Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?

Markus Vischer*

The present article shows that shareholders agreements are not as of necessity general partnership agreements. As a rule they are rather innominate contracts for which the same rules apply as for nominate contracts, in particular re the questions of consensus, interpretation and amendments. In this respect the real will of the parties is relevant in the first place and only in the second place the hypothetical will of the parties. As a source of inspiration for the «establishment» of the hypothetical will of the parties the non-mandatory law is relevant. That non-mandatory law can be the non-mandatory law of the general partnership. Such law is, however, in most instances unsuitable. The non-mandatory law of the general part of the Code of Obligations (CO) provides in general more suitable answers, like the provisions of art. 82 CO or art. 107–109 CO. The fact that shareholders agreements are innominate contracts and not as of necessity general partnership agreements is also relevant when drafting such agreements, mostly in the sense that one has to be aware of the fact of not being the «prisoner» of the law on general partnerships but in general free to carefully draft individual clauses which fit the concrete case.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Aktionärbindungsvertrag als einfache Gesellschaft?
- **1. Einleitung**
- **2. Definition der einfachen Gesellschaft**
- **3. Subsumptionsprobleme beim ABV**

III. Aktionärbindungsvertrag als Innominatvertrag
- **1. Einleitung**
- **2. Grundsatz**
- **3. Konsequenzen**

IV. Inhaltliche Schranken des Aktionärbindungsvertrags
V. Exkurs: Gesellschafterbindungsverträge
VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Aktiengesellschaft (AG) ist nach wie vor die am häufigsten vorkommende Gesellschaftsform in der Schweiz,[1] auch wenn seit der Reform des GmbH-Rechts im Jahr 2008[2] eine gewisse Trendumkehr weg von der AG hin zur GmbH zu beobachten ist.[3] Die AG besticht aber auch heute noch durch die Vielzahl ihrer Verwendungsmöglichkeiten, weil der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, sich auf einen bestimmten Typus festzulegen.[4]

Bezüglich einer Vielzahl dieser AG, seien es nun Startups oder Publikumsgesellschaften,[5] besteht ein sogenannter Aktionärbindungsvertrag (ABV).[6] Ent-

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., Attorney at Law, Zürich.

1 2017: 211 926 AG gegenüber 178'594 GmbH, <*https://ehra.fenceit.ch/wp-content/uploads/sites/54/statistiken/2017_01_01_eingetr_Rechtseinheiten_Rechtsform.pdf?version=1&modificationDate=1483682197000*>, besucht am 22.5.2017.

2 Inkrafttreten der Novelle am 1.1.2008.

3 Z.B. *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser,* Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 679.

4 *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 16 N 13 ff.

5 *Karim Maizar,* Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Rezension des gleichnamigen Grundlagenwerks von Peter Forstmoser und Marcel Küchler, GesKR 2016, 93.

6 Zu anderen, allerdings zu vermeidenden Begriffen wie Aktiensyndikat, Aktienbindungsvertrag, Aktionärskonsortium, Aktienpool z.B. *Sandro Germann,* Die personalistische AG und GmbH, Unter Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Zürich 2015, § 4 N 84.

sprechend ist der ABV ein in der Praxis sehr verbreiteter Vertrag,[7] der sicher auch zur erwähnten grossen Verbreitung der AG und zu deren Verwendung als «Mädchen für Alles» beigetragen hat.[8] Er spielt entsprechend in der Praxis eine grosse Rolle und gehört «zum täglichen Brot» des Wirtschaftsjuristen.[9] Seltsamerweise spiegelt sich diese Bedeutung nicht in einer Vielzahl von Gerichtsentscheiden. Diese sind vielmehr sehr spärlich,[10] was wohl darauf zurückzuführen ist, dass in der Regel ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse besteht, welches die Parteien veranlasst, Konflikte einvernehmlich zu lösen.[11]

Traditionell wird unter einem ABV ein Vertrag über die Ausübung von Aktionärsrechten verstanden.[12] Vielleicht etwas moderner und sicher etwas weiter wird der ABV als Vertrag über die Ausübung von Rechten und Pflichten definiert, die im Zusammenhang mit der aktuellen oder künftigen Aktionärsstellung einer oder mehrerer der Vertragsparteien bei einer oder mehreren Aktiengesellschaften stehen.[13]

Bereits aus dieser Umschreibung des ABV wird klar, dass der ABV eine Vielzahl möglicher Ziele und Inhalte haben kann. Ziele können z.B. die folgenden sein:[14] Einflussnahme auf die Willensbildung in der AG (z.B. Schaffung einer Mehrheit oder einer Sperrminorität, Schaffung von Einfluss eines Nichtaktionärs) oder Gestaltung des Umfelds der AG (z.B. personenbezogene Ausgestaltung, Aufrechterhaltung eines bestimmten Aktionärskreises, Unternehmensverflechtungen, Instrumente der Stabilisierung, Nachfolgeregelung).[15] Inhalt kann z.B. Folgendes sein:[16] Darstellung der Rahmenbedingungen, organisatorische Regelungen, Stimmrechtsbindungen, vermögensrechtliche Vereinbarungen, Treue- und Mitwirkungsverpflichtungen, Regelungen über Verfügungs- oder Erwerbsrechte an den Aktien, Mittel zur Sicherung der Vertragserfüllung, Regeln im Zusammenhang mit der Änderung des Vertrags, Ausscheiden und Neuaufnahme von Vertragspartnern, Dauer und Beendigung, Prozessuales und Rechtswahl.[17]

Der schweizerische Gesetzgeber hat auf eine explizite Regelung des ABV bewusst verzichtet.[18] Trotzdem wird der ABV generell als zulässig erachtet,[19] was meist mit dem Hinweis auf die Vertragsfreiheit begründet wird.[20] Dies ist richtig, aber letztlich doch etwas überraschend, wenn man sich vor Augen hält, dass der ABV materiell eine Extension des Gesellschaftsvertrags und ihrer aktienrechtlichen Manifestation, der Statuten, ist, für welche die Vertragsfreiheit infolge des im Gesellschaftsrecht geltenden Grundsatzes des Formenzwangs und der Formenfi-

7 Z.B. *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel,* Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 148.

8 *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 2 N 48; s. auch *Urs Suter,* Bedeutung der Aktiengesellschaft in der Unternehmerpraxis, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch des Schweizer Aktienrechts, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014, 7, N 1.22.

9 *Peter Forstmoser/Marcel Küchler,* Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, § 2 N 111.

10 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 2 N 84 ff.

