mai 2006 aus, dass eine generelle Qualifikation der Grundvereinbarung als einfache Gesellschaft nicht möglich sei und es auf den konkreten Parteiwillen bzw. den konkreten Vertragsinhalt ankomme[78].

Die rechtliche Qualifikation der Grundvereinbarung als Innominatvertrag oder Gesellschaftsvertrag hängt nach den bisherigen Ausführungen von dessen konkreter Ausgestaltung ab. Beschränkt sich die Grundvereinbarung auf den Errichtungsakt der JVC, werden die Voraussetzungen zur Qualifikation als Gesellschaftsvertrag kaum erfüllt sein, sofern die JVC aufgrund der Rechtsprechung zur Gründungsgesellschaft einer Aktiengesellschaft nicht *uno actu* gegründet wird[79]. Reicht die Vereinbarung über den Errichtungsakt der JVC nicht aus, damit die Grundvereinbarung automatisch als Gesellschaftsvertrag einer einfachen Gesellschaft qualifiziert, sind zusätzliche Elemente erforderlich. Bei Berücksichtigung des zitierten Bundesgerichtsentscheids[80] werden auch die üblicherweise in einem Aktionärbindungsvertrag enthaltenen Elemente wie die Vereinbarung über das Halten der Beteiligung an der JVC, den Exit, das Vertretungsrecht im Verwaltungsrat, das Stimmverhalten und die Informationsrechte keine einfache Gesellschaft begründen[81].

Überhaupt stellt sich die Frage, weshalb die Parteien eines korporativen Joint Ventures neben der JVC zusätzlich noch eine einfache Gesellschaft bilden sollten, da sie – was die Regel sein dürfte – nach aussen nicht als solche Gesellschaft auftreten. Zum Zweck des Auftritts gegen aussen steht ja gerade die JVC zur Verfügung. Der Zweck der Grundvereinbarung und/oder des Aktionärbindungsvertrags ist die Regelung des Innenverhältnisses, weshalb es keinen Grund gibt, die vor allem im Hinblick die Einbringungen/Beitragsleistungen[82] unbefriedigenden Normen der einfachen Gesellschaft anwenden zu lassen[83]. Letztlich ist noch zu erwähnen, dass die

Lehrmeinungen jedoch nicht auszuschliessen sei, dass die Gerichte eine entsprechende Qualifikation als einfache Gesellschaften vornehmen würden.

74 Auf die noch nicht restlos geklärte Frage, inwiefern zwingendes Aktienrecht einer Vereinbarung zwischen Aktionären (in der Regel einem Aktionärbindungsvertrag) entgegensteht, wird nicht weiter eingegangen. Es scheinen zwar (fast) alle Autoren davon auszugehen, dass ein Aktionärbindungsvertrag grundsätzlich gültig sei, nicht jedoch in Bezug auf alle Bestimmungen. Vgl. etwa Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 139 ff.; Andreas Länzlinger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 692 N 10 ff. mit einer Darstellung der Lehre und Rechtsprechung. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 580 ff. erachtet Aktionärbindungsverträge – zumindest in Bezug auf die Bindung von Verwaltungräten – für ungültig, wenn sie gegen zwingendes Aktienrecht verstossen.

75 Vgl. unter II.2.1.

76 Vgl. unter II.2.3.

77 Vgl. das in FN 49 wiedergegebenen Zitat.

78 Bundesgerichtsurteil vom 5. Mai 2006 (4.C.22/2006), E. 5: «Cependant, [...], il est exclu de proposer une analyse rigoureuse de constructions dont les contours dépendent de chaque cas concret. De fait, le contrat de joint venture, qui est issu de la pratique, relève de l'autonomie de la volonté». Vgl. auch das Bundesgerichtsurteil vom 21. November 2003 (4C.214/2003), E. 3.3, in dem das Bundesgericht einen von den Parteien als «Contrat de partenariat» bezeichneten Vertrag, der die Finanzierung für den Erwerb von Aktien durch eine Private-Equity-Gesellschaft sowie die weiteren Bedingungen der Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, nicht als einfache Gesellschaft qualifizierte. Der Partnerschaftsvertrag enthielt unter anderem auch die sonst für Aktionärbindungsverträge typischen Exit-Regelungen, Vertretungsrechte im Verwaltungsrat und Informationsrechte.

79 In konstanter Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Gründer einer Aktiengesellschaft bis zum Eintrag der Aktiengesellschaft in das Handelsregister eine einfache Gesellschaft bilden (vgl. etwa BGE 95 I 278 und BGE 85 I 131, je unter Berufung auf Siegwart (FN 9), Art. 645 N 14 unter Berufung auf die Materialien). In den zitierten Bundesgerichtsurteilen ging es allerdings nicht um Haftungsfragen, sondern darum, wer zur Beschwerdeführung gegen den durch das Handelsregister verweigerten Handelsregistereintrag legitimiert ist. Da die Aktionäre, die sich an einer Kapitalerhöhung beteiligen, in aller Regel keine einfache Gesellschaft begründen, empfiehlt es sich, um die Qualifikation als einfache Gesellschaft für den gesamten Errichtungsvorgang der JVC zu vermeiden, zuerst eine Aktiengesellschaft mit minimalem und bar liberiertem Aktienkapital zu gründen und erst in einem zweiten Schritt – sofern anwendbar – die zu vereinenden Geschäftsbereiche als Sacheinlage in die JVC einzubringen.

80 Vgl. FN 78.

81 Dabei wird es keinen Unterschied machen, ob die Verpflichtung zur Errichtung der JVC und die erwähnten weiteren Verpflichtungen auf mehrere Dokumente aufgeteilt werden. Aus Praktikabilitätsgründen kann es sich allerdings anbieten, in der Grundvereinbarung im Wesentlichen zu regeln, welche weiteren Verträge – vor allem wenn keine Parteiidentität bestehen sollte – abzuschliessen und zu vollziehen sind. Solche weiteren Verträge sind typischerweise Aktionärbindungsverträge und Verträge über den Kauf oder den Tausch von Beteiligungen und/oder anderen Vermögenswerten zwischen den Joint-Venture-Parteien, die durch Sacheinlage in die JVC erfüllt werden (vgl. auch unter III.2).

82 Vgl. Handschin/Vonzun (FN 9), Art. 531 N 26 ff. zur Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlichen und aussergesellschaftsrechtlichen Leistungen.

83 Vgl. etwa Siegwart (FN 9), Art. 531 N 8, der in Bezug auf die Beitragsleistung von beweglichen Sachen zu Eigentum die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche analog anwenden will. Vgl. Tschäni (FN 2), 55, der auf die Unklarheit bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 82 und Art. 107 ff. OR bei Leistungsstörungen

Parteien eines Joint Ventures mit einer 50:50-Beteiligung regelmässig weder ihren Beitrag in das JVC (z.B. ihre entsprechende Schifffahrtssparte) noch ihre Beteiligung am JVC in eine einfache Gesellschaft[84] einbringen wollen; wenn sie schon eine einfache Gesellschaft begründen sollten/wollten, wäre das allenfalls in Bezug auf ihr Stimmverhalten. Wie wir gesehen haben, reicht die vertragliche Abstimmung des Stimmverhaltens nach zutreffender Rechtsprechung aber gerade nicht aus, um eine einfache Gesellschaft zu begründen.

4. Relevanz der rechtlichen Qualifikation auf die Gestaltungsmöglichkeiten

Die Relevanz der rechtlichen Qualifikation auf die Gestaltungsmöglichkeiten eines vertraglich strukturierten Joint Ventures wurde bereits erläutert. Die entsprechenden Ausführungen gelten auch bezüglich der Gestaltungsmöglichkeit der Grundvereinbarung bzw. des Aktionärbindungsvertrags[85].

5. Grundvereinbarung und Joint-Venture-Gesellschaft (JVC)

Üblicherweise wird die Joint-Venture-Gesellschaft nicht Partei zur Grundvereinbarung[86], weshalb vorliegend nicht weiter auf dieses Rechtsverhältnis eingegangen wird[87].

6. Grundvereinbarung und die Mitglieder des Verwaltungsrats der JVC

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind nur ausnahmsweise Partei der Grundvereinbarung. Eine solche Ausnahme kann bestehen, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats gleichzeitig auch eine der Joint-Venture-Parteien ist. In allen anderen Fällen werden die Joint-Venture-Parteien ihre Vertreter in den Verwaltungsrat der JVC wählen lassen. Bei beiden Konstellationen stellt sich die Rechtsfrage, inwiefern sich ein Verwaltungsrat der Weisungseinholungspflicht unterwerfen bzw. – was häufiger der Fall sein dürfte – gewisse Entscheide von der Genehmigung durch die Joint-Venture-Parteien abhängig machen darf. Genau solche Genehmigungsvorbehalte sind in der Grundvereinbarung bzw. dem Aktionärbindungsvertrag oder den entsprechenden Mandatsverträgen geregelt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass solche Weisungsrechte bzw. Genehmigungsvorbehalte die Joint-Venture-Parteien zu faktischen Organen machen können[88].

Unter welchen Voraussetzungen bzw. Schranken sich ein Verwaltungsrat verpflichten kann, sich den Weisungen einer anderen Person – vorliegend also einer Joint-Venture-Partei – zu unterwerfen, ist in der Lehre umstritten[89]. Die vertretenen Auffassungen reichen von einer (fast) umfassenden Unzulässigkeit[90] bis hin zur (fast) umfassenden Zulässigkeit der Weisungsunterwerfungsmöglichkeit[91]. Die wohl herrschende Lehre geht einen Mittelweg und erachtet eine Weisungsunterwerfung für zulässig, sofern sich der Verwaltungsrat bei der Befolgung der Weisung innerhalb seines Ermessensspielraums bewegen kann. Darüber hinausgehende Weisungen erachtet diese Lehre dagegen für unzulässig und daher unverbindlich[92]. Die Unverbindlichkeit betrifft m.E. (vgl.

