

# Ausdehnung der Tragweite statutarischer Schiedsklauseln bei Kapitalgesellschaften

Bundesgerichtsurteil 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017

Mit Bemerkungen von Richard G. Allemann und Hans Caspar von der Crone\*

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Entscheid des Kreisgerichts St. Gallen
  - 2. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen
  - 3. Entscheid des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
  - 1. Ausgangslage
  - 2. Ausdehnung *ratione materiae* auf Verträge unter den Anteilsinhabern?
  - 3. Exkurs: Ausdehnung *ratione personae* auf sämtliche Anteilsinhaber und Organe?

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der in Deutschland domizilierte A. (Kläger) gründete im Jahr 2004 mit dem heute in der Schweiz wohnhaften B. (Beklagter) und C. die D. GmbH mit Sitz in T., Schweiz. In Art. 26 der Statuten wurde eine Schiedsklausel mit u.a. folgendem Wortlaut stipuliert:

«Alle Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern oder Geschäftsführern, unter den Gesellschaftern und zwischen diesen und der Geschäftsführung oder Streitigkeiten unter den Geschäftsführern, werden [...] von einem Schiedsgericht erledigt [...]»

Das Stammkapital der D. GmbH beträgt nominal CHF 20 000, wovon A. und B. anfänglich je einen Stammanteil von CHF 9 000 und C. einen solchen von CHF 2 000 hielten. Im Oktober 2005 übertrugen A. und C. ihre Stammanteile auf B., der sodann einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der D. GmbH war. Am 8. Juni 2006 unterzeichneten A. und B. unter dem Titel «Treuhandvereinbarung» und dem Betreff «D. GmbH» eine Abrede (im Folgenden: Treuhandvertrag), worin sich B. verpflichtete, 50% der Stammanteile auf A. (zurück) zu übertragen, für diesen jedoch einstweilen fiduziarisch zu halten. B. verpflichtete sich überdies, A. jeweils 90% der hälftigen Erlöse der D. GmbH abzuliefern. Im Treuhandvertrag findet sich ferner der von B. handschriftlich eingefügte Passus «(vii) Gerichtsstand ist St. Gallen, Schweiz».

Im Juni 2012 klagte A. beim Kreisgericht Rorschach gegen B. auf (Rück-)Übertragung von 50% der Stammanteile, worauf sich die Parteien im Juni 2013 vergleichsweise einigten. Am 16. Juli 2014 reichte A. beim Kreisgericht St. Gallen eine weitere Klage gegen B. ein. Darin machte er eine Verletzung des Treuhandvertrags geltend und verlangte, B. sei zu verurteilen, ihm CHF 100 000 zzgl. Verzugszinsen zu bezahlen. Dagegen erhob B. Schiedseinrede mit der Begründung, gemäss Art. 26 der Statuten der D. GmbH seien «[a]lle Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten [...] unter den Gesellschaftern» durch ein Schiedsgericht zu erledigen.

Mit Entscheid vom 3. Dezember 2015 verwarf das Kreisgericht die Schiedseinrede, bejahte seine Zuständigkeit und hiess die Klage gut. Gegen diesen Entscheid legte B. beim Kantonsgericht St. Gallen Berufung ein, welches die Schiedseinrede mit Entscheid vom 5. Mai 2017 schützte, den Entscheid des Kreisgerichts aufhob und auf die Klage nicht eintrat. Darauf erhob A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 21. Dezember 2017 gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung über die Zuständigkeit an das Kantonsgericht zurück.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Entscheid des Kreisgerichts St. Gallen

Das Kreisgericht orientierte sich bei der Prüfung der Schiedseinrede an den Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 7, Art. 176 ff. IPRG).<sup>1</sup> Im Wege einer vertrauensrechtlichen Auslegung der statutarischen Schiedsklausel verwarf es die Schiedseinrede: Es erwog, nur weil die Parteien zufälligerweise Gesellschafter seien und sich die Klage auf eine Beteiligung an der D. GmbH zurückführen lasse, die Streitigkeit mithin in einem entfernten Zusammenhang mit der Gesellschaft stehe, werde sie noch nicht zu einer solchen «in Gesellschaftsangelegenheiten». Wenn anstelle von B. ein unabhängiger Dritter Treuhänder wäre, würde sich der Anspruch (auch) ausschliesslich auf den Treuhandvertrag stützen, und es wäre sofort klar, dass keine «Gesell-

\* RA M.A. HSG Richard G. Allemann und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <[www.rwi.uzh.ch/vdc](http://www.rwi.uzh.ch/vdc)>.

<sup>1</sup> KreisGer St. Gallen OV.2014.29-DOR/SG2ZK-KAE vom 3. Dezember 2015, E. II.1c/aa.

schaftsangelegenheit» vorliegt. Die Schiedsklausel umfasse daher lediglich Streitigkeiten, die klassischerweise als solche des Gesellschaftsrechts betrachtet werden.<sup>2</sup>

Weiter erwog das Kreisgericht, dass der Treuhandvertrag eine nach Art. 23 LugÜ wirksame Gerichtsstandsklausel enthalte, woraus sich die Zuständigkeit des Kreisgerichts St. Gallen ergebe.<sup>3</sup> In der Sache hiess es die Klage vollumfänglich gut.

## 2. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen

Das Kantonsgericht erwog, dass die Schiedseinrede nach den Regeln über die Binnenschiedsgerichtsbarkeit zu prüfen sei (Art. 61, Art. 353 ff. ZPO).<sup>4</sup> Es schützte die Schiedseinrede: Aus dem offenen Wortlaut der Schiedsklausel folgte es, dass sie nicht nur Streitigkeiten umfasse, die sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben, sondern auch solche aus mit der Gesellschaft verknüpften Nebenabreden, zumindest wenn der streitige Anspruch in einer klaren Verbindung zur Gesellschaft stehe. Ein enger Bezug zwischen dem Treuhandvertrag und der Verbindung, in der die Parteien über die D. GmbH miteinander standen, sei offenkundig, was mit dem Betreff «D. GmbH» auch der Vertragstext dokumentiere. So mache der Treuhandvertrag in seiner konkreten Form nur unter Gesellschaftern bzw. zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer Sinn. Einen engen Bezug zur Gesellschaft habe auch die Forderung: A. leite sie rechtlich zwar aus einer Verletzung des Treuhandvertrags ab, berufe sich aber tatsächlich auf ein Fehlverhalten von B. als Geschäftsführer, durch welches die D. GmbH finanziell ausgehöhlt worden sei. Insofern ziele die Klage auf einen bei der Gesellschaft nicht mehr erhältlichen Anspruch ab.<sup>5</sup>

Weiter erwog das Kantonsgericht, dass die Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel im Treuhandvertrag zweifelhaft sei, die Frage jedoch offen bleiben könne, zumal die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ohnehin nicht gegeben sei.<sup>6</sup>

## 3. Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht wiederum verwarf die Schiedseinrede, ohne dabei auf die anwendbare *lex arbitri* einzugehen. Es hielt zunächst fest, dass die Auslegungsmethoden für Statutenbestimmungen je nach Gesellschaftstyp variieren. Für die Statuten grosser Gesellschaften werde eher auf die Methoden der Gesetzesauslegung Bezug genommen, für jene kleiner Gesellschaften wie der D. GmbH dagegen eher auf die Methoden der Vertragsauslegung. Eine subjektive Auslegung falle nur in Betracht, wenn die Zahl der Gesellschafter – wie bei der D. GmbH – sehr klein sei. Mangels Indizien für einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen sei die statutarische Schiedsklausel hier nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.<sup>7</sup>

Das Bundesgericht erwog, dass die Schiedsklausel in personeller Hinsicht vier Gruppen von Streitigkeiten erfasse, nämlich solche (i) zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern oder Geschäftsführern, (ii) unter den Gesellschaftern, (iii) zwischen den Gesellschaftern und der Geschäftsführung und (iv) unter den Geschäftsführern. Es würden aber nicht sämtliche Streitigkeiten zwischen diesen Personen erfasst, sondern nur solche «in Gesellschaftsangelegenheiten», wobei sich das Wort «[a]lle» nicht auf den Umfang der «Gesellschaftsangelegenheiten», sondern auf jenen der «Streitigkeiten» beziehe. Der Begriff der «Gesellschaftsangelegenheiten» sei folglich nicht weit zu verstehen, sondern umfasse lediglich Angelegenheiten der Gesellschaft, worunter nach Treu und Glauben nur Streitigkeiten gesellschaftsrechtlicher Natur verstanden werden könnten.<sup>8</sup> Die Klage von A. weise zwar einen tatsächlichen Bezug zur D. GmbH auf, beruhe aber einzig auf dem Treuhandvertrag. Die daraus resultierenden Rechte und Pflichten unterständen ausschliesslich vertragsrechtlichen Regeln. Damit liege keine Auseinandersetzung gesellschaftsrechtlicher Natur vor, und die Klage falle nicht unter die Schiedsklausel. Offen liess das Bundesgericht in der Folge die Frage, ob die Statuten vertragsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern überhaupt einem Schiedsgericht unterstellen können.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> KreisGer St. Gallen OV.2014.29-DOR/SG2ZK-KAE vom 3. Dezember 2015, E. II.1d/bb.

<sup>3</sup> KreisGer St. Gallen OV.2014.29-DOR/SG2ZK-KAE vom 3. Dezember 2015, E. II.2.

<sup>4</sup> KGer SG BO.2016.20 vom 5. Mai 2017, E. III.1b/cc.