11 *Germann* (Fn. 6), § 4 N 82; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 148.

12 Z.B. *Hans Glattfelder,* Die Aktionärbindungs-Verträge, ZSR 1959, 2. Halbband, 153*a*; auch *Hans Caspar von der Crone,* Aktienrecht, Bern 2014, § 11 N 1.

13 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 1 N 3; *Germann* (Fn. 6), § 4 N 83; *Monika Hintz-Bühler,* Aktionärbindungsverträge, Bern 2001, 5 f.

14 Z.B. *Hintz-Bühler* (Fn.. 13), 13 ff.

15 S. auch *Germann* (Fn. 6), § 4 N 115 ff.: Sicherstellung von Macht und Kontrolle, Ausbau der körperschaftsrechtlichen Ordnung, Konsolidierung der körperschaftsrechtlichen Ordnung, Geheimhaltung der innergesellschaftlichen Ordnung, Kostenreduktion, antizipierte Konfliktvermeidung.

16 Z.B. *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 18 ff.

17 S. auch *Germann* (Fn. 6), § 4 N 125 mit typologisierten Vertragsgegenständen: Darstellung der Rahmenbedingungen, der inneren formalen Abläufe, Rechtswahl, Sicherungsmittel und regelmässig Schiedsklauseln, Stimmrechtsvereinbarungen, Verfügungsbindungen, vermögensrechtliche Vereinbarungen und Leistungspflichten.

18 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 2 N 76; *Peter Böckli,* Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 574; *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 23.

19 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.5/2003 vom 11.3.2003, E. 2.1.2: «La convention d'actionnaires est admise en droit suisse» …; BGE 109 II 43, E. 3: «Ein Aktionärbindungsvertrag … ist grundsätzlich zulässig …»; BGE 88 II 172, E. 1; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20.3.2017, welches wie viele andere Urteile des Bundesgerichts die Zulässigkeit des ABV voraussetzt; *Germann* (Fn. 6), § 4 N 108.

20 Z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 149; *Theodor Lang,* Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Zürich/Basel/Genf 2003, 9; *Glattfelder* (Fn. 12), 154*a*, 225*a* f.

xierung[21] gerade nicht oder nur sehr beschränkt gilt.[22] So bemerkt *Böckli:* «Alle wissen es: Aktienrecht enthält als klassisches Körperschaftsrecht vor allem *zwingende Gesetzesbestimmungen*.»[23] Entsprechend kann nicht gesagt werden, die AG und die Statuten seien rein vertraglicher Natur. Vielmehr sind sie auch gesetzlicher Natur und haben insofern einen Doppelcharakter.[24]

Entsprechend bemühen sich Lehre und Rechtsprechung um Abgrenzung von ABV und Statuten und betonen, ABV und Statuten seien strikte zu trennen und ein ABV hätte keinerlei gesellschaftsrechtliche Wirkungen.[25] Das ist notwendig (und richtig), wenn man den ABV als eigenständiges Gebilde als zulässig erachtet, ändert aber nichts an der erwähnten Tatsache, dass ABV und Statuten verwandt sind. Immerhin diskutiert die Lehre die Konversion ungültiger Statutenbestimmungen in gültige aktionärbindungsvertragliche Bestimmungen.[26] Zudem erörtert sie, inwieweit das Aktienrecht dem ABV inhaltliche Schranken setzt[27] und inwieweit die AG Partei eines ABV sein kann.[28] In dem Sinne stösst der Gedanke der Isolation des ABV an seine Grenze, besteht also eine Wechselwirkung zwischen vertragsrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Ebene[29] und hat der ABV eine gesellschaftsrechtliche Dimension.[30] Deshalb stimmt *Kläy's* Aussage, wonach Aktienrecht und Aktionärbindungsverträge nicht zwei verschiedenen Welten, sondern Teil einer Einheit sind.[31]

Was bedeutet nun das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die auf den ABV anwendbaren Gesetzesnormen?

II. Aktionärbindungsvertrag als einfache Gesellschaft?

1. Einleitung

Die Praxis tendiert dazu, ohne grosses Zögern die gestellte Frage nach den auf den ABV anwendbaren Gesetzesnormen so zu beantworten, dass auf den ABV das Recht der einfachen Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR zur Anwendung käme. Typisch für diese reflexartige Qualifikation eines ABV als Gesellschaftsvertrag ist das Urteil des Bundesgerichts 4A_45/2017 vom 27.6.2017 (zur Publikation bestimmt), E. 4.3, wo das Bundesgericht festhält, dass ein Gesellschaftsvertrag, der ein Zweiparteienverhältnis ist, einem Austauschverhältnis so nahe stehe, dass er wie ein Austauschverhältnis zu behandeln sei. Dabei hätte es besser festgehalten, dass ein Vertrag, der wie ein Austauschverhältnis zu behandeln ist, eben kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein Austauschvertrag (und als Austauschvertrag zu behandeln) ist. Diese reflexartige Qualifikation jedes ABV als Gesellschaftsvertrag soll im Folgenden kritisch hinterfragt werden.

21 Dazu im Allgemeinen z.B. BGE 140 III 206, E. 3.7; BGE 132 III 470, E. 3.3 a.E.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 11 N 2 ff.; SPR-*Weber,* SPR II/4, 78 ff.

22 S. auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 5 N 272 mit der Frage, inwieweit mit einem ABV der Formenzwang und die Formenfixierung im Gesellschaftsrecht umgangen wird.

23 *Peter Böckli,* Aktienrechtsreform: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011, 8; s. auch *Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi,* Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, § 3 N 6.

24 Z.B. *Markus Vischer,* Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 258; *Markus Vischer,* Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 538; s. auch *Germann* (Fn. 6), § 3 N 43 f.; *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 23), § 1 N 10, 49 ff.

25 Urteil des Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14.10.2003, E. 6; z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 131 f.; *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 115 ff., 126, 272; *von der Crone* (Fn. 12), § 11 N 25 f.; *Böckli* (Fn. 18), § 12 N 572, 578 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 158 f., 170; s. auch *Germann* (Fn. 6), § 4 N 110: «Das rechtliche Schicksal des ABV ist trotz Bezug auf die Statuten … grundsätzlich autonom …»; a.M. *Hansjürg Appenzeller,* Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Zürich 1996, 89 ff.

26 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 135 ff.

27 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 5 N 272 ff.; s. auch IV.

28 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 9 N 405 ff.

29 S. auch der Titel der Publikation von *Peter Forstmoser,* Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 376 ff., auch mit Hinweisen zu Regelungsthemen, die sowohl in den Statuten als auch im ABV geregelt werden können.