---

hinweist. Vgl. diesbezüglich auch Art. 531 Abs. 3 OR. Vgl. BGE 116 III 75, nach dem die Nichtanwendbarkeit von Art. 82 OR bei Leistungsstörungen bei einer einfachen Gesellschaft nicht willkürlich sei.

84 Regelmässig vereinbaren die Parteien auch explizit, dass sie keine einfache Gesellschaft bilden wollen. Freilich unterliegt die rechtliche Qualifikation nicht der Parteidisposition. Eine entsprechende Klausel wird aber immerhin bewirken, dass die dispositiven Regeln des Rechts der einfachen Gesellschaft keine Anwendung finden (so Gericke/Dalla Torre (FN 53), 44). Vgl. auch Bundesgerichtsurteil vom 28. März 2000 (4C.24/2000, E. 3.d), nachdem es immerhin nicht «völlig irrelevant» sei, ob die Parteien eine einfache Gesellschaft gründen wollten.

85 Vgl. unter II.3.

86 Vgl. etwa den Mustervertrag eines Grundvertrags bei Ritz (FN 2), 43.

87 Vgl. etwa Amstutz/Morin/Schluep (FN 7), Einl. vor Art. 184 ff. N 405, Oertle (FN 3), 60 und Tschäni/Diem/Wolf (FN 2), 320 ff. mit Ausführungen dazu, weshalb die JVC selbst nicht Partei zur Grundvereinbarung werde, wenn sie diese mitunterzeichne. Selbstverständlich wird die JVC eine Partei zur Grundvereinbarung, wenn sie diese unterzeichnet, allenfalls aber nicht durch jede Bestimmung berechtigt und verpflichtet. Die Autoren meinen wohl mit Djalali (FN 72), 64, dass die JVC gegebenenfalls zwar Partei zur Grundvereinbarung werde, ohne allerdings gleichzeitig durch diese Parteistellung ein Gesellschafter der mit der Grundvereinbarung gegründeten einfachen Gesellschaft zu werden.

88 Vgl. Böckli (FN 74), § 13 N 625 sowie Stefan Knobloch, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich 2006, 191 ff. mit einer ausführlichen Analyse der Voraussetzungen zur Begründung der faktischen Organstellung.

89 Vgl. etwa die Ausführungen bei Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, N 159 ff. und Eric Homburger, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Obligationenrecht 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Tb. V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 717 N 919 ff.

90 Andreas von Planta, Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Peter Böckli/Kurt Eichenberger/Hans Hinderling/Hans Peter Tschudi (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 602 f.; Böckli (FN 74), § 13 N 629: «Rechtlich wirksam ist nur eine Anbindung an die Berücksichtigung von Gesichtspunkten in der Ermessensausübung, nie aber eine eigentliche Instruktionsbefolgungspflicht im Verwaltungsrat.» Ähnlich wohl Homburger (FN 89), Art. 717 N 929, der eine Bindung des Verwaltungsrats für unzulässig erachtet, wenn sie sein freies Ermessen vollständig aufhebt.

91 So wohl Krneta (FN 89), N 183.

92 Vgl. etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 74), § 28 N 177. Vgl. auch Martin Wernli/Marco A. Rizzi, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 707 N 26, die allerdings ausführen, dass der weisungsgebundene Verwaltungsrat auch innerhalb seines Ermessens – Ausnahmen vorbehalten – stets dem Gesellschaftsinteresse den Vorrang zu geben habe. Sofern das Primat des Gesellschaftsinteresses bedeuten sollte, dass von mehreren möglichen Entscheidungen die für die Gesellschaft beste Entscheidung gewählt werden muss, bestünde kein Ermessen, weil nur

Art. 20 Abs. 2 OR) lediglich die konkrete Weisung bzw. den konkreten Genehmigungsvorbehalt und nicht das gesamte Grundverhältnis (d.h. die Grundvereinbarung bzw. den Aktionärbindungsvertrag bzw. den Mandatsvertrag). Folgt man also der wohl herrschenden Lehre sind Genehmigungsvorbehalte und Weisungen in Bezug auf bestimmte Geschäfte zulässig, soweit dem Verwaltungsrat diesbezüglich ein Ermessen zukommt. In Übereinstimmung mit der im Gesellschaftsrecht zurückhaltenden Überprüfung von Ermessensentscheidungen, ist das Ermessen des Verwaltungsrats eher weit und nicht einschränkend auszulegen. Unabhängig von der Zulässigkeit solcher Weisungen und Genehmigungsvorbehalte wird der Verwaltungsrat vereinbarungsgemäss handeln, solange ihm diese Einschränkungen nicht unzumutbar erscheinen; anderenfalls wird er abgewählt (Art. 705 Abs. 1 OR)[93].

7. Gesellschaftsrechtliche Absicherungsmöglichkeiten

7.1 Einleitung

Die Grundvereinbarung und/oder der Aktionärbindungsvertrag sehen typischerweise Regelungen zur Mitbestimmung in der JVC und zur Übertragungsbeschränkung von Anteilen an der JVC vor. Diese Regelungen lassen sich auf der Ebene JVC gesellschaftsrechtlich allerdings nur teilweise absichern[94].

7.2 Vertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Verfügt eine Joint-Venture-Partei nicht über die erforderliche Mehrheit um unabhängig von der/den anderen Joint-Venture-Partei(en) die Mitglieder des Verwaltungsrats zu wählen, ist sie auf die Mitwirkung der anderen Joint-Venture-Partei(en) angewiesen. Wer sich nicht auf die «freiwillige» Mitwirkung der anderen Joint Venture Partei(en) verlassen will, kann in den Statuten verankern, dass der Verwaltungsrat durch Proporzwahl gewählt wird[95]. Eine weitere Absicherungsmöglichkeit kann durch die Schaffung von verschiedenen Aktienkategorien (Art. 709 Abs. 1 OR) oder die Schaffung von Partizipationsscheinen (Art. 656e OR) erreicht werden. Verschiedene Aktienkategorien liegen vor, wenn sich die Aktien nach Stimm- und/oder Vermögensrechten unterscheiden (Art. 709 Abs. 1 OR)[96]. Ob sich mit diesen Bestimmungen die vereinbarte Anzahl der Vertreter im Verwaltungsrat absichern lässt, hängt von der Sitzzahl, der Beteiligung, des Vorhandenseins verschiedener Aktienkategorien und der Vereinbarung ab[97].

Wird die Geschäftsführung nicht durch den Verwaltungsrat selbst vorgenommen, wird die Geschäftsleitung vom Verwaltungsrat gewählt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Entsprechend kann die Vertretung in einer vom Verwaltungsrat separaten Geschäftsleitung nur indirekt durch die Vertretung im Verwaltungsrat abgesichert werden[98].

7.3 Präsenz- und Beschlussquoren sowie Vetorechte

Durch Präsenz- und Beschlussquoren können vertraglich vorgesehene Mitbestimmungsrechte auf der Ebene des Aktionariats statutarisch abgesichert werden (Art. 703 OR). Sind die entsprechenden Quoren so festgelegt, dass die Präsenz und/oder die Zustimmung sämt-

---

eine einzige Entscheidung – nämlich die für die Gesellschaft beste – im Gesellschaftsinteresse liegen würde. Sollte das Primat des Gesellschaftsinteresses dagegen bedeuten, dass der Ermessensentscheid auch im Interesse der Gesellschaft liegen muss, wäre durch diese zusätzliche Anforderung nichts gewonnen, weil das Ermessen ohnehin dort aufhört, wo eine Entscheidung nicht mehr im Gesellschaftsinteresse liegt – dieses ist stets zu wahren. Vgl. zum Ermessen auch Claudio Bazzani, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Luzern 2007, 8 ff. und Karin Beyeler, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 87, je mit weiteren Hinweisen auf die Lehre und Rechtsprechung.

93 In den Grundvereinbarungen bzw. Aktionärbindungsverträgen ist regelmässig vorgesehen, dass jede Partei die durch sie nominierten Verwaltungsräte jederzeit ersetzen kann und die andere(n) Partei(en) bei der Wahl/Abwahl/Nichtwahl entsprechend mitwirken müssen. Unabhängig davon, sollte ein Verwaltungsrat aus Haftungsgründen zurücktreten, wenn er die Befolgung einer konkreten Weisung für nicht vertretbar hält.

94 Vgl. die Ausführungen in FN 74 zur rechtlichen Unklarheit, ob und inwiefern zwingendes Aktienrecht einer Vereinbarung zwischen Aktionären entgegensteht.

95 Vgl. zur Zulässigkeit des Proporzwahlsystems etwa Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 74), § 27 N 94 und Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich/Basel/Genf 2011, 465 ff. Durch das Proporzwahlsystem lässt sich bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung immerhin absichern, dass beide Joint-Venture-Parteien die gleiche Anzahl an Verwaltungsräten haben. Will man dagegen zur Vermeidung von Pattsituationen eine ungerade Anzahl an Verwaltungsräte oder einen Verwaltungsratspräsidenten mit Stichentscheid, lässt sich die Wahl dieses Verwaltungsrats bzw. des Verwaltungsratspräsidenten (sofern er durch die Generalversammlung zu wählen ist) statutarisch nicht absichern. Unklar bezüglich der statutarischen Absicherungsmöglichkeit dagegen Peter Zihlmann, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, in: SJZ 1972, 324.

96 Knobloch (FN 95), 467. Es ist nicht eindeutig, ob die Statuten auch vorsehen können, dass jeder Aktienkategorie mehr als nur ein Vertreter zusteht.

