Urteilskopf

114 II 57

11. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1988 i.S. H. gegen K. und UTH (Klage)
Regeste (de):
Aktienrecht. "Spaltungstheorie"; Stimmrecht des Buchaktionärs.

1. Durch die "Aktienspaltung" fallen Macht und Risiko bei der Aktiengesellschaft auseinander. Keine der in der Lehre entwickelten Theorien vermag diese an sich unerwünschte Folge überzeugend zu beseitigen. Gesellschaftsrechtlich lässt sich der Ausschluss des reinen Buchaktionärs vom Stimmrecht an der Generalversammlung nicht begründen (E. 5).

2. Der Buchaktionär hat sich vorliegend nicht ausdrücklich vertraglich verpflichtet, sein Stimmrecht in Zukunft nicht mehr auszuüben, und auch die Auslegung der Erwerbsgeschäfte ergibt keine Pflicht zur Stimmabstinenz (E. 6).

3. Ein solcher Ausschluss besteht auch nicht bei bestimmten Geschäften, für welche das Gesetz eine Privilegierung von Stimmrechtsaktien ausschliesst oder qualifizierte Mehrheiten verlangt (E. 7).

Regeste (fr):
Droit de la société anonyme. Théorie de la dissociation; droit de vote de l'actionnaire inscrit au registre des actions.

1. La dissociation des droits des actionnaires a pour effet de séparer le pouvoir des risques dans la société anonyme. Aucune des théories élaborées par la doctrine ne peut éliminer cette conséquence, en soi fâcheuse. Du point de vue du droit des sociétés, l'exclusion du droit de vote à l'assemblée générale de celui qui n'est actionnaire que par son inscription au registre des actions ne se justifie pas (consid. 5).

2. En l'espèce, l'actionnaire inscrit au registre ne s'est pas expressément engagé par contrat à ne plus exercer à l'avenir son droit de vote; un tel engagement ne ressort pas non plus des opérations ayant conduit à l'acquisition des actions (consid. 6).

3. L'exclusion du droit de vote n'existe pas non plus, s'agissant d'opérations pour lesquelles la loi n'admet pas le droit de vote privilégié ou exige des majorités qualifiées (consid. 7).

Regesto (it):
Diritto della società anonima. Teoria della dissociazione; diritto di voto dell'azionista iscritto nel libro delle azioni.

1. La dissociazione dei diritti degli azionisti ha nella società anonima per effetto di separare il potere dal rischio. Nessuna delle teorie elaborate dalla dottrina è in grado di eliminare in modo convincente questa conseguenza, di per sé insoddisfacente. Sotto l'aspetto del diritto delle società non si può giustificare l'esclusione dal diritto di voto nell'assemblea generale di colui che è azionista soltanto perché iscritto nel libro delle azioni (consid. 5).

2. Nella fattispecie, l'azionista iscritto nel libro delle azioni non si è espressamente impegnato per contratto a non esercitare più in futuro il suo diritto di voto; tale obbligo non risulta neppure dalle operazioni che hanno dato luogo all'acquisto delle azioni (consid. 6).

3. Questa esclusione dal diritto di voto non sussiste nemmeno laddove si tratti di deliberazioni per le quali

la legge non ammette il diritto di voto privilegiato od esige una maggioranza qualificata (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 58

BGE 114 II 57 S. 58

A.- Gemäss Art. 5 der Statuten der Usego-Trimerco Holding AG (UTH) bedarf die Übertragung von Namenaktien zu Eigentum oder Nutzniessung sowie der Erwerb neuer Namenaktien der Genehmigung durch den Verwaltungsrat. Dieser kann die Genehmigung und die Eintragung in das Aktienbuch aus wichtigen Gründen verweigern oder von der Erfüllung von Bedingungen abhängig machen. In keinem Fall darf ein Aktionär mehr als 2,5% aller Namenaktien besitzen. Anfangs Juli 1986 erwarb H. über die Nordfinanz-Bank Zürich 184 Namenaktien der UTH, für welche K. als Buchaktionär eingetragen ist. Der Verwaltungsrat der UTH lehnte im August 1986 die Eintragung des H. in das Aktienbuch ab.