30 *Germann* (Fn. 6), § 4 N 113; s. auch *Appenzeller* (Fn. 25), 12 ff., welcher nicht von ABV spricht, sondern von «satzungsergänzenden Vereinbarungen».

31 *Hanspeter Kläy,* Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel /Frankfurt a.M. 1997, 510.

2. Definition der einfachen Gesellschaft

Art. 530 Abs. 1 OR definiert die einfache Gesellschaft als vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Wesentlich ist damit einerseits die Anerkennung eines gemeinsamen Zwecks durch die Parteien. Er wird von Parteien angestrebt und geht über die blosse Vertragserfüllung hinaus.[32] Der gemeinsame Zweck ist aber für sich allein kein hinreichendes Merkmal der einfachen Gesellschaft.[33] Zusätzlich nötig ist vielmehr, dass die Parteien einen bestimmten Zweck nicht nur als gemeinsam anerkennen, sondern ihn auch gemeinsam verfolgen, in dem sie ihn mit eigenen Leistungen fördern.[34] Welcher Art diese Leistungen sind, spielt keine Rolle.[35] Auch nicht vermögensmässige Leistungen kommen in Frage.[36] In der gemeinsamen Zweckförderung und der Verpflichtung, dies zu tun, liegt insgesamt das entscheidende Kriterium, welches die Gesellschaft von anderen Vertragsverhältnissen unterscheidet.[37] Beides bedingt einen Willen der Vertragsparteien, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck und dessen Verfolgung unterzuordnen.[38] Beides setzt zwingend auch eine Gewinn- und Verlustbeteiligung voraus, wobei der Begriff des Verlusts sehr weit zu fassen ist.[39]

Indizien für das Bestehen einer einfachen Gesellschaft sind oft eine gewisse Organisation und gewisse Mitwirkungs- und Kontrollrechte.

Der Abschluss eines (einfachen) Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich an keine besondere Form gebunden.[40] Die einfache Gesellschaft entsteht selbst dann, wenn dies keiner Partei bewusst ist,[41] wobei aber auch in diesem Fall ein Rechtsbindungswille der Parteien vorhanden sein muss.[42]

3. Subsumptionsprobleme beim ABV

Obwohl in der Vertragsgestaltung trotz Risiken bei nicht sauberer Umsetzung im Allgemeinen[43] und gerade auch beim ABV[44] empfohlen, enthalten viele ABV keine Präambel und damit oft keinen Hinweis darauf, was die Parteien mit dem ABV erreichen wollen. Alsdann bleibt der mit dem ABV verfolgte Zweck im Dunkeln. Der manchmal explizit genannte und vielfach als gemeinsam verfolgte Zweck im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR angenommene Zweck des (gedeihlichen) Erhaltens, Nutzens und Verwaltens von Vermögenswerten, d.h. der AG bzw. gewisser Aktien, ist problematisch, weil die herrschende Lehre ihn (m.E. zu Unrecht) nicht als genügenden Zweck im

32 CHK-*Jung,* Art. 530 OR N 4.

33 BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 523.

34 Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2016 vom 13.12.2016, E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8.7.2015, E. 4.2.1; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 1 N 68; ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 211; BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 523.

35 BGE 137 III 455, E. 3.1.

36 BGE 137 III 455, E. 3.1.b.

37 BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 523.

38 Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23.11.2015, E. 6.3.

39 CHK-*Jung,* Art. 530 OR N 5; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 1 N 95; ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 203; BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 81 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2014 vom 29.4.2015, E. 2.3.1, bezüglich Mitwirkungs- und Kontrollrechten.

40 Z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 126 f., auch zu bestimmten Ausnahmen.

41 Sogenannte unbewusste Gesellschaft; z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2016 vom 13.12.2016, E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_304/2015 vom 23.11.2015, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2015 vom 8.7.2015, E. 4.2.1; BGE 124 III 363, E. II/2a; BGE 116 II 707, E. 2a.

42 Z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 91; zum Rechtsbindungswillen im Allgemeinen z.B. *Claire Huguenin,* Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 2 N 170.

43 Z.B. *Christoph Locher,* Vertragsgestaltung, Vertragsverhandlungen und Vertragsmanagement, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, 7, N 9; *Willi Fischer/Franziska Brägger,* Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement, Einführung in die Kautelarjurisprudenz, Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, 75 f.; *Sylvain Marchand,* Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008, 95 ff.; *Rainer Schumacher,* Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2004, N 1487 ff.; *Christoph Locher,* Plädoyer für eine ablauforientierte Vertragsgestaltung, AJP 2001, 1474.

44 *Daniel Engel,* Aktionärsvereinbarungen, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch des Schweizer Aktienrechts, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014, 189, N 14.12.

Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR anerkennt, sondern einen darüber hinausgehenden Zweck verlangt.[45]

Ebenso erschliesst sich aus vielen ABV nicht oder jedenfalls nicht ohne Weiteres, mit welchen Leistungen die Parteien den gemeinsamen Zweck erreichen wollen, womit sich ebenfalls nicht erschliesst, worin die gemeinsame Gewinn- und Verlustbeteiligung liegen soll. Vielmehr findet sich oft lediglich eine Auflistung der gegenseitigen Rechte und Pflichten.

Auch sehen die meisten ABV keine eigenständige Organisation (z.B. eine Gesellschafterversammlung zur Koordination der Stimmabgabe in der Generalversammlung der AG)[46] und (neben der Statuierung allfälliger Mitwirkungs- und Kontrollrechte auf der Stufe der AG) keine Mitwirkungs- und Kontrollrechte (z.B. Auskunftsrechte und Auskunftspflichten unter den Vertragsparteien)[47] vor, sodass diese Indizien für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft fehlen. Entsprechend passen viele Vorschriften des Rechts der einfachen Gesellschaft wie die Organisationsvorschriften, Mitwirkungs- und Kontrollvorschriften in Art. 534–541 OR und Art. 543 f. OR oft nicht wirklich.