97 Vgl. zur Durchsetzung des Vertretungsrechts und der Entstehungsgeschichte von Art. 709 OR Knobloch (FN 95), 465 ff.

98 Selbst wenn man davon ausginge, dass die Statuten und somit die Aktionäre die Organisation des Verwaltungsrats regeln dürften, was umstritten ist (vgl. dazu Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 712 N 4), können die Statuten nicht vorsehen, dass die jeweiligen Vertreter im Verwaltungsrat unter Ausschluss der übrigen Verwaltungsratsmitglieder «ihre» Mitglieder der Geschäftsleitung wählen dürfen. Die Wahl der Geschäftsleitung ist eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 716a Abs. 2 OR). Vgl. auch Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 716a N 37.

licher Joint-Venture-Parteien erforderlich sind, hat jede Joint Venture Partei ein faktisches Vetorecht[99]. Die statutarische Verankerung eines formellen Vetorechts dürfte dagegen nicht zulässig sein[100].

Auf der Ebene des Verwaltungsrats ist es umstritten, ob die Präsenz- und Beschlussquoren in den Statuten festgehalten werden können. Da die Handelsregisterämter die Statutenbestimmungen in Bezug auf die Organisation des Verwaltungsrats und somit auch der Präsenz- und Beschlussquoren teilweise nicht eintragen[101], ist jedenfalls vorab beim zuständigen Handelsregisteramt abzuklären, ob eine über die blosse Wiederholung vom Gesetzestext hinausgehende Regelung eingetragen würde. Hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung delegiert, scheint eine entsprechende statutarische Regelung für diese delegierten Geschäftsführer dagegen einhellig für unzulässig erachtet zu werden[102].

Ein formelles Vetorecht soll aufgrund des im Verwaltungsrat geltenden Kopfstimmrechts unzulässig sein, nicht aber in der delegierten Geschäftsleitung[103].

7.4 Dead-Lock Devices

a. Einleitung

Zur Vermeidung von Pattsituationen in Joint Ventures mit einer 50:50-Beteiligung haben sich in der Praxis eine Reihe von Konfliktregelungsmechanismen herausgebildet[104]. Von den Konfliktregelungsmechanismen zur Vermeidung von Pattsituationen sind die Konfliktregelungsmechanismen zur Lösung einer vorhandenen Pattsituation zu unterscheiden. Letztere können insbesondere auch bei Joint Ventures ohne eine 50:50-Beteiligung entstehen, wenn beispielsweise eine Minderheitspartei durch Vetorechte und/oder Sperrminorität das Zustandekommen von positiven Entscheiden verhindert.

In der folgenden Analyse geht es ausschliesslich darum, aufzuzeigen, welche Konfliktregelungsmechanismen gesellschaftsrechtlich wie abgesichert werden können. Auf die Zweckmässigkeit solcher Konfliktregelungsmechanismen wird dagegen nur punktuell eingegangen[105].

b. Stichentscheid Generalversammlung/ Verwaltungsrat/Geschäftsleitung

Als mögliche Regelung zur Vermeidung von Pattsituationen auf der Ebene des Aktionariats, kann der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung vorgesehen werden (BGE 95 II 555 ff.). Auf der Ebene des Verwaltungsrats hat der Vorsitzende des Verwaltungsrats von Gesetzes wegen den Stichentscheid, sofern der Stichentscheid statutarisch nicht wegbedungen wurde (Art. 713 Abs. 1 OR)[106].

---

99 Vgl. zur Zulässigkeit von formellen und materiellen Einstimmigkeitserfordernissen mit überzeugender Begründung zu Recht bejahend Michael Trippel, Mitwirkungsrechte von Investoren – Ausgestaltung von Quoren in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity, Verträge und Rechtsfragen bei Venture Capital Investments (auf Grundlage der SECA-Musterverträge), Zürich/Basel/Genf 2011, 76 ff. m.H.w. auf divergierende Lehrmeinungen. Vgl. aber, dass bereits unter aOR (in Kraft per 1. Juli 1937) umstritten war, ob für alle Beschlüsse ein erhöhtes Quorum bzw. sogar Einstimmigkeit vorgesehen werden durfte, Siegwart (FN 9), Art. 648 N 8 f. mit dem Hinweis, dass entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 648 Abs. 1 aOR («Sollen … Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlussfassung in der Generalversammlung beseitigt …werden, so muss der Beschluss mindestens die Stimmen von zwei Dritteilen des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen») die Änderung einer Statutenbestimmung nur mit derjenigen Mehrheit erfolgen kann, welche diese Statutenbestimmung selber verlangt (also nicht mit «bloss» zwei Dritteilen der Stimmen des gesamten Grundkapitals). Die vorerwähnte Bestimmung von Art. 648 Abs. 1 aOR ging in der Aktienrechtsreform wohl vergessen (vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl1 983 II 980 f. 954 und 919 f., *zit:* Botschaft 1983), begründet wurde die Streichung der entsprechenden Bestimmung jedenfalls nicht (Botschaft 1983, a.a.O., 860 und 916 f.).

100 Obwohl durch die «richtige» Festsetzung des Präsenz- und/oder Beschlussquorums das gleiche Ergebnis erreicht werden kann, ist es – zumindest prozedural – etwas anderes, ob kein positiver Beschluss zustande kommt oder im Nachhinein durch ein Veto kassiert wird. Eine Kassierung im Nachhinein dürfte vor allem bei der Beschlussfassung über die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 OR) problematisch sein.

101 Vgl. zum Ganzen Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 712 N 4.

102 Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 712 N 4 mit Verweis auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 716b Abs. 1 OR.

103 Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, § 11 N 84 und § 13 N 14.

104 Vgl. etwa Djalali (FN 72), 93 m.w.Nw.

105 Vgl. zum Ganzen Gericke/Dalla Torre (FN 53), 51 ff., die darauf hinweisen, dass alle diese «originell anmutende[n] Lösungsmechanismen» in der Praxis überwiegend unrealistisch oder sogar untauglich seien und letztlich im Streit münden. Es solle daher in erster Priorität versucht werden, Streitigkeiten zu verhindern. Als taugliche Motivation zur Einigung erachten sie die Eskalation der Streitfrage(n) auf eine höhere Management-Ebene der Joint-Venture-Parteien, die dank eines gewissen Pranger- bzw. Peinlichkeitseffekts die tieferen Stufen motivieren, eine Einigung zu erzielen. Vgl. auch Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, in: SJZ 1993, 43, der ausführt, dass sich «ein Patt nicht durch … externen Wertungsentscheid überwinden lässt. Divergierende Parteiauffassungen können je in sich durchaus rational und vertretbar sein.»

106 Vgl. Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 713 N 13a zur Frage, ob lediglich der gewählte Verwaltungsratspräsident oder auch der Tagesvorsitzende als «Vorsitzender» im Sinne von Art. 713 Abs. 1 OR gilt. Leider lässt sich die Frage auch nicht mit einem Blick in die Materialien lösen. Art. 713 Abs. 1 OR wurde durch die Aktienrechtsreform vom 4. Oktober 1991 eingeführt (BBl 1991 III 1'512). Bereits Art. 713 Abs. 1 E-OR erwähnte den «Vorsitzenden», obwohl in der bundesrätlichen Erläuterung zu Art. 713 Abs. 1 E-OR vom Präsidenten die Rede war (vgl. Botschaft 1983 (FN 99), 919 f. und 983). Diese sprachliche Ungenauigkeit erstaunt eigentlich umso mehr, als nur einen Artikel vor Art. 713 E-OR, d.h. in Art. 712 E-OR, vom Präsidenten die Rede ist (vgl. auch Art. 712 OR). Sollte also der Stichentscheid ausschliesslich dem Verwaltungsratspräsidenten zukommen, um zu verhindern, dass einem «Tagespräsidenten» der Stichentscheid zukommt, wäre diese Regelung in den Statuten zu präzisieren.

Hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung delegiert, scheint eine entsprechende statutarische Regelung in Bezug auf den Stichentscheid des Vorsitzenden der Geschäftsleitung nicht zulässig zu sein[107]. Entsprechend kann die Regelung des Stichentscheids in der Geschäftsleitung in einer vom Verwaltungsrat separaten Geschäftsleitung nur indirekt durch die Vertretung im Verwaltungsrat abgesichert werden[108].

c. Wahl eines neutralen Verwaltungsrats

Es kann vertraglich vorgesehen werden, dass die JVC-Parteien von Anfang oder auf Antrag einer Partei neben «ihren» Vertretern noch einen zusätzlichen neutralen Verwaltungsrat wählen. Die Anforderung an die Formulierung an eine solche Klausel ist nicht zu unterschätzen, wenn sie justitiabel sein soll. Eine Klausel, die im Ergebnis darauf hinausläuft, dass sich die Parteien auf diesen neutralen Verwaltungsrat zu einigen hätten, wäre jedenfalls kaum justitiabel. Gegebenenfalls haben sich die Parteien einfach nicht einigen können[109].

Es ist offensichtlich, dass statutarisch die Wahl von mehr als einem Verwaltungsrat (Art. 707 Abs. 1 OR) vorgesehen werden kann. Es ist auch ohne Weiteres zulässig, eine feste Anzahl Verwaltungsratsmitglieder vorzusehen (beispielsweise drei)[110]. Unter Vorbehalt gewisser Schranken können in den Statuten zudem auch Wahlbedingungen statuiert werden (beispielsweise bezüglich Kompetenz und Neutralität des Mitglieds im Verhältnis zu den Aktionären)[111]. Ob sich statutarisch verankern lässt, dass eine JVC-Partei «ihren» neutralen Dritten gegen den Willen der anderen JVC-Partei(en) durchsetzen kann, beantwortet sich nach der Frage über das Vertretungsrecht im Verwaltungsrat[112].

d. Ernennung eines Schiedsmanns

Teilweise trifft man auf eine Bestimmung, nach der bei einer Pattsituation ein durch die Parteien bezeichneter oder in der Pattsituation zu bezeichnender Schiedsmann entscheiden soll[113].