B.- Gestützt auf einen Prorogationsvertrag erhob H. am 11. September 1986 beim Schweizerischen Bundesgericht Klage gegen K., den Buchaktionär der im Juli gekauften 184 Namenaktien, mit folgendem Rechtsbegehren: "Dem Beklagten sei unter Androhung von Art. 292 StGB zu verbieten, mit den vom Kläger erworbenen 184 Namenaktien (Aktien-Nummern 232 936 - 232 995, 276 891 - 276 990, 44 987 - 45 010) der USEGO-Trimerco Holding AG an Generalversammlungen dieser Gesellschaft sein Stimmrecht bei Beschlüssen und Wahlen auszuüben, wenn das Gesetz eine Privilegierung von Stimmrechtsaktien ausschliesst (Art. 693 Abs. 3 OR) oder wo es eine Mehrheit bzw. eine qualifizierte Mehrheit des Grundkapitals vorsieht (Art. 636, 648, 650 Abs. 2 OR).
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten." Zur Begründung machte der Kläger geltend, er habe einen aktien- und vertragsrechtlichen Anspruch darauf, dem Beklagten als Buchaktionär die Ausübung des Stimmrechtes in der im Rechtsbegehren bezeichneten Hinsicht zu untersagen.

BGE 114 II 57 S. 59

K. schloss in seiner Antwort vom 5. November 1986 auf kostenfällige Abweisung der Klage. Mit Bewilligung des Instruktionsrichters trat die UTH auf seiten des Beklagten als Intervenientin dem Verfahren bei. Das Bundesgericht weist die Klage ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. a) In BGE
83 II 297 hat das Bundesgericht die als "Spaltungstheorie" bezeichnete Auffassung begründet, dass die Nichtzustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Namenaktien nur von gesellschaftsinterner Bedeutung sei und lediglich den Übergang der Mitgliedschaftsrechte, verstanden als Mitverwaltungsrechte, ausschliesse. Dagegen gingen die Vermögensrechte auf den Erwerber über, welchem auch das Eigentum am Aktientitel zustehe, damit er diese Vermögensrechte gestützt auf die Urkunde geltend machen könne. Dies sei mit dem Vinkulierungsgedanken zu vereinbaren, da eine unerwünschte Einmischung in die Willensbildung der Gesell-

schaft beim Übergang bloss der Vermögensrechte nicht zu befürchten sei. Auf Kritik hin hat das Bundesgericht seine Auffassung in dem Sinne verdeutlicht, dass unter den Vermögensrechten einzig Forderungen im gewöhnlichen obligationenrechtlichen Sinne zu verstehen seien, etwa der Anspruch auf Auszahlung der von der Generalversammlung beschlossenen Dividende oder des Liquidationsanteils, der sich aufgrund der genehmigten Schlussabrechnung und des gestützt darauf erstellten Verteilplanes ergebe. Nur derartige Forderungen könnten einen vom Aktionär verschiedenen Träger und ein selbständiges rechtliches Schicksal haben, nicht dagegen die ihnen zugrunde liegenden mitgliedschaftsrechtlichen Vermögensrechte, wie etwa der Anspruch auf jährliche Verteilung des erzielten Reingewinns. Die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte blieben mit den übrigen Aktionärsrechten beim Veräusserer der Aktie, da das Aktienrecht unteilbar sei. Zwischen den mitgliedschaftlichen Vermögensrechten und den aus ihnen fliessenden Forderungen im obligationenrechtlichen Sinn sei daher klar zu unterscheiden (BGE 90 II 239 E. 2a und b mit Hinweisen; BGE 109 II 137 E. 3a). Die sogenannte Spaltungstheorie ist damit eingeengt und im Ergebnis nur noch wertpapierrechtlich, d.h. in der Loslösung der Mitverwaltungsrechte vom Aktientitel anerkannt worden, nicht aber aktienrechtlich durch ein mögliches Auseinanderfallen von