<sup>5</sup> KGer SG BO.2016.20 vom 5. Mai 2017, E. III.1b/dd/bbb.

<sup>6</sup> KGer SG BO.2016.20 vom 5. Mai 2017, E. III.2a.

<sup>7</sup> BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.1.

<sup>8</sup> BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.3.

<sup>9</sup> BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.4.

Nachdem sich das Kantonsgericht nicht abschliessend zur Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel im Treuhandvertrag geäussert hatte, wies das Bundesgericht die Sache zu neuer Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit an das Kantonsgericht zurück.

### III. Bemerkungen

#### 1. Ausgangslage

Im vorliegenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob eine statutarische Schiedsklausel neben gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten auch Auseinandersetzungen aus schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Anteilhabern umfasst. Dies betrifft eine Thematik der objektiven Tragweite (*ratione materiae*) der Schiedsklausel, die im Wege der Auslegung zu ermitteln ist.<sup>10</sup> Offen gelassen hat das Bundesgericht die zentrale (Vor-)Frage, ob eine solche Ausdehnung<sup>11</sup> der objektiven Tragweite «nach oben» überhaupt zulässig ist, was nachfolgend geprüft wird (III.2). Statutarische Schiedsklauseln, die auch für sämtliche Auseinandersetzungen unter den Gesellschaftern gelten sollen, sind in der Praxis keine Seltenheit,<sup>12</sup> womit die Frage von einiger praktischer Relevanz ist.

Weitaus kontroverser diskutiert wird im Schrifttum die Ausdehnung der subjektiven Tragweite (*ratione personae*) statutarischer Schiedsklauseln auf die

Gesamtheit der Anteilhaber und Organe.<sup>13</sup> Kern dieser Thematik bildet die Frage, ob die statutarische Schiedsklausel eine «echte» Statutenbestimmung ist, die *qua* Mehrheitsbeschluss für sämtliche Gesellschafter und Organe verbindlich wird, oder aber doch nur eine Vereinbarung vertraglicher Natur darstellt, welche lediglich formell in den Statuten steht und der Zustimmung sämtlicher Parteien in einer den Erfordernissen des Schiedsrechts genügenden Form bedarf.<sup>14</sup> Diese Frage wurde im vorliegenden Entscheid nicht thematisiert, betrifft jedoch einen Kernpunkt der Aktienrechtsrevision, in deren Rahmen eine ausdrückliche Regelung für statutarische Schiedsklauseln geschaffen werden soll. Darauf wird hier im Sinne eines Exkurses eingegangen (III.3).

#### 2. Ausdehnung *ratione materiae* auf Verträge unter den Anteilhabern?

##### 2.1 Einheitlicher Streitbelegungsmechanismus für Gesellschaft und Vertrag

Es ist im heutigen Kapitalgesellschaftsrecht eine Selbstverständlichkeit, dass bei der rechtlichen Erfassung des Verhältnisses unter den Anteilhabern körperschaftliche und vertragliche Ebenen strikt getrennt werden. *Jäggi* hat diesen Grundsatz mit dem Begriffspaar von gesellschaftsrechtlicher «Sozialsphäre» und schuldrechtlicher «Individualsphäre» geprägt.<sup>15</sup> Im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen hat er im Schrifttum umfassende Behandlung erfahren.<sup>16</sup> Gerade in kleineren Kapitalgesellschaften entspricht es indes regelmässig einem praktischen Bedürfnis der Anteilhaber, die kapitalbezogene Körperschaftsordnung der Statuten durch personalisierte Vereinbarungen vertraglich zu

<sup>10</sup> Vgl. *Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015, N 478 ff. und 500; *Dieter Gränicher*, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, N 52 ff. zu Art. 178 IPRG.

<sup>11</sup> Eine eigentliche «Ausdehnung» der Schiedsklausel findet nicht statt. Vielmehr ist fraglich, welche Streitigkeiten tatsächlich Gegenstand der Schiedsklausel sind. Dennoch hat sich dafür der Begriff der Ausdehnung eingebürgert. Vgl. *Stefanie Pfisterer*, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2011, N 7; *William W. Park*, Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma, in: Permanent Court of Arbitration (Hrsg.), Multiple party actions in international arbitration, New York 2009, 1–31, N 1.03.

<sup>12</sup> Vgl. etwa Ziff. 1 der *Model Clause for Articles of Incorporation for Arbitration* der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), abrufbar unter <[www.disarb.org/de/17/klauseln](http://www.disarb.org/de/17/klauseln)>; vgl. bereits die Beispiele bei *Walther Habscheid*, Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat, SAG (SZW) 57 (1985), 157–166, 157.

<sup>13</sup> Zum Meinungsstand ausführlich BGE 142 III 220, E. 3.4.3.

<sup>14</sup> *Benjamin Bächler/Hans Caspar von der Crone*, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln, SZW 82 (2010), 258–266, 261.

<sup>15</sup> *Peter Jäggi*, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG (SZW) 31 (1958), 57–59, 68. Vgl. auch *Martin Frey*, Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1979, 36 f.

<sup>16</sup> *Peter Forstmoser/Marcel Kuchler*, Aktionärbindungsverträge. Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 115 f.; *Olivier Bloch*, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse, 2. Aufl., Genf 2011, 17 f.; *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, Bern 2014, § 11 N 25 f.

adjustieren.<sup>17</sup> Dabei stellt sich die Frage, inwiefern Statuten und Vertrag gegenseitig aufeinander Bezug nehmen können,<sup>18</sup> hier konkret, ob mit einer statutarischen Schiedsklausel sämtliche Streitigkeiten aus der wirtschaftlichen «Gesamtsphäre» von Gesellschaft und Vertrag einem einheitlichen Streitbeilegungsmechanismus zugeführt werden können. Dies kann namentlich dann im Interesse der Gesellschafter liegen, wenn die Existenz der Gesellschaft schlechthin oder die Beteiligung daran vertraulich gehalten werden soll.

## 2.2 Eine Frage der Auslegung

### 2.2.1 Vorfrage: Anwendbare *lex arbitri*

Ausgangspunkt einer jeden Analyse der Tragweite statutarischer Schiedsklauseln ist die *lex arbitri*. Das 12. Kapitel des IPRG gilt für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, wenn beim Abschluss der Schiedsvereinbarung – wie hier – eine der Prozessparteien<sup>19</sup> ihren (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte (Art. 176 Abs. 1 IPRG). Die vor staatlichen Gerichten erhobene Schiedseinrede beurteilt sich diesfalls nach Art. 7 IPRG.<sup>20</sup> Haben dagegen alle Parteien und das Schiedsgericht ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz, findet der 3. Teil der ZPO Anwendung (Art. 353 Abs. 1 ZPO), und die Schiedseinrede untersteht Art. 61 ZPO.<sup>21</sup> Obwohl sich das Bundesgericht im hier besprochenen Fall überhaupt nicht zur anwendbaren *lex arbitri* äusserte, gelten diese Regeln nach der bisherigen Rechtsprechung auch für statutarische Schiedsklauseln.<sup>22</sup> Nur eine Minderheits-

meinung vertritt die ausschliessliche Anknüpfung an den Gesellschaftssitz, mit der Begründung, Art. 176 Abs. 1 IPRG setze den «Abschluss [einer] Schiedsvereinbarung» voraus, bei statutarischen Schiedsklauseln sei jedoch gerade keine Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.<sup>23</sup> Diese Auffassung besticht zwar durch ihre Praktikabilität,<sup>24</sup> setzt sich aber über den Gesetzeswortlaut hinweg, wonach an die Attribute aller Prozessparteien anzuknüpfen ist. Sodann übersieht sie, dass sich die Frage nach der Zustimmung der gebundenen Personen erst in einem zweiten Schritt, bei der Prüfung des materiellen Zustandekommens der statutarischen Schiedsklausel, stellt.

Unproblematisch ist die Bestimmung der *lex arbitri*, wenn sich das Verfahren, wie hier, zwischen Parteien abspielt, die bei der Einführung der statutarischen Schiedsklausel bereits Gesellschafter waren. Hat eine Partei ihre Anteile erst später erworben, ist zu differenzieren: Beim derivativen Erwerb ist mit der h.L., wonach eine Rechtsnachfolge für die Bestimmung der *lex arbitri* unbeachtlich bleibt,<sup>25</sup> auf den (Wohn-)Sitz des Gründungsgesellschafters abzustellen, in dessen Stellung der neue Anteilsinhaber eingerückt ist.<sup>26</sup> Kann dieser nicht in Erfahrung gebracht werden, etwa nach dem börsenmässigen Erwerb von Aktien einer Publikumsgesellschaft, kommt *faute de mieux* nur ein Abstellen auf den (Wohn-)Sitz des neuen Anteilsinhabers in Betracht. Gleiches gilt für den originären Erwerb, etwa im Rahmen einer Kapitalerhöhung, wo es auf den (Wohn-)Sitz im Zeitpunkt der Zeichnung ankommt.<sup>27</sup>

<sup>17</sup> Peter Forstmoser, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 375–407, 381 f.

<sup>18</sup> Dazu grundlegend Forstmoser (Fn. 17), 393 ff.

<sup>19</sup> BGer 4P.54/2002 vom 24. Juni 2002, E. 3; Daniel C. Pfiffner/Daniel Hochstrasser, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, N 39 zu Art. 176 IPRG.

<sup>20</sup> Paul Volken, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 4 zu Art. 7 IPRG.

