

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

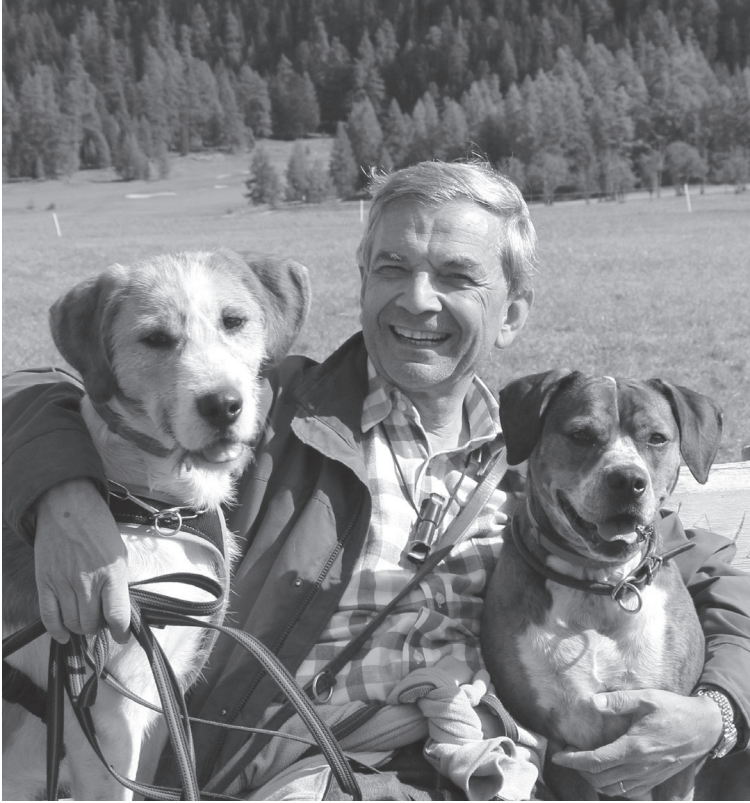
Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!



A. J. Müller

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-7808-2

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9



© Stämpfli Verlag AG Bern

Die Legitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Aktionärbindungsvertrag – Kritische Anmerkungen zu BGE 143 III 480

Oder: «Vor Gericht und auf hoher See sind wir in
Gottes Hand!»*

KARIN MÜLLER**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	392
II.	BGE 143 III 480 als Anlass der folgenden Überlegungen.....	392
	A. Allgemeines.....	392
	B. Eine bemerkenswerte höchstrichterliche Aussage.....	393
	1. Zweifel des Bundesgerichts an der Legitimation.....	393
	2. Rechtskontrolle durch das Bundesgericht.....	394
	3. Die kantonalen Instanzen.....	396
III.	Sachverhalt und Erwägungen von BGE 143 III 480.....	397
IV.	Schicksal des Aktionärbindungsvertrags in BGE 143 III 480.....	399
	A. Vorbemerkungen.....	399
	B. Verschiedene denkbare Szenarien.....	399
V.	Vorgehen bei unklarer Sachlegitimation.....	401
VI.	Auswirkungen des Todes einer Vertragspartei auf den Aktionärbindungsvertrag.....	406
	A. Im Allgemeinen.....	406
	B. In BGE 143 III 480.....	406
VII.	Legitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag.....	409
	A. Im Allgemeinen.....	409
	B. In BGE 143 III 480.....	411
VIII.	Schlussbemerkung.....	413
IX.	Literaturverzeichnis.....	413

* «*Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei*» (römische Juristenweisheit).

** Das Manuskript wurde im Frühjahr 2020 abgeschlossen. Ich danke Herrn Livio Mühlebach, BLaw und Frau Dr. Nadja Fabrizio für die kritische Durchsicht des Beitrags. Herr Livio Mühlebach hat mich auch bei der Zitatkontrolle und Herr Hermann Julen, MLaw und Frau Maike Jeschonnek, BLaw bei der Recherche unterstützt.

I. Einleitung

Der Jubilar und ich sind langjährige Weggefährten. Während des Studiums hatte ich ein Praktikum in der Kanzlei von Walter Fellmann absolviert. Im Hinblick auf den Einsatz in der Praxis erkundigte sich Walter Fellmann – wohl wissend, dass verfahrensrechtliche Kenntnisse von wesentlicher Bedeutung sind – im Vorfeld der Anstellung nach meinen bereits erworbenen Rechtskenntnissen: «Haben Sie Zivilprozessrecht schon gehört?» Soeben das fünfte Studiensemester absolviert und in eben diesem Semester die Vorlesung Zivilprozessrecht besucht, konnte diese Frage mit einem – offensichtlich – überzeugenden «Ja» beantwortet werden. Und so kam ich zu einem ersten Einblick in die Praxis und lernte den Jubilar kennen.

Damals wurde mir – erstmals nicht nur in der Theorie im Hörsaal – auch vor Augen geführt, was Prozessieren bedeutet, nämlich: «Vor Gericht und auf hoher See ist man allein in Gottes Hand!», wie Walter Fellmann gemeinhin zu sagen pflegte, wenn man ihn nach den Prozesschancen fragte.

Die Festschrift und der vorliegende Beitrag sollen den Jubilar, mit dem mich nicht nur eine lange berufliche Zusammenarbeit, insbesondere am Berner Kommentar zur einfachen Gesellschaft¹ und nun als Konsulentin bei der *Swiss-Legal Fellmann Rechtsanwälte AG*, sondern auch eine langjährige Freundschaft verbindet, ehren. Im Beitrag dreht sich damit alles um die einfache Gesellschaft, die Dauer, das Prozessieren und einiges mehr.

II. BGE 143 III 480 als Anlass der folgenden Überlegungen

A. Allgemeines

In BGE 143 III 480 hatte das Bundesgericht Ansprüche aus einem Aktionärbindungsvertrag zu beurteilen. Der Aktionärbindungsvertrag war gesellschaftsrechtlich ausgestaltet² und damit als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Im Entscheid ging es im Kern um die Frage, ob der Aktionärbindungsvertrag übermässig bindend im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB war. Das Bundesgericht bejahte diese Frage aufgrund der konkreten Umstände. Der Aktionärbindungsvertrag fiel daher mit Wirkung *ex nunc* dahin. Dies hatte zur Folge, dass ein

¹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar, Art. 530–544 OR, Bern 2006.

² BGE 143 III 480, E. 3.1, 3.2 und 4.3. Allgemein zur Qualifikation bzw. Rechtsnatur eines Aktionärbindungsvertrags vgl. etwa FORSTMOSER/KÜCHLER, N 113 ff.; vgl. auch VISCHER, SZW 2017, 427 ff. und 430 ff.

Teil der geltend gemachten Ansprüche unberechtigt war und der in Anspruch genommene Vertragspartner die Erfüllung des Vertrags bezüglich dieser Ansprüche verweigern konnte.³

Der Aspekt der übermässigen Bindung des Aktionärbindungsvertrags ist von verschiedenen Autoren besprochen worden.⁴ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags soll diese Problematik daher nicht weiter vertieft werden. Vielmehr wird auf eine Frage eingegangen, die das Bundesgericht im Entscheid gestreift, deren Beantwortung es dann aber mehr oder weniger elegant umgangen hatte. Es ging um die Frage der Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Aktionärbindungsvertrag.

B. Eine bemerkenswerte höchstrichterliche Aussage

1. Zweifel des Bundesgerichts an der Legitimation

Das Bundesgericht machte im Entscheid eine Aussage, die den aufmerksamen Leser aufhorchen lässt. Im Zusammenhang mit der Frage, wer Ansprüche aus einem als einfache Gesellschaft konzipierten Aktionärbindungsvertrag geltend machen kann, führte es aus: «Die Klage [...] ist einerseits eine solche auf Realerfüllung des ABV [...]. Andererseits verlangt [der Kläger B. vom Beklagten A.] [...] eine Konventionalstrafe [...]. Vertragsparteien des ABV waren die Streitparteien [B. und A.] und C. Gesellschaftsrechtliche Ansprüche haben die Gesellschafter entweder gemeinsam (gegen einen Dritten oder einen den Vertrag verletzenden Mitgesellschafter) einzuklagen (sog. Gesellschaftsklage) oder ein Gesellschafter klagt allein, aber auf Leistung an die Gesellschaft (sog. *actio pro socio*). Einzig für gewöhnliche schuldrechtliche Ansprüche aus einem Aktionärbindungsvertrag ist ein einzelner Aktionär (allein) klagelegitimiert [...]. Die Parteien haben sich nicht zur Legitimation des Klägers [...] geäußert, mittels Klage Leistung an ihn selber zu verlangen. Mangels entsprechender Rügen hat es damit sein Bewenden».⁵

Das Bundesgericht schien – jedenfalls für einen Moment – Zweifel an der Aktivlegitimation des Klägers zu hegen. Einerseits waren nämlich ursprünglich drei Aktionäre am Vertrag beteiligt, in den Prozess aber nur noch zwei von

³ Vgl. dazu III. hinten.

⁴ Vgl. nur AEBI-MÜLLER, 397 f.; BETTSCHART/FISCHER, N 1 ff.; FAVRE, 614 f.; GNOS/HOLLER/ANNER, 19 ff.; KUNZ/CHRISTEN/ATTINGER, 619 ff.; MENGHINI, 355 ff.; MÜLLER/LEU, Rz. 1 ff.; REICHMUTH/VON DER CRONE, 703 ff.; SCHMID/BUSSMANN, 746 ff.; STEPHENSON, 55 f.; VISCHER, AJP 2017, 1129 ff.; WILDEISEN/HIRNER, 98 ff.