Mitverwaltungs- und Vermögensrechten. In der Literatur ist dafür der Begriff der "kleinen Spaltung" geprägt worden (NOBEL, Aktienrechtliche Entscheide, S. 172). b) Nach herrschender Auffassung verbleiben bei fehlender Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Namenaktien die Mitgliedschaftsrechte, darunter auch die Mitverwaltungsrechte, beim Veräusserer. Dies führt bei Abtretung der vermögensrechtlichen Forderungen zu einem an sich unerwünschten Auseinanderfallen von Macht und Risiko, zu einer bloss formalen, im Regelfalle durch kein gesellschaftsrechtliches Interesse gestützten Mitgliedschaft des Veräusserers (statt vieler MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, S. 119 ff. insbesondere Rz. 229 und 242). Es sind in der Literatur verschiedene Theorien entwickelt worden, die das aufgezeigte Ergebnis gestützt auf Aktienrecht zu vermeiden suchen. aa) Nach der von BÜRGI begründeten Suspensionstheorie soll der Gesellschaft das Recht zustehen, den Buchaktionär, welcher seine vinkulierten Namenaktien veräussert und den Erwerber ermächtigt hat, sich um die Eintragung im Aktienbuch zu bewerben, von der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu suspendieren, da sie deren Ausübung ohne eigenes Interesse des Aktionärs nicht zu dulden habe (Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, in: Vom Kauf nach schweiz. Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, S. 199 ff., 213). Sich damit im vorliegenden Verfahren auseinanderzusetzen erübrigt sich, da die UTH entsprechende Massnahmen gegen den Beklagten nicht ergriffen hat. bb) JÄGGI (N. 153 zu Art. 967 OR) erblickt in der Veräusserung vinkulierter Namenaktien generell ein Dreiparteiengeschäft im Sinne von Art. 967 Abs. 3 OR. Der Veräusserer verzichte mit der unbedingten Hingabe seiner Titel auf seine Rechtsstellung, ein Vorgang, den der Autor mit der sachenrechtlichen Dereliktion vergleicht, allerdings mit der Einschränkung, dass der Erwerber mangels Zustimmung nicht in der Lage ist, die aufgegebenen Rechte zu erwerben. Dies führt dazu, dass die Mitgliedschaftsrechte zumindest vorübergehend nicht mehr besetzt sind, die Aktie somit zu einem bloss vermögenswerten Objekt des Rechtsverkehres wird, unter Ausschluss aller Mitgliedschaftsrechte gehandelt werden kann und damit gesellschaftsrechtlich funktionslos wird (JÄGGI, Zur "Spaltung" der Aktienrechte, SAG 33/1960 S. 65 ff.). Dabei soll unerheblich sein, ob es sich bei der fraglichen Aktie um

ein Namen- oder ein Ordrepapier handelt (derselbe, ZSR NF 77/1958 S. 525 ff., 528). Die Auffassung ist

