

Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Benjamin Büchler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Überblick
2. Zulässigkeit einer Schiedsklausel
3. Geltend gemachter Anspruch
4. Bindung an die Schiedsklausel
5. Urteil

III. Bemerkungen

1. Formelle Voraussetzungen
 - 1.1 Schiedsvereinbarung im Allgemeinen
 - 1.2 Charakterisierung einer statutarischen Schiedsklausel
 - 1.2.1 Vertragliche Klausel
 - 1.2.2 Statutarische Klausel
 - 1.3 Vorschriften für statutarische Schiedsklauseln
 - 1.3.1 KSG
 - 1.3.2 IPRG und E-ZPO
2. Schiedsfähige Streitigkeiten
 - 2.1 KSG und E-ZPO
 - 2.2 IPRG
3. Bindung an die Schiedsklausel
 - 3.1 Gesellschaft
 - 3.2 Aktionäre
 - 3.3 Organe
 - 3.4 Gläubiger
4. Schlussbetrachtungen

I. Sachverhalt

Die Statuten der Y AG enthielten eine Schiedsklausel, nach welcher alle Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Organen oder Aktionären unter Ausschluss des Rechtsweges durch ein dreiköpfiges Schiedsgericht mit Sitz in Biel entschieden werden. Diese Bestimmung bestand seit mindestens 1960.

Am 5. Januar 2004 wurde über die Y AG der Konkurs eröffnet. Im März 2007 erhob A (Beschwerdegegnerin), welche sowohl Aktionärin als auch Gläubigerin der Gesellschaft war, Klage beim Handelsgericht des Kantons Bern gegen X (Beklagter 1) und B (Beklagter 2) aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Die entsprechenden Ansprüche liess sie sich nach Art. 260 SchKG abtreten. Dem X als langjährigem Verwaltungsrat wurde vorgeworfen, die Y AG ausgeblutet zu haben, wobei ein Grossteil der Bezüge in die von ihm beherrschte X SA geflossen sei.

B begleitete die Y AG in verschiedenen Rollen. Ihm wurde Kenntnis bezüglich der Handlungen des X vorgeworfen.

Nach Zustellung der Klage fiel X in Konkurs, woraufhin der Prozess aufgrund von Art. 207 SchKG eingestellt wurde. Gleichzeitig wurde der Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, eine Frist angesetzt, um den Eintritt in den Prozess zu erklären. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2008 stellte das Handelsgericht fest, dass die Konkursmasse durch Stillschweigen in den Prozess eingetreten sei und nahm diesen wieder auf. Gleichentags wurde eine «letzte, nicht erstreckbare Frist» zur Einreichung einer Klageantwort und zur Bezahlung des Kostenvorschusses angesetzt. Mit Verfügung vom 21. November 2008 wurde dem Konkursamt mitgeteilt, dass die Frist vom 29. Oktober nicht verlängert werden könne, und der Beklagte wurde auf die Säumnisfolgen hingewiesen. Ein dagegen gerichtetes Wiedererwägungsgesuch wurde abgelehnt.

Am 12. Januar 2009 erklärte die X SA (Beschwerdeführerin) den Eintritt in den Prozess auf Seiten des Beklagten 1 anstelle der Masse aufgrund von Art. 260 SchKG. Gleichzeitig beantragte sie, der Prozess sei in den Stand vor dem 24. November 2008 zurückzusetzen. Dieses Wiederherstellungsgesuch wurde vom Gericht abgelehnt. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht (Verfahren 4A_206/2009). In diesem Verfahren hat das Bundesgericht am 27. Januar 2010 in einem summarischen Verfahren Nichteintreten entschieden.¹

Die Hauptverhandlung beschränkte sich vorerst auf die Frage der Zuständigkeit. Dabei schloss sich die Beschwerdeführerin der Einrede des Beklagten 2 an, wonach das Handelsgericht gestützt auf die Schiedsklausel unzuständig sei. Das Handelsgericht bejahte seine Zuständigkeit mit Urteil vom 7. Juli 2009.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und dessen Zuständigkeit zu verneinen. Eventualiter verlangt sie eine Neuurteilung durch die Vorinstanz. Auf Antrag der Beschwerdeführerin wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt. Der Beklagte 2 hat das Urteil nicht angefochten.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Zur Begründung vgl. BGer 4A_206/2009.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Überblick

Das Bundesgericht hält fest, dass es sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid handle, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen zulässig und folglich auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten sei (Art. 92 Abs. 1 BGG).² Streitgegenstand im bundesgerichtlichen Verfahren sei einzig die Frage, ob der Eintretensentscheid der Vorinstanz rechtmässig sei. Die Ausführungen des Bundesgerichts betreffen sowohl die Zulässigkeit der Schiedsklausel an sich wie auch die Verbindlichkeit der Klausel für die Beschwerdegegnerin im aktuellen Fall. Der Schwerpunkt der Erwägungen liegt in letzterem Bereich.