⁵ BGE 143 III 480, E. 4.3.

ihnen involviert. Andererseits hätte der klagende Gesellschafter B. grundsätzlich nur Leistung an die Gesellschaft und nicht an sich selbst verlangen können, soweit es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen nicht um gewöhnliche schuldrechtliche Ansprüche handelte.⁶

Die höchstrichterliche Aussage, wonach die Parteien sich nicht zur Legitimation geäußert hätten und es daher «[m]angels entsprechender Rügen [...] sein Bewenden» hätte, erstaunt – jedenfalls auf den ersten Blick –, ist doch die Sachlegitimation nach materiellem Recht zu beurteilen⁷ und damit als grundlegende Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen.⁸ Als Teil der materiellen Voraussetzungen des strittigen Anspruchs prüft auch das Bundesgericht die Aktiv- und Passivlegitimation frei.⁹ Wird die Klage gegen eine Person erhoben, die nicht passivlegitimiert ist, oder wird sie nicht vom Aktivlegitimierten eingereicht, führt dies zur Abweisung der Klage.¹⁰

Die Brisanz seiner Aussage relativierte das Bundesgericht in der Folge indes sogleich, indem es festhielt, es sei davon auszugehen, «dass der ABV spätestens nach dem Tod von C. zu einem Zweiparteienvertrag wurde» und er damit «einem Austauschverhältnis so nahe [stehe], dass es sich bereits deshalb rechtfertig[e], diesen auch bezüglich möglicher Einreden wie einen solchen zu behandeln».¹¹

2. *Rechtskontrolle durch das Bundesgericht*

Das Bundesgericht ist bekanntlich keine allgemeine (höchste) Rechtsmittelinstanz, die den Fall gestützt auf sämtliche Beweismittel und die gesamten Akten nochmals in allen Facetten überprüft. Dem höchsten Gericht obliegt primär die Rechtskontrolle. Damit prüft es nur, ob der angefochtene (kantonale) Entscheid Recht verletzt, und auch dies geschieht nur unter bestimmten Aspekten, die in Art. 95 ff. BGG abschliessend aufgezählt sind.¹² In Bezug auf Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanzen kann das Bundesgericht nur überprüfen, ob diese offensichtlich unrichtig und damit willkürlich sind oder auf einer

⁶ BGE 143 III 480, E. 4.3; vgl. auch SCHMID/BUSSMANN, 753.

⁷ Vgl. etwa MEIER, Zivilprozessrecht, 162; GROLIMUND in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 20.

⁸ Art. 57 ZPO und Art. 106 Abs. 1 BGG; gl.M. SCHMID/BUSSMANN, 753.

⁹ BGE 142 III 782, E. 3.1.4 (Pra. 107 [2018] Nr. 46); BGE 130 III 550, E. 2. (Pra. 94 [2005] Nr. 61).

¹⁰ BGE 142 III 782, E. 3.1.4 (Pra. 107 [2018] Nr. 46); vgl. auch BGE 125 III 82, E. 1. (Pra. 88 [1999] Nr. 113).

¹¹ BGE 143 III 480, E. 4.3.

¹² Vgl. FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 154; MÜNCH/LUCZAK, Rz. 2.1.

Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen.¹³ Respektiert der kantonale Entscheid die in Art. 95 ff. BGG vorgegebenen Schranken, prüft das Bundesgericht daher nicht, ob der eingeklagte Anspruch tatsächlich besteht.¹⁴

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt zudem die qualifizierte Rügepflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG.¹⁵ Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁶ In der Begründung der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt.¹⁷ Die Beschwerde muss «auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeh[en] und im Einzelnen aufzeig[en], worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt.»¹⁸ Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen prüft das Bundesgericht daher grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es erachtet sich jedenfalls als «nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese [...] nicht mehr vorgetragen werden.»¹⁹

Dies bedeutet, dass das Bundesgericht die Sachlegitimation unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime lediglich nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts überprüft.²⁰ Es muss sich nur mit Rügen auseinandersetzen, die von den Parteien erhoben wurden, und es erörtert demnach diejenigen Fragen nicht, die von den Parteien nicht mehr vorgebracht werden. Insofern schränkt das Rügeprinzip den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nach Art. 106 Abs. 1 BGG im Verfahren vor dem Bundesgericht ein.²¹

¹³ Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG.

¹⁴ MÜNCH/LUCZAK, Rz. 2.1.

¹⁵ BGE 140 III 264, E. 2.3 m.w.H.; vgl. dazu auch FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 160.

¹⁶ BGE 140 III 16, E. 1.3.1 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 III 264, E. 2.3.

¹⁷ Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. dazu CHEVALIER/SEILER, 52 ff.; FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 160 f.; MEYER/BÜHLER, 493 f.; VON WERDT, Handbuch, N 610 ff.; DERS., Haftpflichtprozess, 82 ff.

¹⁸ BGE 140 III 115, E. 2.

¹⁹ BGE 143 III 480, E. 1.1 (nicht amtlich publiziert); BGE 140 III 115, E. 2.; BGer 4A_87/2019 vom 2. September 2019, E. 2.; vgl. auch BGE 140 III 86, E. 2. (Pra. 103 [2014] Nr. 79); FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 159.

²⁰ BGE 130 III 550, E. 2. (Pra. 94 [2005] Nr. 61).

²¹ BGE 140 III 86, E. 2. (Pra. 103 [2014] Nr. 79); vgl. auch CHEVALIER/SEILER, 50 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.53; MARKUS/DROESE, Kap. 5 N 25; MEYER/BÜHLER, 494.

Im vorliegenden Fall sah sich das Bundesgericht offensichtlich nicht veranlasst, die Sachverhaltsfeststellungen, mithin die Schlussfolgerungen der kantonalen Gerichte aus dem Behauptungs- und Beweisverfahren,²² zu überprüfen.²³ Damit konnte es die Sache trotz seiner Zweifel an der Legitimation des Klägers auf sich beruhen lassen. Beim Bundesgericht blosser Zweifel zu wecken, genügt nämlich nicht für die Annahme einer offensichtlichen Unrichtigkeit einer Sachverhaltsfeststellung.²⁴

3. *Die kantonalen Instanzen*

Die vorinstanzlichen Gerichte hatten sich nicht unmittelbar zur Frage der Aktivlegitimation von B. zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Aktionärbindungsvertrag geäußert. Sie gingen davon aus, dass der Aktionärbindungsvertrag (auch nach dem Tod von C.) weiterhin in Kraft war und B. seine Ansprüche daher grundsätzlich auf diesen Vertrag stützen konnte.²⁵

Ob der Aktionärbindungsvertrag (spätestens mit dem Tod von C.) tatsächlich zu einem Zweiparteienvvertrag geworden war und damit weiterhin Bestand hatte, wie die Gerichte annahmen, ist indessen nicht ohne weiteres klar. Das Bundesgericht schloss nämlich lediglich aus einem Generalversammlungsprotokoll vom 17. Juni 2005, aus dem hervorging, dass von den ursprünglich drei Vertragspartnern nur noch der Kläger und der Beklagte Aktien besaßen, dass sich der Aktionärbindungsvertrag auf ein Zweiparteienvhältnis reduziert hätte.²⁶ Die Tatsache allein, dass nur noch zwei der ursprünglich drei Vertragspartner Aktionäre waren, sagt allerdings über das Schicksal des Aktionärbindungsvertrags nicht unmittelbar etwas aus.²⁷

²² FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 154 m.w.H.

²³ Vgl. BGE 143 III 480, E. 1.2 (nicht amtlich publiziert). Der Beschwerdeführer hatte vor dem Bundesgericht offenbar keine substantiierte Sachverhaltsrüge im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG erhoben. Vor dem Obergericht hatte er immerhin geltend gemacht, die Vorinstanz hätte den Sachverhalt nur unvollständig wiedergegeben, wesentliche Fakten unerwähnt gelassen und rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweisanträge nicht gehört (vgl. Urteil Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016, E. II. 1.1 [S. 9]). Das Obergericht erachtete diese Rügen indessen als unbegründet (Urteil Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016, E. II. 1.3 ff., insbes. 1.5 [S. 17]).

²⁴ FELLMANN, Personen-Schaden-Forum, 160.

²⁵ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.2.1 (S. 13) und 2.2.2 C. (S. 16) sowie Urteil Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016, E. II. 3.2.5. (S. 23 f.).

²⁶ Vgl. BGE 143 III 480, E. 4.3.

²⁷ Dass C. als dritter Vertragspartner 2005 keine Aktien mehr besaß, war zudem logisch, war er doch bereits im Januar 2004 verstorben. Es stellt sich damit vielmehr die Frage, was mit den Aktien von C. geschehen ist. Dazu äussern sich die Gerichte indessen mit

Im Folgenden ist es angezeigt, einerseits über das Schicksal eines Aktionärsbindungsvertrags bei Tod einer Partei, andererseits über die Klagelegitimation bei einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärsbindungsvertrag nachzudenken. Zuvor sollen indessen kurz der Sachverhalt, der dem Urteil zugrunde lag, sowie die Erwägungen des Bundesgerichts – soweit sie für den vorliegenden Beitrag von Bedeutung sind – erörtert werden.