Gerade die genannte Auflistung von gegenseitigen Rechten und Pflichten führt zur Frage, ob nicht statt eines Gesellschaftsvertrags ein synallagmatischer Schuldvertrag vorliegt, bei dem der Rechtsgrund der Leistungspflicht der einen Partei nicht im vereinbarten gemeinsamen Zweck liegt, sondern in der Leistungspflicht der anderen Partei bzw. der anderen Parteien, womit auch gesagt ist, dass es synallagmatische Elemente auch in Mehrparteienverträgen gibt,[48] auch dann, wenn es nicht ein «Zwei-Gruppen-Vertrag» ist, den man zur Not noch als zweiseitigen Vertrag qualifizieren kann.[49] Ich gebe dir (bzw. euch) ein Kaufrecht in meinem Todesfall, wenn ich ein Kaufrecht in deinem (bzw. eurem) Todesfall bekomme.[50] Ich helfe dir (bzw. euch), einen Verwaltungsratssitz zu bekommen, wenn du mir hilfst (bzw. ihr mir helft), einen Verwaltungsratssitz zu bekommen. Ich stimme in bestimmter Art und Weise, wenn du in bestimmter Art und Weise stimmst (bzw. ihr in bestimmter Art und Weise stimmt).[51] *Do ut des.*[52] Die Frage ist offensichtlich akzentuierter, wenn nur zwei Parteien (oder zwei Gruppen von Parteien) vorliegen.[53]

45 Z.B. CHK-*Jung,* Art. 530 OR N 7; KUKO-*Sethe,* Art. 530 OR N 21; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 1 N 98, 105, § 2 N 77, § 12 N 21; a.M. BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 507 ff.; s. auch *Markus Vischer,* Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 565, wonach das Erhalten, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten auch bei der AG ein legitimer Gesellschaftszweck ist.

46 Dazu z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 22 N 908 ff.

47 Dazu z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 23 N 1142 ff.

48 S. auch III.2.

49 Z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 256.

50 Gl.M. wohl *von der Crone* (Fn. 12), § 11 N 27, wenn er ABV, «in denen sich die Parteien in erster Linie gegenseitige Vorhand- oder Vorkaufsrechte einräumen», als schuldrechtlichen Vertrag qualifiziert; gl.M. z.B. auch *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 23), § 7 N 98; *Böckli* (Fn. 18), § 12 N 579; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 163.

51 A.M. *von der Crone* (Fn. 12), § 11 N 28, wenn er ABV, «deren Ziel es ist, die Stimmkraft zu bündeln und so Einfluss auf die Aktiengesellschaft zu nehmen», als einfache Gesellschaft qualifiziert; a.M. z.B. auch *Jung/Kunz/Bärtschi* (Fn. 23), § 7 N 98; *Olivier Bloch,* Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, avec un aperçu du droit boursier, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2011, 47; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 163; s. aber auch *Germann* (Fn. 6), § 4 N 89, *Bloch* (Fn. 51), 51 f., *Damian Fischer,* Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Vertrags-, gesellschafts- und börsenrechtliche Aspekte, Zürich/St. Gallen 2009, 33 und *Robert Patry,* Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 1959, 2. Halbband, 126*a*, Fn. 179, welche beim Versprechen eines Sitzes im Verwaltungsrat die Möglichkeit der Anwendung von Art. 111 OR zur Diskussion stellen, und *Appenzeller* (Fn. 25), 50 ff., nach welchem Stimmbindungsvereinbarungen nicht notwendigerweise Gesellschaftsverträge sind.

52 Zur unterschiedlichen *causa*-Struktur von Gesellschaftsvertrag und synallagmatischem Vertrag z.B. BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 70; auch *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 1 N 84 f.; zum Prinzip *do ut des* bei synallagmatischen Verträgen im Allgemeinen *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 49), N 257.

53 BGE 104 II 108, E. 2: «Schliessen sich nur zwei Personen zusammen …, so nähert die einfache Gesellschaft sich dem zweiseitigen Vertrag»; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 5A_679/2016 vom 17.3.2017, E. 5.1.1, und Urteil des Bundesgerichts 4C_30/2007 vom 16.4.2007, E. 4.1; neuerdings noch apodiktischer Urteil des Bundesgerichts 4A_45/2017 vom 27.6.2017 (zur Publikation bestimmt), E. 4.3: «Reduziert[…] sich der Gesellschaftsvertrag auf ein Zweiparteienverhältnis, steht er einem Austauschverhältnis so nahe, dass es sich bereits deshalb rechtfertigt, diesen auch bezüglich möglicher Einreden wie einen solchen zu behandeln …»; zu diesem Urteil bereits II.A; s. auch *von der Crone* (Fn. 12), § 11 N 28.

Es ist deshalb nicht immer und auf alle Fälle nicht ohne Weiteres klar, dass auf einen ABV das Recht der einfachen Gesellschaft anwendbar ist. Dies illustriert auch das Urteil des Bundesgerichts 4C. 214/2003 vom 21.11.2003, worin es das Bundesgericht ablehnte, das Recht der einfachen Gesellschaft auf einen ABV im Private Equity-Bereich anzuwenden. Es befand vielmehr, dass das Element des synallagmatischen Austauschverhältnisses insgesamt überwiege.[54]

Mindestens ist in aller Regel das Recht der einfachen Gesellschaft nicht umfassend und allein auf den ABV anwendbar, weil ABV meistens mindestens auch synallagmatische Elemente enthalten.[55]

Das sind keine Aussagen aus einer «Angst vor der einfachen Gesellschaft».[56] Sie reflektieren vielmehr die Tatsache, dass bei der Rechtsanwendung im konkreten Fall nicht primär von einer vorgegebenen juristischen Qualifikation mit anschliessender Rechtsanwendung entsprechend dieser Qualifikation, sondern primär vielmehr von der vorgegebenen vertraglichen Regelung mit anschliessender juristischer Qualifikation auszugehen ist. Das gilt auch für den Vertragsgestalter, für den entsprechend gilt, dass es beim Entwerfen eines ABV nicht *per se* darum geht, eine vorgegebene einfache Gesellschaft den konkreten Bedürfnissen anzupassen. Er befindet sich vielmehr beim Entwerfen des ABV in einem iterativen Prozess zwischen Qualifikation und Rechtsanwendung. In diesem Sinne ist er beim Entwerfen des ABV nicht *per se* «Gefangener» der einfachen Gesellschaft.[57] Er ist vielmehr, wie bei jeder Vertragsgestaltung, primär kreativer Rechtssetzer und nicht Rechtsanwender[58] und gefordert, als Schneider aus dem Willen der Parteien einen möglichst eleganten, komfortablen und belastbaren Anzug zu machen,[59] welcher passt und nicht auf vermeintlich vorgegebenen Sachzwängen beruht und deshalb nicht recht passt.[60]