2. Zulässigkeit einer Schiedsklausel

Das Bundesgericht führt aus, dass eine Schiedsklausel für Verantwortlichkeitsansprüche nach h.L. zulässig sei.³ Formell sei Schriftlichkeit erforderlich und bei statutarischen Schiedsklauseln nach Art. 6 Abs. 2 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (KSG)⁴ eine Bezugnahme auf die Klausel bei Beitritt zur juristischen Person.⁵

3. Geltend gemachter Anspruch

Das Bundesgericht führt weiter aus, die Vorinstanz habe festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG klagen könne. Dabei mache sie keine unmittelbaren Ansprüche als Aktionärin oder Gläubigerin geltend, vielmehr handle es sich um einen eigenständigen Anspruch der Gläubigergesamtheit. Dieser werde nicht von der Schiedsklausel umfasst.⁶

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Beschwerdegegnerin auch Ansprüche als Aktionärin geltend mache und in dieser Rolle die Schiedsgerichtsklausel anerkannt habe. Allerdings sei die Klausel auch wirksam, wenn die Anerkennung fehle, da die Beschwerdegegnerin nur die Ansprüche der

Gesellschaft bzw. der Masse geltend mache und Ersterere ohne Weiteres an die Abrede gebunden sei.⁷

Das Bundesgericht erläutert, wer berechtigt sei, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Dies könne im Konkurs auch ein Gläubiger sein.⁸ Materiell bestünde kein Unterschied zwischen dem direkten Anspruch aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR und demjenigen, welcher sich der Gläubiger nach Art. 260 SchKG abtreten lassen könne. Auf die Differenzierung sei deshalb nicht näher einzugehen. Art. 757 OR begründe einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit. Die Beschwerdegegnerin handle folglich in einer Art Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit.⁹

Des Weiteren hält das Bundesgericht fest, dass bezüglich des Vorbringens der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin mache auch den kompletten Wertverlust der Aktien als direkten Schaden geltend, die Begründungsanforderungen nicht erfüllt seien. Die Frage, inwieweit der Aktionär der Schiedsklausel unterstehe, könne offengelassen werden. Insbesondere sei nicht substantiiert dargelegt worden, inwiefern der Entscheid der Vorinstanz unhaltbar bzw. willkürlich sei.¹⁰

4. Bindung an die Schiedsklausel

Das Bundesgericht hält fest, dass «grundsätzlich auch die Konkursmasse einschliesslich allfälliger Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG an die vom Gemeinschuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden» sei.¹¹ Die Beschwerdegegnerin mache aber nicht die Ansprüche der Gesellschaft, sondern diejenigen der Gläubigergesamtheit geltend. Daher könne ihr die Beschwerdeführerin nur diejenigen Einsprachen entgegenhalten, welche ihr gegenüber der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stünden.¹² Bei der Schiedseinrede handle es sich nicht um eine Einrede, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft bestehe. Eine Zulassung der Einrede gegenüber der Gläubigergesamtheit sei nicht gerechtfertigt, da ansonsten die Gefahr einer miss-

² BGer 4A_466/2009, E. 1.

³ BGer 4A_446/2009, E. 2.2 m.w.H.

⁴ Unter anderem LS-ZH 274.

⁵ BGer 4A_446/2009, E. 2.2.

⁶ BGer 4A_446/2009, E. 2.

⁷ BGer 4A_446/2009, E. 2.1.

⁸ BGer 4A_446/2009, E. 2.3.

⁹ BGer 4A_446/2009, E. 2.4 m.w.H.

¹⁰ BGer 4A_446/2009, E. 2.6.

¹¹ BGer 4A_446/2009, E. 2.5 m.w.H.

¹² BGer 4A_446/2009, E. 2.5.1.

bräuchlichen Erschwerung der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen entstehe.¹³

5. Urteil

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, da die Schiedsklausel auf die Ansprüche der Gläubigersamtheit nicht anwendbar und der Eintretensentscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden sei.¹⁴

III. Bemerkungen

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, Schiedsklauseln in Statuten seien für Verantwortlichkeitsansprüche zulässig.¹⁵ Es hält weiter fest, eine Bindung an die Schiedsvereinbarung entfalle, wenn Ansprüche der Gläubigersamtheit geltend gemacht werden.¹⁶ Es stellen sich nun die Fragen, welche formellen Voraussetzungen für eine statutarische Schiedsklausel bestehen (1.), welche Rechtsstreitigkeiten einer solchen unterstellt werden können (2.) und wer dem vereinbarten Schiedsgericht untersteht (3.). Neben dem hier anwendbaren Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) sollen auch die künftige Regelung der eidgenössischen ZPO (E-ZPO), welche das geltende Recht des Konkordats per 1. Januar 2011 ablösen wird, und diejenige des IPRG¹⁷ in die Überlegungen mit einbezogen werden.

1. Formelle Voraussetzungen

1.1 Schiedsvereinbarung im Allgemeinen

Nach der Definition des Bundesgerichts ist eine Schiedsvereinbarung eine «Übereinkunft [...], mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten [...] unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichts-

barkeit einem Schiedsgericht [...] zu unterstellen».¹⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Schiedsabrede um eine prozessrechtliche Vereinbarung.¹⁹ In der neueren Lehre wird demgegenüber die Unterscheidung zwischen formell- und materiellrechtlicher Grundlage als überholt und zweitrangig betrachtet.²⁰

Formell wird für eine Schiedsabrede in Art. 6 Abs. 1 KSG Schriftlichkeit verlangt. Nach Lehre und Rechtsprechung folgt der Begriff Art. 13–15 OR, weshalb nach geltendem Recht eine eigenhändige Unterschrift vorausgesetzt wird.²¹

Künftig verlangt Art. 358 E-ZPO, welcher Art. 178 Abs. 1 IPRG nachgebildet ist, Schriftlichkeit oder «eine andere Form, welche den Nachweis durch Text ermöglicht». Dies wird in Art. 178 Abs. 1 IPRG durch die Erwähnung von Telegramm, Telex und Telefax präzisiert. Der Begriff der Schriftlichkeit im Sinne dieser Bestimmungen wird autonom ausgelegt.²² Anders als nach Art. 13–15 OR ist keine eigenhändige Unterschrift notwendig; eine solche stellt einzig einen Nachweis für vorhandenen Konsens dar. Dies ergibt sich daraus, dass auch Formen zulässig sind, welche keine Unterschrift erlauben.²³ Dieser Lösung entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach es genüge, wenn sich die Abmachung aus den schriftlichen Dokumenten ergebe, eine Unterschrift aber nicht notwendig sei.²⁴

¹³ BGer 4A_446/2009, E. 2.5.2.