III. Sachverhalt und Erwägungen von BGE 143 III 480

Im Jahr 1985 gründeten A., B. und C. die D. AG. Alle drei Aktionäre nahmen Einsitz im Verwaltungsrat und schlossen in der Folge einen Aktionärsbindungsvertrag (ABV) ab. Der ABV enthielt unter anderem Bestimmungen betreffend eines Anspruchs der drei Gründeraktionäre auf ein Verwaltungsratsmandat bei der D. AG sowie eine Klausel, gemäss welcher B. ab einem gewissen Betrag am Lohn bzw. an einer Lohnerhöhung des A. partizipieren sollte. Für den Fall einer Verletzung des ABV wurde eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 40'000 pro Widerhandlungsfall vereinbart. Der Vertrag wurde «unkündbar auf unbestimmte Dauer» abgeschlossen.²⁸

Im Jahr 1986 schied B. aus dem Verwaltungsrat aus. Weil Gespräche über eine Anpassung des ABV in der Folge scheiterten, kündigte A. im April 1999 den ABV. B. widersetzte sich der Kündigung und beantragte in den Folgejahren – letztmals im Juni 2014 – an den Generalversammlungen erfolglos seine Wahl in den Verwaltungsrat der D. AG. Per Ende 2001 schieden auch A. und C. aus dem Verwaltungsrat aus. Im Januar 2004 verstarb C.²⁹

Im Mai 2013 reichte B. Klage ein und beantragte, A. sei viermal zur Zahlung der Konventionalstrafe (insgesamt CHF 160'000 zuzüglich Zinsen) an ihn (B.) zu verurteilen (dreimal wegen nicht erfolgter Wahl in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012 und einmal wegen Nichtbeteiligung an der Abgangsentschädigung von A.). Zudem sei A. zu verpflichten, ihn an der nächsten Generalversammlung der D. AG in den Verwaltungsrat zu wählen, und es sei A. zu verbieten, ihn als Verwaltungsrat der D. AG abzuwählen, solange er sich für dieses Amt zur Verfügung stelle und Aktionär der D. AG sei, beides unter Androhung von Busse nach Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall.³⁰

keinem Wort (vgl. dazu auch IV.B. hinten). Zum Schicksal eines Aktionärsbindungsvertrags beim Tod einer Vertragspartei vgl. VI. hinten.

²⁸ BGE 143 III 480, Sachverhalt A.a (unpubliziertes Urteil).

²⁹ BGE 143 III 480, Sachverhalt A.b und A.c (unpubliziertes Urteil).

³⁰ BGE 143 III 480, Sachverhalt B. (unpubliziertes Urteil).

Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden hiess das Begehren bezüglich der Konventionalstrafen vollumfänglich gut und verpflichtete A. zudem, B. an der nächsten Generalversammlung der D. AG in den Verwaltungsrat zu wählen. Die gegen diesen Entscheid von A. eingereichte Berufung wies das Obergericht ab.³¹

Im kantonalen Verfahren bestritt A. die Rechtswirksamkeit des ABV wegen der im Jahr 1999 vorgenommenen Vertragskündigung sowie wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung³² und verlangte die Abweisung der Klage.³³

Die kantonalen Gerichte stellten fest, dass eine ordentliche Kündigung nicht zulässig war, weil die Parteien diese Möglichkeit im ABV rechtswirksam ausgeschlossen hätten. Die von A. im April 1999 vorgenommene Kündigung sei ungültig und der ABV damit weiterhin rechtswirksam.³⁴ Nichtigkeit aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB liege nicht vor, weil der ABV nicht den höchstpersönlichen Kernbereich der Parteien betreffe.³⁵

Gegen den Entscheid des Obergerichts erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht. Vor dem Bundesgericht rügte A. lediglich noch, die Vorinstanz habe Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzt.³⁶

Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, A. sei durch den ABV zwar nicht in den Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet.³⁷ Indem der ABV aber bereits mehr als 30 Jahre Bestand hätte, bewirke seine (konkrete) Ausgestaltung eine erheblich einschneidende Beschränkung der persönlichen Gestaltungsfreiheit von A. bei der Nachfolgeregelung. Der ABV sei somit übermässig beschränkend und nicht mit Art. 27 Abs. 2 ZGB vereinbar. Er sei zeitlich zu begrenzen und falle daher mit Wirkung *ex nunc* dahin. A. könne demzufolge nicht verpflichtet werden, B. an der kommenden Generalversammlung in den Verwaltungsrat der D. AG zu wählen.³⁸

Für die in der Vergangenheit erfolgten Nichtwahlen von B. in den Verwaltungsrat sah das Bundesgericht die drei geforderten Konventionalstrafen demgegenüber als geschuldet an, weil der ABV während des insofern relevanten

³¹ BGE 143 III 480, Sachverhalt B. (unpubliziertes Urteil).

³² BGE 143 III 480, E. 3.

³³ BGE 143 III 480, Sachverhalt C. (unpubliziertes Urteil).

³⁴ BGE 143 III 480, E. 3.1 und 3.2. Art. 546 Abs. 1 OR ist keine zwingende Bestimmung, sodass A. seine Kündigung nicht auf Art. 546 Abs. 1 OR stützen konnte (vgl. BGE 143 III 480, E. 3.1).

³⁵ BGE 143 III 480, E. 3.2.

³⁶ BGE 143 III 480, E. 4.

³⁷ BGE 143 III 480, E. 5.6.1.

³⁸ BGE 143 III 480, E. 5.6.2.

Zeitraums noch gültig war.³⁹ Das Bundesgericht hiess die Beschwerde damit teilweise gut.⁴⁰

IV. Schicksal des Aktionärbindungsvertrags in BGE 143 III 480

A. Vorbemerkungen

Das Bundesgericht geht wie ausgeführt davon aus, «dass der ABV spätestens nach dem Tod von C. zu einem Zweiparteienvertrag wurde».⁴¹ Den vorinstanzlichen Entscheiden lässt sich indessen ebenso wenig wie dem bundesgerichtlichen Urteil entnehmen, ob der Aktionärbindungsvertrag im Zeitpunkt des Todes von C. zwischen den ursprünglichen drei Parteien noch Bestand hatte oder ob C. bereits davor aus dem Vertrag ausgeschieden war. Unklar ist damit, ob der Tod von C. Auswirkungen auf die Weitergeltung des Aktionärbindungsvertrags hatte, und wenn ja, welche. Ein gesellschaftsrechtlich ausgestalteter Aktionärbindungsvertrag – um einen solchen handelt es sich vorliegend⁴² – wird bekanntlich ohne anderweitige Vereinbarung beim Tod eines Gesellschafters aufgelöst.⁴³

B. Verschiedene denkbare Szenarien

Verschiedene Szenarien sind dabei denkbar. Je nachdem, wie es sich tatsächlich verhielt, sind die Rechtsfolgen unterschiedlich.

Folgendes kann aufgrund der Ausführungen in den Urteilen und des – mutmasslich dem streitgegenständlichen Fall zuzuordnenden – Handelsregister-

³⁹ BGE 143 III 480, E. 6.4 i.V.m. E. 5.6.2 (nicht amtlich publiziert). Der im ABV vorgesehene Beteiligungsanspruch von B. am Lohn von A., der nach dem Zweck der entsprechenden Vertragsklausel auch an der Abgangsentschädigung von A. bestand, war verjährt (BGE 143 III 480, E. 6., 6.1 und 6.2 [nicht amtlich publiziert]). Weil unter Vorbehalt einer abweichenden Abrede mit der Verjährung der gesicherten Forderung auch die Konventionalstrafe verjährt und es vorliegend an einer entsprechenden Vereinbarung fehlte, war diesbezüglich keine (weitere vierte) Konventionalstrafe geschuldet (BGE 143 III 480, E. 6.3 und 7. [nicht amtlich publiziert]).

⁴⁰ BGE 143 III 480, E. 6.4 und 7. (nicht amtlich publiziert).

⁴¹ BGE 143 III 480, E. 4.3.

⁴² Vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.1 (S. 8 ff.); BGE 143 III 480, E. 3.2 («Qualifikation des ABV als schwergewichtig gesellschaftsrechtlichen Vertrag»).

⁴³ Vgl. dazu VI. hinten.

auszugs als gesichert gelten: 1985 gründeten A., B. und C. die D. AG und vereinbarten einen Aktionärbindungsvertrag. Bei der Gründung waren alle drei Aktionäre im Verwaltungsrat vertreten. Im Dezember 1986 schied der Kläger B. aus dem Verwaltungsrat aus. Im Jahr 1998 fanden unter den drei Aktionären A., B. und C. letztlich erfolglos verlaufende Gespräche über eine Anpassung des Aktionärbindungsvertrags statt. C. sowie der Beklagte A. schieden in der Folge per Ende 2001 aus dem Verwaltungsrat aus. Seit Anfang 2002 war somit keiner der Gründungsaktionäre und der ursprünglichen Parteien des Aktionärbindungsvertrags mehr im Verwaltungsrat der Gesellschaft vertreten. A. fungierte nach seinem Rücktritt als Verwaltungsratspräsident Ende 2001 gemäss dem mutmasslichen Handelsregisterauszug hingegen noch als einzelzeichnungsberechtigter Direktor. C. verstarb schliesslich im Januar 2004.⁴⁴

Gemäss dem mutmasslichen Handelsregisterauszug wurde im März 1999 eine weitere Person als kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen. Bis zum 1. Januar 2008 mussten Verwaltungsratsmitglieder nach gesetzlicher Vorschrift Aktionäre sein. Andere Personen, die als Mitglieder des Verwaltungsrats gewählt wurden, konnten ihr Amt erst antreten, nachdem sie Aktionäre geworden waren.⁴⁵ Soweit die Gesellschaft nicht *contra legem*⁴⁶ einen Verwaltungsrat hatte, der nicht zugleich Aktionär geworden war, musste (mindestens) eine weitere Person Aktionärseigenschaft erlangt haben.

