

Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003
i.S. Anstalt X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen Streitgenossenschaft Y. AG in Konkurs
(Klägerin und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Annemarie Nussbaumer, Fürsprecherin, und
Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Übersicht

B. Das Verhältnis von gesellschafts- und schuldrechtlichem Vertrag

III. Bemerkungen

A. Die Treuepflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats

1. Einleitung
2. Der fiduziarische Verwaltungsrat
3. Die Weisungsabhängigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats

B. Der Aktionärbindungsvertrag

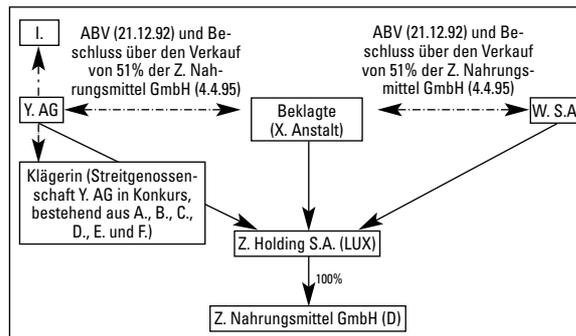
1. Die Rechtsnatur des Aktionärbindungsvertrags
2. Das Gesellschaftsinteresse als Schranke des Inhalts des Aktionärbindungsvertrags – Treuepflicht des Aktionärs?
3. Die Wirkungen des Aktionärbindungsvertrags
4. Unmöglichkeit der Inhalt oder Auflösung des Aktionärbindungsvertrags aus wichtigem Grund

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Mit Aktionärbindungsvertrag vom 21. Dezember 1992 verpflichteten sich die Aktionäre der in Luxemburg domizilierten Z. Holding S.A. – darunter die nachmalig beklagte X. Anstalt und die Y. AG – unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe einem allfälligen Verkauf aller oder eines Teils der Aktien der in Deutschland domizilierten Z. Nahrungsmittel GmbH, einer 100%-igen Tochter der Z. Holding S.A., vor Ablauf einer Frist von fünf Jahren nicht zuzustimmen. Am 4. April 1995 beschlossen die damaligen Aktionärinnen der Z. Holding S.A., die W. S.A., die Y. AG sowie die Beklagte², 51% der Aktien der Z. Nah-

rungsmittel GmbH zu einem symbolischen Kaufpreis von DM 1.– zu verkaufen. Seitens der Y. AG wurde der Gesellschafterbeschluss von I. unterzeichnet, der dem Verwaltungsrat der Y. AG seit Ende 1993 nicht mehr angehörte. Die Transaktion wurde durch die Z. Holding S.A. gleichentags vollzogen. Für die Z. Holding S.A. handelte der mit der Geschäftsführung betraute Verwaltungsrat K., der nach den Statuten nicht auf eine Zustimmung der Generalversammlung zum Verkauf angewiesen war³. Die Z. Nahrungsmittel GmbH fiel am 1. Juli 1995, die Y. AG am 28. September 1995 in Konkurs. A., B., C., D., E. und F. liessen sich den Anspruch auf Konventionalstrafe gegenüber der Beklagten und der W. S.A. im Betrag von je DM 2 100 000.– gemäss Art. 260 SchKG von der Konkursmasse der Y. AG abtreten und erhoben in der Folge Klage gegen die X. Anstalt auf Zahlung von DM 40 000.–⁴.



II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Übersicht

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die Parteien entgegen der Ansicht der Beklagten weiterhin an den Aktionärbindungsvertrag gebunden gewesen sind⁵. Anschliessend äussert es sich dahingehend, dass das Handeln des I. der Y. AG nicht zugerechnet werden kann⁶, um sodann auch die Frage zu verneinen, ob die Y. AG den Verkauf der Aktien nachträglich genehmigt hat⁷. Es folgt eine Prüfung des Ver-

¹ Annemarie Nussbaumer ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Ob es sich bei der W. S.A., der Y. AG und der Beklagten um die einzigen Aktionärinnen handelt, ergibt sich aus der vom Bundesgericht gewählten Formulierung «...beschlossen die Gesellschafterinnen der Z. Holding S.A., die Beklagte, die W. S.A. und die Y. AG, ...» nicht klar. Das unveröffentlichte Urteil des Obergerichts des Kantons Zug spricht hingegen von den «damaligen Aktionärinnen der Z. Holding S.A.», so dass davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei den Genannten um sämtliche an der Z. Holding S.A. Beteiligten gehandelt hat.

³ Gemäss E. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 1. April 2003.

⁴ 4C.143/2003, A./B./C.

⁵ 4C.143/2003, E. 3.

⁶ 4C.143/2003, E. 4.

⁷ 4C.143/2003, E. 5.

hältnisses zwischen Aktionärbindungsvertrag und Treuepflicht des Verwaltungsrats bzw. der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft [B.]. Nach Überlegungen zur angemessenen Höhe einer Konventionalstrafe⁸ weist das Bundesgericht die Berufung der X. Anstalt ab⁹.

B. Das Verhältnis von gesellschafts- und schuldrechtlichem Vertrag

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Verwaltungsrat der Z. Holding S.A. sei aufgrund der wirtschaftlichen Lage im Interesse der Gesellschaft verpflichtet gewesen, die Anteile an der Z. Nahrungsmittel GmbH zu verkaufen. Ein Verkaufsverbot seitens der Aktionäre hätte in dieser Situation keine bindende Wirkung entfalten können. Ein formaler Verstoss gegen den Aktionärbindungsvertrag sei nicht als solcher zu werten, eventuell sei gar die Erfüllung des Aktionärbindungsvertrags unmöglich geworden oder es liege ein wichtiger Grund für dessen Auflösung vor.