¹⁴ BGer 4A_446/2009, E. 3.

¹⁵ BGer 4A_446/2009, E. 2.2 m.w.H.

¹⁶ BGer 4A_446/2009, E. 2.5 m.w.H.

¹⁷ Ein Einbezug drängt sich einerseits auf, da gerade bei Publikumsgesellschaften häufig internationale Verhältnisse bestehen. Andererseits sind die Regelungen der eidgenössischen ZPO teilweise an das IPRG angelehnt. Das LugÜ ist gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 auf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar.

¹⁸ BGE 130 III 66, E. 3.1. Diese Definition stimmt im Wesentlichen mit derjenigen von Art. II Abs. 1 NYÜ überein, vgl. *Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 261.

¹⁹ Vgl. die Praxisänderung in BGE 41 II 534, E. 2 und seither ergangene Entscheide (vgl. die Aufzählung bei *Berger/Kellerhals* [Fn. 18], N 298 Fn. 50).

²⁰ Vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 294 ff.

²¹ Vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 411, wobei sie anmerken, dass die Bestimmung konkordatsautonom ausgelegt werden könne und müsse.

²² Vgl. *Dominik Gasser/Brigitte Rickli*, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 358 ZPO und *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 396.

²³ Vgl. *Werner Wenger/Christoph Müller*, Basler Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Basel 2007, N 15 zu Art. 178 IPRG, jeweils mit Hinweisen.

²⁴ Vgl. BGer 4P.124/2001 (=ASA Bull 2002, 88 ff.), E. 2c, wobei das Bundesgericht mit Verweis auf BGE 121 III 38 klarstellt, dass in speziellen Situationen Sonderregeln bestehen können.

1.2 Charakterisierung einer statutarischen Schiedsklausel

Gewisse Besonderheiten sind zu beachten, wenn eine Schiedsklausel in den Statuten einer juristischen Person enthalten ist. Dabei stellt sich die Frage, wie diese Klausel zu charakterisieren ist. Das Bundesgericht hat diese Frage im vorliegenden Entscheid offengelassen.²⁵

In erster Linie sind zwei Auslegungen denkbar. Einerseits könnte eine vertragliche Vereinbarung vorliegen, welche in den Statuten «versteckt» ist (unten 1.2.1). Andererseits könnte es sich um eine echte statutarische Klausel handeln, welche für die Gesellschaft und ihre Mitglieder ohne Weiteres Geltung erlangt (nebenan 1.2.2). Diese Einordnung ist sowohl für die Form als insbesondere auch für die Bindung an die Klausel relevant. Die folgenden Ausführungen beschreiben die Situation bei Aktiengesellschaften; sie gelten aber, mutatis mutandis, auch für andere Körperschaften. Statutarische Klauseln in Personengesellschaften beruhen dagegen immer auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern.²⁶

1.2.1 Vertragliche Klausel

Der erste Lösungsansatz erachtet die statutarische Schiedsklausel als vertragliche Klausel. Mit anderen Worten würde eine, in die Statuten integrierte, Schiedsvereinbarung vorliegen, welche folglich die gesetzlich verlangten Voraussetzungen einer Schiedsabrede zu erfüllen hätte. Dabei wäre die Zustimmung aller Parteien zwingend zu verlangen. Welche Anforderungen an diese gestellt würden, sowie die Form der Klausel an sich, wäre von den gesetzlichen Vorschriften abhängig.²⁷

Die Charakterisierung als vertragliche Klausel hätte vor allem zur Folge, dass die Einführung einer Schiedsklausel faktisch nur durch Einstimmigkeit, sowohl der Generalversammlung als auch des Verwaltungsrates, sofern Letzterer daran gebunden sein soll, möglich wäre. Ausserdem wäre bei der Übertragung der Anteile eine Zustimmung durch den neuen Gesellschafter notwendig.

Für eine vertragliche Klausel spricht die Konzeption der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Parteien sollen sich freiwillig einem Schiedsgericht unterwerfen und auf die staatlichen Gerichte verzichten.²⁸ Konsequenterweise muss auch das Akzeptieren der Schiedsklausel auf freiwilliger Basis erfolgen. Ebenfalls für diese Sachlage, zumindest in Aktiengesellschaften, spricht Art. 680 OR, wonach dem Aktionär neben der Liberrierung seiner Aktien keine weiteren Pflichten auferlegt werden dürfen.²⁹

1.2.2 Statutarische Klausel

Handelt es sich bei der Schiedsklausel um eine echte Statutenklausel, so wäre sie auch wie eine solche zu behandeln. Dies bedeutet, dass die Aktionäre und Verwaltungsräte ohne Weiteres daran gebunden wären. Konsequenterweise wäre auch die Einführung einer entsprechenden Bestimmung durch einen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung zulässig. Für die Statutenänderung wäre ein einfaches Mehr zu verlangen (Art. 704 OR e contrario). Die Formvorschrift der Schriftlichkeit bzw. des schriftlichen Nachweises wäre weiterhin einzuhalten. Da für Statuten gemäss Art. 629 Abs. 1 OR das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung besteht, wäre dies in jedem Fall erfüllt.³⁰