Unklar und damit Spekulation bleibt demgegenüber Folgendes: Wurde der Aktionärbindungsvertrag, der in Ziff. 10 eine Nachfolgeklausel enthielt, deren genauer Inhalt sich anhand der Urteile aber nicht eruieren lässt, auf den oder die neuen mutmasslichen Aktionäre übertragen?⁴⁷ Wie verhielt es sich nach der – sich später allerdings als ungültig erweisenden⁴⁸ – Kündigung des Aktionärbindungsvertrags durch den Beklagten A. im Jahr 1999 mit den ursprünglichen

⁴⁴ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, Sachverhalt 1. (Übersicht), E. II. 2.3.1 B. d) (S. 22 f.) und II. 2.3.1 C. d) (S. 33); BGE 143 III 480, Sachverhalt (481).

⁴⁵ Art. 707 Abs. 1 und 2 aOR i.d.F. vor 1. Januar 2008.

⁴⁶ Zur Kognition des Handelsregisterführers in Bezug auf die Prüfung der Aktionärseigenschaft eines Verwaltungsrats vgl. etwa HOMBURGER, Art. 707 N 23 und 24; WERNLI, Art. 707 N 13.

⁴⁷ Die aus dem Aktionärbindungsvertrag fliessenden Rechte und Pflichten gehen im Rahmen einer Übertragung von Aktien nicht automatisch auf den Erwerber über. Die Stellung als Aktionär einerseits und die Parteistellung in einem Aktionärbindungsvertrag andererseits können – selbst im Falle eines Erbgangs – ein unterschiedliches Schicksal haben (FORSTMOSER/KÜCHLER, N 123; vgl. auch FISCHER, 22 und 167 f.; FORSTMOSER, 392; GERMANN, N 187; JUTZI/EISENBERGER, 177). Eine Übertragung von Aktien in Verletzung einer vertraglichen Pflicht zur Überbindung des Aktionärbindungsvertrags ist gültig, weil Aktionärbindungsverträge nur Wirkungen zwischen den Vertragsparteien entfalten (FORSTMOSER, 392).

⁴⁸ Vgl. BGE 143 III 480, E. 3.1 und 4.

Parteien des Aktionärbindungsvertrags? Ging neben A. auch C. von der Gültigkeit der Kündigung des Vertrags und damit seiner Hinfälligkeit aus und richtete seine Dispositionen danach aus? Hatte der Aktionärbindungsvertrag (mangels gültiger Kündigung) im Zeitpunkt des Todes von C. zwischen den ursprünglichen drei Parteien noch Bestand oder war C. bereits davor aus dem Vertrag ausgeschieden? Was war mit den Aktien von C. geschehen? Hatte er sie vor seinem Tod veräussert und hielt er sie noch im Todeszeitpunkt?

A., B. und C. hatten sich offenbar in unterschiedlicher Höhe mit Kapital in Form von Aktien und Darlehen an der Gesellschaft beteiligt.⁴⁹ Aufgrund der in den Urteilen ausgewiesenen Beteiligungsverhältnisse wäre es grundsätzlich denkbar, dass A. die ursprünglich von C. gehaltenen Aktien (oder einen Teil davon) erworben hatte.⁵⁰ Möglich wäre aber auch, dass C. sehr wenige Aktien besass und diese oder einen Teil von ihnen auf Dritte übertragen hatte. In welchem Zeitpunkt und auf welche Art die Übertragung auf welche Personen erfolgte, ist allerdings Spekulation, genauso wie die Antwort auf die Frage, ob und wenn ja, welche Auswirkungen der Tod von C. auf die Weitergeltung des Aktionärbindungsvertrags hatte.

V. Vorgehen bei unklarer Sachlegitimation

Es erstaunt – mit Blick auf den Grundsatz *iura novit curia*, wonach die Gerichte das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben⁵¹ –, dass sich die kantonalen Gerichte mit keinem Wort zu den Auswirkungen des Todes von C. auf den Aktionärbindungsvertrag geäussert hatten, zumal A. die Rechtswirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags bestritten und die Abweisung der Klage beantragt hatte.⁵² Seinen Antrag begründete A. zwar damit, dass er den Vertrag 1999 gekündigt hätte, ferner sei der Vertrag wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung ungültig.⁵³

⁴⁹ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 C. d) (S. 32).

⁵⁰ Vgl. BGE 143 III 480, E. 5.3, wonach A. als Mehrheitsaktionär über 66 % (wohl lediglich 65,2 %, vgl. dazu Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 B. e) [S. 24] [326 Neinstimmen entsprechen 65,2 % der Stimmen]) der Aktien verfügen soll. B. soll bei der Gründung über 34 % der Aktien verfügt haben (Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 C. d) [S. 32] sowie Urteil Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 22. August 2016, E. II. 1.1 [S. 10]).

⁵¹ Art. 57 ZPO; vgl. dazu etwa LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.48 ff.

⁵² Vgl. auch SCHMID/BUSSMANN, 753.

⁵³ BGE 143 III 480, E. 3.

Indem die Gerichte das Recht im Rahmen der von den Parteien gestellten Rechtsbegehren und des dem Gericht unterbreiteten Lebenssachverhalts von Amtes wegen anzuwenden haben und es einer Partei auch nicht schadet, wenn sie zu den von ihr gestellten Begehren keine rechtlichen Ausführungen macht,⁵⁴ hätte man erwarten dürfen, dass sich das Gericht aufgrund des Antrags auf Abweisung der Klage wegen Rechtsunwirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags nicht lediglich mit den von den Parteien vorgebrachten rechtlichen Begründungen auseinandersetzt, sondern auch andere rechtliche Begründungen in Erwägung zieht. Einem entsprechenden Vorgehen wäre nicht entgegengestanden, dass für Rechtsanwendung ausserhalb des dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten Streitgegenstandes kein Raum bleibt,⁵⁵ hat doch das Gericht die Berechtigung der Klage nach allen möglichen rechtlichen Begründungen zu prüfen.⁵⁶

Offensichtlich gingen die kantonalen Gerichte davon aus, dass der Tod von C. keinen Einfluss auf die (Weiter-)Geltung des Aktionärbindungsvertrags zwischen A. und B. hatte. Entweder war aufgrund der Akten⁵⁷ klar, dass der Aktionärbindungsvertrag – als Zweiparteienvertrag – noch Bestand hatte und damit die Legitimation von B., seine Ansprüche auf den Vertrag zu stützen, grundsätzlich gegeben war. Dann erstaunen allerdings die Zweifel des Bundesgerichts an der Legitimation des Klägers. War demgegenüber nicht erstellt, dass der Vertrag zu einem Zweiparteienvertrag geworden war, wie das Bundesgericht mutmasste, hätte jedenfalls das Kantonsgericht Zweifel an der Legitimation von B. haben müssen.⁵⁸ Es stellt sich damit auch die Frage, wie ein Gericht in solchen Fällen vorzugehen hat.

Die Sachlegitimation der klagenden Partei ist eine Frage des materiellen Rechts und keine Prozessvoraussetzung.⁵⁹ Ergibt sich aufgrund des von den Parteien

⁵⁴ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.49.

⁵⁵ GLASL, Art. 57 N 9. Zur Frage, wie sich der Streitgegenstand bestimmt, vgl. etwa MEIER, Zivilprozessrecht, 199 ff.

⁵⁶ MEIER, Zivilprozessrecht, 199 und 205.

⁵⁷ Eine Instruktionsverhandlung hatte offenbar nicht stattgefunden und auf die Durchführung der Hauptverhandlung hatten die Parteien verzichtet (vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhodon vom 28. Mai 2015, Sachverhalt, 2. [Prozessgeschichte]).

⁵⁸ Im Berufungsverfahren kann der Beklagte, der es vor erster Instanz versäumt hatte, die Aktivlegitimation des Klägers rechtzeitig zu bestreiten, das Unterlassene nicht nachholen. Die Unterlassung kann weder durch neue Tatsachen noch durch neue Beweismittel gerechtfertigt werden (BGer 4A_404/2016 vom 7. Dezember 2016, E. 2.2; vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Insofern hat denn auch das Obergericht betreffend die Fragen der Rechtswirksamkeit des ABV weitgehend auf das Urteil des Kantonsgerichts verwiesen (vgl. BGE 143 III 480, E. 3.1).

⁵⁹ BGE 128 III 50, E. 2.b) bb); vgl. auch BGE 139 III 353, E. 2.1, 138 III 537, E. 2.2.1, 138 III 213, E. 2.3; statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 5.24; MARKUS/DROESE, Kap. 4 N 21.

vorgetragenen Sachverhalts, dass der eingeklagte Anspruch der klagenden Partei gar nicht zusteht, dem Kläger mithin die Aktivlegitimation fehlt, ist die Klage abzuweisen, auch wenn die Aktivlegitimation von der beklagten Partei nicht ausdrücklich bestritten wird.⁶⁰

Bestehen (lediglich) Zweifel (des Gerichts) an der Aktivlegitimation, äussern sich die Parteien aber nicht zur Sachlegitimation, stellt sich die Frage, ob es Aufgabe des Gerichts ist, die Aktivlegitimation zu klären, wenn der Beklagte die Abweisung der Klage (aus anderen Gründen) verlangt.