<sup>21</sup> Tanja Domej, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 1 zu Art. 61 ZPO.

<sup>22</sup> BGer 4A\_492/2015 vom 25. Februar 2016, E. 2.1, nicht publiziert in BGE 142 III 220.

<sup>23</sup> Valentina Meier, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2017, N 32.

<sup>24</sup> Sie entspricht nunmehr auch der Art. 697n E-OR zugrunde liegenden Anknüpfung. Vgl. hinten III.3.2.2.

<sup>25</sup> Stefanie Pfisterer, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III, Art. 353–399, Art. 407 ZPO, Bern 2014, N 19 zu Art. 353 ZPO; Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 102; Felix Dasser, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 4 zu Art. 353 ZPO.

<sup>26</sup> Im Ergebnis gleich Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 119 Fn. 475. A.M. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 153.

<sup>27</sup> So wohl auch BGer 4P.113/2001 vom 11. September 2001, E. 3c/cc.

## 2.2.2 Auslegungsregeln von Art. 18 OR

Findet sich die Schiedsklausel in den Statuten einer schweizerischen Kapitalgesellschaft und fehlt eine eigens für die Schiedsklausel getroffene Rechtswahl, ist Schweizer Recht anwendbar (Art. 178 Abs. 2 IPRG, Art. 357 Abs. 1 ZPO),<sup>28</sup> womit primär auf den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen und subsidiär auf das Vertrauensprinzip abzustellen ist (Art. 18 OR).<sup>29</sup> Grundsätzlich sind die Vertragsauslegungsregeln auch für Statuten von Kapitalgesellschaften massgeblich. Für Statuten grosser Gesellschaften zieht das Bundesgericht indes die Methoden der Gesetzesauslegung heran, um der erhöhten Aussenwirkung solcher Statuten Rechnung zu tragen.<sup>30</sup> Auch im hier besprochenen Entscheid hat das Bundesgericht geprüft, ob auf die Schiedsklausel die Methoden der Gesetzesauslegung anzuwenden sind, dies aufgrund der geringen Grösse der D. GmbH aber verneint.<sup>31</sup> Diese Erwägung lässt sich als Indiz dafür verstehen, dass das Bundesgericht zu einer Qualifikation statutarischer Schiedsklauseln als «echte» Statutenbestimmungen tendiert. Denn der Rückgriff auf die Methoden der Gesetzesauslegung wird gerade damit gerechtfertigt, dass die Statuten dereinst ohne weiteres auch für später hinzukommende Anteilhaber oder Organe verbindlich werden.<sup>32</sup> Würden statutarische Schiedsklauseln materiell als vertragliche Vereinbarungen qualifiziert, die bloss formell Statutenbestandteil sind, hätte das Bundesgericht die Anwendung der Gesetzesauslegungsmethodik schon gar nicht erst in Erwägung ziehen müssen.

## 2.2.3 Besondere Auslegungsregeln der *lex arbitri*

Die Rechtsprechung hat für Schiedsvereinbarungen besondere Auslegungsregeln entwickelt. Punkto ihres Zustandekommens ist im Zweifel eine restriktive Auslegung geboten, weil damit ein nicht leichthin an-

zunehmender Verzicht auf den staatlichen Richter verbunden ist.<sup>33</sup> Steht das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung hingegen fest, ist ihre objektive Tragweite im Zweifel weit auszulegen. Denn «wenn die Parteien schon eine Schiedsabrede getroffen haben, [ist] davon auszugehen, dass sie eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen»,<sup>34</sup> mithin eine Spaltung des Rechtswegs verhindern wollten.<sup>35</sup>

Dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid mit keinem Wort auf die *lex arbitri* Bezug genommen und sich folglich nicht mit diesen Auslegungsregeln befasst hat, erscheint unbefriedigend.<sup>36</sup> Zwar lässt sich das Gebot der weiten Auslegung nicht unbesehen auf statutarische Schiedsklauseln übertragen, soweit es um das Verhältnis zu selbständigen Verträgen unter den Anteilhabern geht. Es wurde für Vertragsstreitigkeiten entwickelt, in welchen zweifelhaft war, ob dem Schiedsgericht neben Streitigkeiten über die Erfüllung des Vertrags auch solche über dessen Zustandekommen und Auflösung, über Ansprüche aus Vertragsergänzungen oder Vergleichsverträgen oder über konnexe Deliktsansprüche zu unterbreiten sind.<sup>37</sup> Soweit selbständige Folgeverträge zur Diskussion stehen, kann den Parteien aber nicht mehr ohne weiteres unterstellt werden, dass sie eine Spaltung des Rechtswegs verhindern wollten. Insofern stellt sich denn auch nicht mehr so sehr die Frage, ob die Schiedsklausel im Ausgangsvertrag weit auszulegen ist, sondern vielmehr, ob auch für den Folgevertrag eine Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist. Dabei ist wiederum eine restriktive Auslegung angezeigt.<sup>38</sup> Diese Überlegungen müssen *a fortiori* für das Verhältnis von Statuten und Verträgen unter den Anteilhabern gelten, denn im Zweifelsfall ist aufgrund der Trennung der körperschafts-

<sup>28</sup> Meier (Fn. 23), N 85; Marc André Mauerhofer, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 20–29, 28.

<sup>29</sup> Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1200 f. Im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 478 f.

<sup>30</sup> BGE 140 III 349, E. 2.3; BGE 4A\_600/2016 vom 29. Juni 2017, E. 3.3.4.1; 4A\_235/2013 vom 27. Mai 2014, E. 2.3.

<sup>31</sup> BGE 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.1.

<sup>32</sup> Böckli (Fn. 26), § 1 N 634; zum Ganzen auch Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 7 N 38 ff.

<sup>33</sup> BGE 140 III 134, E. 3.2; 138 III 29, E. 2.3.1; 116 Ia 56, E. 3b.

<sup>34</sup> BGE 140 III 134, E. 3.2.

<sup>35</sup> BGE 138 III 29, E. 2.3.1; 116 Ia 56, E. 3b

<sup>36</sup> Gl.M. Mladen Stojiljković, Arbitration clauses in corporate by laws. Besprechung von BGE 4A\_344/2017, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (dRSK), publiziert am 21. März 2018, N 22.

<sup>37</sup> Felix Dasser, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 7 und 9 zu Art. 357 ZPO; Daniel Girsberger/Nathalie Voser, International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 413.

<sup>38</sup> Im Ergebnis gleich Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 491; Girsberger/Voser (Fn. 37), N 414.

und vertragsrechtlichen Ebenen nicht zu vermuten, dass der Schiedsgerichtsbarkeit auch schuldrechtliche Verträge unterstellt werden sollen.

#### 2.2.4 Wechselwirkung zwischen Auslegung und Kognition des Einredeggerichts

Nach der Rechtsprechung zu Art. 7 lit. b IPRG und Art. 61 lit. b ZPO hat das Einredeggericht die Wirksamkeit der Schiedsklausel nicht mit voller Kognition, sondern lediglich summarisch zu prüfen, was mit der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts begründet wird.<sup>39</sup> Die beschränkte Kognition wirkt sich im Ergebnis als Auslegungsregel aus: «[D]as staatliche Gericht [hat] bei der Beurteilung einer Schiedseinrede [...] im Zweifel zu Gunsten des Schiedsgerichts [zu] entscheide[n]».<sup>40</sup> Mit beschränkter Kognition zu beurteilen ist auch die Tragweite der Schiedsvereinbarung.<sup>41</sup> Demgegenüber hat das Bundesgericht präzisiert, dass das Vorliegen einer Schiedsklausel als solches mit voller Kognition zu prüfen sei.<sup>42</sup> Die Abgrenzung von Vorliegen und Wirksamkeit der Schiedsklausel ist im Einzelnen umstritten.<sup>43</sup>

Auch mit dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht vorliegend nicht beschäftigt. Soweit ein Vertrag unter den Anteilshabern zur Diskussion steht, stellt sich im Verhältnis zu einer statutarischen Schiedsklausel – wie bereits gezeigt<sup>44</sup> – nicht mehr in erster Linie die Frage, ob die Schiedsklausel weit auszulegen ist, sondern vielmehr, ob auch für den Vertrag vom Vorliegen einer Schiedsvereinbarung auszugehen ist. Dies hat das Einredeggericht mit voller Kognition zu prüfen. Für die Regel, wonach der Zuständigkeitsentscheid im Zweifel dem Schiedsgericht zu überlassen ist, bleibt demnach kein Raum.

#### 2.2.5 Vorbehalt späterer Vereinbarung

Die Frage des Verhältnisses von statutarischer Schiedsklausel und Vertrag stellt sich nur dann, wenn Letzterer keine eigenständige Streitbeilegungsklausel enthält. Finden sich in Statuten und (späterem) Vertrag widersprechende Streitbeilegungsklauseln, die sich in ihrer Tragweite überschneiden, so geht die spätere der früheren kraft Vertragsänderung vor (Art. 1 Abs. 1 OR). Entsprechendes ergibt sich aus dem Grundsatz *ius posterior derogat priori*, welcher im Rahmen der systematischen Auslegung der Schiedsklausel zu berücksichtigen ist.<sup>45</sup>

#### 2.2.6 Das Auslegungsergebnis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht entschied vorliegend, dass nur Streitigkeiten gesellschaftsrechtlicher Natur unter die Schiedsklausel fallen, womit ein rein tatsächlicher Bezug zur Gesellschaft nicht genüge.<sup>46</sup> Unklar ist, wie die Lausanner Richter zu diesem Ergebnis kamen. Nicht überzeugend ist jedenfalls die Begründung, dass sich das Pronomen «[a]lle» nur auf die «Streitigkeiten» und nicht auf die «Gesellschaftsangelegenheiten» beziehe.<sup>47</sup> Zwar impliziert «[a]lle» Ausnahmslosigkeit, was ein weites Verständnis nahelegt. Aus dem Umstand, dass sich «[a]lle» hier lediglich auf «Streitigkeiten» bezieht, lässt sich allerdings nicht der Umkehrschluss ziehen, dass die «Gesellschaftsangelegenheiten» restriktiv auszulegen sind.<sup>48</sup> Als dann wäre ein Verständnis der «Gesellschaftsangelegenheiten» als «Angelegenheiten betreffend die Gesellschaft» ebenso nahe gelegen wie «Angelegenheiten der Gesellschaft».