abzulehnen. Sie widerspricht einmal dem Prinzip der konstanten Zahl der Mitgliedschaftsstellen, wonach ohne Änderung der Grundkapitalziffer ein Austritt oder Ausschluss nicht möglich ist (VON GREYERZ, Schweizerisches Privatrecht VIII/2 S. 134). Dies wiederum bedeutet, dass diejenigen Mitgliedschaftsrechte, die nicht nur im Interesse des Aktionärs bestehen, sondern zugleich die körperschaftliche Struktur der Aktiengesellschaft gewährleisten und über die der einzelne Aktionär deshalb nicht frei verfügen kann, unverzichtbar sind, darunter auch das Stimmrecht (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 2. Auflage, S. 238 Rz. 14 f.). Wohl besteht kein Stimmzwang des Aktionärs, doch ist nach dem Gesagten ein gesonderter Verzicht lediglich auf die Ausübung des Stimmrechtes, nicht aber auf das Recht als solches zulässig. Überdies widerspricht die Auffassung JÄGGIS auch wertpapierrechtlichen Grundsätzen. Überzeugend weist NEUMAYER (Betrachtungen zur Übertragung vinkulierter Namenaktien, Mélanges Guy Flattet, S. 333 ff., 342) darauf hin, dass die wertpapierrechtliche Funktion der Aktie für den Rechtsverkehr gerade darin besteht, die in ihr verbrieften Rechte dergestalt darzustellen, dass diese mit ihr untrennbar verbunden sind, demzufolge auch nicht für sich allein, ohne die Urkunde auf andere übertragen werden können, zumal die Aktie als verkehrsfähiges Wertpapier im Rechtsverkehr die Vermutung für den vollen Bestand der durch sie verkörperten Rechte begründet. Diesen Grundsätzen und den Erfordernissen des gesicherten Rechtsverkehrs aber würde es widersprechen, Aktienpakete als Rechtsobjekte zuzulassen, welche nur Vermögensrechte enthalten würden und aller Mitgliedschaftsrechte wegen deren "Dereliktion" entkleidet wären. Dies ergäbe letztlich die auch vom Bundesgericht abgelehnte echte Aktienspaltung. In ganz besonderem Masse muss das dort gelten, wo die Namenaktie zufolge einer Rektaklausel als echtes Namenpapier ausgestaltet worden ist. cc) Nach der sogenannten Translationstheorie schliesslich sollen bei der Veräusserung vinkulierter Namenaktien grundsätzlich sämtliche Rechte übergehen, aktienrechtlich aber bis zur Eintragung in das Aktienbuch ruhen (ULRICH BENZ, Aktienbuch und Aktionärswechsel, Diss. Zürich 1981 S. 139 ff.; GAUDENZ ZINDEL, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1984 S. 111 ff.).

Diese Auffassung führt dazu, dass die Rechtszuständigkeit von der Fähigkeit zur Rechtsausübung getrennt wird. Sie beruht auf dem Grundgedanken, dass die Vinkulierung lediglich von eintragungs- und damit legitimationsrechtlicher, nicht aber von übertragungsrechtlicher Bedeutung ist (NEUMAYER, a.a.O. S. 347 ff.). Es erübrigt sich, im vorliegenden Verfahren zu dieser Auffassung einlässlich Stellung zu beziehen, da sie jedenfalls höchstens bei vinkulierten Ordrepapieren Anwendung finden könnte. Enthalten jedoch die Statuten eine Rektaklausel wie jene der UTH, so ergibt deren Auslegung eindeutig, dass nicht nur die Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch, sondern der Übergang der Rechte schlechthin an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist und gebunden werden kann (Art. 967 Abs. 3 OR). Dieser Statuteninhalt ist wegen der Kausalität des aktienrechtlichen Wertpapieres für jeden Erwerber verbindlich, unbesehen darum, ob er sich damit vertraut gemacht hat oder nicht. Geht mithin ein solcher Übertragungsvorbehalt aus der Urkunde oder den Statuten der Gesellschaft hervor, können, wenn die Zustimmung verweigert wird, die Rechte nicht übergehen. Das Zustimmungserfordernis bezieht sich - wie im deutschen und österreichischen Recht (§ 68 Abs. 2 des deutschen Aktiengesetzes; § 62 des österreichischen Aktiengesetzes) - auf den Übertragungsvorgang als solchen. Daraus folgt, dass der Erwerber trotz Zession des übergebenen Titels nicht Aktionär werden kann, Rechtszuständigkeit und Aktieneigentum verbleiben beim Veräusserer (NEUMAYER, a.a.O. S. 348; SCHLUEP, SAG 48/1976 S. 128). c) Demnach ergibt sich aus dem Aktienrecht, dass der Veräusserer einer vinkulierten Namenaktie, welche durch eine Rektaklausel als Namenpapier konzipiert ist, seiner Mitgliedschaftsrechte, insbesondere des Stimmrechtes, durch Veräusserung der Titel für solange nicht verlustig geht und gehen kann, als die Gesellschaft der Übertragung nicht zugestimmt hat. Folglich ist die Auffassung abzulehnen, der blosse Buchaktionär verliere aufgrund des Gesellschaftsrechts sämtliche Rechte, da er an den einmal verkauften Aktien und somit auch am Stimmrecht kein Interesse mehr habe. Gesellschaftsrechtlich lässt sich demnach der Ausschluss des Buchaktionärs vom Stimmrecht bei verweigerter Übertragungsgenehmigung nicht begründen.