Eine statutarische Regelung, nach der ein Schiedsmann in Pattsituationen entscheiden soll[114], ist jedenfalls in denjenigen Bereichen unzulässig, bei denen in die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen der Generalversammlung (Art. 698 OR)[115] oder des Verwaltungsrats (Art. 716a OR) eingegriffen wird. In Bezug auf die übrigen Kompetenzen der Generalversammlung und des Verwaltungsrats geht die h.L. davon aus, dass diese Kompetenzen anderen Organen als den gesetzlichen Organen – Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle – übertragen werden können[116]. Damit muss auch eine Übertragung der entsprechenden Kompetenzen an einen Schiedsmann möglich sein[117]. Soweit Kompetenzen der Generalversammlung betroffen sind – und nur dafür ist überhaupt ein Schiedsmann in Bezug auf Uneinigkeit der Aktionäre erforderlich –, ist die Übertragung an den Schiedsmann in den Statuten zu regeln. Sind dagegen die Kompetenzen des Verwaltungsrats betroffen, ist m.E. zu unterscheiden, ob Geschäfts-

---

107 Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 712 N 4 mit Verweis auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 716b Abs. 1 OR.

108 Vgl. Peter Forstmoser (FN 103), § 13 N 14 zur Zulässigkeit einer entsprechenden Regelung im Organisationsreglement.

109 Justitiabel dürfte dagegen eine Klausel sein, die vorsieht, dass die eine Partei diesen neutralen Verwaltungsrat bestimmen und die andere(n) Partei(en) diesen bestimmten neutralen Verwaltungsrat innerhalb einer bestimmten Frist aus wichtigen oder vordefinierten Gründen ablehnen darf.

110 Vgl. etwa Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 707 N 5. Nicht eindeutig unzulässig ist m.E. eine statutarische Bestimmung, die wie folgt lauten würde: «Der Verwaltungsrat besteht aus zwei Mitgliedern. Auf Antrag eines Aktionärs ist ein zusätzliches Mitglied zu wählen.» Sofern eine solche statutarische Bestimmung zulässig wäre, führte dies dazu, dass die Organe der JVC, d.h. der Verwaltungsrat, nach gestelltem Antrag und der verweigerten Zuwahl des zusätzlichen Mitglieds nicht mehr ordnungsgemäss besetzt wäre. Vgl. zur Rechtsfolge Art. 731b OR.

111 Vgl. etwa Wernli/Rizzi (FN 92), Art. 707 N 30 f.

112 Vgl. unter III.7.2 sowie die Hinweise in FN 96, nach denen es unklar ist, ob die Statuten vorsehen können, dass einer Aktienkategorie mehr als nur ein Vertreter zusteht. Ist das nicht der Fall, wird sie auch nicht «ihren» neutralen Dritten gegen den Willen der andere(n) Partei(en) durchsetzen können, sofern sie bereits einen Vertreter im Verwaltungsrat hat.

113 Vgl. etwa Djalali (FN 72), 93 und Gericke/Dalla Torre (FN 53), 52. Vgl. sodann FN 105 mit der kritischen Äusserung von von der Crone zu einer derartigen Lösung einer Pattsituation.

114 Auf die Frage, ob statutarisch verankert werden kann, wer den Schiedsmann in einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung gegen den Willen der anderen Partei durchsetzen kann, wird an dieser Stelle nicht eingegangen. Es gelten die Ausführungen zur Wahl des neutralen Verwaltungsrats (vgl. III.7.4.c mit Verweis auf III.7.2).

115 Folgende Statutenbestimmung einer GmbH, die so in das Handelsregister eingetragen wurde, wird also zumindest in Bezug auf die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen der Gesellschafterversammlung nichtig sein: «Die Gesellschafterversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der absoluten Mehrheit des vertretenen Stammkapitals. Kommt keine absolute Mehrheit zustande, so ist eine zweite Abstimmung durchzuführen, bei welcher das relative Mehr entscheidet. Bei Stimmengleichheit wird der Entscheid der jeweiligen Treuhandfirma zur abschliessenden Beurteilung übertragen. Die Gesellschafter verpflichten sich, den Entscheid der Treuhandstelle als Gesellschaftsbeschluss zu übernehmen.»

116 Vgl. etwa F. Wolfhart Bürgi, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V5b3: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Art. 698–738), Zürich 1957, Vorbemerkungen N 33 und Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 74), § 20 N 21, nach denen eine Aktiengesellschaft neben den gesetzlich erwähnten Organen noch weitere Organe haben kann. Vgl. sodann Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. und § 20 N 34 ff., nach denen diesen anderen Organen alle Aufgaben zugewiesen werden können, die nicht nach Gesetz zwingend einem der gesetzlichen Organe zugewiesen sind. Vgl. auch Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 698 N 5 e.c., nach denen einem Aktionärsausschuss die Befugnisse übertragen werden können, die nicht zwingend einem anderen Organ zugewiesen sind. In Bezug auf die Befugnisse der Ausschüsse des Verwaltungsrats im Ergebnis so auch Böckli (FN 74), § 13 N 405 ff., insbesondere N 424.

117 Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Schiedsmann als Organ qualifiziert oder (bloss) ein Dritter ist.

führungskompetenzen oder andere Kompetenzen an den Schiedsmann übertragen werden. Werden Geschäftsführungskompetenzen übertragen, ist die Übertragung – mit der statutarischen Ermächtigung – wohl unbestrittenermassen im Organisationsreglement zu regeln (Art. 716b OR), anderenfalls – was nicht eindeutig ist – wohl in den Statuten oder im Organisationsreglement[118].

e. «Interner» Instanzenzug

Teilweise ist vorgesehen, dass in Pattsituationen eine Eskalation an die nächsthöhere interne Instanz erfolgt, d.h. an ein anderes in der Konzernstruktur der Joint-Venture-Parteien übergeordnetes Gremium[119]. Bezüglich der Zulässigkeit der statutarischen Verankerung eines «internen» Instanzenzugs wird auf die Ausführungen zum Schiedsmann verwiesen.

f. Kauf- und Verkaufsrecht

Für den Fall, dass eine konkrete Pattsituation nicht gelöst werden kann oder die Parteien über entscheidende Fragen in Bezug auf die JVC nachhaltig uneinig sind[120], bleibt letztlich nur das Ausscheiden einer oder aller Parteien und somit die Beendigung der Grundvereinbarung bzw. des Aktionärbindungsvertrags und unter Umständen sogar die Auflösung der JVC. Solange das Joint Venture wirtschaftlich erfolgreich ist, wird die Drohung einer derartigen Beendigung des Joint Ventures als eine der effektivsten Motive für eine Einigung dienen[121].

Eine interessante Möglichkeit des Ausscheidens einer der beiden Parteien aus der JVC ist die gegenseitige[122] Einräumung eines Kauf- und Verkaufsrechts. Um den Anreiz zur Ausübung des entsprechenden Kauf- und Verkaufsrechts gering zu halten und entsprechend den Fortbestand des Joint Ventures zu fördern, sollte bei der Ausübung des Kaufrechts ein Preiszuschlag und bei der Ausübung des Verkaufsrechts ein Preisabschlag vereinbart werden[123]. Durch die Vereinbarung solcher Zu- und Abschläge kann man unter Umständen diese Rechte voraussetzungslos zulassen und auf die streitanfällige Definition von kaufrechts- und verkaufsrechtsauslösenden Ereignissen verzichten[124]. Sind die Zu- und Abschläge hinreichend hoch, ist die Ausübung der entsprechenden Rechte unattraktiv und schützt das Joint Venture und die jeweils andere Partei vor einer zu leichtfertigen Beendigung des Joint Ventures.

Zur Ermittlung der Basis der Preisfindung ist Gericke und Dalla Torre zuzustimmen, nach denen ein als *Baseball-Arbitration* ausgestaltetes Expertenverfahren eine sinnvolle Preisermittlung ist[125]. Bei einem derart ausgestalteten Expertenverfahren übergeben die Parteien dem Experten, der den Wert des Joint Venture zu bestimmen hat, ihre Preisvorstellungen in einem versiegelten Kuvert. Dem Experten sind die Preisvorstellungen der Parteien im Zeitpunkt der Bewertung nicht bekannt. Das versiegelte Kuvert wird erst – und in Anwesenheit der Parteien und des Experten – geöffnet, wenn die Bewertung des Experten vorliegt, wobei diejenige Preisvorstellung die Basis des Preises sein wird, die näher am durch den Experten ermittelten Wert liegt[126].

---

118 Dubs/Truffer (FN 116), Art. 689 N 5 erwähnen, dass durch Statuten oder Beschluss der Generalversammlung Aktionärsausschüsse gebildet werden können, äussern sich aber nicht dazu, in welchem Dokument die Kompetenzzuweisung zu regeln ist. Gemäss Böckli (FN 74), § 13 N 424 sind sämtliche Delegationen an Ausschüsse im Organisationsreglement zu regeln. Wie unter III.7.3 ausgeführt, ist es umstritten, inwiefern die Statuten die Organisation des Verwaltungsrats regeln dürfen.

119 Vgl. etwa Gericke/Dalla Torre (FN 53), 52 f. und Djalali (FN 72), 93. So kann als Eskalationsstufe etwa vorgesehen werden, dass bei einer Pattsituation die beiden CFO der Joint-Venture-Parteien entscheiden. Vgl. Gericke/Dalla Torre (FN 53), 51 ff. sowie die entsprechende Wiedergabe in FN 105 zum disziplinierenden Effekt einer solchen Eskalationsmöglichkeit aufgrund des Pranger- bzw. Peinlichkeitseffekts.