Das Gericht ist bei der von Amtes wegen vorgenommenen Prüfung der Klagelegitimation gehalten, die Parteien anzuhören, bevor es die Klage abweist, wenn die klägerische Sachlegitimation von den Parteien nicht erörtert wurde. Ansonsten erweist sich ein solches Vorgehen bzw. die Abweisung der Klage als unvorhersehbar und verletzt den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör.⁶¹

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich zwar in erster Linie auf Tatsachenfeststellungen. Ein Recht der Parteien, zu rechtlichen Fragen angehört zu werden, wird nur in beschränktem Umfang anerkannt. Die Gerichte sind nach dem Grundsatz *iura novit curia* frei, die rechtliche Bedeutung des Sachverhalts zu beurteilen. Sie können auch auf der Grundlage einer anderen als von den Parteien vorgebrachten Rechtsnorm entscheiden. Daher müssen die Parteien grundsätzlich nicht ausdrücklich zur Tragweite von Rechtsnormen angehört werden. Ausnahmsweise sind sie aber anzuhören, nämlich dann, wenn das Gericht beabsichtigt, seine Entscheidung auf eine Rechtsnorm oder einen Rechtsgrundsatz zu stützen, die im Laufe des Verfahrens nicht zur Sprache gekommen sind, insbesondere weil sich keine der Parteien darauf berufen hat und von deren Relevanz im konkreten Fall nicht ausgegangen werden konnte.⁶²

Das Gericht hat allerdings nicht *ex officio* nach Tatsachen zu suchen, welche die Sachlegitimation der klagenden Partei erschüttern könnten, wenn sich aufgrund der Sachdarstellung der Parteien die Aktivlegitimation ohne Weiteres ergibt.⁶³

Im vorliegenden Fall war die Aktivlegitimation von B. offenbar nicht ohne Weiteres erstellt, ansonsten hätte das Bundesgericht wohl keine diesbezüglichen Zweifel geäussert. Man könnte sich daher fragen, ob in der Bestreitung der Rechtswirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags und im Antrag des Be-

⁶⁰ Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 5.24; OTT, 22 f.

⁶¹ BGer 4A_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7. und 8.; vgl. auch OTT, 23.

⁶² BGer 4P.168/2006 vom 19. Februar 2007, E. 7.1 (nicht amtlich publiziert in BGE 133 III 139); BGE 130 III 35, E. 5.

⁶³ Vgl. OTT, 23.

klagten A. auf Abweisung der Klage nicht auch die Bestreitung der Aktivlegitimation implizit enthalten war und das Kantonsgericht daher mit Blick auf die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO⁶⁴ die Parteien im Rahmen einer Instruktionsverhandlung zu dieser Thematik (und damit letztlich auch zu den Auswirkungen des Todes von C. auf den Aktionärbindungsvertrag) hätte befragen müssen.⁶⁵ Implizite Bestreitungen müssen nämlich genügen, wenn diese offensichtlich in der ausdrücklichen Bestreitung einer anderen Behauptung enthalten sind.⁶⁶

Der erforderliche Grad an Substanziierung einer Bestreitung wird durch den Grad der Substanziierung der Behauptung beeinflusst.⁶⁷ Pauschale Bestreitungen genügen zwar nicht.⁶⁸ Indem A. indessen die Rechtswirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags bestritten und Abweisung der Klage beantragt hatte, hat er den Wahrheitsgehalt der klägerischen Behauptungen (Bestand des Aktionärbindungsvertrags) infrage gestellt und damit versucht, das vorgebrachte Klagefundament zu entkräften. Von der bestreitungsbelasteten Partei kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass sie begründet, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig ist.⁶⁹

Dem mag man entgegenhalten, in der Bestreitung der Rechtswirksamkeit des Aktionärbindungsvertrags durch A. liege nicht die Verneinung des die Aktivlegitimation begründenden Klagefundaments, sondern die Geltendmachung eines Aufhebungsgrundes, nämlich der Kündigung, in Form einer selbstständigen Schutzbehauptung.⁷⁰ Wird ein Anspruch durch den Kläger substantiiert geltend gemacht, liegt darin implizit auch die Behauptung der Legitimation zur Sache und in diesem Fall treffe den Beklagten in Bezug auf deren Bestreitung jedenfalls die Behauptungs- und Beweislast.⁷¹ Bleibe eine implizite Tatsache unbestritten, gelte sie als anerkannt, und nach materiellem Recht sei die Aktiv-

⁶⁴ Vgl. dazu etwa FELLMANN, Fragepflicht, 76 ff. Die gerichtliche Fragepflicht schwächt im ordentlichen Verfahren letztlich die Verhandlungsmaxime ab (FELLMANN, Fragepflicht, 77 und 97).

⁶⁵ Vgl. auch SCHMID, 126 Fn. 137. Zur Frage, inwieweit eine anwaltliche Vertretung der Parteien – wie im vorliegenden Fall – die gerichtliche Fragepflicht einschränkt, vgl. etwa FELLMANN, Fragepflicht, 77, 79 und insbes. 89 ff.; HURNI, Art. 56 N 27 ff.; MEIER, Substantiierungslast, N 261.

⁶⁶ Vgl. HURNI, Art. 55 N 41; LEUENBERGER, Art. 222 N 21. Zur Zulässigkeit konkludenter bzw. impliziter Bestreitungen vgl. etwa MEIER, Substantiierungslast, N 241.

⁶⁷ BGE 141 III 433, E. 2.6; vgl. auch etwa HÜRLIMANN, 210. Zur Substanziierungspflicht vgl. etwa FELLMANN, Substantiierungspflicht, 15 ff.

⁶⁸ BGE 141 III 433, E. 2.6.

⁶⁹ Vgl. BGE 117 II 113, E. 2.; HURNI, Art. 55 N 43 m.w.H. Zur Bestreitungslast vgl. etwa MEIER, Substantiierungslast, N 224 ff.

⁷⁰ Vgl. auch BGE 48 II 347, E. 4.

⁷¹ BGE 48 II 347, Regeste und E. 4.

legitimation eben eine implizite Tatsache, d.h. eine Tatsache, die in einer ausdrücklich vorgebrachten Behauptung mitenthaltend sei.⁷² Insofern habe der Beklagte A. eine Einwendung als Verteidigungsmittel vorgebracht und die Tatsachenbehauptungen des Klägers B. gar nicht im eigentlichen Sinn bestritten, mithin das Klagefundament geleugnet. Einwendungen und Einreden sind als eigenständige Behauptungen nämlich von ausdrücklichen und konkludenten bzw. impliziten Bestreitungen zu unterscheiden.⁷³ Und bei Geltung der Verhandlungsmaxime dürfen Tatsachen, die von den Parteien nicht behauptet worden sind, vom Gericht nicht berücksichtigt werden.⁷⁴

Bei der vorliegenden «Unklarheit» in Bezug auf die Aktivlegitimation geht es indessen nicht um eine Tatsachenbehauptung, sondern um eine Rechtsfrage. Und im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen hat das Gericht nicht nur die massgebende Rechtsnorm zu eruieren, sondern auch den rechtlich relevanten Sachverhalt festzustellen.⁷⁵ Insofern lässt sich die «Rechtsanwendung als Denkvorgang nicht von der Feststellung des Sachverhalts trennen».⁷⁶

Es zeigt sich einmal mehr auch im vorliegenden Fall, dass man nicht nur auf hoher See, sondern auch vor Gericht allein in Gottes Hand ist! Wie es sich mit der Legitimation von B. tatsächlich verhielt, kann anhand der Urteile nicht mit Sicherheit eruiert werden. Daher soll es damit sein Bewenden haben. Im Folgenden soll lediglich noch kurz auf zwei Fragen eingegangen werden: Nämlich erstens, welche Auswirkungen hat der Tod einer Vertragspartei auf einen gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag, und zweitens, wer ist legitimiert, Ansprüche aus dem Aktionärbindungsvertrag geltend zu machen?

⁷² BGE 48 II 347, E. 4.; vgl. auch BGer 4A_404/2016 vom 7. Dezember 2016, E. 2.2.

⁷³ MEIER, Substantiierungslast, N 242.

⁷⁴ Vgl. BAUMGARTNER et al., 5. Kap. N 20 («*Quod non est in actis, non est in mundo*»); MEIER, Zivilprozessrecht, 383.

⁷⁵ FELLMANN, Substanziierungspflicht, 22.

⁷⁶ FELLMANN, Substanziierungspflicht, 22.

VI. Auswirkungen des Todes einer Vertragspartei auf den Aktionärbindungsvertrag

A. Im Allgemeinen

Ein gesellschaftsrechtlich ausgestalteter Aktionärbindungsvertrag – um einen solchen handelt es sich vorliegend⁷⁷ – wird aufgelöst, wenn eine Partei stirbt.⁷⁸ Möglich ist allerdings die Vereinbarung, dass die Gesellschaft im Falle des Todes einer Vertragspartei nicht aufgelöst wird, sondern mit den Erben oder einzelnen von ihnen fortbestehen soll.⁷⁹ Fehlt eine entsprechende Klausel im Vertrag, können die Parteien auch im Nachhinein – solange die Liquidation nicht abgeschlossen ist – die Fortsetzung mit der Erbengemeinschaft (oder einzelnen Erben) vereinbaren.⁸⁰ Zulässig ist auch, dass im Aktionärbindungsvertrag vorgesehen wird, dass die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters unter den verbleibenden Gesellschaftern (ohne die Erben des verstorbenen Gesellschafters) weitergeführt wird (sog. Fortsetzungsklausel).⁸¹ Schliesslich können die verbleibenden Gesellschafter nach dem Tod eines Partners vereinbaren, die Gesellschaft unter sich fortzuführen, solange die Liquidation nicht abgeschlossen ist.⁸²

B. In BGE 143 III 480

Wie ausgeführt, ergibt sich weder aus den vorinstanzlichen Urteilen noch aus dem Urteil des Bundesgerichts, wie es sich im vorliegenden Fall tatsächlich verhielt. Der Aktionärbindungsvertrag wurde «unkündbar auf unbestimmte Zeit abgeschlossen» und Änderungen waren nur mit schriftlichem Einverständ-

⁷⁷ Vgl. Fn. 42 vorne.