Das Bundesgericht hält fest, dass beispielsweise ein fiduziarisch tätiges Mitglied des Verwaltungsrats verpflichtet sei, den Interessen der Gesellschaft den Vorrang einzuräumen, wenn es zu Kollisionen mit den Interessen des Treugebers kommt. Aktionäre hingegen seien bei ihrer Stimmabgabe nicht zur Wahrung eines übergeordneten Gesellschaftsinteresses verpflichtet. Eine implizite Treuepflicht des Aktionärs finde sich weder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch in der Lehre. Von der Pflicht eines Verwaltungsrats auf jene eines (gebundenen) Aktionärs zu schliessen, sei deshalb unhaltbar. Die in einem Aktionärbindungsvertrag eingegangenen Rechte und Pflichten unterständen im Prinzip den einschlägigen vertragsrechtlichen Bestimmungen und nicht dem Aktienrecht.

Aus diesem Grund sei unbeachtlich, ob die finanzielle Notlage der Z. Nahrungsmittel GmbH einzig durch den Verkauf der Anteile hätte überwunden werden können. Zudem stelle die nur auf eine vage Zusage einer möglichen zukünftigen Investition gestützte praktisch unentgeltliche Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung selbst bei vorliegender Konkursreife keine seriöse Chance zur Liquiditätsverbesserung dar, die den Verwaltungsrat im Interesse der

Gesellschaft jedenfalls zum Verkauf verpflichtet hätte¹⁰.

III. Bemerkungen

A. Die Treuepflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats

1. Einleitung

Das Bundesgericht legt seinen Überlegungen ohne weitere Erläuterungen die Annahme zu Grunde, dass ein fiduziarischer Verwaltungsrat im Kollisionsfall den Interessen der Gesellschaft gegenüber jenen des Treugebers den Vorrang einzuräumen habe. Die Situation des fiduziarischen Verwaltungsrats als Diener zweier Herren ist in der Lehre breit diskutiert worden¹¹, ohne jedoch im Einzelnen darzulegen, weshalb die Interessen der Gesellschaft denjenigen des Treugebers überzuordnen sind. Die Feststellung des Bundesgerichts bietet Anlass, dieser Frage vertieft nachzugehen.

2. Der fiduziarische Verwaltungsrat

Wer sein Mandat als Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft treuhänderisch für einen Dritten ausübt, ist ein fiduziarischer Verwaltungsrat¹². Der fiduziarische Verwaltungsrat hat dieselben aktienrechtlichen Rechte und Pflichten und haftet nach denselben Bestimmungen für deren Verletzungen wie jeder andere Verwaltungsrat¹³. Das Verhältnis zum Treugeber wird i.d.R. von einem (schriftlichen) Mandatsvertrag bestimmt¹⁴, der seine Wirkungen nur zwischen den Ver-

¹⁰ 4C.143/2003, E. 6.

¹¹ S. dazu Ziff. III.A.3 hiernach.

¹² Zu den Begriffen des fiduziarischen, abhängigen oder delegierten Verwaltungsrats s. *Simon Käch*, Die Rechtsstellung eines Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2002, S. 4 ff. Zu den Gründen der Bestellung eines fiduziarischen Verwaltungsrats vgl. *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N 159.

¹³ *Eric Homburger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726, 2. Auflage, Zürich 1997, zit. *ZK-Homburger*, N 928 zu Art. 717 OR; *Aleidis Gerard Bosman*, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, S. 45.

¹⁴ *Markus Vischer*, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 5/2003, S. 491.

⁸ 4C.143/2003, E. 7.

⁹ 4C.143/2003, E. 8.

tragsparteien, nicht aber gegenüber der Gesellschaft entfalten kann. Demgegenüber bezeichnet die Lehre das früher als zivilrechtlicher Innominatkontrakt sui generis qualifizierte Mandatsverhältnis zwischen der Gesellschaft und deren Verwaltungsrat heute als organschaftliches Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Komponente. Die rechtliche Stellung des Verwaltungsrats und seine Beziehung zur Gesellschaft wird grösstenteils durch gesellschaftsrechtliche Normen geregelt, das Vertragsrecht gelangt nur noch über kurze Strecken zur Anwendung, wobei vorab auf die Bestimmungen des Auftragsrechts sowie allenfalls des Arbeitsvertragsrechts zurückzugreifen ist¹⁵. Die treuhänderische Ausübung eines Verwaltungsratsmandats sowie der Abschluss eines diesbezüglichen Auftrags werden gemeinhin als zulässig erachtet¹⁶.

3. Die Weisungsabhängigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats

Anerkennt man die grundsätzliche Zulässigkeit der Übernahme eines fiduziarischen Verwaltungsratsmandats, so bleibt zu klären, wie weit der Treugeber auf die Entscheidungen des fiduziarischen Verwaltungsrats Einfluss nehmen darf. Insbesondere interessiert, wie sich der Verwaltungsrat bei Divergenzen zwischen den Interessen des Treugebers und der Gesellschaft zu verhalten hat. Der fiduziarische Verwaltungsrat ist rechtsgeschäftliche Bindungen sowohl mit seinem Treugeber wie auch mit der Gesellschaft eingegangen, in deren Verwaltungsrat er Einsitz hat¹⁷. Die schweizerische Lehre vertritt bezüglich dieser Fragestellung die vom Bundesgericht auch

dem zu besprechenden Entscheid zu Grunde gelegte Ansicht, dass die Pflichten gegenüber der Gesellschaft jenen gegenüber dem Treugeber grundsätzlich vorgehen¹⁸. Weisungen des Treugebers dürfen nur, aber immerhin dort berücksichtigt werden, wo der Verwaltungsrat nach freiem Ermessen entscheiden kann, wobei das Ermessen von Gesetzes wegen immer auch sorgfältig und pflichtgemäss im Interesse der Gesellschaft auszuüben ist¹⁹.