Wichtigstes Argument für diese These ist die Praktikabilität. Dadurch, dass sich die Wirkung automatisch auch auf neue Aktionäre erstreckt, sind alle an die Schiedsklausel gebunden. Eine Ungleichbehandlung der Aktionäre würde dadurch verhindert. Es kann argumentiert werden, dass der Aktionär die Statuten der Gesellschaft, in welche er investiert, zu kennen hat.³¹ Die Unterwerfung wäre daher mit der freiwilligen Zustimmung vergleichbar.

Gegen diese Lehrmeinung spricht unter anderem, dass dem Verwaltungsrat oder den ursprünglichen Aktionären ein Mittel in die Hand gegeben würde, welches Klagen gegen die Gesellschaft erschwert. Man nehme als Beispiel einen Alleinaktionär, wel-

²⁵ Vgl. BGer 4A_446/2009, E. 2.2, wo sowohl die grundsätzliche Zulässigkeit als auch die entsprechenden Formvorschriften als gegeben betrachtet werden.

²⁶ Vgl. *Wenger/Müller* (Fn. 23), N 68 zu Art. 178 IPRG.

²⁷ Dazu hinten III.1.3.

²⁸ Vgl. auch *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 4.

²⁹ Vgl. auch *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 16 N 156 wonach jegliche zusätzliche Verpflichtung ausgeschlossen ist.

³⁰ Wie zu zeigen sein wird (sogleich III.1.3.1), kommt diese Auslegung für das KSG nicht in Betracht, weshalb auf die dort verlangte Unterschrift nicht näher eingegangen wird.

³¹ Diese sind als Belege des Handelsregisters öffentlich einsehbar (Art. 43 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 HRRegV).

cher ein für ihn vorteilhaftes Schiedsgericht (Sitz, Personen) in den Statuten festschreibt und in der Folge einen Teil seiner Aktien an der Börse veräussert. Solange er die Mehrheit an der Gesellschaft hält, ist es nicht möglich, die unliebsame Schiedsklausel aus den Statuten zu entfernen.

1.3 Vorschriften für statutarische Schiedsklauseln

1.3.1 KSG

Das geltende Recht der Binnenschiedsgerichtsbarkeit behandelt die statutarische Klausel als vertragliches Gebilde. In Art. 6 Abs. 2 KSG wird verlangt, dass auf eine statutarische Schiedsklausel in einer schriftlichen Beitrittserklärung ausdrücklich Bezug genommen wird. Entsprechend der Auslegung von Art. 6 Abs. 1 KSG muss dies unterschriftlich bekräftigt werden.³² Diese strenge Formvorschrift wurde schon früher kritisiert, doch entspricht sie dem geltenden Recht.³³

1.3.2 IPRG und E-ZPO

Im IPRG finden statutarische Schiedsklauseln keine ausdrückliche Erwähnung. Der Gesetzgeber erklärte Art. 178 IPRG (bzw. Art. 171 E-IPRG) für entsprechende Klauseln anwendbar.³⁴ Die künftige eidgenössische ZPO folgt in Art. 358 der Regelung des IPRG.³⁵ Insbesondere wurde eine dem Art. 6 Abs. 2 KSG entsprechende Bestimmung über statutarische Schiedsklauseln absichtlich nicht eingefügt.³⁶ Welche Rechtslage der Gesetzgeber damit statuieren möchte, ist nicht ersichtlich. In der Botschaft sind keine weiteren Erläuterungen zu diesem Thema zu finden. Klar ist hingegen, dass Gesellschaften mit internationalem Aktionariat von der Harmonisierung insofern profitieren, als für Schweizer und ausländische Aktionäre die gleichen Regeln für die Schiedsklausel gelten.

Eine Lehrmeinung besagt, dass die Verbindlichkeit der Statutenbestimmung kraft Körperschaftsrecht – als *lex specialis* zum Schiedsgerichtsrecht – entsteht. Allerdings müsse beachtet werden, dass dies nur gelten könne, wenn die Parteien des konkreten Verfahrens die Wohnsitzvorschriften (eine Partei im Ausland) erfüllen.³⁷ Begründet wird diese Sichtweise vor allem damit, dass eine Ungleichbehandlung der Aktionäre nur durch eine generelle Bindung an die Schiedsklausel verhindert werden kann.³⁸

Eine andere Meinung besagt, dass es sich bei der statutarischen Schiedsklausel um «einen besonderen Anwendungsfall der Schiedsvereinbarung durch Verweis»³⁹ handle. Es gehe auch hier um eine Vereinbarung, welche Konsens erfordert.⁴⁰

Unseres Erachtens ist der zweiten Meinung zu folgen. Durch die Schiedsvereinbarung wird die Handlungsfreiheit der Aktionäre eingeschränkt. Sofern dies auf einvernehmlicher Basis erfolgt, kann dies nicht kritisiert werden, doch darf es sich dabei nicht um eine aufgezwungene Einschränkung handeln. Insbesondere gilt in der Aktiengesellschaft, dass dem Aktionär neben seiner Liberierungspflicht keine weiteren Pflichten auferlegt werden dürfen. Art. 680 OR verbietet jegliche zusätzlichen Pflichten der Aktionäre.⁴¹ Auch die Einschränkung der Handlungsfreiheit ist als eine Pflicht in diesem Sinne anzusehen, weshalb die Statuten dies nicht vorsehen können. Bei einem Schiedsgericht handelt es sich um ein Gericht, welches aufgrund einer freiwilligen Unterwerfung für zuständig erklärt wurde. Eine entspre-

³⁷ So *Wenger/Müller* (Fn. 23), N 69 zu Art. 178 IPRG.