120 Für den nachhaltigen Erfolg der JVC reicht es nicht aus, dass die Uneinigkeit zwischen den Parteien wiederholt durch den «neutralen» Verwaltungsrat entschieden wird. Es ist offensichtlich, dass die unterlegene Partei die Neutralität des neutralen Verwaltungsrats infrage stellt, was nicht nur den neutralen Verwaltungsrat in eine schwierige Situation bringt, sondern den Streit unter den Parteien auf die Frage der Unabhängigkeit des neutralen Verwaltugsrats verlagert. Dieser wird in aller Regel spätestens zurücktreten, wenn er vom Gericht mit Anordnungen begrüsst wird. Vgl. auch von der Crone (FN 105), 43, der darauf hinweist, dass dieser neutrale Verwaltungsrat im Kern einer Partei den Standpunkt der anderen Partei aufzwingt, ohne dass Gewähr für die Überlegenheit dieses Standpunkts bestünde.

121 Ähnlich bereits Gericke/Dalle Torre (FN 53), 53.

122 Sofern bereits bei Vertragsabschluss antizipiert werden kann, welche Partei ein höheres Interesse an einem Kauf bzw. Verkauf haben wird, kann anstatt eines gegenseitigen Kauf- und Verkaufsrechts der einen Partei ausschliesslich ein Kauf- und der anderen Partei ausschliesslich ein Verkaufsrecht eingeräumt werden. So bereits Gericke/Dalla Torre (FN 53), 62.

123 So wohl auch Gericke/Dalla Torre (FN 53), 62, die erwähnen, dass durch die Preiszuschläge und Preisabschläge die Interessen der Parteien angemessen austariert werden können.

124 Auf die einzelnen typischerweise vereinbarten kaufrechtsauslösenden Ereignisse wird nicht eingegangen. Immerhin sei bezüglich des typischerweise vereinbarten Ereignisses des Konkurses einer Partei auf Gericke/Dalla Torre (FN 53), 53 ff. verwiesen, die zu Recht darauf hinweisen, dass sich ein Kaufrecht gegen die konkursite Partei nicht gegen den Willen der Konkursverwaltung durchsetzen lässt (Art. 211 SchKG). Vgl. sodann Gericke/Dalla Torre, a.a.O., 53 ff. und 71 zu den eingeschränkten Möglichkeiten einer Absicherung der Realerfüllung des Kaufrechts im Konkurs der anderen Partei unter Behandlung von gegenseitiger Verpfändung und der gegenseitig bedingten Übertragung der Aktien.

125 Gericke/Dalla Torre (FN 53), 62.

126 Vgl. bei Ritz (FN 2), 24 f. die Formulierung einer derartigen Klausel. Dieses Verfahren ist deshalb einer alleinigen Preisfestsetzung durch den Experten vorzuziehen, weil dieser Mechanismus dazu führt, dass auch die Parteien mit dem entsprechenden Preis eher einverstanden sind. Übermittelt der Verkäufer nämlich eine zu hohe Preisvorstellung an den Experten, riskiert er, dass die Basis des Kaufpreises nicht nur tiefer ist als die eigene Preisvorstellung, sondern auch noch tiefer als der ermittelte Wert des Experten. Ein Beispiel soll dieses Verfahren illustrieren. Übermittelt der Verkäufer eine Preisvorstellung von 120 und der Käufer eine Preisvorstellung von 90 und kommt der Experte zu einem Wert von 100, ist die massgebende Basis 90. Von dieser Basis ist dann der entsprechende Zu- oder Abschlag zu machen, abhängig davon, ob das Kauf- oder Verkaufsrecht ausgeübt worden ist.

Die statutarische Verankerung eines Verkaufsrechts gegen die andere Partei ist soweit ersichtlich unbestrittenermassen unzulässig, weil sie gleichzeitig eine Erwerbspflicht der anderen Partei beinhaltet und somit gegen Art. 680 Abs. 1 OR verstösst[127]. Weniger eindeutig ist dagegen die Rechtslage in Bezug auf das Kaufrecht, da nicht zweifelsfrei feststeht, dass die mit dem Kaufrecht des einen Aktionärs zwangsläufig verbundene Verkaufspflicht des anderen Aktionärs gegen Art. 680 Abs. 1 OR verstösst. Herren[128] vertritt die Auffassung, dass immer dann kein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 1 OR vorliege und eine entsprechende statutarische Bestimmung gültig sei, wenn die statutarischen Erwerbsberechtigungen «im Rahmen der für den gesetzlich geregelten Zustimmungsvorbehalt geltenden Grenzen, den jederzeitigen Mitgliederwechsel wenigstens zum wirklichen Wert der zu übertragenden Anteilsrechte ermöglichen»[129]. Die Richtigkeit dieser Auffassung ist zumindest anzuzweifeln, ist doch der Zwangsentzug der Mitgliedschaft der stärkste Eingriff in die Stellung als Aktionär überhaupt[130].

g. Russisches Roulette und Blind Bids

Eine weitere Möglichkeit des Ausscheidens einer der Parteien ist die Russisch-Roulette-Klausel, nach der die Parteien bei einem näher definierten Zustand der Pattsituation das Recht haben, der anderen Partei einen Preis für deren Aktien an der JVC mitzuteilen. Die andere Partei hat sodann das Recht die eigenen Aktien zu diesem Preis zu verkaufen oder die Aktien der anderen Partei zu diesem Preis zu kaufen[131]. Eine weitere Regelungsmöglichkeit ist eine sogenannte Blind-Bids-Klausel, nach der die Parteien einander gleichzeitig ein Angebot zur Übernahme der Aktien der anderen Partei unterbreiten, wobei das höhere Angebot den Zuschlag erhält[132]. Es ist offensichtlich, dass derartige Regelungen wenig beliebt und mehr an einen Abend im Kasino erinnern als an seriöse Geschäftstätigkeit[133]. Die Parteien wollen es regelmässig nicht dem Zufall überlassen, ob sie aus der JVC aussteigen oder sie ganz übernehmen[134]. Sinnvoller erscheinen m.E. in einer solchen Situation, entweder den Parteien ein gegenseitiges Kauf- und Verkaufsrecht einzuräumen oder den Verkauf der JVC an einen Dritten[135] nach Massgabe eines vorbestimmten Verfahrens einzuleiten.

Aus den bezüglich des Kauf- und Verkaufsrechts angeführten Gründen ist es zumindest anzuzweifeln, ob sich eine Russische-Roulette-Klausel statutarisch verankern lässt, da diese Klausel letztlich auf eine gesellschaftsrechtlich m.E. unzulässige Verkaufspflicht von mindestens einem Aktionär hinaus läuft[136].

7.5 Vorhand- und Vorkaufsrecht

In der Regel wird den Parteien erlaubt, nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer aus dem Joint Venture auszusteigen. Damit die verbleibende Partei nicht plötzlich mit einem ihr nicht genehmen Dritten im Boot sitzt, gewähren sich die Parteien für diesen Fall durchwegs ein Vorhand- und/oder Vorkaufsrecht. Bei einem Joint Venture mit mehr als zwei Parteien regeln die entsprechenden Bestimmungen, dass die verbleibenden Parteien die Anteile der veräusserungswilligen Partei verhältnismässig erwerben dürfen. Vereinbarungsgemäss ist ein Verkauf an einen Dritten regelmässig zulässig, wenn (i) die verbleibende(n) Partei(en) die Anteile der veräusserungswilligen Partei nicht erwerben wollen und (ii) der Dritterwerber der Grundvereinbarung und/oder dem Aktionärbindungsvertrag beitritt[137].

---

127 Vgl. etwa Peter Kurer/Christian Kurer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 680 N 9; Klaus W. Herren, Statutarische Berechtigung zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1973, 97.

128 Herren (FN 127), 96 m.w.N.

129 Daran anschliessend Kurer/Kurer (FN 127), Art. 680 N 10.

130 Wenig nachvollziehbar erscheint mir auch die Ausführungen von Herren (FN 127), 95, nach denen der Kaufrechtsbelastete den «inhaltlich eng begrenzten Eingriff des Erwerbsberechtigten in den eigenen Rechtsbereich hinzunehmen hat.» Anders wie von Herren, a.a.O., 96 behauptet und im vorliegenden Haupttext zitiert, bewegt man sich nicht im «Rahmen der für den gesetzlich geregelten Zustimmungsvorbehalt geltenden Grenzen», wenn lediglich der Preis diesen Bestimmungen entspricht. Der gesetzlich geregelte Zustimmungsvorbehalt greift eben gerade erst und nur, wenn ein Aktionär seine Gesellschafterstellung – zumindest aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – «freiwillig» aufgibt und die Aktien veräussern will und regelt gerade nicht den Ausschluss eines Aktionärs gegen seinen Willen. Schuldrechtlich kann sich der Aktionär selbstverständlich zu mehr verpflichten, als er das gesellschaftsrechtlich tun dürfte.

131 Vgl. die Mustertexte bei Ritz (FN 2), 21 und von der Crone (FN 105), 43.

132 Vgl. Ritz (FN 2), 22 ff. zu den diversen Spielereien ähnlicher Klauseln wie Texas-Shoot-out, Baselball- bzw. Final-Offer-Arbitration, Multi-Choice-Verfahren und Deterrent Approach.

133 Ähnlich auch Gericke/Dalla Torre (FN 53), 62, die derartige Klauseln als «Lösungen mit Spielcharakter» bezeichnen.

134 Von der Crone (FN 105), 43 f. scheint da weniger kritisch zu sein und erwähnt insbesondere unter anderem mit Hinweis auf Art. 651 Abs. 2 ZGB, dass der in einer Versteigerung ermittelte Preis an Genauigkeit auf anderem Weg kaum zu erreichen sei. Dies mag theoretisch so sein, in der Praxis sind aber die Parteien in solchen Situationen erfahrungsgemäss nicht bereit, zum gleichen Preis zu verkaufen wie zu kaufen. So will/kann eine Partei beispielsweise keine zusätzlichen Mittel mehr investieren, möchte aber ihren Anteil der anderen Partei nicht unter Wert zuhalten bzw. vollständig abschreiben.