¹⁸ 4C.143/2003, E. 6: «Zwar trifft es zu, dass ein fiduziarisch tätiges Mitglied des Verwaltungsrats verpflichtet ist, den Interessen der Gesellschaft im Kollisionsfall gegenüber jenen des Treugebers Vorrang einzuräumen.»

¹⁹ Vgl. BSK OR II-Wernli (Fn 16), N 26 und N 37 zu Art. 707; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 177, Fn 99; ZK-Homburger (Fn 13), N 928 zu Art. 717 OR; Max Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, S. 92 f.; Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1997, Rz 1638 f., betrachtet denjenigen, der sich in der Pflichtensphäre des Gesellschaftsrechts als Verwaltungsrat eingeordnet hat, als in seiner rechtlichen Bindungsfähigkeit eingeschränkt. Bosman (Fn 13), S. 45, ist der Ansicht, der Verwaltungsrat dürfe nie dem Gesellschaftsinteresse entgegenstehende Weisungen befolgen. Der Bereich des freien Ermessens könne ebenso wenig Gegenstand fremder Einwirkungen sein wie der Bereich der Verwaltungsratsstätigkeit, die auf seine Richtigkeit überprüfbar sei. Weisungen seien nur soweit zulässig, als sie mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar sind. Hinsichtlich der Orientierung von Ermessensentscheidungen an den Weisungen eines Aktionärs skeptisch äussert sich Werner de Capitani, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 90 (1994), S. 348 f., der darauf hinweist, dass die Tätigkeit des Verwaltungsrats nicht in blosser Administration bestehe, sondern kreativ und zukunftsgerichtet sein müsse, weshalb die Mehrzahl der für die Gesellschaft wesentlichen Entscheide Ermessensentscheide seien, so dass die Berücksichtigung von Weisungen bei Ermessensentscheiden im Ergebnis eine relativ grosse Einmischung zur Folge hätte. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 39, Fn 31, sind der Meinung, ein Verwaltungsrat dürfe verpflichtet werden, bei Ermessensentscheiden die Interessen des Treugebers voranzustellen, fassen im Übrigen (S. 38) aber treffend zusammen, dass ansonsten «Weisungen [...] nur insoweit verbindlich» sind, «als sie nicht gegen Gesetz, Statuten oder die Interessen der Gesellschaft verstossen, und dem Verwaltungsrat keine einseitigen, verbindlichen Vorgaben im Bereich seiner unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR machen». Weisungen an Verwaltungsräte einer rechtlich selbständigen Aktiengesellschaft sind gemäss Georg Gautschi, Berner Kommentar VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Bern 1971, N 13c zu Art. 397 OR, unwirksam, soweit sie gegen zwingendes Gesellschaftsrecht verstossen. Dies mit der Begründung, dass die Organisation der Gesellschaft nur nach aktienrechtlichen Bestimmungen, nicht aber vertraglich erfolgen könne. Hingegen seien Weisungen zuzulassen,

Die auftragsrechtlichen Bestimmungen dürften auch dann zur Anwendung kommen, wenn der fiduziarische Verwaltungsrat mittels Aktionärsbindungsvertrag gebunden ist. Vgl. Ziff. III.B.1, Fn 40 hiernach.

¹⁵ Das Bundesgericht spricht in BGE 125 III 81 von einem «contratto innominato simile al mandato». S. zur Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats Krneta (Fn 12), N 275 ff. sowie ausführlich Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, S. 113 ff.

¹⁶ Martin Wernli, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, zit. BSK OR II-Wernli, N 26 zu Art. 707; Krneta (Fn 12), N 163 ff. m.w.H. in N 172. Ein differenzierter Überblick der Lehrmeinungen findet sich bei ZK-Homburger (Fn 13), N 921 ff. zu Art. 717 OR.

¹⁷ Sog. doppelter Pflichtenexus.

Selbst wenn die herrschende Lehre in einer zweckmässigen Handlungsanweisung für fiduziarische Verwaltungsräte resultiert, stellt sich doch die Frage, wieso die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung des Verwaltungsrats der schuldrechtlichen so selbstverständlich vorgehen soll. Die Natur der beiden Verhältnisse wurde unter Ziff. III.A.2 hiervor erläutert. Tritt ein Konflikt zwischen den Interessen des Treugebers und denjenigen der Gesellschaft auf, so ist es dem fiduziarischen Verwaltungsrat unmöglich, beide Verpflichtungen zur vollständigen Zufriedenheit seiner Vertragspartner zu erfüllen²⁰.

Entscheidet der fiduziarische Verwaltungsrat diesfalls im Sinne seines Treugebers, droht eine Verletzung der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht. Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 717 OR verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Verletzt er diese Pflichten schuldhaft – wovon in einem solchen Fall wohl auszugehen wäre –, kann er für den verursachten Schaden persönlich gemäss Art. 754 Abs. 1 OR verantwortlich gemacht werden²¹. Ferner macht sich ein Verwaltungs-

rat, der die Interessen seines Treugebers über jene der Gesellschaft stellt, potentiell strafrechtlich verantwortlich. Der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB²² schützt den Geschäftsherrn vor vorsätzlicher Schädigung durch den Geschäftsführer, dem er sein Vermögen anvertraut hat. Geschäftsherr ist bei der vorliegenden Konstellation die Gesellschaft, Geschäftsführer der Verwaltungsrat²³. Dessen Pflicht, für das Vermögen der Gesellschaft zu sorgen, leitet sich aus dem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und den darin enthaltenen Pflichten ab²⁴.