Damit soll keiner «Verdrängung der einfachen Gesellschaft»[61] das Wort geredet werden. Vielmehr ist bei der Vertragsgestaltung bewusst mit dem Recht der einfachen Gesellschaft umzugehen und zu klären, ob und wie weit es auf konkrete Regelungen anwendbar sein soll. Simplifizierende Klauseln wie «Durch diesen Vertrag entsteht keine einfache Gesellschaft» im ABV sind entsprechend *per se* nicht zielführend.[62] Immerhin stellen sie klar, dass das dispositive Recht der einfachen Gesellschaft nicht zur Anwendung kommt.[63]

Abzulehnen ist auf alle Fälle die Auffassung, es liege eine einfache Gesellschaft vor, weil die Anwendung eines anderen Nominatvertrags wie z.B. des Auftrags unbefriedigende Resultate zeitigt.[64]

III. Aktionärbindungsvertrag als Innominatvertrag

1. Einleitung

Die vorstehend erreichte Konklusion, dass der ABV nicht automatisch und jedenfalls höchst selten umfassend und allein dem Recht der einfachen Gesellschaft untersteht, führt zurück an den Anfang, wo bemerkt wurde, dass es eine explizite gesetzliche Regelung des ABV nicht gibt.

2. Grundsatz

Ist der ABV im Gesetz nicht explizit geregelt, ist er ein Innominatvertrag, nachdem Innominatverträge Verträge sind, die der Gesetzgeber weder im besonderen Teil des OR noch in einem Spezialgesetz geregelt

54 Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2003 vom 21.11.2003, E. 3.3.

55 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 34 f.; s. auch *Böckli* (Fn. 18), § 12 N 579.

56 *Lukas Handschin,* Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft, SJZ 2013, 485.

57 Dazu im Allgemeinen *Schumacher* (Fn. 43), N 207.

58 *Fischer/Brägger* (Fn. 43), 8; *Marchand* (Fn. 43), 3.

59 Eloquenter *Marchand* (Fn. 39), 1: «Le rédacteur de contrat est un tailleur dont la mission est de revêtir l'accord des parties d'un habit élégant, confortable et résistant.»

60 S. auch *Fischer/Brägger* (Fn. 43), 8: «Der Vertragsjurist hat die Aufgabe, den Willen seines Mandanten bzw. der Vertragsparteien so zum Ausdruck zu bringen, dass erwünschte rechtliche Wirkungen entstehen und unerwünschte vermieden werden.»

61 *Handschin* (Fn. 56), 486.

62 *Handschin* (Fn. 56), 485 f., 488; zur Bedeutung der Qualifikation eines Vertrags durch die Parteien im Allgemeinen z.B. *Schumacher* (Fn. 43), N 203 ff.; dazu auch BGE 84 II 493, E. 2; bestätigt z.B. in Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2016 vom 16.3.2017, E. 2.1.

63 ZK-*Handschin/Vonzun*, Art. 530 OR N 97 f., 219.

64 Gl.M. wohl *Glattfelder* (Fn. 12), 233*a* f.

hat.[65] Das trifft jedenfalls dann zu, wenn der ABV, wie im Regelfall, nicht umfassend und allein dem Recht der einfachen Gesellschaft untersteht.[66]

Die Anerkennung des ABV als Innominatvertrag kommt in der herrschenden Lehre und in der Praxis zu kurz.

Diese geht vielmehr davon aus, dass der ABV in der Regel eine einfache Gesellschaft,[67] manchmal aber auch ein «schuldrechtliches Verhältnis»[68] sei bzw. mindestens oft «schuldrechtliche Elemente»[69] aufweise. Dabei wird allerdings übersehen, dass auch der Gesellschaftsvertrag ein Schuldvertrag ist[70] und deshalb besser statt von «schuldrechtlichem Verhältnis» bzw. von «schuldrechtlichen Elementen» von «Austauschverhältnis» oder «synallagmatischem Verhältnis» bzw. von «Austauschelementen» bzw. «synallagmatischen Elementen» gesprochen würde.[71]

Nur wenige Autoren qualifizieren den ABV im Regelfall entsprechend als Innominatvertrag[72] und verweisen bezüglich Rechtsanwendung explizit auf die Lehre zu den Innominatverträgen.[73]

Die Überbetonung der Qualifikation des ABV als einfache Gesellschaft und die Vernachlässigung der Würdigung des ABV als Innominatvertrag rühren m.E. aus einem Schnittstellenproblem zwischen Vertrags- und Gesellschaftsrechtlern. Erstere unterscheiden oft zu wenig klar zwischen Zwei-Parteien- und Mehr-als-Zwei-Parteien-Verträgen und ein- und zweiseitigen Verträgen[74] und vernachlässigen dadurch oft die Mehr-als-Zwei-Parteien-Verträge, indem sie als solche nur die Gesellschaftsverträge aufführen[75] oder sogar behaupten, Mehr-als-Zwei-Parteien-Verträge seien immer Gesellschaftsverträge.[76] Zweitere vernachlässigen oft die Tatsache, dass es nicht nur Nominatverträge gibt.

Obwohl der mögliche Inhalt von ABV vielfältig ist, handelt es sich beim ABV, mindestens soweit er wie die meisten ABV Stimmrechtsbindungen[77] und Regelungen über Verfügungs- oder Erwerbsrechte an den Aktien[78] enthält, um einen zum Typus verdichteten Innominatvertrag.[79]

Der ABV ist oft ein Innominatvertrag der Unterart Vertrag *sui generis*. Denn er ist oft kein Innominatvertrag der Unterart zusammengesetzter Vertrag, weil er nicht schwergewichtig aus Typenelementen

65 Z.B. BGE 129 III 604, E. 2.2; BSK OR I-*Amstutz/Morin,* Einleitung vor Art. 184 ff. N 5.

66 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 179; *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 34 f.; *Glattfelder* (Fn. 12), 236*a* ff.

67 Z.B. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 12 N 111: «Als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind sodann oft die Aktionärbindungsverträge…»; ZK-*Handschin/Vonzun,* Art. 530 OR N 110: «Aktionärbindungsverträge sind in der Regel einfache Gesellschaften …»; BK-*Fellmann/Müller,* Art. 530 OR N 283: «… so dass die meisten Aktionärbindungsverträge als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind».; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 162.

68 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 174.

69 Z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 85; *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 24 ff.

70 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 49), N 245 ff.; so implizit auch Urteil des Bundesgerichts 4A_459/2016 vom 19.1.2017.