⁷⁸ Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. FISCHER, 184 m.w.H.; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 461; GERMANN, N 221; JUTZI/EISENBERGER, 173; vgl. auch BGE 116 II 49, E. 4. b); STAEHELIN, Art. 545/546 N 9.

⁷⁹ Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR; sog. Eintritts- und Nachfolgeklauseln; vgl. dazu FISCHER, 187 ff. und 196 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 539 ff.; GERMANN, N 225 ff. und 229 ff.; JUTZI/EISENBERGER, 184 ff.; STAEHELIN, Art. 545/546 N 10 und 13. Die Rechtsnatur von Nachfolgeklauseln ist umstritten, vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, N 569.

⁸⁰ Vgl. STAEHELIN, Art. 545/546 N 11.

⁸¹ Vgl. etwa FORSTMOSER/KÜCHLER, N 463; GERMANN, N 222 ff.; JUTZI/EISENBERGER, 172 f.; STAEHELIN, Art. 545/546 N 12.

⁸² Sog. Fortsetzungsvereinbarung; vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, N 474 f.; GERMANN, N 222; JUTZI/EISENBERGER, 174; vgl. auch BGE 116 II 49, E. 4. b).

nis der drei Gründeraktionäre möglich.⁸³ Der Vertrag enthielt ferner eine Klausel über die Rechtsnachfolge,⁸⁴ wonach er auf einen Rechtsnachfolger übertragen werden musste.⁸⁵ Der genaue Inhalt dieser Klausel lässt sich anhand der Urteile indessen nicht eruieren. Zudem enthielt der Vertrag eine umfangreiche Regelung betreffend Vorhandrechte.⁸⁶ Danach konnten die Aktien unter bestimmten Bedingungen verkauft werden. Eine Vertragspartei konnte sich daher von ihren vertraglichen Verpflichtungen (indirekt) durch den Verkauf ihrer Aktien lösen.⁸⁷

Das Kantonsgericht als erste Instanz ging allerdings nicht auf die Rechtsnachfolgeklausel ein und behandelte unter dem Aspekt der Auflösung des Aktionärbindungsvertrags lediglich die ordentliche Kündigung sowie die ausserordentliche Beendigung aus wichtigem Grund bzw. wegen übermässiger Bindung.⁸⁸ Die Wirkungen, die der Tod von C. auf den Aktionärbindungsvertrag hatte, thematisierte es – wie auch das Obergericht als zweite Instanz – demgegenüber nicht.

Als Beklagter hatte A. zwar die weitere Gültigkeit des Aktionärbindungsvertrags nach der von ihm ausgesprochenen Kündigung im Jahr 1999 bestritten und die Abweisung der Klage beantragt, offenbar im Prozess aber nicht (eventualiter) eingewendet, der Aktionärbindungsvertrag sei (jedenfalls) durch den Tod von C. aufgelöst worden. B. verlangte 2013 mit seiner Klage unter anderem je eine Konventionalstrafe für die nicht erfolgte Wahl in den Verwaltungsrat für die Jahre 2009, 2011 und 2012⁸⁹ sowie im Rahmen einer Realerfüllung seine (zukünftige) Wahl in den Verwaltungsrat für das Jahr 2014. C. verstarb 2004 und war somit im Zeitraum, auf den B. seine Ansprüche aus dem Aktionärbindungsvertrag stützte, bereits tot.

Schied C. vor seinem Tod aus dem Aktionärbindungsvertrag aus, ist es grundsätzlich möglich, dass der Vertrag zwischen A. und B. weiterhin Bestand hatte und zu einem Zweiparteienvertrag geworden war, auf den B. seine Ansprüche stützen konnte.

⁸³ Ziff. 11 ABV, vgl. BGE 143 III 480, Sachverhalt (481).

⁸⁴ Ziff. 10 ABV, vgl. dazu Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.1 (S. 10).

⁸⁵ BGE 143 III 480, E. 5.6.2.

⁸⁶ Vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.1 (S. 10); BGE 143 III 480, E. 5.6.2.

⁸⁷ Ziff. 4 ABV, vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.2.1 (S. 12).

⁸⁸ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.2 (S. 11 ff.).

⁸⁹ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 B. b) (S. 18); BGE 143 III 480, E. 4.3.

Bestand der Aktionärbindungsvertrag demgegenüber im Zeitpunkt des Todes von C. noch zwischen den ursprünglichen drei Parteien, sind zwei Szenarien denkbar. Entweder wurde der Vertrag durch den Tod von C. aufgelöst. Dann wäre aber jedenfalls die Rechtsgrundlage der Ansprüche auf Wahl bzw. aus der Nichtwahl (Konventionalstrafen) in den Verwaltungsrat entfallen, zumal B. diese Ansprüche auf die Zeit nach dem Wegfall des Vertrags gestützt hätte.⁹⁰ Würde der Vertrag durch den Tod von C. demgegenüber nicht aufgelöst, weil er eine Fortsetzungsklausel enthielt, konnte er als Zweiparteienvertrag weiterbestehen.⁹¹ Ob im Vertrag eine Fortsetzungsklausel vereinbart war, geht aus den Urteilen indessen nicht hervor.⁹² Enthielt der Aktionärbindungsvertrag keine Fortsetzungsklausel, stellt sich die Frage, ob nach dem Tod von C. auf eine nachträgliche (konkludente) Vereinbarung von A. und B. auf Fortsetzung der Gesellschaft geschlossen werden durfte.⁹³

In diesem Zusammenhang ist die von A. im Jahr 1999 aufgrund von ergebnislos verlaufenen Gesprächen über eine Anpassung des Aktionärbindungsvertrags ausgesprochene Kündigung von Bedeutung. Mit der – sich allerdings nachträglich als ungültig erwiesenen⁹⁴ – Kündigung brachte A. zum Ausdruck, dass er den Aktionärbindungsvertrag nicht weiter gelten lassen wollte. Daran änderte nichts, dass sich B. dieser Kündigung widersetzte und am Aktionärbindungsvertrag festhielt⁹⁵ und schliesslich seine Klage darauf stützte.⁹⁶

Es konnte demnach nicht davon ausgegangen werden, dass A. den Vertrag nach dem Tod von C. weitergelten lassen wollte. Sofern keine vertragliche Fortsetzungsklausel bestand, durfte nicht von einer (konkludent vereinbarten) Weitergeltung des Aktionärbindungsvertrags ausgegangen werden. Damit wäre aber auch die Rechtsgrundlage der Ansprüche von B. entfallen.

⁹⁰ Die von B. geforderte Konventionalstrafe wegen Nichtleistung der Beteiligung an der Abfindung von A. war im Übrigen verjährt (BGE 143 III 480, E. 6. ff. [nicht amtlich publiziert]).

⁹¹ Dafür, dass der Aktionärbindungsvertrag eine Eintritts- oder Nachfolgeklausel enthielt und daher mit allfälligen Erben von C. fortbestand, gibt es keine Anhaltspunkte.

⁹² Die im Vertrag enthaltene Rechtsnachfolgeklausel weist allerdings darauf hin, dass der Vertrag offenbar nicht an die drei Gründungsmitglieder A., B. und C. gebunden sein sollte. Vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, N 463, wonach die «meisten Aktionärbindungsverträge [...] – ausdrücklich oder stillschweigend – unter der Übereinkunft stehen [dürften], dass der Vertrag beim Tod einer Vertragspartei (oder beim Eintritt eines anderen Beendigungsgrundes) unter den verbleibenden Parteien weitergeführt werden soll (Fortsetzungsklausel [...])».

⁹³ Zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung, solange die Liquidation der Gesellschaft nicht abgeschlossen ist, vgl. VI.A. vorne.

⁹⁴ Vgl. BGE 143 III 480, E. 3.1 und 4.

⁹⁵ BGE 143 III 480, Sachverhalt (481).

⁹⁶ BGE 143 III 480, E. 2. (nicht amtlich publiziert).

Die Annahme des Bundesgerichts, der Aktionärbindungsvertrag habe zwischen A. und B. weiterhin Bestand, kann daher nicht als gesichert gelten und erstaunt auch im Hinblick auf die Begründung. Das Bundesgericht schliesst nämlich allein aus der Tatsache, dass sich aus dem Protokoll der Generalversammlung vom 17. Juni 2005 ergab, dass von den ursprünglichen drei Vertragsparteien lediglich noch A. und B. Aktien der Gesellschaft besaßen, auf den Weiterbestand des Vertrags zwischen A. und B.

Wie es sich tatsächlich verhielt, muss mangels gesicherter Erkenntnisse dahingestellt bleiben. Abschliessend soll lediglich noch kurz Stellung zur Frage genommen werden, wer legitimiert ist, Ansprüche aus einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag geltend zu machen.