6. Weiter zu prüfen ist, ob dem Kläger ein vertraglicher Anspruch zusteht, dem Beklagten als Buchaktionär

die Ausübung

BGE 114 II 57 S. 63

der Mitgliedschaftsrechte, namentlich des Stimmrechtes, zu untersagen: a) Der Kläger hat den Erwerb der fraglichen 184 Namenaktien über die Nordfinanz-Bank Zürich abgewickelt. Das Abschlussdokument trägt den Vermerk, die Bank habe als Selbstkontrahentin für seine Rechnung gekauft. Diese Angabe entspricht Art. 15 Abs. 2 des Zürcher Wertpapiergesetzes, wonach auf den Abschlussdokumenten deutlich anzugeben ist, ob der Auftrag durch Selbsteintritt oder in Kommission ausgeführt worden ist. Die Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Börsenklient sind als Kommissionsgeschäft gemäss Art. 425 ff. OR zu qualifizieren, wobei dem Börsenklient die Stellung des Kommittenten, der Bank diejenige der Kommissionärin zukommt. Für den Börsenhandel mit Wertpapieren sieht hiezu Art. 436 OR ausdrücklich vor, dass der Kommissionär ohne gegenteilige Abrede befugt ist, die einzukaufenden Titel als Verkäufer selbst zu liefern, d.h. als Eigenhändler in das Geschäft einzutreten. Diesfalls steht dem Kommissionär die wahlweise Ausübung einer Option zu, durch welche der Kommissionsauftrag aufgehoben (Art. 115 OR) und durch einen Kaufvertrag ersetzt wird, in welchem der Einkaufskommissionär die Rechtsstellung des Verkäufers und der Kommittent die Rechtsstellung des Käufers übernimmt. Entsprechend erwirbt die Bank die auszuliefernden Titel als Käuferin vom bisherigen Aktionär als Verkäufer. Wird dergestalt die gesamte Transaktion der Titel vom alten auf den neuen Aktionär durch zwei selbständige Kaufverträge abgewickelt, wie dies im vorliegenden Falle geschehen ist, so folgt daraus grundsätzlich, dass zwischen dem ursprünglichen Veräusserer und dem definitiven Erwerber keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen entstehen; vielmehr ist beider Vertragspartner die Bank als selbsteintretende Kommissionärin. Die Ansprüche aus den beiden Kaufverträgen sind primär ihr gegenüber geltend zu machen, sie ist daran passivlegitimiert. Dies schliesst indessen nicht aus, dass der Börsenklient mit dem Erwerb der Titel in den Stand gesetzt werden kann, auch Ansprüche gegen den ursprünglichen Veräusserer geltend zu machen. In einem älteren Entscheid aus dem Jahre 1915 hat das Bundesgericht erkannt, dass mit der Abtretung des Geschäftes an den Kommittenten von selbst auch alle Rechte, die der selbsteintretenden Bank aus dem Geschäfte gegenüber dem ursprünglichen Veräusserer erwachsen sind, auf den Kommittenten übergehen (BGE 41 II 573).