71 So *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 29, s. aber auch 24 ff.

72 Z.B. OFK-*Huguenin/Huber-Purtschert,* OR, Innominatkontrakte, N 38; *Fischer* (Fn. 51), 28, aber auch 29 ff.; *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 34 f., aber auch 24 ff.; auch *Anne Héritier Lachat/Jean-Luc Chenaux,* Convention d'actionnaires, in: Sylvain Marchand/Christine Chappuis/Laurent Hirsch (Hrsg.), Recueil de contrats commerciaux, Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Basel 2013, 1083, N 0.3, und *Christoph D. Studer,* Der Aktionärbindungsvertrag, in: Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2010, 993 f., N 0.1; s. auch *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 179 ff., welcher den ABV als Innominatkontrakt immerhin als dritte Kategorie neben dem ABV als Gesellschaftsvertrag (§ 3 N 145 ff.) und dem ABV als schuldrechtliches Verhältnis (§ 3 N 174 ff.) anerkennt.

73 Z.B. *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 34 ff.

74 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 49), N 254 ff., unklar z.B. auch *Huguenin* (Fn. 42), § 1 N 53 f.; *Ingeborg Schwenzer,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 3.18 ff.; BK-*Weber,* Art. 82 OR N 33 ff.; *Eugen Bucher,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 100 f.; *Andreas von Tuhr/Hans Peter,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979, 149 f.

75 Z.B. *Gauch/Schluep/Schmid* (Fn. 49), N 260.

76 *Alfred Koller,* Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern 2009, § 3 N 79, anders N 42; ähnlich *Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron,* Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, N 347; s. demgegenüber *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 22 N 912, 1077, wo klar zwischen Mehrparteienvertrag und Gesellschaftsvertrag unterschieden wird.

77 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 19 f.; s. auch *Böckli* (Fn. 18), § 12 N 579*a*; s. schon I.

78 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 21; s. schon I.

79 Zu diesem Begriff z.B. OFK-*Huguenin/Huber-Purtschert,* OR, Innominatkontrakte, N 2; s. zu den typologisierten Vertragsgegenständen eines ABV schon I, insbesondere Fn. 17.

anderer (gesetzlich geregelter oder nicht geregelter) Verträge besteht, und oft auch kein Innominatvertrag der Unterart gemischter Vertrag, weil er meist eine gewisse eigenständige, in sich geschlossene Einheit bildet.[80] Damit soll nicht gesagt werden, dass es in der Praxis nicht manchmal zusammengesetzte oder gemischte Verträge mit aktionärbindungsvertraglichen Elementen gibt[81] bzw. dass andere Verträge wie Ehe- und Erbverträge, Aktienkaufverträge, Finanzierungs- und Investitionsverträge etc. in der Praxis nicht manchmal aktionärbindungsvertragliche Elemente enthalten.[82]

Dass der ABV oft ein Innominatvertrag der Unterart Vertrag *sui generis* ist, entspricht jedenfalls für den Stimmbindungsvertrag der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.[83]

Den Begriffszuordnungen innerhalb der Innominatverträge kommt allerdings keine überragende Bedeutung zu, weil am Schluss die konkreten Inhalte des ABV und nicht die Begriffe relevant sind.[84]

3. Konsequenzen

Wie bei Nominatverträgen (– weshalb auch aus diesem Grund Begrifflichkeiten und Qualifikationen von untergeordneter Bedeutung sind –) ist bei der Feststellung, ob ein Innominatvertrag zustande gekommen ist, aber auch bei der Auslegung und Ergänzung eines Innominatvertrags primär subjektiv und subsidiär objektiv vorzugehen. Primär geht es um ein Feststellen eines tatsächlichen (natürlichen oder empirischen) Konsenses der Parteien und um eine subjektive Auslegung und Ergänzung nach dem wirklichen Willen der Parteien (Rekonstruktion des Parteiwillens). Ist dieser nicht feststellbar, geht es subsidiär um ein «Feststellen» eines rechtlichen (normativen) Konsenses der Parteien und um eine objektive Auslegung und Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip (Konstruktion des Parteiwillens). Massgebend ist beim rechtlichen Konsens und bei der objektiven Auslegung und Ergänzung der hypothetische Parteiwille, d.h. der Parteiwille, den die Parteien unter den gegebenen Umständen als vernünftig und redlich handelnde Personen nach Treu und Glauben gehabt hätten. Bei der Auslegung wird oft statt von hypothetischem Parteiwillen vom mutmasslichen Parteiwillen gesprochen, was aber m.E. dasselbe ist. Vertragsauslegung und Vertragsergänzung gehen oft ineinander über und sind theoretisch nicht wirklich zu trennen.[85] Das gilt sogar für die Konsensfrage, setzt doch das Feststellen eines Konsenses eine Vertragsauslegung und eine Vertragsergänzung voraus, denn logisch lässt sich zwischen Bestand und Inhalt eines Vertrags nicht trennen. Denn es gibt keinen Bestand eines Vertrags ohne Inhalt und keinen Inhalt eines Vertrags ohne Bestand.[86]

Kontrovers wird das Verhältnis von hypothetischem Vertragswillen und dispositivem Recht diskutiert.[87] Richtig ist m.E., dass Ausgangspunkt der Konstruktion des Parteiwillens immer der hypothetische Parteiwille ist, was sich aus der Vertragsfreiheit und der Funktion des dispositiven Rechts ergibt.[88] Entsprechend ist das dispositive Recht eine wichtige Inspirationsquelle für die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens, aber nicht mehr.

Bei den Innominatverträgen und insbesondere bei den Verträgen *sui generis* gibt es nicht *per se* ein dispositives Recht.[89] Nach dem vom Bundesgericht und einem Grossteil der Lehre bezüglich Rechtsanwendung bei Innominatverträgen vertretenen Methodenpluralismus,[90] auch idiosynkratische Methode

80 Zum Begriff des Vertrages *sui generis* z.B. OFK-*Huguenin/Huber-Purtschert*, OR, Innominatkontrakte, N 16; bezüglich ABV ohne Gewichtung der Häufigkeit der Unterarten *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 179; *Glattfelder* (Fn. 12), 236*a* ff.

81 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 181 f.

82 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 184 ff.

83 BGE 109 II 43, E. 2; z.B. *Bloch* (Fn. 51), 56.

84 Z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 180.

85 Zum Ganzen z.B. *Markus Vischer,* Der Mängelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 2 f., mit Hinweisen auf *Huguenin* (Fn. 38), N 245 ff., 273 ff.; s. auch spezifisch bezüglich Auslegung eines ABV-Urteils des Bundesgerichts 4A_611/2016 vom 20.3.2017, E. 4 ff.

86 *Markus Vischer*, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 967 f.