VII. Legitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag

A. Im Allgemeinen

Wer gegen wen in welcher Form Ansprüche aus einem Aktionärbindungsvertrag geltend machen kann, hängt einerseits davon ab, ob der Vertrag gesellschaftsrechtlich oder schuldrechtlich ausgestaltet ist, andererseits davon, wie der geltend gemachte Anspruch zu qualifizieren ist.⁹⁷ Während bei einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag die Ansprüche aus dem Vertrag der Gemeinschaft der Vertragsparteien zustehen und daher grundsätzlich von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend zu machen sind, ist bei einem schuldrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag mit gegenseitigen Vertragspflichten, die in einem Synallagma stehen, grundsätzlich von der Klagelegitimation der anspruchsberechtigten Partei auszugehen.⁹⁸

Bei einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag müssen Sozialansprüche⁹⁹ daher entweder durch alle Parteien gemeinsam (mit Aus-

⁹⁷ Zur Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Aktionärbindungsvertrag im Allgemeinen vgl. etwa FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2023 ff.; GERMANN, N 244 ff.; HINTZ-BÜHLER, 190 ff.; LANG, 72 ff.

⁹⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2084 f.

⁹⁹ Vgl. dazu etwa FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 629.

nahme desjenigen, gegen den sich die Klage richtet) als notwendige Streitgenossen¹⁰⁰ mit einer *Gesellschafts-* oder *Gesamthandsklage*¹⁰¹ oder subsidiär¹⁰² durch einen Gesellschafter allein mittels einer *actio pro socio*¹⁰³ geltend gemacht werden.¹⁰⁴ Die Klage richtet sich gegen die sich vertragswidrig verhaltende Partei, diese ist passivlegitimiert.

Die Gesellschafter klagen bei der *Gesellschafts-* oder *Gesamthandsklage* (so weit es um eine Leistungsklage geht) auf Leistung an die Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, ob ein Gesellschaftsvermögen besteht oder nicht.¹⁰⁵ Schadenersatzansprüche der Gesellschaft oder Konventionalstrafen fallen damit ins Gesellschaftsvermögen, was dazu führt, dass auch der fehlbare Gesellschafter im Rahmen seines Gewinnbeteiligungsrechts bzw. Liquidationsanspruchs daran partizipiert.¹⁰⁶ Beteiligt sich einer der Gesellschafter (mit Ausnahme desjenigen, gegen den sich die Klage richtet) nicht auf der Klägersseite am Prozess, ist die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen.¹⁰⁷

Im Rahmen einer *actio pro socio* kann die Klage durch einen einzelnen Gesellschafter erhoben werden, der als Prozessstandschafter¹⁰⁸ in eigenem Namen klagt, aber nur Leistung an die Gesellschaft verlangen kann.¹⁰⁹ Der als Prozessstandschafter klagende Gesellschafter ist nicht (alleiniger) Träger des geltend gemachten Sozialanspruchs. Der Anspruch steht (materiell) der Gesamtheit der Gesellschafter zu,¹¹⁰ sodass der Kläger nicht Leistung an sich selbst verlangen kann.¹¹¹ Klagt er auf Leistung an sich selbst, ist die Klage abzuweisen.

Zu beachten ist allerdings, dass nicht jede aus einem gesellschaftsrechtlichen Aktionärbindungsvertrag resultierende Leistungspflicht zwingend ein Beitrag

¹⁰⁰ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 632; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2089.

¹⁰¹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 631 f.; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2088; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 48.

¹⁰² FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 641 m.w.H.; a.M. HARTMANN, 409 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 635 ff.; FLEISCHER/HARZMEIER, 239 ff. (insbes. in historischer und rechtsvergleichender Hinsicht); HARTMANN, 397 ff.; LÖTSCHER, N 1114 ff.

¹⁰⁴ Vgl. etwa FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 630 m.w.H.; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2090; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 12 N 48.

¹⁰⁵ FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 633.

¹⁰⁶ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 536 N 103; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 1565.

¹⁰⁷ Vgl. auch HARTMANN, 403; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.36 f.

¹⁰⁸ Ob eine Prozessstandschaft vorliegt, ist im schweizerischen Recht umstritten (vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 637 ff. m.w.H.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531 N 178 m.w.H.).

¹⁰⁹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 636 und 638 ff.; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2090; LÖTSCHER, N 153, 197, 381 und 1114 ff.

¹¹⁰ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 636 ff.

¹¹¹ Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2090; HARTMANN, 398; LÖTSCHER, N 420.

an die einfache Gesellschaft sein muss. Einzelne Vertragselemente können synallagmatischen Charakter haben.¹¹² Synallagmatische Elemente sind auch in Mehrparteienverträgen möglich.¹¹³ Der Vertrag ist somit letztlich aufgrund seines konkreten materiellen Inhalts rechtlich einzuordnen und zu behandeln.¹¹⁴ Insofern ist eine Einzelfallbetrachtung unabdingbar¹¹⁵ und es ist durch Auslegung zu beurteilen, welche Leistungen einer Vertragspartei im konkreten Fall als Beiträge an die Gesellschaft und welche als Teil eines schuldrechtlichen Austauschverhältnisses zu qualifizieren sind.¹¹⁶

Demnach ist es auch bei einem gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrag möglich, dass eine Vertragspartei allein klageberechtigt ist, nämlich dann, wenn der Vertrag neben gesellschaftsrechtlichen auch schuldrechtliche¹¹⁷ bzw. synallagmatische Elemente enthält und es sich beim geltend gemachten Anspruch bzw. der Leistungspflicht um einen gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertragsbestandteil handelt.¹¹⁸ Hat ein Vertragspartner persönlich einen unmittelbaren Schaden erlitten, kann er den Schadenersatzanspruch ebenfalls in eigenem Namen geltend machen und Leistung an sich selbst verlangen.¹¹⁹ Gleiches gilt für eine Konventionalstrafe, die der Sicherung des Anspruches dient.¹²⁰

B. In BGE 143 III 480

Das Bundesgericht hatte aufgrund der Tatsache, dass ursprünglich drei Parteien am Aktionärbindungsvertrag beteiligt waren, sich im Prozess aber nur noch zwei Parteien gegenüberstanden, Zweifel an der Legitimation des Klägers, mittels Klage Leistung an sich selbst zu verlangen. Diese Zweifel schob es indessen zur Seite, indem es davon ausging, der Aktionärbindungsvertrag sei zu einem Zweiparteienvertrag geworden, der einem Austauschverhältnis so nahe

¹¹² FORSTMOSER/KÜCHLER, N 180 und 182; vgl. auch FISCHER, 35; HINTZ-BÜHLER, 35 und 48.

¹¹³ VISCHER, SZW 2017, 429.

¹¹⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 180; vgl. auch HINTZ-BÜHLER, 34 ff.; VISCHER, *successio* 2020, 7; DERS., SZW 2017, 430.

¹¹⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 180; vgl. auch FISCHER, 36; HINTZ-BÜHLER, 48.

¹¹⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, N 141.

¹¹⁷ Zur Problematik der Terminologie «schuldrechtlich» in diesem Zusammenhang vgl. VISCHER, SZW 2017, 431.

¹¹⁸ Vgl. BGE 143 III 480, E. 4.3; FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 625 m.w.H.; vgl. auch FORSTMOSER/KÜCHLER, N 2086.

¹¹⁹ Vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 625 sowie Art. 538 N 15 ff. und 142.

¹²⁰ Vgl. BGer 4A_65/2011 vom 1. April 2011, E. 3.3.1; TRUNIGER, Art. 538 N 4.

stehe, dass es sich bereits deshalb rechtfertige, ihn bezüglich möglicher Einreden wie einen solchen zu behandeln.¹²¹ Es konzentrierte sich damit auf die Frage, welche Einreden einem geltend gemachten Anspruch entgegen gehalten werden können, ging aber auf die Problematik, wer im vorliegenden Fall überhaupt legitimiert war, Ansprüche aus dem Aktionärsbindungsvertrag geltend zu machen, nicht mehr ein, weil sich die Parteien zur Legitimation nicht geäußert hatten.¹²²

Geht man davon aus, dass der Vertrag tatsächlich zu einem Zweiparteienvertrag zwischen A. und B. geworden war, was indessen keineswegs klar ist,¹²³ stellt sich die Frage, ob B. legitimiert war, Leistung der Konventionalstrafen an sich zu verlangen und auch den Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat direkt gegen A. geltend zu machen.

Konventionalstrafen, die zur Sicherung der Ansprüche aus dem Vertrag dienen, können als schuldrechtliche (synallagmatische) Elemente qualifiziert werden.¹²⁴ Indem B. geltend gemacht hatte, A. hätte seine Ansprüche aus dem Aktionärsbindungsvertrag (Einsitz im Verwaltungsrat und Beteiligung an der Abgangsschädigung) verletzt und würde daher die Konventionalstrafen schulden, war er – wie bei einem unmittelbaren Schaden – legitimiert, Leistung an sich selbst zu verlangen. Er konnte damit als Rechtsträger der geltend gemachten Ansprüche betrachtet werden.¹²⁵

Der Anspruch auf (künftige) Wahl in den Verwaltungsrat qualifiziert sich vorliegend demgegenüber als gesellschaftsrechtlicher Anspruch.¹²⁶ Grundsätzlich

¹²¹ BGE 143 III 480, E. 4.3. Bei Zweipersonengesellschaften besteht eine in ihren Wirkungen analoge Situation zu einem Austauschvertrag (vgl. FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 N 183 m.w.H.).

¹²² BGE 143 III 480, E. 4.3.

¹²³ Vgl. dazu eingehend II.B.3. und VI.B. vorne.

¹²⁴ Vgl. FISCHER, 35; HINTZ-BÜHLER, 48.