BGE 114 II 57 S. 64

Ob an dieser Auffassung festzuhalten ist, kann hier offenbleiben, da die Nordfinanz-Bank Zürich mit Zession vom 24. Juni 1987 "allfällige Rechte, insbesondere allfällige Gewährleistungsansprüche irgendwelcher Art, die ihr als Selbstkontrahentin aus dem Kauf der 184 Namenaktien der Usego-Trimerco Holding AG vom 3.7.86" zustanden, dem Kläger abgetreten hat. Aus dieser Erklärung erhellt, dass die Bank dem Kläger sämtliche ihr gegenüber dem Beklagten noch offenen Ansprüche aus Kaufvertrag übertragen hat. Damit stehen auch allfällige, die Ausübung des Stimmrechtes durch den Buchaktionär betreffende Unterlassungsansprüche dem Kläger zu. Gegen den Beklagten können allerdings ausschliesslich Vertragsansprüche geltend gemacht werden, welche auf seinen Beziehungen zur Nordfinanz-Bank fussen, nicht aber allfällige Ansprüche, welche durch den Kaufvertrag zwischen dem Kläger und dieser Bank begründet worden sind. Dem Kläger zusätzliche, im Kaufvertrag mit dem Beklagten nicht enthaltene Ansprüche zu übertragen, fehlte der Bank die erforderliche Verfügungsmacht. b) Zwischen den Parteien ist die Gültigkeit des Veräusserungs- und des Erwerbsgeschäftes an den 184 Namenaktien nicht streitig. Die fehlende Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung soll mithin dessen Rechtsbeständigkeit nicht beeinflussen. Einzig die Frage der Stimmrechtsbefugnis ist umstritten. c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Stimmrechtsvereinbarungen, mit welchen statutarische Vinkulierungsbestimmungen umgangen werden sollen, rechtsmissbräuchlich und deshalb unbeachtlich (BGE 109 II 44 E. 1 mit Hinweisen). Einer verbreiteten Auffassung nach ist es jedoch zulässig, dass der Veräusserer

dem Erwerber gegenüber auf die weitere Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte, namentlich seines Stimmrechtes, verzichtet. Im vorliegenden Falle wird indes nicht geltend gemacht, der Beklagte habe sich der Nordfinanz-Bank Zürich gegenüber ausdrücklich verpflichtet, auf die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte generell oder in bestimmter Hinsicht zu verzichten. Die Frage des Verzichtsvertrages ist daher nicht weiter zu prüfen. d) Darüber hinaus wird allerdings argumentiert, die Verpflichtung des Buchaktionärs, sein Stimmrecht nicht auszuüben, sei unmittelbarer Ausfluss des Kaufvertrages, ohne dass es deswegen einer besonderen Abrede bedürfe. Abgestützt wird diese Auffassung zur Hauptsache auf die Äusserungen von JÄGGI zu BGE 83 II 297 ff.,