Stellt der fiduziarische Verwaltungsrat im Falle einer Interessenkollision, wie es das Aktienrecht gebietet, die Interessen der Gesellschaft über diejenigen des Treugebers, läuft er umgekehrt Gefahr, seine vertraglichen Pflichten zu verletzen. Gemäss den auftragsrechtlichen Normen von Art. 394 ff. OR verpflichtet sich der fiduziarische Verwaltungsrat, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste – i.c. die Tätigkeit als Verwaltungsrat – vertragsgemäss zu besorgen. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet er dem

die sich nur auf den Bereich der Geschäftsführung beziehen, der dem Ermessen des Verwaltungsrats unterliegt, wobei in erweiterter Anwendung von Art. 398 Abs. 2 OR stets das Interesse der Gesellschaft zu wahren sei. Handelt es sich beim Verwaltungsrat um einen Vertreter «einer juristischen Person [...], einer Gruppe [...], eines ausländischen Allein- oder Majoritätsaktionärs oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft [...]», so bestehe neben der Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft auch die Pflicht zur Wahrung der Interessen des Vertretenen, insbesondere die «Pflicht zur Befolgung seiner rechtmässig erteilten erlaubten Weisungen». Als Ausnahme wird der Fall einer Einmann-Gesellschaft, z.B. einer 100%-igen Tochtergesellschaft, genannt, wo aufgrund der speziellen Interessenlage und des Fehlens schutzwürdiger Minderheitsaktionäre ein weitergehendes Weisungsrecht als zulässig zu erachten ist, vgl. BSK OR II-*Wernli* (Fn 16), N 26 zu Art. 707 m.w.H. So auch das *Obergericht des Kantons Zürich*, das im sog. «Bata-Urteil» (ZR 1959 Nr. 70, S. 179 ff.) die Ansicht vertrat, dass ein Strohmann eines Alleinaktionärs innerhalb der statutarischen und gesetzlichen Schranken im freien Ermessensbereich der Verwaltung durchaus Weisungen des Treugebers im Hinblick auf die Geschäftsführung berücksichtigen dürfe, diesen Fall aber klar von jenem eines atomisierten Aktionariats unterschied.

²⁰ Es liegt eine sog. Pflichtenkollision vor, d.h. es wirken rechtliche Zwänge und nicht wie bei der Interessenkollision nur wirtschaftliche Anreize und psychologische Motive auf das Verhalten des Verwaltungsrats ein, vgl. *Böckli* (Fn 19), Rz 1641e.

²¹ Vgl. *Böckli* (Fn 19), Rz 1973a; *Krnet* (Fn 12), N 176. Das Bundesgericht setzt in BGE 113 II 52 die Erwartungen an die Sorgfalt eines Verwaltungsrats dann, wenn dieser nicht

im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen oder im Interesse Dritter tätig wird, besonders hoch an. Neben dem fiduziarischen Verwaltungsrat selbst kann im Übrigen auch der Treugeber nach Art. 754 OR zur Verantwortung gezogen werden, sofern er aufgrund seiner Stellung mit Weisungen und Entscheidungen in die Geschäftsführung direkt eingegriffen hat und dadurch zum faktischen Organ geworden ist, vgl. *Krnet* (Fn 12), N 2068 m.w.H.

²² Art. 158 StGB: «Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit beauftragt ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Gefängnis bestraft.»

²³ *Rolf Watter*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, zit. BSK OR II-*Watter*, N 15 zu Art. 717; *Krnet* (Fn 12), N 1859 f. Wird ein fiduziarischer Verwaltungsrat eingesetzt, so gelten sowohl dieser wie auch sein Treugeber als Geschäftsführer i.S.v. Art. 158 StGB. Vgl. die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu aArt. 159 StGB in BGE 105 IV 110: «[...] art. 159 CP pouvait s'appliquer à l'égard de toutes les personnes qui gèrent effectivement une société même si elles utilisent comme hommes de paille les membres du conseil d'administration [...]. Mais cela n'emporte nullement que les hommes de paille seront en conséquence exonérés de toute responsabilité dans le cadre de l'art. 159 CP» sowie *Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafbuchgesetz, Kurzkommentar, Zürich 1997, N 5 f. zu Art. 158.

²⁴ *Trechsel* (Fn 23), N 3 und 8 zu Art. 158; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn 19), S. 259 ff.

Treugeber für getreue und sorgfältige Ausführung des Mandats. Solange der Treugeber keine konkreten Weisungen erteilt, hat der fiduziarische Verwaltungsrat seine Tätigkeit allgemein auf die Interessen des Treugebers auszurichten, alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte und ihnen gegenüber allen andern Belangen stets den Vorrang einzuräumen²⁵. Durch die Erteilung von Weisungen seitens des Treugebers erfolgt eine Konkretisierung des Mandatsverhältnisses²⁶. Der Treugeber hat sich bei seinen Weisungen an den vom Auftragsvertrag und von Art. 19 OR gesteckten Rahmen zu halten²⁷. Wird diese Grenze des Weisungsrechts überschritten, so liegt keine wirksame Weisung vor, d.h. der fiduziarische Verwaltungsrat wird durch die Weisung nicht gebunden²⁸. Sowohl die Verletzung einer rechtswirksamen Weisung wie auch die ungenügende Wahrung der treugeberischen Interessen, ohne an konkrete Weisungen gebunden zu sein, stellen einen Anwendungsfall der Nicht- bzw. der nicht gehörigen Erfüllung des Auftrags dar²⁹. Im Übrigen kann Art. 158 StGB auch im Verhältnis zum Treugeber zur Anwendung gelangen, sofern der fiduziarische Verwaltungsrat durch den Auftrag verpflichtet ist, das Vermögen des Treugebers zu verwalten und seine Ausübung des Verwaltungsratsmandats infolge einer Verletzung dieser Pflicht in einem Schaden resultiert.