135 Regelmässig greift auch in der Situation des Verkaufs an einen Dritten das vereinbarte Vorhand- und Vorkaufsrecht (vgl. unter III.7.5). Die Parteien einigen sich aber regelmässig darauf, das Vorkaufsrecht nicht auszuüben, wenn der Dritte einen bestimmten Mindestkaufpreis bezahlt. Dies ist deshalb wichtig, weil Dritte kaum bereit sind, den Aufwand des Kaufprozesses bis zum verhandelten Kaufvertrag auf sich zu nehmen, um dann durch ein Vorkaufsrecht «ausgestochen» zu werden.

136 Vgl. unter III.7.4.f mit weiteren Ausführungen.

137 Die Vorhand- und Vorkaufsrechte sind nicht immer gleich ausgestaltet. Beim Vorhandrecht sind die von der Veräusserung betroffenen Aktien, noch bevor Dritte ins Spiel gebracht werden, den anderen Parteien zum Kauf anzubieten. Beim Vorkaufsrecht haben die anderen Parteien das Recht, zu den gleichen Bedingungen wie der offerierende Dritte zu erwerben. Regelmässig wird das Vorkaufsrecht so ausgestaltet, dass es bereits greift, wenn ein Dritter einen Antrag zum Kauf macht, der die veräusserungswillige Partei anzunehmen gedenkt. (Anders dagegen Art. 216c OR, nachdem ein

Es ist nach wie vor umstritten, ob Vorkaufsrechte und somit wohl auch Vorhandrechte statutarisch verankert werden können. Nach der einen Meinung ist eine derartige Bestimmung nicht zulässig[138], nach der anderen dagegen schon[139]. Unbestreitbar zulässig ist dagegen die statutarische Verankerung einer Art Vorkaufsrecht zuhanden der JVC, sofern der Kaufpreis dem «wirklichen Wert» entspricht (vgl. Art. 685b Abs. 1 OR)[140]. Dabei handelt es sich nicht wirklich um ein Vorkaufsrecht, weil die veräusserungswillige Partei das Übernahmeangebot der JVC ablehnen kann (Art. 685b Abs. 6 OR)[141]. In einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung hilft das statutarische Vorkaufsrecht zuhanden der JVC – zumindest auf den ersten Blick – nicht weiter, weil die JVC nicht 50 % eigener Aktien erwerben kann (Art. 659 Abs. 2 OR) und der 50 %-Aktionär das Gesuch um Zustimmung weder im Verwaltungsrat noch in der Generalversammlung (Art. 716 OR)[142] gegen den Willen der veräusserungswilligen Partei durchsetzen kann. Auf den zweiten Blick ist die Rechtslage weniger eindeutig.

Erwirbt die JVC die Aktien nämlich nicht auf eigene Rechnung, sondern auf Rechnung des nicht veräussernden Aktionärs[143], ist nicht ersichtlich, weshalb die 20 %-Schwelle von Art. 659 Abs. 2 OR greifen soll, sofern gewährleistet ist, dass der nicht veräussernde Aktionär die Aktien umgehend übernimmt und die Bezahlung

---

Vorkaufsfall vorliegt, wenn das Grundstück bereits verkauft wurde.) Vgl. etwa den Mustertext bei Ritz (FN 2), 34 ff. sowie Artikel 13.3 des SECA Muster-Aktionärbindungsvertrags, abrufbar unter http://www.seca.ch/Templates/Templates/VC-Model-Documentation.aspx.

138 Vgl. etwa Böckli (FN 74), § 6 N 297 und Matthias Oertle/Shelby Du Pasquier, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 685b N 20, die ausführen, dass entsprechende statutarische Bestimmungen unzulässig seien, sofern die Nichtbeachtung des Vorhand- und Vorkaufsrechts mit der Ablehnung des Erwerbers sanktioniert werde. Diese Einschränkung leuchtet nicht wirklich ein, weil sie die einzige wirkliche gesellschaftsrechtliche Absicherung eines Vorhand- und Vorkaufsrechts ist. Ist der Erwerber einmal Aktionär geworden, ist kaum ersichtlich, inwiefern ein statutarisches Vorhand- und Vorkaufsrecht noch einen Nutzen haben sollte. Die Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch aufgrund der Statutenverletzung ist schwer erkennbar. Ebenfalls kaum erkennbar ist ein Anspruch gegen den Erwerber auf Verkauf der Aktien an die Vorhand- und Vorkaufsberechtigten, weil damit das gleiche (wirtschaftliche) Ergebnis erreicht würde, als wenn man die Verletzung des Vorhand- und Vorkaufsrecht von Anfang mit der Ablehnung des Erwerbers sanktioniert hätte.

139 Vgl. Kurer/Kurer (FN 127), Art. 680 N 10. Vgl. auch die Botschaft 1983 (FN 99), 900, die offensichtlich davon ausgeht, dass statutarische Vorkaufsrechte zuhanden der anderen Aktionäre zulässig sind, wenn sie zum «wirklichen» Wert aufgreifen müssen: «Will die Gesellschaft den Aktienerwerber ablehnen, und kann sie keine wichtigen Gründe geltend machen, so muss sie dem Veräusserer die Übernahme der Aktien anbieten. Das Übernahmeangebot erfolgt stets im Namen der Gesellschaft und kann vom Veräusserer angenommen oder abgelehnt werden. Lehnt er ab, obschon das Angebot zum wirklichen Wert erfolgte, bleibt der Veräusserer Aktionär. Nimmt er das Angebot an, so erwirbt die Gesellschaft die Aktien entweder auf eigene Rechnung oder auf Rechnung anderer Aktionäre. Artikel 659 Absatz 2 erlaubt der Gesellschaft, in solchen Fällen eigene Aktien bis zu 20 Prozent des Aktienkapitals zu erwerben. Häufig werden die Statuten vorsehen, dass derartige Übernahmerechte den übrigen Aktionären zustehen.»

140 So auch Oertle/du Pasquier (FN 138), Art. 685b N 20. Zu beachten ist allerdings das Bundesgerichtsurteil vom 5. März 2003 (4C.242/2001), das die Verweigerung der Anerkennung gegen Übernahme der Aktien zum «wirklichen» Wert als rechtsmissbräuchlich qualifizierte. M.E. ist dieser Entscheid nicht verallgemeinerungsfähig, weil im konkreten Fall die Verweigerung der Anerkennung tatsächlich etwas stossend war – was aber nicht zwangsläufig unrechtmässig bedeutet. Eine Aktionärin und Muttergesellschaft hat ein Gesuch um Anerkennung als Aktionärin der Aktien der von ihrer Tochtergesellschaft kraft Fusion erworbenen Aktien gestellt. Diese Gelegenheit wurde von der Mehrheitsaktionärin genutzt, die unliebsame Minderheitsaktionärin noch mehr in eine Minderheitsposition zu versetzen. Sollte man diesen Entscheid verallgemeinern, führte dies dazu, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit der rechtsgrundlosen Ablehnung der Übertragung letztlich doch nicht rechtsgrundlos erfolgen darf und somit – aus der Sicht der Gesellschaft – sachlich gerechtfertigt sein muss. Muss die Ablehnung der Übertragung sachlich gerechtfertigt sein, ist es nur schwer erkennbar, welche anderen sachlichen Gründe aus der Sicht der Gesellschaft bestehen könnten als die bereits in Art. 685b Abs. 2 OR stipulierten. Gibt es keine anderen sachlichen Gründe, wird die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der rechtsgrundlosen Ablehnung der Übertragung gegen ein Angebot zur Übernahme zum wirklichen Wert zur Makulatur. Dieses Ergebnis kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Im Zusammenhang mit dem erwähnten Bundesgerichtsurteil ist überdies erwähnenswert, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft, der den Eintrag verweigert hatte, wegen der Prozessführung schadenersatzpflichtig wurde; nicht weil die Gesellschaft etwa den Prozess verloren hätte, sondern, weil sie einen angeblich aussichtslosen Prozess geführt und dadurch Kosten verursacht hat (vgl. Bundesgerichtsurteil vom 20. November 2012 (4A_375/2012; publiziert als BGE 139 III 24 ff.). Dieses Bundesgerichtsurteil erstaunt umso mehr, als die Klägerin letztlich mit dem schwer einschätzbaren Argument des Rechtsmissbrauchs obsiegte. Es bleibt zu hoffen, dass auch dieser Entscheid nicht verallgemeinert wird.

141 Entgegen dem Wortlaut von Art. 685b Abs. 6 OR kann nicht der Erwerber das Übernahmeangebot ablehnen, sondern nur der Veräusserer (Botschaft 1983 (FN 99), 900). Vgl. dazu auch den Bundesgerichtsentscheid vom 5. März 2003 (4C.242/2001), E. 2.2 Abs. 2.