³⁸ Vgl. *Stephen V. Berti*, Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law, ASA Special Series No. 8 (1994), 120 ff., N 8 und *Frank B. Vischer/Lucius Huber/David Oser*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 1449 i.V.m. N 1318. Die Argumentation Letzterer bezieht sich auf die Gerichtsstandsklausel, welche in Art. 5 IPRG geregelt ist, laut den Autoren aber gleich auszulegen ist.

³⁹ *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 446; vgl. auch *Paul Volken*, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N 37 f. zu Art. 178 IPRG.

⁴⁰ Vgl. auch *Pascal Grolimund*, Basler Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Basel 2007, N 29 f. zu Art. 5 IPRG und *Bernhard Berger*, in: Franz Kellerhals/Nicolas Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Aufl., Bern 2005, N 64 zu Art. 9 GestG, welche dem Art. 178 IPRG entsprechen.

⁴¹ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 29), § 16 N 156.

³² Vgl. u.a. *Pierre Jolidon*, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, N 31 (S. 172) i.V.m. N 2 (S. 169 f.) zu Art. 6 KSG.

³³ Vgl. *Walter J. Habscheid*, Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat, SAG (SZW) 57 (1985), 157 ff., 159, welcher auch auf die zwingende Interpretation des Artikels hinweist.

³⁴ Vgl. Botschaft IPRG, BBl 1983 I 263, 462 f. und *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 447.

³⁵ Vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 412.

³⁶ Vgl. auch *Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 29 N 18.

chende Klausel in den Gesellschaftsstatuten kann keine weitergehende Wirkung haben.

Dies hat zur Folge, dass auch im Geltungsbereich von IPRG und E-ZPO eine Zustimmung zur Schiedsklausel verlangt werden muss. Anders als in Art. 6 Abs. 2 KSG ist diese nicht explizit in den Gesetzen geregelt. Die Form der Zustimmung hat den Anforderungen von Art. 178 IPRG bzw. Art. 356 E-ZPO zu entsprechen. Diese Bestimmungen verlangen einen schriftlichen Nachweis,⁴² was auch für die Zustimmung zu einer Statutenklausel zu gelten hat. Nicht verlangt ist die explizite Bezugnahme⁴³ auf die Schiedsklausel und die unterschriebene Bestätigung.⁴⁴

Die praktischen Folgen, welche insbesondere von Befürwortern der abweichenden Lehrmeinung betont werden, dürfen nicht ausser Betracht gelassen werden. Dadurch, dass für die Bindung an die Schiedsklausel eine Zustimmung verlangt wird, sind möglicherweise nicht alle Aktionäre daran gebunden. Gänzlich verhindert werden könnte dies einzig durch ein Verbot statutarischer Schiedsklauseln. Aufgrund des geltenden Rechts kann ein solches weder hergeleitet werden, noch ist es notwendig.

Ein genereller Zwang, die Schiedsklausel anzuerkennen, ist gesellschaftsrechtlich nicht möglich. Allenfalls ist ein solcher bei Kleinstgesellschaften über Aktionärbindungsverträge denkbar. Auf den ersten Blick käme auch eine Vinkulierungsbestimmung in Frage, doch handelt es sich nicht um einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 685b Abs. 2 OR.⁴⁵

In grösseren Verhältnissen, insbesondere bei Publikumsgesellschaften, wird eine Zustimmung aller Aktionäre immer unwahrscheinlicher. Will eine Gesellschaft die Zweiteilung zwischen an die Schiedsklausel gebundenen und nicht gebundenen Aktionären verhindern, so bleibt ihr nichts anderes übrig, als auf eine solche zu verzichten.⁴⁶

Die Problematik ist in der Praxis wohl zu vernachlässigen. Werden Verantwortlichkeits- und

Rückforderungsansprüche geltend gemacht, handeln Aktionäre als Prozessstandschafter der Gesellschaft und sind in dieser Rolle an deren Vereinbarungen gebunden.⁴⁷ Bei den Gestaltungsclagen ist in der Regel die Schiedsfähigkeit zu verneinen, die Schiedsklausel also generell unwirksam.⁴⁸

2. Schiedsfähige Streitigkeiten

Eine Schiedsvereinbarung kann nur für eine schiedsfähige Sache abgeschlossen werden. Der Begriff der schiedsfähigen Sache ist in den verschiedenen Erlassen unterschiedlich geregelt. Gemeinsam ist den Bestimmungen, dass es sich nicht um klare Definitionen handelt. Das Bundesgericht besagt, dass nach h.L. Verantwortlichkeitsklagen vor ein Schiedsgericht gebracht werden können.⁴⁹ Über die Schiedsfähigkeit anderer Streitigkeiten schweigt es.

