



Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden
1. Abteilung

Urteil vom 28. Mai 2015

Mitwirkende	Kantonsgerichtspräsident Pius Gebert, Vorsitz Kantonsrichterinnen Annegreth Wiesendanger, Vreni Aemisegger Kantonsrichter Niklaus Salzmann, Rolf Breu Gerichtsschreiberin Evelyne Gmünder
Verfahren Nr.	K1Z 13 21
Sitzungsort	Trogen
Kläger	B. vertreten durch: RA Dr. iur. Adrian Rüesch, Oberer Graben 43, 9000 St. Gallen
Beklagter	A. vertreten durch: RA Dr. iur. Walter Locher, Museumstrasse 35, Postfach 41, 9004 St. Gallen
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) Kläger

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 160'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 11. Juni 2009, Zins zu 5 % auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 30. Juni 2011, Zins zu 5 % auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 28. Juni 2012 und Zins zu 5 % auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 23. Oktober 2012 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei unter Androhung von Busse oder Haft gemäss Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall zu verpflichten, den Kläger an der nächsten Generalversammlung der D. AG in den Verwaltungsrat zu wählen, sofern der Kläger für dieses Amt kandidiert, und es sei dem Beklagten unter Androhung von Busse oder Haft gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, den Kläger als Verwaltungsrat der D. AG abzuwählen, solange der Kläger sich für dieses Amt zur Verfügung stellt und er Aktionär der D. AG ist.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich der Kläger ausdrücklich das Nachklagerecht vorbehält.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

b) Beklagter

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers.

Sachverhalt

1. Übersicht

Am 10. Januar 1985 gründeten die beiden Parteien zusammen mit C. die D. AG mit Sitz in X. Alle drei Aktionäre waren bei der Gründung im Verwaltungsrat vertreten, der Beklagte und C. hatten zudem die Geschäftsleitung inne. Am 23. Januar 1985 vereinbarten diese drei Aktionäre einen Aktionärsbindungsvertrag (act. 3/1). Dieser beinhaltete unter anderem Abmachungen über den Anspruch der drei Gründeraktionäre

auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat (Ziff. 5) und auf Ausschüttungen der Aktiengesellschaft an sie (Ziff. 8). Insbesondere wurde bestimmt, dass der Kläger als nichtgeschäftsführender Aktionär in bestimmtem Umfang Anspruch auf eine Ausschüttung hatte, sobald der Lohn des Beklagten eine gewisse Schwelle überschritt. Der Vertrag wurde "unkündbar auf unbestimmte Zeit abgeschlossen" und Änderungen waren nur mit dem schriftlichen Einverständnis aller drei Gründeraktionäre möglich (Ziff. 11). Für den Fall der Verletzung des Aktionärsbindungsvertrages durch eine Vertragspartei wurde eine Konventionalstrafe von CHF 40'000.00 pro Widerhandlungsfall statuiert (Ziff. 12).

Im Dezember 1986 schied der Kläger aus dem Verwaltungsrat aus (act. 11/18). Im Jahr 1998 fanden unter den drei Aktionären Gespräche über eine Anpassung des Aktionärsbindungsvertrages statt (act. 11/12), die jedoch ergebnislos verliefen. Dies hatte zur Folge, dass der Beklagte am 28. April 1999 diesen Vertrag kündigte (act. 11/13). Der Kläger widersetzte sich dieser Kündigung und hielt am Aktionärsbindungsvertrag weiter fest (act. 19/20). An der Generalversammlung vom 1. November 1999 beantragte er seine Wahl in den Verwaltungsrat, wurde jedoch nicht gewählt (act. 11/15, S. 8). Auch in den Folgejahren wurde er nicht in den Verwaltungsrat gewählt, zuletzt an der Generalversammlung vom 27. Juni 2012 (act. 2/3 bis 2/8). Per Ende 2001 schieden der Beklagte und C. aus dem Verwaltungsrat aus (act. 10, S. 14). C. verstarb im Januar 2004.

Der Kläger beantragt gestützt auf den Aktionärsbindungsvertrag seine Wahl in den Verwaltungsrat. Weiter beantragt er die Leistung einer Konventionalstrafe durch den Beklagten für seine wiederholte Nichtwahl in den Verwaltungsrat und die unterbliebenen Ausschüttungen, die ihm nach seiner Auffassung im Zusammenhang mit den Lohnzahlungen an den Beklagten zustehen. Der Beklagte bestreitet die weitere Gültigkeit des Aktionärsbindungsvertrages nach der Kündigung im Jahre 1999 und weist die Begehren des Klägers daher zurück.