Auf den ersten Blick stehen die beiden Verpflichtungen des fiduziarischen Verwaltungsrats gleichwertig und unabhängig nebeneinander. Nach genauerer Betrachtung ist jedoch vorab festzuhalten, dass ein Treugeber den fiduziarischen Verwaltungsrat in

aller Regel im Hinblick auf die Ausübung eines bestimmten Verwaltungsratsmandats mandatiert. Die Frage nach dem Huhn und dem Ei lässt sich in diesem Fall beantworten: unabhängig von der zeitlichen Abfolge der Vertragsschlüsse, stellt das Verwaltungsratsmandat immer den Ausgangspunkt und das Zentrum der rechtlichen Bindung dar. Der Treugeber kann deshalb vom fiduziarischen Verwaltungsrat von Anfang an keine weitergehende Wahrung seiner spezifischen Interessen erwarten, als dies aktienrechtlich zulässig ist. Der Auftrag wird bereits stillschweigend eingeschränkt erteilt³⁰. Im Gegensatz zum Mandat des Treugebers handelt es sich beim Verwaltungsratsmandat um ein gemäss Art. 717 OR gesetzlich ausgestaltetes Mandatsverhältnis, bei dessen Annahme sich ein Verwaltungsrat zur bestmöglichen Ausübung verpflichtet. Der Hauptunterschied zwischen der Gesellschaft und dem Treugeber als Vertragspartner des fiduziarischen Verwaltungsrats liegt darin, dass die Gesellschaft auf die ihr vom Gesetz gewährten Rechte nicht verzichten kann, da sie nebst ihren eigenen auch die Interessen Dritter³¹ zu berücksichtigen hat. Demgegenüber ist das Auftragsrecht weitgehend dispositiver Natur, so dass der Treugeber den fiduziarischen Verwaltungsrat von den ihm auferlegten vertraglichen Pflichten jederzeit entbinden oder Widerhandlungen nachträglich genehmigen kann. Dies führt naturgemäss dazu, dass der fiduziarische Verwaltungsrat die Interessen des Treugebers, der als Einziger in der Lage ist, ihn aus der latenten Pflichtenkollision zu befreien, im Zweifelsfall hintanstellen wird.

Um dem entgegenzuwirken, enthalten Mandatsverträge zwischen Treugeber und fiduziarischem Verwaltungsrat regelmässig sog. Schadloshaltungsklauseln, worin der Treugeber dem fiduziarischen Verwaltungsrat zusichert, ihm den in Ausübung seines Mandats erlittenen Schaden – z.B. Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit – zu ersetzen³². Die

²⁵ *Walter Fellmann*, Berner Kommentar VI. 2. Abteilung, 4. Teilband, Bern 1992, N 251 zu Art. 394 OR, an welcher Stelle diese Treuepflicht des Beauftragten als besonders intensive Form des Grundsatzes von Treu und Glauben bezeichnet wird, sowie N 23 ff. zu Art. 398 OR.

²⁶ *BK-Fellmann* (Fn 25), N 20 zu Art. 397 OR. Das Weisungsrecht des Treugebers wird aus Art. 397 OR abgeleitet.

²⁷ *BK-Fellmann* (Fn 25), N 77 und 97 zu Art. 397 OR; *Rolf H. Weber*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 7 zu Art. 397.

²⁸ Hinsichtlich der diesfalls zu treffenden Massnahmen seitens des fiduziarischen Verwaltungsrats vgl. *BK-Fellmann* (Fn 25), N 99 zu Art. 397 OR.

²⁹ Liegt eine derartige Vertragsverletzung vor, so hat der Treugeber lediglich diese, den erlittenen Schaden sowie den Kausalzusammenhang zu beweisen, das Verschulden seitens des fiduziarischen Verwaltungsrats wird präsumiert. Vgl. *BK-Fellmann* (Fn 25), N 148 ff. zu Art. 397 sowie N 328 ff. und 341 zu Art. 398 OR.

³⁰ Wer einen Auftrag im Wissen darum erteilt, dass der Vertragspartner diesen nur unter Verletzung anderer ihm auferlegter Pflichten erfüllen kann, muss davon ausgehen, dass sein Vertragspartner in der Folge die ihm gegenüber bestehenden Pflichten verletzt.

³¹ Gläubiger, Minderheitsaktionäre, Arbeitnehmer etc.

³² Vgl. dazu *Vischer* (Fn 14). Haben die Parteien nichts Abweichendes vereinbart, so verpflichtet die Vereinbarung einer Schadloshaltungsklausel den fiduziarischen Verwaltungsrat nicht, darauf hinzuwirken, dass kein Schaden eintritt, für den der Treugeber aufzukommen hat. Insbesondere wird dem fiduziarischen Verwaltungsrat damit nicht

auf Art. 158 StGB gestützte strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge Schädigung des Gesellschaftsvermögens bleibt von solchen Vereinbarungen mit dem Treugeber unberührt. Dieser vermag selbst die ihm gegenüber begangene ungetreue Geschäftsbesorgung nur solange zu genehmigen, als die ihn möglicherweise schädigende Handlung noch nicht vorgenommen worden oder der daraus resultierende Schaden noch nicht eingetreten ist³³.

B. Der Aktionärbindungsvertrag

1. Die Rechtsnatur des Aktionärbindungsvertrags

Ein Aktionärbindungsvertrag ist die vertragliche Vereinbarung mindestens zweier Parteien über die Ausübung von Aktionärsrechten³⁴ und die Gewährung bzw. Übernahme von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit einer bestimmten Aktiengesellschaft³⁵. Er ist im schweizerischen Recht nicht positiv geregelt³⁶. Die Zulässigkeit des Abschlusses von Aktionärbindungsverträgen ist jedoch unbestritten³⁷.

die Pflicht auferlegt, die mit dem Verwaltungsratsmandat einhergehenden aktienrechtlichen Pflichten einzuhalten. Den Parteien steht es auch frei, Vereinbarungen bezüglich des zulässigen Verschuldens des fiduziarischen Verwaltungsrats bei der Herbeiführung des Schadens zu treffen, wobei es die Schranken von Art. 100 und 20 OR zu berücksichtigen gilt. Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR kann die Haftung des Beauftragten nur für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden, ein Haftungsausschluss für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit kann nicht im Voraus vereinbart werden, vgl. BK-Fellmann (Fn 25), N 520 zu Art. 398 OR.