Fraglich ist sodann, ob sich dem Sachverhalt neben dem Wortlaut der Schiedsklausel wirklich keine weiteren Willensindizien hätten entnehmen lassen. Das Kantonsgericht erwog nämlich, die Parteien hätten verhindern wollen, «dass allfällige Streitigkeiten vor deutsche Gerichte gebracht werden, um nicht Beteiligungen an ausländischen Unternehmen zu dokumentieren».<sup>49</sup> Im Treuhandvertrag findet sich ferner

<sup>39</sup> Statt aller BGE 138 III 681, E. 3.2; zum Ganzen *Christoph Hurni*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2014, N 19 zu Art. 61 ZPO; *Girsberger/Voser* (Fn. 37), N 504 ff.

<sup>40</sup> BGE 138 III 681, E. 3.2.

<sup>41</sup> BGE 138 III 681, E. 3.3.

<sup>42</sup> BGE 140 III 376, E. 2.2.3.

<sup>43</sup> Dazu *Marco Stacher*, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 31 zu Art. 61 ZPO; *Mladen Stojiljković*, *Arbitral Jurisdiction and Court Review: Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider*, *ASA Bulletin* 34 (2016), 897–913, 909.

<sup>44</sup> Vgl. vorn III.2.2.4.

<sup>45</sup> BGE 121 III 495, E. 5a; vgl. *Ernst Zeller*, *Auslegung von Gesetz und Vertrag. Methodenlehre für die juristische Praxis*, Habil. Zürich 1989, 332 f.

<sup>46</sup> BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.3.

<sup>47</sup> So aber BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, E. 3.3.

<sup>48</sup> Im Ergebnis gleich *Stojiljković* (Fn. 36), N 20.

<sup>49</sup> KGer SG BO.2016.20 vom 5. Mai 2017, E. III.2.a.

eine Geheimhaltungsklausel.<sup>50</sup> In Kombination hätte sich daraus durchaus ableiten lassen, dass im Interesse der Geheimhaltung sämtliche Streitigkeiten mit einem rechtlichen oder tatsächlichen Bezug zur Gesellschaft einem vertraulichen Streitbeilegungsmechanismus zugeführt werden sollen.

Für ein weites Verständnis hätte allenfalls auch die Auslegungsregel sprechen können, dass im Zweifel jene Bedeutung vorzuziehen ist, die der Schiedsklausel einen sachgerechten Sinn gibt.<sup>51</sup> Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, die sich zwischen den Gesellschaftern als solchen (und nicht etwa als Prozessstandschafter der Gesellschaft) zutragen, sind nur im Zusammenhang mit statutarischen Vorhand- und (Vor-)Kaufrechten i.S.v. Art. 776a Abs. 1 Ziff. 2 OR überhaupt denkbar. Ob die Statuten der D. GmbH solche Vorhand- oder (Vor-)Kaufrechte zugunsten der Gesellschafter enthalten, lässt sich den Entscheiden nicht entnehmen. Falls dem nicht so wäre, bliebe die Kategorie «Streitigkeiten [...] unter den Gesellschaftern» mit der Auslegung des Bundesgerichts allerdings von vornherein toter Buchstabe, wovon man aufgrund der genannten Auslegungsregel nicht ausgehen dürfte.

Selbst wenn diese Überlegungen nicht verfangen hätten, wäre es jedenfalls methodisch vorzuziehen gewesen, wenn das Bundesgericht nach der Wortlautauslegung das Vorliegen eines Zweifelsfalls bejaht und alsdann zu dessen Bewältigung auf die Auslegungsregeln der *lex arbitri* zurückgriffen hätte. Dabei hätte es hinsichtlich des Treuhandvertrags u.a. auf den Grundsatz der restriktiven Auslegung für das Zustandekommen der Schiedsklausel abstellen können.<sup>52</sup> Misslich erscheint auch, dass sich das Bundesgericht nicht zum Verhältnis der statutarischen Schiedsklausel zur Gerichtsstandsklausel im Treuhandvertrag äussern musste. Die Frage der Gültigkeit der Gerichtsstandsklausel hätte im zweitinstanzlichen Entscheid nicht offen bleiben dürfen, zumal sich die Frage der Ausdehnung der statutarischen Schiedsklausel auf den Treuhandvertrag bei einer gültigen Gerichtsstandsklausel von vornherein erübrigt hätte.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> BGer 4A\_344/2017 vom 21. Dezember 2017, Sachverhalt A.a.

<sup>51</sup> Gauch/Schluep/Schmid (Fn. 29), N 1201.

<sup>52</sup> Dazu vorn III.2.2.3.

<sup>53</sup> Dazu vorn III.2.2.5.

## 2.3 Eine Frage der Zulässigkeit

### 2.3.1 Statutarische Nebenleistungspflichten

Ein Teil der Lehre wendet gegen statutarische Schiedsklauseln generell ein, dass sie dem Verbot statutarischer Nebenleistungspflichten zuwiderlaufen.<sup>54</sup> Bei der *Aktiengesellschaft* gilt dieses absolut (Art. 680 Abs. 1 OR).<sup>55</sup> Bei der *GmbH* besteht zwar kein Verbot, doch bedarf die Einführung von Nebenleistungspflichten der Einstimmigkeit (Art. 777 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 797 OR). Sie muss ferner die Zweckschranke von Art. 796 Abs. 2 OR wahren, wonach nur Nebenleistungspflichten zulässig sind, die dem Gesellschaftszweck, der Erhaltung der Selbständigkeit der Gesellschaft oder der Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dienen. Eine Statutenbestimmung, die diese Grundsätze verletzt, ist nichtig (Art. 706b, Art. 808c OR).<sup>56</sup>

Eine statutarische Schiedsklausel begründet nicht nur prozessuale Lasten, sondern eine Verpflichtung.<sup>57</sup> Die Schiedsvereinbarung lässt sich zwar nicht auf dem Weg der Realerfüllung, etwa mittels einer *anti-suit injunction*, durchsetzen.<sup>58</sup> Ihre Verletzung kann aber nach wohl h.L. durchaus Schadenersatzansprüche auslösen.<sup>59</sup> Im Übrigen lässt sich selbst bei

<sup>54</sup> Mauerhofer (Fn. 28), 26; Böckli (Fn. 26), § 16 N 150; Bühler/von der Crone (Fn. 14), 262 f.

<sup>55</sup> Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 156; Hans-Ueli Vogt, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 1b zu Art. 680 OR.

<sup>56</sup> Wolfhart Bürgi, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Art. 660–697 OR, Zürich 1957, N 14 zu Art. 680 OR; Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1132; Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 8b zu Art. 706b OR.

<sup>57</sup> Gränicher (Fn. 10), N 79 zu Art. 178 IPRG. A.M. Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993, 80 f.

<sup>58</sup> Dasser (Fn. 37), N 23 zu Art. 357 ZPO; Pfisterer (Fn. 25), N 66 zu Art. 357 ZPO.

<sup>59</sup> Gränicher (Fn. 10), N 79 zu Art. 178 IPRG; Daniel Girsberger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 44 zu Art. 357 ZPO; Marco Stacher, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen 2007, N 259 ff.; Teilschiedsspruch des

gleichwertiger Ausgestaltung des Schiedsverfahrens nicht sagen, dass die Schiedsklausel die Anteilsinhaber unberührt lässt, denn zumindest der zwangsläufige Verzicht auf die volle Kognition der Rechtsmittelinstanz kann bedeutende Reflexwirkungen auf ihre materielle Rechtsposition entfalten. Bei der *Aktiengesellschaft* können statutarische Schiedsklauseln entsprechend nicht rechtsgültig in die Statuten aufgenommen werden.<sup>60</sup> Bei der *GmbH* ist die Vereinbarkeit mit der Zweckbeschränkung zu prüfen. Die Erhaltung der Selbständigkeit der Gesellschaft und die Wahrung der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dürften als Rechtfertigungsgründe i.d.R. ausser Betracht fallen. Vorstellbar ist demgegenüber, dass die Unterstellung unter die Schiedsgerichtsbarkeit den Gesellschaftszweck mittelbar fördert, z.B. indem aufgrund der Vertraulichkeit des Verfahrens Geschäftsgeheimnisse effektiver gewahrt oder durch die Wahl spezialisierter Schiedsrichter qualitativ bessere Entscheide resultieren. Demnach wäre die Zweckbeschränkung bereits dann gewahrt, wenn zwischen Schiedsklausel und Gesellschaftszweck ein vernünftiger Zusammenhang hergestellt werden kann. Ob dieser Zusammenhang auch vorliegend vorhanden war, lässt sich nicht beurteilen, da der Gesellschaftszweck der D. GmbH nicht aus den Entscheiden hervorgeht. Hinsichtlich der objektiven Tragweite statutarischer Schiedsklauseln gelten diese Überlegungen nicht nur für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, sondern auch für sämtliche Streitigkeiten, die in einem tatsächlichen Zusammenhang mit der Gesellschaft stehen. So kann es im Einzelfall nämlich durchaus im Gesellschaftsinteresse liegen, wenn auch Streitigkeiten aus einem Vertrag unter den Anteilshabern in einem vertraulichen Schiedsverfahren beigelegt werden.