¹²⁵ Vgl. auch BGer 4A_65/2011 vom 1. April 2011, E. 3.3.1; TRUNINGER, Art. 538 N 4. Die entsprechende Klausel im Aktionärsbindungsvertrag lautete: «Verletzt eine Vertragspartei die ihr in diesem Vertrag auferlegten Pflichten, so verfällt sie in eine Konventionalstrafe von Fr. 40'000.-- in jedem Wiederhandlungsfall [...]» (Ziff. 12 ABV; vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 A. [S. 17]).

¹²⁶ Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden vom 28. Mai 2015, E. II. 2.1 (S. 10), wonach diese Vertragsklausel «[e]indeutig gesellschaftsrechtlicher Natur» sei; vgl. auch VON DER CRONE, § 11 N 28; FORSTMOSER/KÜCHLER, N 873 ff., die bei solchen Klauseln von Bestimmungen über die Steuerung von Organfunktionen sprechen (vgl. N 752). VISCHER wirft (zu Recht) die Frage auf, ob es sich bei solchen Klauseln nicht doch um synallagmatische Elemente handle, weil der Rechtsgrund der Leistungspflicht der einen Partei nicht im vereinbarten gemeinsamen Zweck liege, sondern in der Leistungspflicht der anderen Partei bzw. der anderen Parteien. «Ich helfe dir (bzw. euch), einen Verwaltungsratssitz zu bekommen, wenn du mir hilfst (bzw. ihr mir helft), einen Verwaltungsratssitz zu bekommen. [...] *Do ut des*» (VISCHER, SZW 2017, 429). Vgl.

richten sich Ansprüche aus Sozialverbindlichkeiten gegen die Gesellschaft bzw. die Gesamtheit der Gesellschafter und nicht gegen (einzelne) Mitgesellschafter.¹²⁷ Für Sozialverbindlichkeiten aus den Verwaltungsrechten der einzelnen Gesellschafter geht die Lehre indessen davon aus, dass auch eine unmittelbare Geltendmachung gegen den sich dem Anspruch widersetzenden Gesellschafter möglich ist.¹²⁸ B. war daher – unabhängig davon, ob der Aktionärbindungsvertrag zu einem Zweiparteienvertrag geworden war – legitimiert, den Anspruch auf (zukünftige) Wahl in den Verwaltungsrat im Rahmen einer Klage auf (Real-)Erfüllung direkt gegen A. geltend zu machen.

VIII. Schlussbemerkung

Prozessieren hat seine Tücken und selbst wenn das Bundesgericht Zweifel daran hat, ob der Kläger tatsächlich legitimiert ist, die Klage zu erheben, bedeutet dies noch lange nicht, dass der Beklagte auf höchstrichterliche Schützenhilfe vertrauen darf. So hat sich auch im vorliegenden Fall bewahrheitet: «Vor Gericht und auf hoher See ist man allein in Gottes Hand!», wie Walter Fellmann gemeinhin zu sagen pflegt, wenn man ihn als erfahrenen Anwalt nach den Prozesschancen fragt.

IX. Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Personenrecht, Veröffentlicht in Band 143, ZBJV 2018, 397 f.

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018 (zit. BAUMGARTNER et al.)

BETTSCHART SÉBASTIEN/FISCHER PHILIPP, Une convention d'actionnaires est jugée excessive par le Tribunal fédéral, CJN, publié le 24 octobre 2017

ferner FORSTMOSER, 385, der mit Blick auf BGE 85 II 452, E. 2 Versprechungen für einen Sitz im Verwaltungsrat als «[e]ine Art *Garantieverträge*» (im Sinne von Art. 111 OR) qualifiziert. Aufgrund der Formulierung der Klausel im vorliegenden Fall (Stimmbindung) ist die Qualifikation als gesellschaftsrechtlich indessen durchaus vertretbar. Zum Wortlaut der Klausel vgl. Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhodon vom 28. Mai 2015, E. II. 2.3.1 B. a) (S. 17 f.).

¹²⁷ Vgl. dazu FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 651 ff.

¹²⁸ FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 653 m.w.H.

- CHEVALIER MARCO/SEILER BENEDIKT, Das Rügeprinzip vor Bundesgericht und der oberen kantonalen Instanz, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, 49 ff.
- FAVRE PASCAL, Convention d'actionnaires – Quelles limites aux engagements d'un actionnaire?, EF 2018, 614 f.
- FELLMANN WALTER, Überprüfung der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung durch das Bundesgericht, in: Weber Stephan/Schmid Markus (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2020, Zürich/Basel/Genf 2020, 153 ff. (zit. Personen-Schaden-Forum)
- DERSELBE, Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Substanziierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, Zürich/Basel/Genf 2011, 13 ff. (zit. Substanziierungspflicht)
- DERSELBE, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich/Basel/Genf 2009, 69 ff. (zit. Fragepflicht)
- FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR, Bern 2006
- FISCHER DAMIAN, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen, Vertrags-, gesellschafts- und börsenrechtliche Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009
- FLEISCHER HOLGER/HARZMEIER LARS, Die actio pro socio im Personengesellschaftsrecht – Traditionslinien, Entwicklungsverläufe, Zukunftsperspektiven –, ZGR 2017, 239 ff.
- FORSTMOSER PETER, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 375 ff.
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015

- GERMANN SANDRO, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015
- GLASL DANIEL, Kommentierung von Art. 57 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- GNOS URS P./HOHLER DOMINIK/ANNER FABIENNE, Gesellschaftsrecht, Entwicklungen 2017, njus.ch, Bern 2018
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Teilband V/4a: Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, Zürich/Basel/Genf 2009
- HARTMANN STEPHAN, Zur *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften, ZSR 124 (2005) I, 397 ff.
- HINTZ-BÜHLER MONIKA, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001
- HOMBURGER ERIC, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997
- HÜRLIMANN ROLAND, Die Substanziierungslast – Fluch oder Segen?, Anwaltsrevue 2019, 209 ff.
- HURNI CHRISTOPH, Kommentierung von Art. 55 und 56 ZPO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012
- JUTZI THOMAS/EISENBERGER FABIAN, Änderungen im Parteienbestand eines Aktionärbindungsvertrags, ZBJV 2018, 163 ff.
- KUNZ PETER V./CHRISTEN ALEX/ATTINGER ALEX, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016/2017: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 2019, 614 ff.
- LANG THEODOR, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Diss. Basel 2002, Zürich/Basel/Genf 2003
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentierung von Art. 222 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016

- LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2016
- MARKUS ALEXANDER R./DROESE LORENZ, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2018
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Zivilprozessrecht)
- MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2013, Basel 2015 (zit. Substantiierungslast)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018
- MENGHINI FABIANO, Aktionärbindungsvertrag: Übermäßige Bindung und deren Folgen, Besprechung des Urteils 4A_45/2017 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2017, GesKR 2017, 355 ff.
- MEYER ULRICH/BÜHLER ALFRED, Eintreten und Kognition nach BGG, Anwaltsrevue 11–12/2008, 491 ff.
- MÜLLER KARIN/LEU SIMON, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesellschaftsrecht – Teil 2, Jusletter 7. Mai 2018
- MÜNCH PETER/LUCZAK CHRISTIAN, § 2 Beschwerde in Zivilsachen, in: Geiser Thomas/Münch Peter/Uhlmann Felix/Gelzer Philipp (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band I, Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl., Basel 2014
- OTT WALTER, Die unbestrittene Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation), SJZ 1982, 17 ff.
- REICHMUTH PATRICIA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Übermäßige Bindung im Aktionärbindungsvertrag, Bundesgerichtsurteil 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen), SZW 2017, 703 ff.
- SCHMID JEAN-DANIEL, Die thematisch beschränkte Klageantwort (Art. 222 Abs. 3 ZPO), Gedanken zur Zulässigkeit ihrer direkten Erstattung, ZZZ 2017/2018, 115 ff.
- SCHMID JÖRG/BUSSMANN CÉLINE, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Obligationenrecht, Veröffentlicht in Band 143 und im Internet, ZBJV 2018, 740 ff.

- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, bearbeitet von Daniel Staehelin, Pascal Grolimund und Eva Bachofner, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. BEARBEITER in: Staehelin/Staehelin/Grolimund)
- STAEHELIN DANIEL, Kommentierung von Art. 545/546 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (GmbH), Art. 1–2 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), 5. Aufl., Basel 2016
- STEPHENSON MONA, Résilier une convention d'actionnaires, Au motif qu'elle constitue un engagement excessif?, EF 2019, 55 f.
- TRUNIGER CHRISTOF, Kommentierung von Art. 538 OR, in: Gauch Peter/Aeppli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- VISCHER MARKUS, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften), successio 2020, 4 ff.
- DERSELBE, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_45/2017 vom 27.6.2017, A. gegen B., Aktionärbindungsvertrag, übermässige Bindung (zur Publikation bestimmt), AJP 2017, 1129 ff. (zit. AJP 2017)
- DERSELBE, Der Aktionärbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, 425 ff. (zit. SZW 2017)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014
- VON WERDT NICOLAS, Die Beschwerde in Zivilsachen, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2012, Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Zürich/Basel/Genf 2012, 61 ff. (zit. Haftpflichtprozess)
- DERSELBE, Die Beschwerde in Zivilsachen, Ein Handbuch für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner, Bern 2010 (zit. Handbuch)
- WERNLI MARTIN, Kommentierung von Art. 707 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002
- WILDEISEN RETO/HIRNER ANDREAS, Aktionärbindungsvertrag und übermässige Bindung, BGer 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen), LSR 2018, 98 ff.