2.1 KSG und E-ZPO

In Binnenverhältnissen gilt, nach dem aktuell massgebenden KSG, jeder Anspruch, der der freien Verfügung der Parteien untersteht, als schiedsfähig, sofern die Sache nicht aufgrund zwingender Vorschriften ausschliesslich einem staatlichen Gericht zugewiesen wird (Art. 5 KSG). Denselben Wortlaut hat auch Art. 354 E-ZPO, allerdings fehlt der Hinweis auf die Zuweisung ans staatliche Gericht.⁵⁰

Verantwortlichkeitsklagen unterstehen der freien Verfügung der Parteien und können nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Gegenstand einer Schiedsabrede sein.⁵¹ Immerhin gilt es zu beachten, dass die Klausel für beide Parteien bindende Wirkung haben muss.⁵²

Auch bei der Rückforderungsklage nach Art. 678 OR handelt es sich nach einhelliger Meinung um

⁴² Genaueres vgl. vorne III.1.1.

⁴³ Vielmehr ist auch ein Globalverweis zulässig, vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 434 und die dort zitierten Urteile des Bundesgerichts.

⁴⁴ Vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 448.

⁴⁵ Wichtige Gründe können sich ausschliesslich auf den Gesellschaftszweck und die wirtschaftliche Selbständigkeit beziehen.

⁴⁶ Ähnlich auch *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 16 N 154.

⁴⁷ Dazu hinten III.3.1.

⁴⁸ Dazu unten III.2.1.

⁴⁹ BGer 4A_466/2009, E. 2.2.

⁵⁰ Materiell ändert sich damit nichts an der Rechtslage, da die bisherige Bestimmung überflüssig war, vgl. *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 237.

⁵¹ Vgl. u.a. BGer 4A_446/2009, E. 2.2 sowie *Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt*, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993, 50; *Jolidon* (Fn. 32), N 422i zu Art. 5 KSG; *Habscheid* (Fn. 33), 163 und *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 178.

⁵² Vgl. zur Bindung hinten III.3.

einen schiedsfähigen Anspruch.⁵³ Im ähnlich gelagerten Fall der actio pauliana nach Art. 285 SchKG ist eine vom Gemeinschuldner vereinbarte Schiedsklausel hingegen nicht gültig.⁵⁴

In diesen Bereichen besteht insofern eine universale Bindung an die Schiedsklausel, als die Aktionäre einen Anspruch der Gesellschaft geltend machen (Art. 756 Abs. 1 bzw. 678 Abs. 3 OR). Handeln sie in einer Prozessstandschaft für die Gesellschaft, so sind sie an deren Abreden gebunden.⁵⁵

Weniger klar ist die Situation bei der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR. Der Prozessgegenstand unterliegt grundsätzlich der freien Verfügbarkeit der Parteien.⁵⁶ Eine Schiedsklausel, welche auch Anfechtungsklagen mit umfasst, wird daher von der h.L. akzeptiert.⁵⁷

Unseres Erachtens kann die Anfechtungsklage zumindest theoretisch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Der vertragliche Charakter der Schiedsklausel bewirkt allerdings, dass die Zuweisung der Sache an das Schiedsgericht auf freiwilliger Basis erfolgen muss. Konsequenterweise muss auch die Unterwerfung unter das Urteil dieses Gerichts auf Freiwilligkeit beruhen. Die Wirkung einer Anfechtungsklage kann sich jedoch nicht nur auf den gebundenen Teil der Aktionäre beschränken (Art. 706 Abs. 5 OR).⁵⁸ Die Aktionäre, auf welche sich das Urteil potenziell erstrecken würde, müssen zumindest die Möglichkeit haben, am Verfahren teilzunehmen. Sind sie nicht Partei der Schiedsabrede, so wird ihnen der Zugang zum Schiedsverfahren

verweigert.⁵⁹ Aufgrund der Wirkung erga omnes und der zwingend zu verlangenden Teilnahmemöglichkeit am Verfahren ist eine Schiedsklausel in diesem Bereich faktisch unmöglich.⁶⁰

Die Wirkung der Anfechtungsklage beeinflusst auch die Verfügbarkeit des Streitgegenstandes. Diese steht allen Aktionären gemeinsam zu.⁶¹ Insofern ist eine Schiedsabrede dann zuzulassen, wenn nachweislich alle Aktionäre der Schiedsklausel zugestimmt haben. In dieser Situation steht allen Beteiligten die Möglichkeit offen, am Verfahren teilzunehmen, und die Wirkung des Schiedsspruches erstreckt sich nicht auf an der Klausel unbeteiligte Dritte. Das Schiedsgericht darf jedoch nur auf die Klage eintreten, wenn der Beweis der universalen Bindung erbracht worden ist.⁶²

Die Ausführungen zur Anfechtungsklage gelten auch für die Auflösungsklage nach Art. 736 OR. Die h.L. lässt auch in diesem Bereich eine Schiedsvereinbarung zu,⁶³ doch ist diese hier ebenfalls abzulehnen.

2.2 IPRG

Die Schiedsfähigkeit in internationalen Verhältnissen ist insofern enger gefasst als die Binnenregelung, als nur vermögensmässige Ansprüche darunter fallen, andererseits geht sie weiter, da keine Beschränkung auf die freie Verfügbarkeit der Parteien vorgenommen wird.⁶⁴ Als vermögensmässig werden alle Ansprüche angesehen, welche für die Parteien

⁵³ Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 51. Immerhin besagt *Kunz* (Fn. 51), 178 Fn. 20 zutreffend, dass die nahe stehenden Personen im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR in der Regel der Schiedsklausel nicht unterstehen werden.