BGE 114 II 57 S. 65

aus welchen allerdings nicht deutlich hervorgeht, ob der Autor den Stimmrechtsverzicht nur aufgrund einer ausdrücklichen vertraglichen Absprache zulassen oder als allgemeine vertragliche Nebenpflicht verstanden haben will (ZSR NF 77/1958 S. 525 ff.; SAG 33/1960 S. 65 ff.). Das Bundesgericht hat die Frage, ob bei Abweisung des Käufers durch die Gesellschaft der Veräusserer jenem gegenüber verpflichtet sei, auf die Ausübung der bei ihm verbliebenen Mitgliedschaftsrechte zu verzichten, bisher nicht entschieden (vgl. BGE 90 II 242). aa) Die gesetzliche Regelung der einzelnen Vertragsverhältnisse umschreibt vorab die Hauptpflichten der Vertragsparteien. Zu diesen Hauptpflichten treten regelmässig Nebenpflichten hinzu. Diese können ihrerseits im Gesetz selbst geregelt sein (z.B. Art. 188 oder 197 ff. OR), auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsabrede beruhen oder sich unmittelbar aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ergeben (MERZ, N. 260 ff. zu Art. 2 ZGB; derselbe, Schweizerisches Privatrecht VI/1 S. 62 ff.; KRAMER, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR, N. 89 ff.; JÄGGI/GAUCH, N. 422 ff. zu Art. 18 OR; GIGER, N. 48 ff. und 112 ff. zu Art. 184 OR; vgl. auch BGE 113 II 247 E. 4). bb) Auf eine unmittelbar gesetzlich normierte Nebenpflicht beruft sich der Kläger zu Recht nicht, und auch an einer ausdrücklichen vertraglichen Verpflichtung des Beklagten fehlt es. Es fragt sich daher lediglich noch, ob eine solche Nebenpflicht als stillschweigend mitverstanden zu gelten habe, was durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln ist. Die börsenmässige Abwicklung des Wertpapierhandels lässt für individuelle Vertragsabreden kaum Raum und beruht im wesentlichen auf der Annahme einer Preisofferte. Nichts anderes aber gilt, wenn kotierte Wertpapiere - wie im vorliegenden Falle - durch Selbsteintritt ausserbörslich erworben werden. Vermutungsweise ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, die Parteien hätten sich bloss auf den Preis geeinigt und im übrigen ihren Kaufvertrag in jeder Hinsicht der gesetzlichen Ordnung unterstellt. Bestehen daher keine Anhaltspunkte, kann nicht davon ausgegangen werden, der Verkäufer habe sich zu mehr verpflichtet, als die Titel auf den Erwerber zu übertragen bzw. das von seiner Seite Notwendige zu dieser Übertragung vorzukehren. Dass zwischen dem Veräusserer und der selbsteintretenden Bank weitere ausdrückliche oder stillschweigende Rechte und Pflichten begründet worden wären, ist denn auch im vorliegenden Falle weder behauptet noch erstellt. Es

BGE 114 II 57 S. 66

bleibt somit noch zu prüfen, ob der Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet ist, auf die Ausübung seines Stimmrechts zu verzichten. Auch Unterlassungspflichten können als vertragliche Nebenpflichten aus Art. 2 ZGB folgen (MERZ, N. 263 zu Art. 2 ZGB; GIGER, N. 133 f. zu Art. 184 OR). Dabei ist allerdings zu beachten, dass solche Nebenpflichten stets dem Leistungsinhalt zuzurechnen sind und die primäre Leistungspflicht nicht im Sinne einer Änderung des Schuldinhaltes erweitern, sondern nur das schuldnerische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher umschreiben können (MERZ, N. 260 zu Art. 2 ZGB; derselbe, Schweizerisches Privatrecht VI/1 S. 64). Hauptsächliche Leistungspflicht des Verkäufers aber ist wie erwähnt, dem Erwerber das Eigentum am verkauften Titel zu übertragen bzw. - bei vinkulierten Namenpapieren - die Zession als Voraus-

setzung der Übertragungsgenehmigung vorzunehmen. Aufgrund von Art. 2 ZGB ist der Verkäufer daher nur verpflichtet, nichts zu unternehmen, was den Erwerber in seinem Bemühen, Aktionär zu werden, benachteiligen könnte. Daraus folgt, dass der Verkäufer in der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte nur insoweit beschränkt ist, als er dadurch den Erwerb der Mitgliedschaft durch den Käufer mitbeeinflussen kann. Beispielsweise wäre dem Veräusserer, welcher Verwaltungsrat der Gesellschaft ist, deren Aktien die Hand wechseln, verwehrt, in dieser Eigenschaft die Beschlussfassung zur Übertragungsgenehmigung negativ zu beeinflussen. Ihm eine weitergehende, allgemeine Stimmabstinenz aufzuerlegen, hiesse indessen, den Leistungsinhalt über eine Normergänzung gestützt auf Art. 2 ZGB unzulässig ausdehnen. Nehmen - wie im vorliegenden Falle - die Parteien eines Kaufvertrages über vinkulierte Aktien ausdrücklich in Kauf, dass die erforderliche Genehmigung der Gesellschaft nicht erteilt wird, und wollen sie dennoch am Vertrag festhalten, so finden sie sich auch damit ab, dass der Veräusserer - vorläufig - Buchaktionär und mitgliedschaftsberechtigt bleibt. Dies gilt insbesondere auch für die hier als Erwerberin auftretende Bank. Mithin bedarf es in solchen Fällen einer eigentlichen Vertragsabrede, soll der Verkäufer verpflichtet werden, sein Stimmrecht nicht auszuüben. Allein aus Art. 2 ZGB lässt sich dieser Ausschluss nicht begründen. Daran ändert nichts, dass das Stimmrecht des in der Regel interesselosen Buchaktionärs grundsätzlich unerwünscht ist. Wie bereits aktienrechtlich dargelegt, ist diese Erscheinung die Folge