### 2.3.2 Statutarische Regelungsbefugnis der Gesellschaft

Die Statuten regeln die Organisation der Körperschaft und die daraus entspringenden Rechte und Pflichten der Beteiligten.<sup>61</sup> Aus dieser Funktion ergibt sich, dass der Statuteninhalt auf die Regelung der gesellschaftsrechtlichen «Sozialsphäre»<sup>62</sup> beschränkt ist.<sup>63</sup> Schuldrechtliche Verhältnisse unter den Gesellschaftern bzw. die «Individualsphäre» schlechthin können demnach nicht Gegenstand statutarischer Regelung bilden.<sup>64</sup>

Konsequenterweise kann sich auch eine statutarische Schiedsklausel nur auf Rechtsverhältnisse erstrecken, die überhaupt einer Regelung durch die Statuten zugänglich sind.<sup>65</sup> Hinsichtlich schuldrechtlicher Abreden können sie die Anteilshaber nicht binden, weil den Statuten diesbezüglich keine Regelungsbefugnis zusteht. Die objektive Tragweite statutarischer Schiedsklauseln kann folglich nicht weiter reichen als das Rechtsverhältnis der Kapitalgesellschaft, wie es in den Statuten überhaupt geregelt werden kann.<sup>66</sup>

### 2.3.3 Konversion in eine vertragliche Schiedsvereinbarung?

Eine Überschreitung der statutarischen Regelungsbefugnis der Gesellschaft und ein allfälliger Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu Nebenleistungspflichten bleiben im Ergebnis bedeutungslos, wenn sich die Streitigkeit zwischen Gesellschaftern zuträgt, die der Schiedsklausel einstimmig zugestimmt haben. Denn insoweit kommt i.d.R. eine rettende Konversion in eine vertragliche Schiedsvereinbarung in Betracht,<sup>67</sup> da übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, die auch den Erfordernissen der *lex arbitri* an das Zustandekommen der

ICC-Schiedsgerichts mit Sitz in Basel vom 3. August 2009, zit. in BGer 4A\_444/2009 vom 11. Februar 2010, E. 4.2.2. A.M. Rüede/Hadenfeldt (Fn. 57), 81.

<sup>60</sup> Gl.M. Mauerhofer (Fn. 28), 26. Differenzierend Meier (Fn. 23), N 318 ff.; Laurent Killias, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 1053–1069, 1060. A.M. Vogt (Fn. 55), N 9c zu Art. 680 OR; wohl auch Thomas Ritter, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten, unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsklauseln, Diss. Zürich 2015, N 697.

<sup>61</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 32), § 7 N 2 und 6; von der Crone (Fn. 16), § 2 N 18.

<sup>62</sup> Zu diesem Begriff vorn III.2.1.

<sup>63</sup> Fritz von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970, 39; Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009, 193; Frey (Fn. 15), 60.

<sup>64</sup> Frey (Fn. 15), 36 f.

<sup>65</sup> Habscheid (Fn. 12), 160; Meier (Fn. 23), N 94.

<sup>66</sup> Habscheid (Fn. 12), 160; Meier (Fn. 23), N 96.

<sup>67</sup> Bürgi (Fn. 56), N 14 zu Art. 680 OR; Forstmoser/Küchler (Fn. 16), N 135 ff. Zur Konversion allgemein Gauch/Schluemp/Schmid (Fn. 29), N 584b.

Schiedsvereinbarung genügen (Art. 178 IPRG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 OR).

Zu prüfen bleibt diesfalls, ob die Schiedsklausel auch dem Bestimmtheitserfordernis der *lex arbitri* genügt, mithin ob die ihr unterstellten Rechtsverhältnisse hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Nicht gewahrt ist das Bestimmtheitserfordernis, wenn die Schiedsklausel schlicht alle Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern erfasst.<sup>68</sup> Anders verhält es sich, wenn die Schiedsklausel – wie hier mit dem Zusatz «in Gesellschaftsangelegenheiten» – voraussetzt, dass die Streitigkeit einen Bezug zur Kapitalgesellschaft aufweist<sup>69</sup> oder anderweitig aus der Mitgliedschaft herrührt.<sup>70</sup>

## 2.4 Rechtsvergleichendes Fazit

Eine Ausdehnung statutarischer Schiedsklauseln auf Verträge zwischen Anteilshabern ist *a priori* nur über den «Rettungsanker» der Konversion in eine vertragliche Bestimmung möglich. Eine «echte» statutarische Schiedsklausel, die auch Verträge unter den Anteilshabern erfasst, erscheint insoweit ausgeschlossen. Im Rechtsvergleich entspricht dies u.a. auch der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs, wonach «Satzungen [...] eine Schiedsgerichtsbarkeit nur für Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse anordnen [können], die der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen, also den Gegenstand statutarischer Bindung bilden können».<sup>71</sup> Im Widerspruch zu diesem Ergebnis stehen die bundesgerichtlichen Erwägungen zu den besonderen Auslegungsregeln für Statutenbestimmungen: Für deren Anwendung besteht insoweit, wie gezeigt, von vornherein kein Raum. Wünschen sich die Anteilshaber für Gesellschaft und Vertrag ein und denselben schieds-

gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus, sind sie demnach gut beraten, in Statuten und Vertrag jeweils separat identische Schiedsklauseln zu stipulieren.

## 3. Exkurs: Ausdehnung *ratione personae* auf sämtliche Anteilshaber und Organe?

### 3.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

*De lege lata* ist umstritten, ob sich eine statutarische Schiedsklausel auch auf Anteilshaber und Organe ausdehnen lässt, die ihr nicht in einer den Erfordernissen der *lex arbitri* genügenden Form zugestimmt haben. Das Bundesgericht musste die Frage noch nicht beantworten, hat in einem jüngeren Entscheid aber immerhin festgehalten, dass die Gründungsmitglieder auch gegenüber einem neuen Mitglied (und nicht nur gegenüber dessen Rechtsvorgänger) an eine statutarische Schiedsklausel gebunden sind, wenn sich das neue Mitglied darauf beruft. So sei es «gerade die Eigenheit statutarischer Schiedsklauseln, dass sie nicht nur gegenüber den anderen Gründungsmitgliedern verbindlich sind, sondern auch gegenüber deren Rechtsnachfolgern».<sup>72</sup> Zu den Fragen, ob neue Gesellschafter mit dem Anteilserwerb *eo ipso* daran gebunden werden und ob eine durch Mehrheitsbeschluss eingeführte Schiedsklausel auch gegenüber der Minderheit verbindlich ist, hat es noch nicht Stellung bezogen. Gleiches gilt für die Verbindlichkeit für die Organe.

### 3.2 Regelung im Entwurf zur Aktienrechtsrevision

#### 3.2.1 Überblick

Im Entwurf zur Revision des Aktienrechts vom 23. November 2016<sup>73</sup> schlägt der Bundesrat mit Art. 697n E-OR eine ausdrückliche Bestimmung für statutarische Schiedsklauseln vor. Diese soll auch für die GmbH und die Kommanditaktiengesellschaft,

<sup>68</sup> Rüede/Hadenfeldt (Fn. 57), 44; Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 465; Girsberger (Fn. 59), N 31 zu Art. 357 ZPO; Forstmoser (Fn. 17), 406.

<sup>69</sup> Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 465; Rüede/Hadenfeldt (Fn. 57), 43; Stefanie Pfisterer, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III, Art. 353–399, Art. 407 ZPO, Bern 2014, N 38 zu Art. 358 ZPO.

<sup>70</sup> Rüede/Hadenfeldt (Fn. 57), 68 f.; Markus Müller-Chen/Rahel Egger, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 41 zu Art. 357.

<sup>71</sup> BGH II ZR 188/61 vom 25. Oktober 1962, E. II (= NJW 1963, 203–205, 204).

<sup>72</sup> BGE 142 III 220, E. 3.4.4. Vgl. dazu Harold Frey/Severin Christen, Statutarische Schiedsklauseln. Besprechung des Urteils 4A\_492/2015 des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Februar 2016, GesKR 2016, 238–241; Werner Wenger, Polyvalente Schieds(gutachtens)klauseln. Anmerkungen zu BGE 142 III 220, ASA Bulletin 34 (2016), 914–923.