³³ ZR 1991 Nr. 84, p. 274; Trechsel (Fn 23), N 12 zu Art. 158. Vgl. auch die Tatsache, dass es sich beim genannten Straftatbestand gemäss Abs. 3 nur zwischen Familienmitgliedern um ein Antragsdelikt handelt.

³⁴ Darunter fallen beispielsweise die Ausübung des Stimmrechts, vermögensrechtliche Vereinbarungen, Treuepflichten sowie die Verfügungs- und Erwerbsrechte an Aktien.

³⁵ Vgl. Theodor Lang, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 6; Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (Fn 19), § 39 N 154, präzisieren, dass mindestens eine der Parteien Aktionär, künftiger Aktionär oder an Aktien dinglich Berechtigter sein muss. Für eine umfassende Begriffsumschreibung s. auch Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Bern 2001, S. 5 f.

³⁶ Anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde bewusst darauf verzichtet, weil der Aktionärbindungsvertrag zu vielfältig sei, um ihn einer einzigen Gesellschaftsform oder einem Vertragsverhältnis zuordnen zu können, vgl. Amtl. Bull. NR 1985 II 1763 ff.

³⁷ BGE 109 II 45; 88 II 174 sowie viele weitere Literaturhinweise bei Hintz-Bühler (Fn 35), Fn 198.

Lehre und Rechtsprechung trennen konsequent zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Bindung des einzelnen Aktionärs: während das eigentliche Aktionärsverhältnis von den Art. 620 ff. OR bestimmt wird und sich auf die Beziehung zwischen Aktionär und Gesellschaft niederschlägt, werden Aktionärbindungsverträge regelmässig zwischen Aktionären geschlossen³⁸ und unterstehen einzig dem auf diese Vereinbarung anwendbaren Recht³⁹, das seinerseits allerdings sowohl Schuld- als auch Gesellschaftsrecht sein kann⁴⁰.

2. Das Gesellschaftsinteresse als Schranke des Inhalts des Aktionärbindungsvertrags – Treuepflicht des Aktionärs?

Im Gegensatz zum Verwaltungsrat ist der Aktionär gesetzlich nicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet. Gemäss Art. 680 Abs. 1 OR ist die einzige Pflicht des Aktionärs jene zur Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien. Weitere Pflichten dürfen ihm nicht auferlegt werden⁴¹. Das

³⁸ Zur Frage der Beteiligung der betroffenen Gesellschaft am Aktionärbindungsvertrag s. ausführlich Lang (Fn 35), S. 12 ff., m.w.H. Zur Beteiligung von Drittpersonen s. Fn 35 hiervor. Zur Beteiligung eines Mitglieds des Verwaltungsrats vgl. Hintz-Bühler (Fn 35), S. 10 und 52 f.

³⁹ Peter Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, S. 368.

⁴⁰ Schuldrechtliche Aktionärbindungsverträge werden i.d.R. als Innominatkontrakt sui generis und nicht als Auftrag qualifiziert. Dies u.a. deshalb, weil Aktionärbindungsverträge auch zu blossem Unterlassen verpflichten oder Pflichten vorsehen können, die keine Geschäftsbesorgung darstellen, so dass die analoge Anwendung des Auftragsrechts nur in Einzelfällen gerechtfertigt ist. Gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge werden regelmässig – mitunter auch unbewusst – in der Form der einfachen Gesellschaft geschlossen. Dies ist gemäss Art. 530 OR dann der Fall, wenn mindestens zwei Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gemeinsame Kräfte und Mittel aufwenden. Da Aktionärbindungsverträge vielfach sowohl gesellschaftsrechtliche wie auch synallagmatische Elemente aufweisen, sind Mischformen die Regel. Ob diese als Innominatkontrakte oder als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind, ist weitgehend unerheblich. Bei der Rechtsanwendung kommt es auf diese Unterscheidung im Ergebnis nicht an, vielmehr wird bezüglich der jeweiligen Elemente das passende Recht angewandt. S. dazu umfassend Hintz-Bühler (Fn 35), S. 24 ff.; Lang (Fn 35), S. 20.

⁴¹ S. zur langanhaltenden Diskussion über das Bestehen einer Treuepflicht des Aktionärs Herbert Wohlmann, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968 und Daniel Würsch, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Zürich 1989, S. 12 ff.

Fehlen einer Treupflicht des Aktionärs⁴² hat jedoch nicht zur Folge, dass dieser in der Ausübung seiner Aktionärsstellung an keine gesetzlichen Regeln gebunden ist. Das Grundprinzip von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot und das Gebot der schonenden Rechtsausübung kommen auch im Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft bzw. zu andern Mitaktionären zur Anwendung⁴³. Der Aktionär darf sein Stimmrecht in der Generalversammlung nicht rechtsmissbräuchlich ausüben, insbesondere hat die Mehrheit ihre Rechte gegenüber der Minderheit so auszuüben, dass diese nicht unnötig in ihren Interessen beeinträchtigt wird, ansonsten die Beschlüsse Gefahr laufen, gestützt auf Art. 706 Abs. 2 OR anfechtbar zu sein⁴⁴. Aus diesen Einschränkungen der Stimmrechtsausübung folgt einerseits, dass auch eine vertragliche Bindung in den genannten Bereichen unzulässig sein muss, andererseits wird deutlich, dass sich der Aktionär innerhalb dieser Schranken in Aktionärsbindungsverträgen durchaus zur Wahrung eigener, dem Gesellschaftsinteresse womöglich zuwiderlaufender Interessen verpflichten kann⁴⁵.