87 *Huguenin* (Fn. 38), N 312 ff.; bezüglich ABV *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 37 ff., 44.

88 BSK OR I-*Amstutz/Morin,* Einl. vor Art. 184 ff. N 39 ff.; *Huguenin* (Fn. 38), N 314; s. bezüglich Innominatverträge im Besonderen auch BSK OR I-*Zellweger/Bucher,* Vor Art. 1–40*f* N 45: «Zusammenfassend ist zu fordern, dass der nicht zwangslos einem gesetzlichen Typus zuzuordnende Vertrag primär aus sich selbst heraus verstanden wird und als oberste Richtschnur der Parteiwille gilt.»

89 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 40.

90 Z.B. *Huguenin/Huber-Purtschert,* OR, Innominatkontrakte, N 28, m.w.N.

genannt,[91] gibt es je nach zur Diskussion stehender Frage bezüglich des dispositiven Rechts verschiedene Inspirationsquellen.

Bezüglich in einem ABV enthaltener Vorkauf-, Vorhand- und Kaufrechte[92] kann z.B. Kaufrecht herangezogen werden,[93] so insbesondere bezüglich Vorkaufrechte auch Art. 216 ff. OR.[94]

Es können bezüglich einzelner Regelungen in einem ABV auch Normen des Rechts der einfachen Gesellschaft herangezogen werden, aber eben nicht *per se,* sondern als Inspirationsquelle zum hypothetischen Parteiwillen. Im Vordergrund mag Art. 545 f. OR stehen, welche Bestimmungen nach gewissen Autoren «eine vernünftige Beendigungsordnung» für ABV enthalten sollen.[95] Im Verhältnis zur umstrittenen zwingenden Anwendung von Art. 404 OR auf gewisse (mandatsähnliche) ABV stimmt dies.[96] Insgesamt aber ist dies nicht in jedem Fall zutreffend, passt doch z.B. die in Art. 546 OR vorgesehene sechsmonatige Kündigungsmöglichkeit bei auf unbestimmte Zeit eingegangenen ABV nur selten. Die Parteien tun deshalb gut daran, im ABV eine eigenständige Beendigungsordnung vorzusehen,[97] welche sich durchaus an der grundsätzlich dispositiven Beendigungsordnung der einfachen Gesellschaft orientieren darf, ja angesichts von Art. 404 OR vielleicht sogar muss.

Herangezogen werden können selbstverständlich auch die dispositiven Normen des allgemeinen Teils des OR, z.B. Art. 98 Abs. 2 OR,[98] oder Art. 111 OR[99] oder Art. 82 OR, welche Bestimmung m.E. bei ABV angesichts der darin oft enthaltenen synallagmatischen Elemente[100] eine viel grössere Bedeutung hat, als gemeinhin angenommen wird, kommt doch Art. 82 OR nicht nur in zweiseitigen (bzw. Zwei-Gruppen-)ABV zur Anwendung, sondern u.U. auch in mehrseitigen ABV.[101] Gleiches wie für Art. 82 OR gilt für Art. 107–109 OR.[102]

Insgesamt bedeutet dies für ABV, dass in erster Linie die explizite vertragliche Absprache massgebend ist.[103] In zweiter Linie ist der hypothetische Parteiwille massgebend, wobei wie gesagt das dispositive Recht in einzelnen Bereichen eine Inspirationsquelle sein kann. Eine weitere Inspirationsquelle sind andere vertragliche Regelungen im ABV, die analog herangezogen werden können.[104]

Das hat auch Auswirkungen auf das Entwerfen eines ABV. Statt als ewiger «Gefangener» der einfachen Gesellschaft zu agieren,[105] sollte der Vertragsgestalter sich bewusst sein, dass er im Regelfall einen Innominatvertrag entwirft, was ihm bei der Vertragsgestaltung hilft.[106] Es geht dabei nicht um den Versuch einer Umgehung von Normen des Nominatvertragsrechts auf der «Flucht ins Innominatvertragsrecht»,[107] sondern um sinnvolle Vertragsregelungen

91 Z.B.CO I-*Luc Thévenoz/Jacques de Werra,* Intro. Art. 184–529, N 19*a*.

92 Zu diesen im Allgemeinen z.B. *Peter Böckli,* Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufrechten oder Übernahmepflichten, in: Jean Nicolas Druey/Peter Böckli/Peter Nobel (Hrsg.), Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 35 ff.

93 Z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 89; *Fischer* (Fn. 51), 33.

94 Z.B. *Markus Vischer,* Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, 83 f.

95 Z.B. *Rolf Bär,* Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985, 234; zu dieser Beendigungsordnung im Allgemeinen z.B. *Germann* (Fn. 6), § 4 N 160 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 7), § 39 N 182 ff.

96 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 3 N 196 ff.; s. auch *Huguenin* (Fn. 42), § 45 N 3711 mit der (berechtigten) Auffassung, dass die Anwendung von Art. 404 OR nicht von der Qualifikationsfrage abhängig gemacht werden sollte, also weder zwingend in jedem Auftrag zur Anwendung kommt noch zwingend in jedem Innominatkontrakt nicht zur Anwendung kommt.

97 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 50 N 1779.

98 *Bloch* (Fn. 51), 50.

99 S. schon II.3., insbesondere Fn. 51.

100 S. II.3.

101 Tendenziell gl.M., aber m.E. noch zu wenig weitgehend, *Daniel Baumann/Pascal Zysset,* Die Einrede des nicht erfüllten Aktionärbindungsvertrags, AJP 2015, 151 ff.; a.M. *Robert Müller,* Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag, Zürich 1971, 100 f.; s. auch *Hubert Stöckli,* Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung/Abwicklung/Störungen, Zürich/Basel/Genf 2008, N 94 zum «multilateralen Synallagma» in Mehr-als-Zwei-Parteien-Verträgen; s. auch zur Anwendung von Art. 82 OR in Innominatverträgen im Allgemeinen CO I-*Luc Thévenoz/Jacques de Werra,* Intro. Art. 184–529, N 36.

102 A.M. *Müller* (Fn. 101), 132; s. aber zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 107–109 OR über synallagmatische Verhältnisse hinaus in der neueren Lehre z.B. *Miguel Soto,* Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Zürich/Basel/Genf 2015, 171 f.

103 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 43.

104 *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 44.