<sup>73</sup> Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. Im Folgenden beziehen sich Artikel ohne Zusatz auf das geltende Obligationenrecht, als E-OR werden die im Entwurf vorgesehenen Bestimmungen bezeichnet.

mithin für sämtliche Kapitalgesellschaften des OR gelten (Art. 797a E-OR, Art. 764 Abs. 2 OR). In Art. 697n Abs. 1 E-OR ist im Sinne einer dispositiven Regelung vorgesehen, dass «die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre [bindet]». Damit erfolgt eine Ausdehnung der subjektiven Tragweite auf sämtliche Anteilsinhaber und Organe, ungeachtet dessen, ob diese der Schiedsklausel in einer den Erfordernissen der *lex arbitri* genügenden Form zugestimmt haben.<sup>74</sup>

### 3.2.2 Anwendbare *lex arbitri*

Art. 697n Abs. 2 E-OR bestimmt den 3. Teil der ZPO als ausschliesslich anwendbare *lex arbitri*, womit die von der Minderheitsmeinung bereits nach geltendem Recht vertretene ausschliessliche Anknüpfung an den Gesellschaftssitz übernommen wird.<sup>75</sup> Dies wird in der Botschaft mit dem «systematischen Binnenbezug[] solcher Verfahren mit einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz» begründet.<sup>76</sup> Die Fiktion eines Binnensachverhalts ist gerechtfertigt, denn mit Art. 697n E-OR rückt die Willensbildung der Kapitalgesellschaft als juristische Person verstärkt in den Vordergrund, während die individuellen Unterwerfungserklärungen von Gesellschaftern und Organen in den Hintergrund treten.

### 3.2.3 Rechtsgeschäftlicher Bindungsmechanismus

#### (1) Konsensprinzip

Nach einem Teil der Lehre soll hinsichtlich des materiellen Zustandekommens der Schiedsvereinbarung auch unter Art. 357 Abs. 1 ZPO Rechtswahlfreiheit bestehen.<sup>77</sup> Findet sich die Schiedsklausel jedoch in den Statuten einer schweizerischen Kapitalgesellschaft, ist konsequenterweise zwingend von der Geltung schweizerischen Rechts auszugehen, denn Art. 697n E-OR geht, wie gezeigt, von der Fiktion eines reinen Binnensachverhalts aus.<sup>78</sup> Für den Abschluss der Schiedsvereinbarung sind demnach übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen er-

forderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Fraglich ist, inwieweit Art. 697n Abs. 1 E-OR den vertraglichen Bindungsmechanismus nunmehr modifiziert. Soweit die Schiedsklausel bereits bei der Gründung in die Statuten aufgenommen wird, bewirkt Art. 697n Abs. 1 E-OR keine Änderung der geltenden Rechtslage, denn die Urstatuten widerspiegeln den Gesellschaftsvertrag unter den Gründungsgesellschaftern, für den ohnehin das Einstimmigkeitserfordernis gilt (Art. 629 Abs. 1, Art. 777 Abs. 1 OR).<sup>79</sup> Im Verhältnis zwischen den Gründungsgesellschaftern kann sich die statutarische Schiedsklausel also bereits auf Art. 1 Abs. 1 OR abstützen. Dessen ungeachtet wird die Schiedsklausel im Ergebnis, anders als nach geltendem Recht, nicht nur formeller sondern auch materieller Statutenbestandteil. Insofern ermöglicht Art. 697n E-OR der Gesellschaft nunmehr, eine «echte» statutarische Schiedsklausel vorzusehen.

Gleiches gilt für die nachträglich beitretenden Gesellschafter. Diese erwerben die Mitgliedschaft entweder originär im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder derivativ mittels Zession, Indossierung oder Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Im letztgenannten Fall erfolgt eine Rechtsnachfolge: Weil die Gesellschafterstellung nur «im Bündel» erworben werden kann, muss der Abschluss eines Veräusserungsgeschäfts mit dem austretenden Gesellschafter auch als Akzept des statutarischen *acquis*, inklusive der Schiedsklausel, durch den Erwerber verstanden werden.<sup>80</sup> Ähnliches gilt beim originären Erwerb der Mitgliedschaft, wo sich der neue Gesellschafter mit der Zeichnung neuer Anteilsscheine (Art. 652 Abs. 1, Art. 781 Abs. 3 OR) durch Willenserklärung dem geltenden statutarischen Regime unterwirft.<sup>81</sup> Auch insofern wird das Konsensprinzip also nicht durch das Mehrheitsprinzip abgelöst.

Von einer vertraglichen Bindung ist auch im Verhältnis zu den im Gründungszeitpunkt bestellten oder nachträglich gewählten Organen bzw. Organmitgliedern auszugehen, welche mit der Wahlannahme-

<sup>74</sup> Vgl. Killias (Fn. 60), 1063.

<sup>75</sup> Vgl. vorn III.2.2.1.

<sup>76</sup> Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff., 548.

<sup>77</sup> Berger/Kellerhals (Fn. 10), N 319; Müller-Chen/Egger (Fn. 70), N 32 zu Art. 357 ZPO. A.M. Dasser (Fn. 37), N 11 zu Art. 357 ZPO.

<sup>78</sup> Vgl. vorn III.3.2.3.

<sup>79</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 55), § 2 N 124.

<sup>80</sup> Gl.M. Killias (Fn. 60), 1063. Gl.M. unter geltendem Recht Girsberger (Fn. 59), N 30a zu Art. 357 ZPO; Meier (Fn. 23), N 122. Differenzierend Ritter (Fn. 60), N 562 ff.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 131 III 97, E. 2.1 *in fine*. Gl.M. unter geltendem Recht Meier (Fn. 23), N 122.

erklärung eine im Wahlzeitpunkt bereits geltende statutarische Schiedsklausel akzeptieren.<sup>82</sup>

Voraussetzung der vertraglichen Bindung ist die Kenntnis der statutarischen Schiedsklausel. Obwohl die Statuten im Handelsregister als Beleg einsehbar sind,<sup>83</sup> ist mit der Botschaft zu fordern, dass sich das Vorhandensein einer Schiedsklausel inskünftig direkt aus dem Handelsregistereintrag ergibt, was eine Anpassung der Handelsregisterverordnung erforderlich macht.<sup>84</sup> Dies wird denn auch die positive Publizitätswirkung nach sich ziehen, womit die Einwendung der fehlenden Kenntnis der Schiedsklausel ausgeschlossen ist (Art. 933 Abs. 1 OR).<sup>85</sup>

## (2) Mehrheitsprinzip

Anders sieht die Rechtslage bei der nachträglichen Einführung einer Schiedsklausel aus: Weil sich die Gesellschaft nach der Gründung als eigenständige juristische Person vom Gesellschaftsvertrag löst, erfolgt die Willensbildung mittels Beschluss.<sup>86</sup> Kann der Antrag auf Einführung einer statutarischen Schiedsklausel nicht einstimmig ergehen, muss das Konsens- zwangsläufig dem Mehrheitsprinzip weichen. Zwar wird die Auffassung vertreten, dass der Verbleib eines nicht zustimmenden Anteilshabers in der Gesellschaft gleichsam als stillschweigende Zustimmung zur Schiedsklausel zu deuten sei.<sup>87</sup> Davon geht im Zusammenhang mit statutarischen Gerichtsstandsklauseln auch der EuGH aus.<sup>88</sup> Diese Auffassung ist abzulehnen: Zum einen verkennt sie, dass dem Austritt aus einer Kapitalgesellschaft rechtliche und tatsächliche Hürden im Weg stehen können.

Zum andern widerspricht sie auch dem Grundsatz, dass passives Verhalten auf einen Antrag hin keine Annahme desselben bewirkt (Art. 6 OR).<sup>89</sup> Nicht zu überzeugen vermag ferner die Konstruktion einer antizipierten Zustimmung *qua* Beitritt zu einer Kapitalgesellschaft überhaupt,<sup>90</sup> wie sie das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung vertreten hatte.<sup>91</sup> Es stimmt zwar, dass die Unterwerfung unter den Gesellschaftswillen ebenfalls Ausdruck der Privatautonomie ist.<sup>92</sup> Allerdings dürfte eine solche Willenserklärung «auf Reserve» – etwa als eine Art Vorvertrag (Art. 22 OR) – dem Erfordernis der Bestimmtheit der wesentlichen Vertragspunkte zuwiderlaufen, womit nicht von einer hinreichenden Willenserklärung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR ausgegangen werden kann.

Diese Überlegungen gelten *mutatis mutandis* auch für die nachträgliche Einführung im Verhältnis zu den Organen bzw. Organmitgliedern: Diese sind bei einem Beschluss über eine entsprechende Statutenänderung nicht stimmberechtigt, es sei denn, sie seien zugleich auch Anteilshaber. Die Bindungswirkung kann sich somit nur aus der körperschaftsrechtlichen Anordnungscompetenz der General- bzw. Gesellschafterversammlung als der Exekutive übergeordnetes Organ ergeben.<sup>93</sup>

Insoweit erhebt Art. 697n E-OR nunmehr den Mehrheitsbeschluss der General- bzw. Gesellschafterversammlung zum anwendbaren rechtsgeschäftlichen Bindungsmechanismus.<sup>94</sup> Für den Beschluss wird in Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12 E-OR das qualifizierte Quorum, d.h. mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte bzw. des Stammkapitals verlangt. Als Grund für die «Doppelhürde» nennt die Botschaft den damit einhergehenden Verzicht auf den staatlichen Richter,<sup>95</sup> worauf noch zurückzukom-

<sup>82</sup> Gl.M. unter geltendem Recht *Felix Dasser/David Roth*, Ausgewählte Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 247–296, 270 f.; *Meier* (Fn. 23), N 132. A.M. *Mauerhofer* (Fn. 28), 27.

<sup>83</sup> Art. 10 HRegV.

<sup>84</sup> *Botschaft* (Fn. 76), 547.

<sup>85</sup> Vgl. *von der Crone* (Fn. 16), N 195.