der gesetzlichen Vinkulierungsmöglichkeiten. Auf die Vertragsbeziehungen der Parteien bleibt der Umstand ohne Einfluss. Ebensowenig hilft der an sich richtige Einwand, der Veräusserer dürfe sein Stimmrecht nicht gegen den Willen des Erwerbers ausüben. Worauf dieser Wille zielt, ist indessen beim anonymen Aktienhandel der Banken, werde er an der Börse oder ausserbörslich abgewickelt, für den Verkäufer nicht ersichtlich. Erneut obliegt es daher dem Erwerber, diesen Willen klar kundzutun, will er die Ausübung des Stimmrechtes durch den Veräusserer in bestimmter Richtung hin untersagen. Solche Weisungen, sollen sie verbindlich sein, haben indessen dem Vertragsschluss begriffsnotwendig voranzugehen oder sind in diesem mindestens als Gestaltungsrechte vorzubehalten. Nachträgliche, vom Veräusserer nicht akzeptierte Weisungen, sind nach dem Konsensualprinzip nicht zulässig.

7. Damit bleibt zu prüfen, ob sich eine Änderung der bisher vertretenen Auffassungen daraus ergibt, dass der Kläger den Beklagten nicht allgemein, sondern bloss bezüglich derjenigen Beschlüsse vom Stimmrecht ausgeschlossen haben will, für welche das Gesetz eine Privilegierung von Stimmrechtsaktien ausschliesst (Art. 693 Abs. 3 OR) oder die Mehrheit der Stimmen und zugleich eine qualifizierte Mehrheit des Kapitals verlangt (Art. 636, 648 und 650 Abs. 2 OR).
Aktienrechtlich lässt sich eine unterschiedliche Betrachtungsweise in dem vom Kläger gewünschten Sinne nicht begründen. Vielmehr liesse sich wohl eher umgekehrt die Frage stellen, ob ein Ausschluss des Buchaktionärs von den Quorumsbeschlüssen nicht dem Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zuwiderlaufen müsste. BÜRGI verneint dies mit Hinblick auf seine Suspensionstheorie (Festschrift Guhl, S. 215 f.); doch kann die Frage hier offenbleiben, da eine Suspension des Stimmrechtes durch die UTH nicht in Frage steht. Ein genereller Ausschluss des Buchaktionärs von diesen Quorumsbeschlüssen ist jedenfalls zufolge des dadurch bewirkten Widerspruchs zum Prinzip der vollbesetzten Mitgliedschaftsstellen abzulehnen und aktienrechtlich nicht zu begründen. Vertragsrechtlich ist, soweit keine besonderen Abreden erstellt sind, ebenfalls nicht ersichtlich, weshalb eine Unterlassungspflicht, welche als allgemeine Nebenpflicht abgelehnt wird, demgegenüber für einzelne, z.B. an einem bestimmten Quorum orientierte Beschlüsse bestehen sollte. Die Gültigkeit besonderer Abreden in dieser Richtung aber ist - wie erwähnt - im vorliegenden Falle nicht zu prüfen.