3. Die Wirkungen des Aktionärsbindungsvertrags

Der Aktionärsbindungsvertrag entfaltet seine Wirkungen ausschliesslich zwischen den beteiligten Parteien⁴⁶. Die Gesellschaft selbst ist am Aktionärsbindungsvertrag i.d.R. und jedenfalls in dieser Besprechung zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht beteiligt und wird aus dem Aktionärsbindungsvertrag weder berechtigt noch verpflichtet. Daher können sowohl sie wie auch weitere unbeteiligte Aktionäre

keinen Einfluss nehmen, wenn ein Aktionärsbindungsvertrag nicht eingehalten wird⁴⁷. Ein Aktionärsbindungsvertrag wirkt sich somit auf Gesellschaftsebene nur in den seltensten Fällen aus⁴⁸. Aktionärsbindungsverträge haben i.d.R. rein obligatorische und keine dinglichen oder quasi-dinglichen Wirkungen, so dass die Beteiligten lediglich in ihrem Dürfen, nicht aber im Können eingeschränkt sind. Auf die Stellung des Aktionärs als Träger der Aktionärsrechte wirkt sich der Aktionärsbindungsvertrag nicht aus⁴⁹. Dies äussert sich dadurch, dass eine vertragswidrige Handlung aktienrechtlich regelmässig vollständige Gültigkeit erlangt. Die Stimmen werden gemäss tatsächlicher Abgabe an der Generalversammlung, nicht gemäss aktionärsbindungsvertraglicher Abrede gezählt⁵⁰. Wird ein Aktionärsbindungsvertrag durch vertragswidrige Stimmabgabe verletzt, so ist eine Erfüllung oft nicht mehr möglich und dem Vertragspartner bleibt einzig die Geltendmachung von Schadenersatz, den zu beziffern vielfach schwierig ist⁵¹.

4. Unmöglicher Inhalt oder Auflösung des Aktionärsbindungsvertrags aus wichtigem Grund

Die Argumentation der Beklagten, die Einhaltung der Stimmbindungsvereinbarung sei unmöglich geworden, weil der Verwaltungsrat der Z. Holding S.A. im Interesse der Gesellschaft verpflichtet gewesen sei, die Anteile an der Z. Nahrungsmittel GmbH zu verkaufen, ist falsch. Die Tatsache, dass das vereinbarte Verkaufsverbot möglicherweise nicht mehr im Interesse der Gesellschaft liegt⁵², stellt noch keinen

⁴² Verstanden als subjektive Pflicht, aufgrund eines persönlichen Vertrauensverhältnisses alles der Gemeinschaft Nützliche zu tun und das ihr Abträgliche zu unterlassen, vgl. *Würsch* (Fn 41), S. 14, m.w.H.

⁴³ Vgl. *Böckli* (Fn 19), Rz 38i und *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 51.

⁴⁴ Vgl. *Hansjürg Appenzeller*, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Zürich 1996, S. 39 f.; *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 51 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel* (Fn 19), § 25 N 17, 24 f.

⁴⁵ Für Beispiele unzulässiger Stimmrechtsbindungen s. *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 52; weitere Literaturhinweise bei *Lang* (Fn 35), Fn 141.

⁴⁶ ZR 1970 Nr. 101, S. 261 ff.; *Carl Baudenbacher*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 37 zu Art. 620; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel* (Fn 19), § 39 N 158 sowie weitere Literaturhinweise bei *Hintz-Bühler* (Fn 35), Fn 10.

⁴⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel* (Fn 19), § 39 N 158.

⁴⁸ Dann nämlich, wenn Stimmen in einer Generalversammlung aufgrund eines (teil-)nichtigen Aktionärsbindungsvertrags abgegeben wurden, da der Generalversammlungsbeschluss bei Vorliegen einer Gesetzes- oder Statutenverletzung gemäss Art. 706 oder 706b OR anfechtbar sein kann, vgl. *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 62. Die Frage der Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, welche unter aktionärvertragswidriger Stimmabgabe entstanden sind, stellt sich vorliegendenfalls nicht.

⁴⁹ *Forstmoser* (Fn 39), S. 366.

⁵⁰ *Lang* (Fn 35), S. 55, 64 ff. m.w.H. zur fehlenden Anfechtbarkeit des auf diese Weise zu Stande gekommenen Generalversammlungsbeschlusses.

⁵¹ *Lang* (Fn 35), S. 67 ff., zur Problematik der gerichtlichen Durchsetzung eines allfälligen Erfüllungsanspruchs s. S. 72 ff.

⁵² Eine Behauptung, die das Bundesgericht in 4C.143/2003, E. 6 widerlegt.

Fall der nachträglichen Unmöglichkeit dar⁵³. Durch die Übertragung sämtlicher Befugnisse hinsichtlich der laufenden Geschäftsführung sowie der diesbezüglichen Vertretung der Gesellschaft auf K., der den Verkauf der Anteile der Z. Nahrungsmittel GmbH infolgedessen unabhängig von der Zustimmung der Aktionäre tätigen konnte⁵⁴, haben die Vertragsparteien die Kompetenz über eine im Aktionärbindungsvertrag geregelte Materie in die Hände eines Ausserstehenden gelegt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihnen die Erfüllung der Stimmbindungsvereinbarung unmöglich geworden ist. Führen sie – wie vorliegendenfalls – eine Abstimmung über den geregelten Gegenstand durch, sind sie nach wie vor gebunden. Die einzige Folge der Kompetenzübertragung liegt darin, dass eine Abstimmung unter den Aktionären den Entscheidungsträger nicht mehr binden kann⁵⁵. Eine sich zu Gunsten der Beklagten auswirkende Unmöglichkeit liegt selbst dann nicht vor, wenn man diese mit der Argumentation, eine Abstimmung über einen Gegenstand, über den gar nicht rechtlich bindend entschieden werden könne, solle für die Beteiligten zu keinem Nachteil führen, im Zeitpunkt des Übergangs der Entscheidungskompetenz auf K. eintreten lassen will. Diesfalls läge nämlich eine verschuldete, nachträgliche Unmöglichkeit vor, die den Schuldner nicht befreit⁵⁶.