142 Vgl. dazu auch Oertle/du Pasquier (FN 138), Art. 685a N 8.

143 Vgl. etwa die nachstehende im Handelsregister eingetragene Klausel (zitiert aus Gericke/Dalla Torre (FN 53), 66 FN 138): «Will die Gesellschaft von ihrem Übernahmerecht Gebrauch machen, hat sie dies dem veräusserungswilligen Aktionär innerhalb von 60 Tagen seit dem Zeitpunkt des Eintragungsgesuches mitzuteilen. Die Festsetzung des wirklichen Wertes erfolgt durch eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Veräusserer. Können sich diese innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Ausübung des Übernahmerechts nicht einigen, so wird der wirkliche Wert auf Ersuchen eines oder mehrerer Beteiligten durch eine Revisionsgesellschaft festgesetzt, die von den Beteiligten gemeinsam ausgewählt wird. Können sich die Beteiligten innerhalb von weiteren 10 Tagen nicht auf eine Revisionsgesellschaft einigen, wird sie auf Begehren einer der Parteien oder der Gesellschaft vom Präsidenten der Zürcher Handelskammer ernannt. Die Kosten der Bewertung trägt die Gesellschaft. Vorbehalten bleibt Art. 685b Abs. 5 OR.
In Bezug auf die Namenaktien, für die sie das Übernahmerecht ausüben will, ist die Gesellschaft verpflichtet, zuerst den übrigen Aktionären das Recht zu gewähren, die Namenaktion zu gleichen Konditionen proportional zum Nennwert der von ihnen gehaltenen Namenaktien zu erwerben. Nimmt ein Aktionär dieses Recht nicht wahr, fällt sein Anteil proportional zum Nennwert der von diesen gehaltenen Namenaktien an die übrigen Aktionäre. Für die interessierten Aktionäre übt die Gesellschaft ihr Übernahmerecht auf deren Rechnung aus.
Insoweit als alle Aktionäre endgültig auf ihr Übernahmerecht verzichten, kann die Gesellschaft die Namenaktien auf eigene oder auf Rechnung eines Dritten erwerben.»

nicht gefährdet ist. Die einzigen, die von einem Festhalten an der 20 %-Schwelle profitieren, sind der Veräusserer, der möglicherweise einen höheren Kaufpreis als den «wirklichen» Wert erzielt, und der Dritterwerber. Weshalb die Interessenlage des Veräusserers und des Dritterwerbers beim Überschreiten der 20 %-Schwelle plötzlich anders gelagert sein sollte als zuvor, ist nicht erkennbar. Dementsprechend sollte die 20 %-Schwelle nicht gelten, wenn der Erwerb durch die Gesellschaft auf fremde Rechnung erfolgt und die umgehende Übertragung auf und die Bezahlung durch diesen Fremden gewährleistet ist[144].

Sodann ist aufgrund des Wortlauts von Art. 685b Abs. 1 und Art. 685c Abs. 1 und 2 OR unklar[145], ob die Gesellschaft das Gesuch auf Übertragung gutheissen oder ablehnen muss. Dies ist namentlich bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung entscheidend, weil ohne das Zusammenwirken der Parteien ein Gesuch auf Übertragung weder gutgeheissen noch abgelehnt werden kann. Hat die JVC das Gesuch gutzuheissen, wenn sie der Übertragung zustimmen will, hat die Pattsituation zur Folge, dass die JVC die Aktien zum «wirklichen» Wert übernehmen muss und somit nicht nur ein Vorkaufsrecht, sondern auch eine Vorkaufspflicht hat[146]. Hat die JVC das Gesuch dagegen abzulehnen, wenn sie die Übertragung verweigern will, hat die Pattsituation zur Folge, dass die Aktien an den Dritterwerber übergehen. M.E. kann einzig die zuletzt genannte Variante zutreffend sein[147], weil sonst die Gefahr besteht, dass die JVC die Übertragung rechtsgrundlos ablehnt, ohne aber in der Lage zu sein, die Aktien zum «wirklichen» Wert übernehmen zu können; sei es wegen dem Überschreiten der 20 %-Schwelle und/oder dem nicht vorhandenen frei verwendbaren Eigenkapital (Art. 659 OR). Folgt man der hier vertretenen Auffassung, hat dies bei einem Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung allerdings zur Folge, dass die Vinkulierung wirkungslos ist, weil die JVC das Gesuch um Übertragung ohne Mitwirkung der veräusserungswilligen Partei gar nicht ablehnen kann[148].

7.6 Gesamtverkauf

Als weitere Exit-Möglichkeit der Parteien wird teilweise vorgesehen, dass eine Partei unter bestimmten Voraussetzungen über den Gesamtverkauf der JVC über eine Privatplatzierung bei Investoren oder über einen Börsengang entscheiden kann[149]. Erfolgt der Gesamtverkauf über eine Privatplatzierung, kommt diese Regelung einer Drag-along-Klausel nahe, die bei nicht 50:50-Konstellationen einer Mehrheit das Recht einräumt, die Minderheit im Rahmen eines Gesamtverkaufs an einen Dritten zum Verkauf zu zwingen[150]. Eine solche Regelung mag für die Konfliktlösung durchaus hilfreich sein, weil eine vertraglich getroffene Regelung auch bei konfliktträchtigen Vertragsbeziehungen in der Regel eine disziplinierende Wirkung ausübt. Will aber eine der Parteien im Streitfall partout nicht verkaufen, wird sich ein Gesamtverkauf kaum realvollstrecken lassen. Die Investoren und noch viel weniger die bei einem Börsengang involvierten Banken (sog. Bookrunners) werden das Risiko eingehen, gegen den Willen eines 50%-Aktionärs die JVC als Ganzes zu erwerben bzw. bei einem Börsengang zu begleiten.

Aus den bezüglich des Kaufrechts/Verkaufsrechts angeführten Gründen ist es auch vorliegend zumindest anzuzweifeln, ob sich der Gesamtverkauf statutarisch regeln lässt, da ein Gesamtverkauf gegen den Willen einzelner Aktionäre eine gesellschaftsrechtlich m.E. unzulässige Verkaufspflicht beinhaltet[151].

7.7 Auflösung der JVC

Teilweise findet man in der Grundvereinbarung und/oder dem Aktionärbindungsvertrag Regelungen über die Auflösung der JVC selbst. Gemäss Art. 736 OR wird eine Aktiengesellschaft unter anderem nach Massgabe der Statuten oder durch Urteil des Richters auf Antrag eines Aktionärs aufgelöst.

---

144 Die Materialien scheinen eher gegen die hier vertretene Auffassung zu sprechen, sind aber nicht eindeutig, zumindest nicht überzeugend. Vgl. dazu die in FN 139 zitierte Botschaft 1983. Insbesondere lässt sich aus der Botschaft 1983, a.a.O., auch nicht entnehmen, ob und gegebenenfalls weshalb auch bei den statutarisch offensichtlich zulässigen Übernahmerechten der Aktionäre die 20 %-Schwelle greifen soll.

145 So erwähnt Art. 685b Abs. 1 OR, dass die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung «ablehnen» könne, während Art. 685c Abs. 1 OR erwähnt, dass die Aktien beim Veräusserer verbleiben, solange die erforderliche Zustimmung nicht «erteilt» wird. Art. 685c Abs. 3 OR erwähnt dagegen, dass die Zustimmung als erteilt gilt, sofern das Gesuch nicht «abgelehnt» wurde. Das Gesetz erwähnt also mehrheitlich, dass die Gesellschaft ein Gesuch um Zustimmung «abzulehnen» hat, wenn sie die Übertragung verhindern möchte. Unklar ist allerdings die Botschaft 1983 (FN 139), 902, die in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 685c Abs. 3 OR ausführt: «Die Gesellschaft muss das Gesuch um Zustimmung innerhalb von drei Monaten seit Erhalt *ablehnen*, ansonsten die Zustimmung als erteilt gilt. Dem Stillschweigen gleichgestellt wird die rechtswidrige *Zustimmungs*verweigerung.» (Hervorhebungen angefügt).

146 Die Vorkaufspflicht dürfte gegebenenfalls aber aufgrund von Art. 659 OR auf 20 % der Aktien und im Umfang der frei verwendbaren Mittel beschränkt sein.

147 So auch Gericke/Dalla Torre (FN 53), 65.

148 A.M. Gericke/Dalla Torre (FN 53), 65, die davon ausgehen, dass man die Vinkulierung über Vetorechte im Verwaltungsrat absichern könne. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das jedoch – zumindest auf statutarischer Ebene – nicht möglich (vgl. unter III.7.3).

149 So auch Gericke/Dalla Torre (FN 53), 63.

150 Als Gegenstück zur Mitverkaufspflicht wird den Minderheitsaktionären ein Mitverkaufsrecht gewährt, sodass sie mitverkaufen können, wenn eine Mehrheit ihre Beteiligung an der Gesellschaft verkauft. Vgl. dazu Artikel 13.4 f. des SECA Muster-Aktionärbindungsvertrags, abrufbar unter http://www.seca.ch/Templates/Templates/VC-Model-Documentation.aspx.

151 Vgl. unter III.7.4.f mit weiteren Ausführungen.

Obwohl man in der Praxis kaum statutarische Auflösungsgründe antrifft, dürften die entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten relativ gross sein[152]. Immerhin müssen die statutarischen Auflösungsgründe aber derart präzise sein, dass sich der Zeitpunkt der Auflösung eindeutig bestimmen lässt. Lässt sich der Zeitpunkt der Auflösung nicht hinreichend präzise bestimmen, ist davon auszugehen, dass die Handelsregisterämter die Eintragung der Auflösung (Art. 737 OR) verweigern werden[153]. Eine interessante Gestaltungsmöglichkeit in Bezug auf ein Joint Venture mit einer 50:50-Beteiligung könnte etwa die statutarische Befristung der Dauer der JVC sein, weil eine solche Regelung die Parteien zwingt, sich rechtzeitig über eine Fortführung der JVC und damit einher über die (übrigen) offenen/strittigen Punkte zu einigen[154].

Ein Aktionär kann beim Gericht die Auflösung der Aktiengesellschaft verlangen, wenn er alleine oder zusammen mit anderen Aktionären 10 % des Aktienkapitals vertritt und ein wichtiger Grund besteht (Art. 736 Ziff. 4 OR). Als wichtige Gründe gelten nur besonders krasse Fälle wie etwa eine andauernd schlechte Geschäftsführung durch den Mehrheitsaktionär, die die Gesellschaft unweigerlich in den Ruin führen würde. Liegen wichtige Gründe vor und wurde die Auflösung beim Gericht beantragt, kann das Gericht anstatt auf Auflösung auch auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen (Art. 736 Ziff. 4 OR). Unklar ist dabei, ob das Gericht nur bei einem entsprechenden Antrag auf eine solche andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen kann oder auch von Amtes wegen[155]. Als andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung könnte das Gericht etwa (bei einem entsprechenden Antrag) auf Übertragung der Aktien der einen Partei an die andere Partei gegen Entschädigung erkennen[156].