⁵⁴ Vgl. *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 36), § 29 N 15.

⁵⁵ Vgl. auch *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR Beiheft 43, Basel 2006, 66, wonach Einreden gegen die Gesellschaft zulässig sind.

⁵⁶ Vgl. *Peter Lehmann*, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000, N 200 m.w.H.

⁵⁷ Vgl. die Aufzählungen bei *Rüede/Hadenfeldt* (Fn. 51), 50; *Jolidon* (Fn. 32), N 422i zu Art. 5 KSG; *Habscheid* (Fn. 33), 163 und *Kunz* (Fn. 51), 178, sowie *F. Wolfhart Bürgi*, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1969, N 66 zu Art. 706 OR und das in *BJM* 1993, 198 ff. veröffentlichte Schiedsgerichtsurteil, insbesondere 204 f.

⁵⁸ Vgl. auch *Habscheid* (Fn. 33), 165 und *Kunz* (Fn. 51), 179.

⁵⁹ Vgl. *Habscheid* (Fn. 33), 165, welcher neben der Schiedsklausel mit den Parteien erwähnt, dass das Schiedsgericht der Intervention zustimmen muss.

⁶⁰ Sieht man die Schiedsklausel als echte statutarische Klausel an (vgl. vorne III.1.2.2), wären immer alle Aktionäre an die Schiedsklausel gebunden. Folglich wäre diese auch für die Anfechtungsklage ohne Weiteres zulässig.

⁶¹ Dasselbe gilt gewissermassen für die Vergleichsfähigkeit der Anfechtungsklage; diese ist auszuschliessen, da der Verwaltungsrat als Vertreter der AG nicht über den Streitgegenstand verfügen kann. Vgl. auch *Böckli* (Fn. 46), § 16 N 138 und *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 25 N 73. Für weitere Nachweise vgl. *Lehmann* (Fn. 56), N 202.

⁶² Vgl. *Rüede/Hadenfeldt* (Fn. 51), 50 und *Kunz* (Fn. 51), 179. Die Ansicht von *Habscheid* (Fn. 33), 165, bereits die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Rechte verhindere die Schiedsfähigkeit, geht zu weit.

⁶³ Vgl. *Philipp Habegger*, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1996, § 19 N 65.

⁶⁴ Vgl. auch *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 235.

einen finanziellen Wert haben.⁶⁵ Demnach sind Schiedsklauseln zulässig, sofern «im weitesten Sinne *wirtschaftliche Interessen* verfolgt werden».⁶⁶

Verantwortlichkeits- und Rückforderungsansprüche stellen vermögensmässige Streitigkeiten dar, weshalb sie auch nach Art. 177 IPRG Gegenstand einer Schiedsklausel sein können.⁶⁷

Anfechtungsklagen werden von der h.L. und dem Bundesgericht als vermögensmässige angesehen.⁶⁸ Auch in internationalen Verhältnissen muss jedoch eine Schiedsklausel wegen der Wirkung erga omnes und der fehlenden Teilnahmemöglichkeit am Verfahren als faktisch unmöglich angesehen werden.⁶⁹

Die Auflösungsklage nach Art. 736 OR verfolgt wirtschaftliche Interessen; sie muss daher grundsätzlich als schiedsfähig angesehen werden.⁷⁰ Bezüglich der Verfügbarkeit und der Bindung an das Urteil kann wiederum auf die Anfechtungsklage verwiesen werden.

3. Bindung an die Schiedsklausel

Wer an die statutarische Schiedsklausel gebunden ist, hängt insbesondere von der Charakterisierung der Klausel und den damit zusammenhängenden Formvorschriften ab. Folgt man der Meinung, es handle sich um eine echte statutarische Bestimmung, so wären Gesellschaft, Aktionäre und Verwaltungsräte ohne Weiteres an die Klausel gebunden.

Unseres Erachtens ist die Klausel auch im Bereich der E-ZPO und des IPRG als Vereinbarung anzusehen. Damit verbunden muss ein Konsens der einzelnen Parteien verlangt werden.⁷¹

3.1 Gesellschaft

Der Verwaltungsrat kann die Gesellschaft nur im Bereich seiner Aufgaben, also insbesondere im Zusammenhang mit Geschäften mit Dritten, zur Beachtung einer Schiedsklausel verpflichten. Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten steht ihm dies nicht zu.

Die Zustimmung der Gesellschaft muss daher durch die Generalversammlung erfolgen. Für eine Bindung der Gesellschaft genügt die Einführung durch die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen (Art. 704 OR e contrario). Den formgültigen Nachweis stellt die schriftliche Verankerung in den Statuten dar.

Fällt die Gesellschaft in Konkurs, so sind nach einhelliger Meinung auch die Konkursmasse sowie allfällige Abtretungsgläubiger an die gültig geschlossene Schiedsvereinbarung gebunden.⁷² Die Bindung erstreckt sich gemäss Bundesgericht auf jene Fälle, in denen ein Anspruch der Gesellschaft geltend gemacht wird, und gilt für diesen Bereich auch für Klagen der Aktionäre ausserhalb des Konkurses.⁷³

3.2 Aktionäre

Wird durch einen Mehrheitsbeschluss eine Schiedsklausel in die Statuten eingeführt, sind dadurch die Aktionäre noch nicht gebunden. Dies ist erst nach einer entsprechenden Willenserklärung möglich. Im Geltungsbereich des KSG muss diese explizit Bezug auf die Schiedsklausel nehmen und unterzeichnet sein. IPRG und E-ZPO schreiben hingegen nur eine Erklärung vor, welche schriftlich nachweisbar ist.⁷⁴

3.3 Organe

Auch die Organe können nur auf freiwilliger Basis einer statutarischen Schiedsklausel unterstellt sein. Die Formvorschriften für die Erklärung der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle entsprechen denjenigen für die Aktionäre.