Ebenso wenig stichhaltig ist die Behauptung, es läge ein wichtiger Grund für die Auflösung des Aktionärbindungsvertrags vor⁵⁷. Die Auflösung sowohl

des gesellschafts- wie auch des schuldrechtlichen Aktionärbindungsvertrags aus wichtigen Gründen setzt die Ausübung eines Gestaltungs(klage)rechts voraus. Die Beklagte hat nun aber gegenüber den andern Vertragsparteien gerade nicht geltend gemacht, der Aktionärbindungsvertrag sei aus wichtigem Grund aufzulösen, vielmehr hat sie eine Abstimmung über einen vom Vertrag umfassten Gegenstand veranlasst und ist selbst davon ausgegangen, dass der Aktionärbindungsvertrag nach wie vor Gültigkeit hat⁵⁸.

IV. Fazit

Das Bundesgericht hatte im besprochenen Entscheid Gelegenheit, zwei praktisch wichtige, wenn auch grundsätzlich unbestrittene Fragen klarzustellen.

Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen Aktionärbindungsvertrag und Aktionärsstellung führt rasch zum Ergebnis, dass diese beiden unabhängig nebeneinander stehen. Der einzelne Aktionär ist nicht verpflichtet, seine Aktionärsrechte im Interesse der Gesellschaft auszuüben. Er kann deshalb mittels Aktionärbindungsvertrag Verpflichtungen eingehen, die dem Gesellschaftsinteresse möglicherweise zuwiderlaufen. Der Aktionärbindungsvertrag wirkt inter partes und beeinflusst das Verhältnis zur Gesellschaft nicht. Seine Erfüllung wird insbesondere nicht unmöglich, nur weil sich die Interessenlage der Gesellschaft geändert hat.

Demgegenüber fällt die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Auftrags- und Gesellschaftsrecht bei der Bestellung eines fiduziarischen Verwaltungsrats prima vista weniger eindeutig aus. Im Gegensatz zum Aktionär untersteht der fiduziarische Verwaltungsrat der aktienrechtlichen Treuepflicht von Art. 717 OR, gemäss welcher Bestimmung die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren sind. Jede treuegeberische Weisung, die diesen Interessen widerspricht, verstösst gegen eine zwin-

⁵³ Bei Abschluss des Aktionärbindungsvertrags war die Verpflichtung, dem Verkauf der Anteile nicht zuzustimmen, eine mögliche Vereinbarung, weshalb das Vorliegen einer nachträglichen Unmöglichkeit zu prüfen ist.

⁵⁴ Gemäss E. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 1. April 2003.

⁵⁵ Obwohl der Sachverhalt dazu keine Anhaltspunkte liefert, liegt die Vermutung nahe, dass ein einschlägiger Aktionärsbeschluss den delegierten Verwaltungsrat K. wenn nicht zu binden, so doch immerhin zu beeinflussen geeignet war.

⁵⁶ Zur Unmöglichkeit gesellschafts- und schuldrechtlicher Aktionärbindungsverträge s. *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 173 f.

⁵⁷ Zu den wichtigen Gründen für die Auflösung gesellschafts- und schuldrechtlicher Aktionärbindungsverträge s. *Hintz-Bühler* (Fn 35), S. 162 ff. Für gesellschaftsrechtliche Aktionärbindungsverträge eröffnet Art. 545 Abs. 2 Ziff. 7 OR die Möglichkeit, jederzeit beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu beantragen. Als wichtige Gründe i.S. der genannten Bestimmung gelten Verfehlungen oder Vorkommnisse ausserhalb des Geschäftsbetriebs, subjektive Gründe beim auflö-

sungswilligen Vertragspartner oder die Erschwerung der Erreichung des Gesellschaftszwecks. Für schuldrechtliche Innominatkontrakte anerkennen Lehre und Rechtsprechung die gesetzlich nicht geregelte Auflösung aus wichtigem Grund, wobei als solcher bspw. die Unzumutbarkeit des Weiterbestehens des Vertrags oder bei Vertragsschluss nicht vorhersehbare Veränderungen der Verhältnisse in Frage kommen.

⁵⁸ 4C.143/2003, E. 3.

gende gesetzliche Regel und ist deshalb gemäss Art. 19 ff. OR unwirksam. Handelt der fiduziarische Verwaltungsrat dennoch danach, kann er sich gemäss Art. 754 OR aktienrechtlich bzw. Art. 158 StGB strafrechtlich verantwortlich machen. Die Folgen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit können vom Treugeber mittels einer Schadloshaltungsklausel zumindest teilweise abgedeckt werden. Der Treugeber selbst muss aufgrund der Tatsache, dass er dem fiduziarischen Verwaltungsrat den Auftrag im Zusammenhang mit einem konkreten Verwaltungsmandat erteilt, damit rechnen, dass die

Wahrung seiner Interessen nur im aktienrechtlich zulässigen Umfang erfolgt. Dies insbesondere auch deshalb, weil sein Rechtsverhältnis zum fiduziarischen Verwaltungsrat dispositiver Natur ist und er diesen jederzeit von dessen Pflichten befreien oder dessen Handlungen genehmigen kann, während das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft gesetzlich umschrieben ist. Aus diesen Gründen erweist sich die vom Bundesgericht und von der herrschenden Lehre geforderte vorrangige Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen gegenüber jenen eines allfälligen Treugebers als sachgerecht.