<sup>86</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 55), § 2 N 124; *Robert Patry*, Grundlagen des Handelsrechts, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Band VIII/1, Basel 1976, 275 f.

<sup>87</sup> Unter geltendem Recht etwa *Lucius Huber*, Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen, ZSR NF 121 II (2002), 77–166, 124.

<sup>88</sup> EuGH C-214/1989 (*Powell Duffryn plc gg. Wolfgang Peter- eit*) vom 10. März 1992, § 19.

<sup>89</sup> Vgl. *Ritter* (Fn. 60), N 643.

<sup>90</sup> Vgl. etwa BGer 4C.419/2006 vom 19. April 2007, E. 3.3 («En entrant dans la société, l'actionnaire se soumet sciemment à la volonté de la majorité et admet que celle-ci prenne des décisions qui le lient même si elle ne choisit pas la meilleure solution possible et fait éventuellement passer ses propres intérêts avant ceux de la société et d'une minorité»); *Ritter* (Fn. 60), N 637.

<sup>91</sup> BGE 24 II 552, E. 8.

<sup>92</sup> *Meier* (Fn. 23), N 171.

<sup>93</sup> Gl.M. unter geltendem Recht *Meier* (Fn. 23), N 131 f.

<sup>94</sup> *Killias* (Fn. 60), 1063.

<sup>95</sup> *Botschaft* (Fn. 76), 548.

men sein wird.<sup>96</sup> Im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Beschlussfassung in der General- bzw. Gesellschafterversammlung.

### 3.2.4 Formerfordernisse

Gemäss Art. 358 ZPO hat die Schiedsvereinbarung «schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht». Art. 697n Abs. 1 E-OR verschärft diese Formvorschriften nun dahingehend, dass die Schiedsklausel zu ihrer Verbindlichkeit *vis-à-vis* den genannten Personengruppen in jedem Fall zwingend der Aufnahme in die Statuten bedarf, mithin zum bedingt notwendigen Statuteninhalt gehört. Es sind somit die Erfordernisse der Statutenerrichtung bzw. -änderung zu beachten, namentlich das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses sowie die Eintragung im Handelsregister (Art. 647, Art. 780 [E-]OR). Der blosse Nachweis der Schiedsklausel durch Text, wie ihn Art. 358 ZPO aktuell genügen lässt, wird demnach nicht mehr ausreichen. Umgekehrt mildert Art. 697n Abs. 1 E-OR die geltenden Formerfordernisse insofern, als inskünftig die Willenserklärungen der einzelnen Anteilsinhaber im beurkundungsbedürftigen Beschluss aufgehen und einzeln für sich keinem Formzwang mehr unterstehen.

### 3.2.5 Subjektive Tragweite im Einzelnen

Die Bindung der *Gesellschaft* ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass der Beschluss über die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel Ausdruck ihres eigenen Willens ist.<sup>97</sup> Daraus lässt sich auch die Bindung jener Anteilsinhaber herleiten, welche als Prozessstandschafter auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Fällt die Gesellschaft in Konkurs, so werden die Konkursmasse und allfällige Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG auch unter revidiertem Recht an die Schiedsklausel gebunden sein.<sup>98</sup>

Für die *Aktionäre* bzw. *Gesellschafter* ergibt sich die Bindungswirkung, wie gezeigt, nunmehr unabhängig davon, ob die Einführung der Schiedsklausel auf dem Konsens- oder dem Mehrheitsprinzip beruht.<sup>99</sup> Damit ist nicht nur sichergestellt, dass sämtli-

che Anteilsinhaber von der Tragweite der Schiedsklausel erfasst werden, sondern auch, dass sich die Rechtskraft einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (Art. 706 ff. [i.V.m. Art. 808c] OR) inskünftig auch im Schiedsverfahren auf sämtliche Anteilsinhaber (*erga omnes*) erstreckt. Die Rechtskrafterstreckung ergibt sich nach der wohl h.L. nämlich nicht *ipso iure* aus Art. 706 Abs. 5 OR, sondern setzt voraus, dass den Gesellschaftern die Möglichkeit zur Teilnahme am Schiedsverfahren offen gestanden hat, was wiederum eine einheitliche schiedsgerichtliche Zuständigkeit erfordert.<sup>100</sup> Prozessual wird die Teilnahme durch die Institute der Streitgenossenschaft und der Nebenintervention gewährleistet, welche in Art. 376 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO dispositiv geregelt sind.<sup>101</sup> Das Erfordernis der gemeinsamen bzw. übereinstimmenden Schiedsvereinbarung ist mit einer statutarischen Schiedsklausel ohne weiteres erfüllt; eine Genehmigung durch das Schiedsgericht ist nicht erforderlich.<sup>102</sup> Zur Gewährleistung der Teilnahmemöglichkeit war im Vorentwurf noch eine Informationspflicht des Verwaltungsrats vorgesehen.<sup>103</sup> Darauf wurde in Art. 697n E-OR verzichtet, mit der Begründung, dass die Anteilsinhaber auch im Verfahren vor staatlichen Gerichten nicht informiert werden müssen.<sup>104</sup>

Auch die *Organe* bzw. *Organmitglieder* sind inskünftig ohne weiteres an eine statutarische Schiedsklausel gebunden, worunter die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung bzw. der Geschäftsführung sowie die Revisionsstelle zu zählen sind. Nicht von der Schiedsklausel erfasst wird die General- bzw. Gesellschafterversammlung, welcher in gesellschaftsrechtlichen Klagen die Sachlegitimation abgeht. Eine systematische Auslegung mit Blick auf das Verantwortlichkeitsrecht legt sodann nahe, dass der Art. 697n Abs. 1 E-OR zugrunde liegende

<sup>96</sup> Hinten III.3.2.6.

<sup>97</sup> Von der Crone (Fn. 16), § 5 N 1.

<sup>98</sup> Rüede/Hadenfeldt (Fn. 57), 81; Büchler/von der Crone (Fn. 14), 265. Vgl. auch BGE 136 III 107, E. 2.5.

<sup>99</sup> Vgl. vorn III.3.2.3.

<sup>100</sup> Mauerhofer (Fn. 28), 29; Ritter (Fn. 60), N 383; Büchler/von der Crone (Fn. 14), 264.

<sup>101</sup> Vgl. Killias (Fn. 60), 1066. Es gilt der Grundsatz der Parteienautonomie (Art. 182 Abs. 1 IPRG; Art. 373 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei die institutionellen Schiedsordnungen i.d.R. eigene Bestimmungen enthalten.

<sup>102</sup> Vgl. Stefanie Pfisterer, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, Art. 353–399, Art. 407 ZPO, Bern 2014, N 32 zu Art. 376 ZPO.

<sup>103</sup> Art. 697l des Vorentwurfs vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht).

<sup>104</sup> Botschaft (Fn. 76), 548.

Organbegriff auch faktische Organe umfasst.<sup>105</sup> Deren Bindung an die Schiedsklausel lässt sich dabei als Reflexwirkung der freiwilligen Einmischung in die Angelegenheiten der Gesellschaft rechtfertigen.<sup>106</sup>

Die Bindungswirkung gegenüber den genannten Personen tritt nur ein, «[w]enn die Statuten es nicht anders bestimmen», womit es der General- bzw. Gesellschafterversammlung an sich frei steht, eine differenzierte Bindung vorzusehen.<sup>107</sup> Davon ist allerdings abzuraten, soll eine unnötige Spaltung des Rechtswegs vermieden werden. Eine Differenzierung nach verschiedenen Anteilsinhabern bzw. Gruppen von Anteilsinhabern erscheint unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlungspflicht problematisch (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 [i.V.m. Art. 808c] OR); zur Sicherstellung der einheitlichen Rechtskrafterstreckung muss sie im Zusammenhang mit Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen schlechthin ausgeschlossen bleiben (Art. 706 Abs. 5 [i.V.m. Art. 808c] OR).<sup>108</sup>

Aussenstehende *Dritte* sind an die statutarische Schiedsklausel weder durch das Konsens- noch durch das Mehrheitsprinzip gebunden. Dies gilt zunächst für die *Gläubiger* der Gesellschaft. Selbst Gläubiger, welche nach Art. 757 Abs. 2 [i.V.m. Art. 827] OR Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubigergesamtheit geltend machen, müssen sich die statutarische Schiedsklausel auch unter dem revidierten Recht nicht entgegenhalten lassen.<sup>109</sup> Auf eine *andere Konzerngesellschaft* lässt sich eine statutarische Schiedsklausel nur dann ausdehnen, wenn diese zugleich auch Anteilsinhaberin der betreffenden Gesellschaft ist. Eine Ausdehnung lässt sich gegebenenfalls auch aufgrund einer faktischen Organschaft rechtfertigen.<sup>110</sup>

### 3.2.6 Vereinbarkeit der Ausdehnung mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Ein Teil des Schrifttums stellt die Vereinbarkeit von Art. 697n E-OR mit den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, insbesondere mit dem Recht auf

Zugang zu einem staatlichen Gericht, in Frage.<sup>111</sup> Der gefestigten Rechtsprechung des EGMR lässt sich zwar entnehmen, dass auf dieses Grundrecht im Rahmen einer Schiedsvereinbarung verzichtet werden kann. Verlangt wird allerdings, dass der Verzicht freiwillig erfolgt und dass im Schiedsverfahren gewisse Mindestgarantien gewährleistet sind.<sup>112</sup>