⁶⁵ Vgl. BGE 118 II 353, E. 3b.

⁶⁶ *Berger/Kellerhals* (Fn. 18), N 196; vgl. auch BGE 108 II 78, E. 1a.

⁶⁷ Vgl. auch *Frank Vischer*, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N 5 zu Art. 177 IPRG, welcher grundsätzlich alle gesellschaftsrechtlichen Ansprüche als schiedsfähig ansieht.

⁶⁸ Vgl. *Vischer* (Fn. 67), N 5 zu Art. 177 IPRG; *Gerhard Walter/Wolfgang Bosch/Jürgen Brönnimann*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, 59 und BGE 107 II 179, E. 1.

⁶⁹ Vgl. vorne III.2.1. Gl.M. *Kunz* (Fn. 51), 181. Im Resultat gleich *Böckli* (Fn. 46), § 16 N 153, jedoch mit anderer Begründung.

⁷⁰ Vgl. auch *Habegger* (Fn. 63); *Vischer* (Fn. 67), N 5 zu Art. 177 IPRG und *Walter/Bosch/Brönnimann* (Fn. 68), 59.

⁷¹ Zur Form des Konsenses vgl. vorne III.1.3.2.

⁷² BGer 4A_446/2009, E. 2.5 mit zahlreichen Hinweisen.

⁷³ Vgl. auch von *der Crone/Carbonara/Hunziker* (Fn. 55), 66.

⁷⁴ Zur genauen Form vgl. vorne III.1.3.2.

3.4 Gläubiger

Die Bindung eines Dritten an eine Schiedsklausel ist grundsätzlich nicht möglich. Gläubiger sind an die statutarische Schiedsklausel folglich nicht gebunden, es sei denn, sie machten einen Anspruch der Gesellschaft geltend oder hätten sich individuell der Klausel unterworfen.

4. Schlussbetrachtungen

Aus den Darlegungen der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass sich A in ihrer Rolle als Aktionärin der Schiedsvereinbarung unterworfen hat. Gleichzeitig ist sie auch Gläubigerin der Gesellschaft. Die Verantwortlichkeitsansprüche macht sie als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG geltend.⁷⁵ Die Bindung an die Schiedsklausel ist somit von der Charakterisierung des Anspruches abhängig.

Im Konkurs können gemäss Art. 757 Abs. 2 OR Verantwortlichkeitsansprüche von Aktionären und Gläubigern geltend gemacht werden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um einen Anspruch der Gläubigergesamtheit.⁷⁶ Eine materielle Unterscheidung zwischen den Ansprüchen aus Art. 757 OR und Art. 260 SchKG besteht nicht.⁷⁷ Sobald die Gesellschaft in Konkurs fällt,

ist die Verantwortlichkeit folglich als Anspruch der Gläubigergesamtheit anzusehen. Gegen diese können, wie das Bundesgericht richtig ausführt, keine Einreden geltend gemacht werden, welche nur gegenüber der Gesellschaft bestehen.⁷⁸

Offengelassen haben das Bundesgericht und die Vorinstanz, ob die Beschwerdegegnerin als Aktionärin der Schiedsvereinbarung unterstünde. Eine Entscheidung sei mangels genügender Substanziierung nicht notwendig.⁷⁹ Der Beschwerdeführerin sei darin Recht zu geben, als die Forderung nach Unterzeichnung der Statuten überspitzt formalistisch sei. Wie vorne ausgeführt verlangt das KSG die ausdrückliche Bezugnahme, welche unterschriftlich bewiesen ist. Was weder nach geltendem noch nach künftigen Recht verlangt wird, ist die Unterzeichnung der Statuten.

Dies ändert nichts an der Richtigkeit des Urteils. Auch nach Art. 757 OR klagt die Aktionärin als Prozessstandschafterin. Anders als ausserhalb des Konkurses besteht die Prozessstandschaft jedoch nicht für die Gesellschaft,⁸⁰ sondern für die Gläubigergesamtheit.⁸¹ Dies ist auch der Fall, wenn die Beschwerdegegnerin gleichzeitig einen kompletten Wertverlust ihrer Aktien geltend macht. In dieser Rolle ist sie nicht an die Schiedsklausel gebunden.

⁷⁵ Vgl. BGer 4A_446/2009, E. 2.

⁷⁶ Vgl. Peter Widmer/Dieter Gericke/Stefan Waller, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, N 12 ff. zu Art. 757 OR und von der Crone/Carbonara/Hunziker (Fn. 55), 67 ff.

⁷⁷ Vgl. auch Widmer/Gericke/Waller (Fn. 76), N 35 zu Art. 757 OR.

⁷⁸ Vgl. auch Widmer/Gericke/Waller (Fn. 76), N 14 zu Art. 757 OR.

⁷⁹ BGer 4A_446/2009, E. 2.6.

⁸⁰ So im Geltungsbereich von Art. 756 OR, vgl. Widmer/Gericke/Waller (Fn. 76), N 13 zu Art. 756 OR.

⁸¹ Vgl. Widmer/Gericke/Waller (Fn. 76), N 22 zu Art. 757 OR.