7.8 Übertragungsbeschränkungen

a. Einleitung

Die Parteien vereinbaren mit der Grundvereinbarung und/oder dem Aktionärbindungsvertrag üblicherweise für einige Jahre ein vollständiges Übertragungsverbot der Beteiligung an der JVC (unter Vorbehalt einer konzerninternen Übertragung) und für die Zeit danach eine Erschwerung der Übertragung an Dritte[157]. Zur Absicherung des Übertragungsverbots und der Übertragungsbeschränkungen stehen neben der Vinkulierung noch weitere Möglichkeiten zur Verfügung.

b. Vinkulierung

Durch die Schaffung von vinkulierten Namenaktien kann eine rechtsgültige Übertragung der Namenaktien ausschliesslich mit der Zustimmung der Gesellschaft erreicht werden (Art. 685b OR). Anders als bei Übertragung von kotierten Aktien, verbleibt auch das zivilrechtliche Eigentum bis zur Zustimmung durch die Gesellschaft beim Veräusserer (Art. 685c OR)[158]. Für die Zustimmung ist der Verwaltungsrat zuständig, sofern die Statuten diese Kompetenz nicht der Generalversammlung einräumen (Art. 716 OR).

Damit die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung ablehnen bzw. nicht gutheissen kann[159], muss sie entweder einen in den Statuten genannten wichtigen Grund haben oder dem Veräusserer anbieten, die Aktien zum «wirklichen» Wert auf eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Aktionärs oder von Dritten zu übernehmen. Da zwangsläufigerweise nicht jede Partei den entscheidenden Einfluss über das Zustimmungsverhalten der Gesellschaft haben kann, nicht gegen jede Übertragung ein wichtiger Grund gegeben ist[160] und die Gesellschaft maximal 20 % eigene Aktien erwerben kann[161], ist die Vinkulierung keine hinreichende Absicherung, um zu verhindern, dass die Aktien in vertragswidrigerweise rechtsgültig übertragen werden.

c. Sicherstellung der Übertragungsbeschränkungen

Um einen absoluten Schutz vor einer vertragswidrigen, aber rechtsgültigen Übertragung zu haben, ist erforderlich, dass die Namenaktien verbrieft und bei einem Dritten (Escrow-Agent) hinterlegt werden. Da der Besitz an

---

152 Vgl. etwa Bürgi (FN 116), Art. 736 N 2 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 74), § 55 N ff.; Franz Schenker, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 627 N 7.

153 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 74), § 55 N 19 erwähnen etwa den Tod eines Aktionärs; Bürgi (FN 116), Art. 736 N 3 erwähnt etwa bilanzmässige Kennzahlen, Kriegsausbruch, Ablauf einer Konzession, Verlust eines Patents und Ablauf eines Vertrags. Mit Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 55 N 20 ist zudem davon auszugehen, dass auch eine Kündigung möglich sein muss.

154 Eine andere nicht abschätzbare Frage ist dagegen, inwiefern eine Gesellschaft mit einer relativ kurzen Lebensdauer überhaupt am Rechtsverkehr teilnehmen kann. So wird wohl niemand mit einer Gesellschaft einen langfristigen Liefervertrag abschliessen, wenn sie gemäss Statuten in sechs Monaten aufgelöst wird.

155 Vgl. zum Ganzen ausführlich Knobloch (FN 95), 220 ff. und 230 ff., der die Auffassung vertritt, dass der Richter nur auf entsprechenden Antrag hin auf eine solche andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen kann.

156 Vgl. Knobloch (FN 95), 228 f. zu den im Parlament erwähnten Alternativen zur Auflösung.

157 Sofern mehr als zwei Parteien bestehen, wird auch geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Übertragung der Beteiligungen zwischen den Parteien stattfinden darf.

158 Vgl. Art. 685f OR zu den kotierten Namenaktien und der Wirkung der noch nicht erteilten Zustimmung durch die Gesellschaft.

159 Vgl. unter III.7.5 zur Unklarheit darüber, ob die Gesellschaft das Gesuch um Übertragung gutheissen oder nicht ablehnen muss, wenn sie einer Übertragung zustimmen will.

160 Als wichtiger Grund gilt etwa eine Gefährdung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Gesellschaft. Vgl. dazu etwa Oertle/Su Pasquier (FN 138), Art. 685b N 2 ff.

161 Vgl. zum Ganzen die Ausführungen unter III.7.5.

den Namenaktien auch durch Besitzanweisung (Art. 924 ZGB) übertragen werden kann und die wertpapierrechtliche Übertragung von Namenaktien anstatt durch Indossament auf dem Wertpapier selbst durch eine separate schriftliche Erklärung erfolgen kann (Art. 967 Abs. 2 OR), sind zusätzlich zur Verbriefung und der Hinterlegung weitere Vorkehrungen erforderlich[162].

Dabei stehen drei Möglichkeiten zur Verfügung[163]: (1) Die Parteien übertragen nicht nur den Besitz der Namenaktien an den Escrow-Agenten, sondern auch das Eigentum (Sicherungsübereignung). (2) Die Parteien begründen eine Gesamthandschaft an den Namenaktien, d.h., sie bringen ihre Beteiligung in eine einfache Gesellschaft ein. (3) Die Parteien schliessen statutarisch aus, dass die Namenaktien durch eine separate schriftliche Erklärung wertpapierrechtlich übertragen werden können[164].

Die zu letztgenannte Möglichkeit ist m.E. die eleganteste Lösung, weil sie keine der Nachteile der anderen Möglichkeiten beinhaltet. Diese Möglichkeit bedingt allerdings, dass die beim Escrow-Agenten hinterlegten Namenaktien nicht blankoindossiert sind, weil sie sonst ohne zusätzliche Indossierung übertragen werden können. Der Nachteil der Sicherungsübereignung ist, dass sich die Parteien durch eine Sicherungsübereignung an den Escrow-Agenten das Insolvenzrisiko des Escrow Agenten aufladen; ein Aussonderungsrecht des Treugebers an dem Treugut besteht nach wie vor nicht[165]. Der Nachteil der Begründung einer Gesamthandschaft besteht darin, dass damit eine zusätzliche Komplexität geschaffen wird, insbesondere in Bezug auf die Auflösung der einfachen Gesellschaft.

IV. Zusammenfassung/Schlussbetrachtung

Unabhängig davon, ob die Joint-Venture-Vereinbarung des vertraglich strukturierten Joint Ventures und/oder die Grundvereinbarung bzw. der Aktionärbindungsvertrag des korporativ strukturierten Joint Ventures als einfache Gesellschaft oder als Innominatvertrag qualifiziert wird, besteht eine weitgehende vertragliche Gestaltungsfreiheit. Da eine Qualifikation dieser Verträge als einfache Gesellschaft nicht ausgeschlossen werden kann, ist bei der Vertragsredaktion darauf zu achten, dass die dispositiven Normen der einfachen Gesellschaft wegbedungen, besser noch die entsprechenden Sachverhalte explizit geregelt werden. Die Qualifikation als einfache Gesellschaft ist besonders in Bezug auf das korporativ strukturierte Joint Venture wenig passend, da in der Regel weder ein separates Gesellschafterleben auf der Stufe Grundvereinbarung bzw. Aktionärbindungsvertrag stattfindet, noch hat die (Grundvereinbarungs-)Gesellschaft Vermögenswerte oder sonst ein Eigenleben, noch tritt diese gegenüber Dritten in Erscheinung.

Die Gestaltungsmöglichkeiten auf der Stufe JVC in der Rechtsform der Schweizer Aktiengesellschaft sind eingeschränkt. Im Rechtsalltag erscheinen diese Einschränkungen für die involvierten Parteien aber nicht wirklich ein Problem darzustellen. Aus Vertraulichkeitsgründen ziehen es die Parteien in der Regel ohnehin vor, die von den «Standardstatuten» abweichenden Vereinbarungen in einem separaten und nicht öffentlich zugänglichen Dokument zu regeln. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, ob das Schweizer Aktienrecht vor allem in Bezug auf die Statuierung von Aktionärspflichten tatsächlich derart unflexibel sein muss. Abgesehen vom Argument gegen eine zusätzliche Durchbrechung der Einheit des Schweizer Aktienrechts lässt sich nämlich nicht wirklich begründen, weshalb die Aktionäre ihre schuldrechtlichen Rechte und Pflichten in Bezug auf ihre Aktionärsstellung nicht auch gesellschaftsrechtlich absichern können sollten. Einem potenziellen Aktionär steht es ja frei, die Aktien nach einer Konsultation der Statuten nicht zu erwerben.

---

162 Verbriefte, vinkulierte, nicht kotierte Namenaktien werden wie folgt übertragen: Übertragung des Besitzes am Wertpapier, Indossierung des Wertpapiers und Genehmigung durch die Gesellschaft (Art. 684 Abs. 2 i.V.m. Art. 697 OR). Anstelle der Indossierung auf dem Wertpapier kann auch eine separate schriftliche Erklärung abgegeben werden.

163 Vgl. zum Ganzen auch Stefan Eisenhut, Escrow-Verhältnisse, Diss. Basel 2009, 201 f. und Gericke/Dalla Torre (FN 53), 68 ff.

164 Vgl. BGE 90 II 179 zur Zulässigkeit eines derartigen statutarischen Ausschlusses.

165 Vgl. BGE 117 II 429 ff. Vgl. zur Kritik an dieser Rechtsprechung etwa Rolf H. Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 401 N 5.