Soweit die Schiedsklausel bei der Gründung in den Urstatuten verankert wird, ist die erforderliche Verzichtserklärung der Gründungsgesellschafter bereits aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Einstimmigkeitserfordernisses evident. Für die Konstellation des nachträglichen Erwerbs der Mitgliedschaft erwog der EGMR im Fall *Lundgren v. Sweden* betreffend eine Schiedsklausel in den Statuten eines Gewerkschaftsverbands, dass diese für den nachträglich beigetretenen Beschwerdeführer keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bedeute.<sup>113</sup> Dies, zumal er im Beitrittszeitpunkt um die Schiedsklausel gewusst habe; es sei für ihn voraussehbar gewesen, dass allfällige Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht erledigt würden.<sup>114</sup> Diese Rechtsprechung lässt sich für Kapitalgesellschaften dahingehend verallgemeinern, dass der Anteilserwerb bei hinreichender Erkennbarkeit der statutarischen Schiedsklausel auch einem rechtsgenügenden Verzicht auf den staatlichen Richter gleichkommt.<sup>115</sup> Dies stellt entsprechende Anforderungen an die Publizität. Bei schweizerischen Kapitalgesellschaften ist die Voraussehbarkeit der Bindung i.d.R. bereits dadurch sichergestellt, dass die Statuten im Handelsregister als Beleg einsehbar sind.<sup>116</sup> Sie kann noch effektiver gewährleistet werden, wenn

<sup>105</sup> Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016, N 5 zu Art. 754.

<sup>106</sup> Ähnlich unter geltendem Recht Meier (Fn. 23), N 139.

<sup>107</sup> Botschaft (Fn. 76), 547.

<sup>108</sup> Gl.M. Meier (Fn. 23), N 518.

<sup>109</sup> BGE 136 III 107, E. 2.5.

<sup>110</sup> Von der Crone (Fn. 16), § 15 N 104 f.

<sup>111</sup> Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 89 (2017), 3–24, 19; Dieter Gericke et al., Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25–46, 28; Ritter (Fn. 60), N 704.

<sup>112</sup> EGMR 41069/12 (*Tabbane c. Suisse*) vom 1. März 2016, § 25; 1742/05 (*Eiffage SA et autres c. Suisse*) vom 15. September 2009, E. 1b; 10881/84 (*R. v. Switzerland*) vom 4. März 1987. Vgl. auch Frank Meyer, in: Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (Hrsg.), EMRK Kommentar, 2. Aufl., München 2015, N 59 zu Art. 6 EMRK; Ulrich Haas, Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, SchiedsVZ 7 (2009), 73–84, 79.

<sup>113</sup> EGMR 22506/93 (*Lundgren v. Sweden*) vom 17. Mai 1995, E. 2.

<sup>114</sup> EGMR 22506/93 (*Lundgren v. Sweden*) vom 17. Mai 1995, E. 2.

<sup>115</sup> Gl.M. Ritter (Fn. 60), N 630.

<sup>116</sup> Art. 10 HRegV.

sich das Vorhandensein einer statutarischen Schiedsklausel inskünftig direkt aus dem Handelsregistereintrag ergibt.<sup>117</sup> Das Gesagte dürfte auch für die Bindung von Organen bzw. Organmitgliedern gelten, denn die Schiedsklausel ist im Handelsregister für jedermann ersichtlich. Die Abgabe der Wahlannahmeerklärung dürfte somit den Erfordernissen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ebenfalls genügen.<sup>118</sup>

Bei der nachträglichen Einführung einer statutarischen Schiedsklausel durch Mehrheitsbeschluss wird die Vereinbarkeit der Bindung der Minderheitsgesellschaft mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK teils unter Berufung auf das EGMR-Urteil im Fall *Suda c. République tchèque* bezweifelt.<sup>119</sup> Die Schiedsklausel, die dort zur Diskussion stand, fand sich zwar nicht in den Statuten, sondern in einem von der Generalversammlung mit Mehrheitsbeschluss genehmigten Umstrukturierungsvertrag, welcher den *squeeze-out* des beschwerdeführenden Minderheitsaktionärs vorsah. Dieser hatte dem Beschluss nicht zugestimmt. Die Schiedsklausel sah vor, dass eine allfällige Klage auf Überprüfung der Abfindung vor einem Schiedsgericht erhoben werden muss.<sup>120</sup> Der EGMR hielt dafür, dass diese kraft Mehrheitsprinzip oktroyierte Schiedsklausel den Erfordernissen an den Verzicht auf den staatlichen Richter nicht standhalte, und bejahte eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>121</sup> Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung auch für statutarische Schiedsklauseln Geltung beansprucht. Nicht zu übersehen ist, dass der EGMR seine Entscheidung in erster Linie mit dem Minderheitenschutz begründete.<sup>122</sup> Damit erscheint zweifelhaft, ob die bereits besprochene Konstruktion eines freiwilligen Verzichts *qua* Verbleib in der Gesellschaft nach Einführung einer Schiedsklausel<sup>123</sup> den Erfordernissen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gerecht wird, denn der freiwillige Austritt des Gesellschafters ist im Konzept des Minderheitenschutzes grundsätzlich keine Lösung. Umgekehrt lässt sich die

*Suda*-Rechtsprechung wohl nur soweit für statutarische Schiedsklauseln verallgemeinern, als es um den Ausschluss aus der Gesellschaft oder deren Auflösung geht, denn der EGMR zeigte namentlich für das Argument Sympathie, dass sich die Minderheitsaktionäre gegen eine «willkürliche Enteignung» durch die Mehrheit schützen können müssen.<sup>124</sup> Abzuwarten bleibt auch, ob sich nicht vielmehr die *Lundgren*-Rechtsprechung mittels der bereits erläuterten Konstruktion einer antizipierten Zustimmung im Beitrittszeitpunkt<sup>125</sup> zur Rechtfertigung des Verzichts auf den staatlichen Richter heranziehen lässt. Denn nach Inkrafttreten von Art. 697n E-OR muss durchaus damit gerechnet werden, dass dereinst eine Schiedsklausel in die Statuten aufgenommen wird, auch wenn dies unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten, wie gezeigt, nicht genügt.<sup>126</sup>

### 3.3 Rechtsvergleichendes Fazit

Der Entwurf zur Aktienrechtsrevision läutet mit der ausdrücklichen Regelung statutarischer Schiedsklauseln einen Paradigmenwechsel für die gesellschaftsrechtliche Streitbeilegung ein: Die Ausdehnung der subjektiven Tragweite auf nicht zustimmende Minderheitsgesellschafter oder Organe kraft Mehrheitsbeschlusses der General- bzw. Gesellschafterversammlung bedeutet eine Abkehr von der kontraktuellen Legitimation der Schiedsgerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend betont die Botschaft, dass die schiedsgerichtliche Erledigung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten insbesondere in Deutschland bereits «eine grosse Rolle» spiele.<sup>127</sup> Dies ist zu relativieren: Zutreffend ist, dass die deutsche *lex arbitri* eine besondere Regelung für «ausservertragliche Schiedsgerichte» enthält (§ 1066 dZPO), die auch auf statutarische Schiedsklauseln Anwendung findet. Bei Aktiengesellschaften gelten statutarische Schiedsklauseln aufgrund des Grundsatzes der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 dAktG) allerdings generell als unzulässig.<sup>128</sup> Bei der GmbH verlangt der Bundesgerichtshof für Beschlussmängelstreitigkeiten, dass die Gesellschafter

<sup>117</sup> Vgl. vorn III.3.2.3(1).

<sup>118</sup> Gl.M. Meier (Fn. 23), 84.

<sup>119</sup> Gericke et al. (Fn. 111), 28.

<sup>120</sup> EGMR 1643/06 (*Suda c. République tchèque*) vom 28. Oktober 2010, § 6.

<sup>121</sup> EGMR 1643/06 (*Suda c. République tchèque*) vom 28. Oktober 2010, § 53 ff. Bestätigt in EGMR 7398/07, 31244/07, 11993/08 und 3957/09 (*Chadzitaskos and Franta v. Czech Republic*) vom 27. September 2012, § 36 f.

<sup>122</sup> EGMR 1643/06 (*Suda c. République tchèque*) vom 28. Oktober 2010, § 55.

<sup>123</sup> Vgl. vorn III.3.2.3(2).

<sup>124</sup> EGMR 1643/06 (*Suda c. République tchèque*) vom 28. Oktober 2010, § 55.

<sup>125</sup> Vgl. vorn III.3.2.3(2).

<sup>126</sup> Vgl. vorn III.3.2.3(2).

<sup>127</sup> Botschaft (Fn. 76), 546.

<sup>128</sup> Gero von Jhering, Die Wirkung von Schiedsvereinbarungen, Schiedsklauseln und Schiedssprüchen im Gesellschaftsrecht, Diss. Hamburg 2013, 161 f. m.w.H.

der Schiedsklausel einstimmig zugestimmt haben.<sup>129</sup> Zumindest im Rechtsvergleich mit Deutschland kommt der Schweiz mit Art. 697n E-OR also eher die Rolle eines Vorreiters als eines Spätzünders zu. Wie die Strassburger Rechtsprechung darauf reagieren wird, darf mit Spannung erwartet werden.

<sup>129</sup> BGH II ZR 255/08 vom 6. April 2009, E. II.A.3c (= NJW 2009, 1962–1967, 1964). Dazu *Joachim Münch*, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §§ 946–1117, 5. Aufl., 2017, N 38 zu § 1030 ZPO.