105 S. II.3.

106 Dazu im Allgemeinen *Schumacher* (Fn. 43), N 206.

107 Zu dieser «fuite vers les contrats innommés» z.B.CO I-*Luc Thévenoz/Jacques de Werra*, Intro. Art. 184–29, N 9.

im Kontext des Innominatvertragsrechts. Dieses Bewusstsein, also das Bewusstsein, im Kontext des Innominatvertragsrechts einen Vertrag zu entwerfen, hat einen Wert.[108] Er liegt im Erkennen der Bedeutung der expliziten vertraglichen Absprachen beim Innominatvertrag, weshalb eine besonders sorgfältige Vertragsredaktion des ABV gefordert ist. Das kann sich im Umfang des ABV niederschlagen.[109] Damit soll nicht einer unnötig umfangreichen Vertragsgestaltung das Wort geredet werden. Vielmehr ist gerade beim Entwerfen eines ABV weniger oft mehr. Meist genügt es, im ABV die jetzige Situation und nicht noch alle theoretisch denkbaren Entwicklungen in der Zukunft zu regeln,[110] zumal es den lückenlosen Vertrag nicht gibt und man entsprechend nicht in einen «Vollständigkeitswahn» verfallen sollte.[111] Solchen theoretisch denkbaren Entwicklungen in der Zukunft wird oft besser mit sogenannten Überprüfungsklauseln bzw. Neuaushandlungsklauseln im ABV Rechnung getragen. Sie halten die Parteien an, den ABV periodisch und eventuell bei bestimmten Ereignissen zu überprüfen und anzupassen.[112] Als solche bilden sie Teil des bei jedem Vertrag und insbesondere beim ABV als Dauervertrag notwendigen nachvertraglichen Vertragsmanagements bzw. Vertragscontrolling und Risikomanagements.[113] Auf der anderen Seite sei damit nicht Kürze um der Kürze willen postuliert. Kürze um der Kürze willen ist gefährlich und damit nicht als Selbstzweck anzustreben.[114]

IV. Inhaltliche Schranken des Aktionärbindungsvertrags

Wie überall finden auch beim ABV explizite oder nach dem hypothetischen Parteiwillen ausgelegte oder ergänzte vertragliche Absprachen ihre Schranken im zwingenden Recht. In erster Linie ist hier an die zwingenden Regeln des allgemeinen Teils des OR[115] oder der Einleitungsartikel des ZGB[116] zu denken.[117] Eine viel schwierigere Frage ist, inwieweit das zwingende Aktienrecht vertraglichen Regelungen im ABV inhaltliche Schranken setzt,[118] also der ABV trotz postulierter strikter Trennung von ABV und Statuten und vertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Ebene[119] durch das zwingende Aktienrecht beeinflusst wird.

V. Exkurs: Gesellschafterbindungsverträge

Wie es bei der AG den Aktionärbindungsvertrag gibt, existiert bei der GmbH der Gesellschafterbindungsvertrag (GBV). Auch für ihn besteht in der Praxis ein Bedürfnis.[120] Auch er wird als zulässig erachtet.[121] Überhaupt gilt für diesen GBV im Grossen und Ganzen das für den ABV Ausgeführte.[122] Entsprechend ist auch er meist ein Innominatvertrag.

VI. Zusammenfassung

ABV sind nicht notwendigerweise und auf alle Fälle meist nicht umfassend und allein einfache Gesellschaften. Sie sind insbesondere dann nicht einfache Gesellschaften, wenn eine Subsumtion unter einen anderen Nominatvertrag nicht möglich bzw. nicht opportun ist. Vielmehr sind ABV in der Regel Innomi-

108 A.M. wohl CO I-*Luc Thévenoz/Jacques de Werra,* Intro. Art. 184–529, N 19*a*.

109 Dazu im Allgemeinen *Schumacher* (Fn. 43), N 228.

110 Zur Komplexität und insbesondere auch zur Komplexität der Zukunft, zum Umgang mit der Komplexität z.B. durch Reduktion der Varietät der Problemsituationen und zur Vertragsgestaltung zum Umgang mit der Komplexität im Dilemma zwischen Stabilität und Flexibilität im Allgemeinen *Schumacher* (Fn. 43), N 897 ff.

111 Z.B. *Fischer/Brägger* (Fn. 43), 79; *Schumacher* (Fn. 43), N 1552 ff., 1566.

112 Zu solchen Überprüfungsklauseln bzw. Neuaushandlungsklauseln im Allgemeinen z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 34 N 1492 ff.; *Schumacher* (Fn. 43), N 972 f.

113 Zum Vertragsmanagement und Vertragscontrolling im Allgemeinen z.B. *Fischer/Brägger* (Fn. 43), 99 ff.; *Locher* (Fn. 43), N 25 ff.; zum Risikomanagement im Allgemeinen z.B. *Schumacher* (Fn. 43), N 1043 ff.

114 Z.B. *Fischer/Brägger* (Fn. 43), 79; *Schumacher* (Fn. 43), N 1549 ff.

115 Z.B. Art. 19 f. OR, auch i.V. Art. 27 ZGB.

116 Z.B. Art. 2 ZGB.

117 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 5 N 257 ff.; *Hintz-Bühler* (Fn. 13), 45.

118 Dazu z.B. *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 5 N 272 ff.

119 S. I.

120 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 61 N 2191 f.; zurückhaltender *Lukas Handschin/Christof Truninger,* Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, § 2 N 39.

121 Implizite *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 61 N 2191 ff.; *Handschin/Truninger* (Fn. 120), § 2 N 33.

122 *Forstmoser/Küchler* (Fn. 9), § 61 N 2192.

natverträge. Es gelten für sie bezüglich Konsensfrage, Auslegung und Ergänzung die gleichen Regeln wie für Nominatverträge. Primär ist diesbezüglich der wirkliche Parteiwille und subsidiär der hypothetische Parteiwille massgebend. Bei der «Feststellung» des hypothetischen Parteiwillens kann sich der Rechtsanwender am dispositiven Gesetzesrecht inspirieren, muss aber nicht. Als solches dispositives Gesetzesrecht kann das dispositive Recht der einfachen Gesellschaft dienen. Es passt allerdings im Regelfall für ABV nicht, weshalb eher das dispositive Recht des allgemeinen Teils des OR, d.h. z.B. Art. 82 OR oder Art. 107–109 OR, im Vordergrund stehen. Der Tatsache, dass ABV in der Regel Innominatverträge sind, ist auch beim Entwerfen eines ABV durch den Vertragsgestalter Rechnung zu tragen, insbesondere durch besonders sorgfältige Redaktion der individuellen Absprachen. In dem Sinne ist der Vertragsgestalter beim Entwerfen eines ABV nicht «Gefangener» der einfachen Gesellschaft.