2. Prozessgeschichte

Der Kläger stellte am 21. Dezember 2012 beim Vermittleramt das Vermittlungsbegehren. Die Vermittlung fand am 13. Februar 2013 statt und endete ohne Einigung der Parteien, weshalb dem Kläger gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt wurde. Der Kläger reichte in der Folge beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden am 7. Mai 2013 Klage mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren ein (act. 2). Mit Eingabe vom 14. Oktober

2013 reichte der Beklagte die Klageantwort ein (act. 10). Die Replik datiert vom 9. April 2014 (act. 17). Die Duplik wurde am 12. Dezember 2014 eingereicht (act. 26). Die Parteien verzichteten auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 29). Das Kantonsgericht führte am 28. Mai 2015 die Urteilsberatung durch und fällte seinen Entscheid. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien am 2. Juni 2015 zugestellt (act. 30) und von ihnen am 3. Juni 2015 in Empfang genommen (act. 31 und 32). Mit Schreiben vom 9. Juni 2015 verlangte der Beklagte die Begründung dieses Entscheides, weshalb diese auszufertigen ist (act. 33).

Auf die Ausführungen der Parteien in den erwähnten Rechtschriften wird – soweit erforderlich und entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

I. Prozessuales

1. Streitwert

Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO richtet sich der Streitwert einer Klage nach dem Rechtsbegehren. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzugerechnet. Nach Art. 91 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht den Streitwert fest, wenn das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet und die Parteien sich darüber nicht einigen. Das erste Rechtsbegehren ist auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet (CHF 160'000.00 zuzüglich Zins), während für das zweite Rechtsbegehren mit dem Antrag auf Wahl des Klägers in den Verwaltungsrat kein Streitwert genannt worden ist. Da sämtliche aktienrechtlichen Auseinandersetzungen als vermögensrechtlich gelten¹, hat das Gericht nach Art. 91 Abs. 2 ZPO den Streitwert für die beantragte Wahl des Klägers in den Verwaltungsrat nach Ermessen festzulegen. Massgebend für den Streitwert für die Einsitznahme in den Verwaltungsrat ist die ermessensweise damit verbundene einmalige Jahresentschädigung. Gemäss den Jahresabschlüssen 2008 bis 2011 wurden jeweils Verwaltungsrats honorare in Höhe von CHF 58'000.00 ausgewiesen (act. 19/21m – 19/21k; act. 27/29). Bei aktuell fünf Verwaltungsratsmitgliedern beläuft sich das durchschnittliche Honorar pro

¹ STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 91, N 5.

Verwaltungsrat auf rund CHF 11'600.00 jährlich, sodass der Streitwert für die beantragte Wahl in den Verwaltungsrat auf CHF 10'000.00 festgelegt wird. Insgesamt beträgt der Streitwert somit CHF 170'000.00 (CHF 160'000.00 + CHF 10'000.00).

2. Örtliche Zuständigkeit

Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden ist gemäss Art. 31 ZPO für die Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich zuständig, da diese beim Gericht am Wohnsitz des Beklagten anhängig gemacht worden ist. Weiter ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes Appenzell Ausserrhoden gemäss Art. 18 ZPO auch aufgrund der Klagereinlassung des Beklagten. Schliesslich haben die Parteien in Ziff. 13 des Aktionärsbindungsvertrages als Gerichtsstand X. vereinbart (act. 3/1, S. 12). Diese Gerichtsstandsklausel ist aufgrund ihrer Autonomie unabhängig davon, ob der Aktionärsbindungsvertrag heute noch gültig ist oder nicht, anwendbar². Für die Gültigkeit dieser Gerichtsstandsklausel spielt keine Rolle, dass sie vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung abgeschlossen worden ist³.

II. Materielles

1. Darstellung der Standpunkte der Parteien

1.1 Begründung der klägerischen Rechtsbegehren

Der Kläger macht geltend, dass er bei der Gründung der D. AG rein als Kapitalgeber aufgetreten, aber im Unternehmen nie operativ tätig gewesen sei (act. 17, S. 3). Um seiner Stellung als Gründungsaktionär und Kapitalgeber der D. AG gebührend Rechnung zu tragen, wurden nach seiner Darstellung im Aktionärsbindungsvertrag Regelungen über sein Recht auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat und auf eine Beteiligungsforderung im Gleichschritt mit der Lohnentwicklung des Beklagten als Hauptaktionär und Geschäftsführer vereinbart. Gemäss Ziff. 8 des Aktionärsbindungsvertrages habe er deshalb Anspruch auf Ausschüttungen seitens der D. AG von 34 % jenes Betrages, um welchen die Bezüge des Beklagten dessen (teuerungsbereinigten) Grundlohn in Höhe von CHF 110'000.00 übersteigen würden (act. 2, S. 7). Der Kläger errechnete für die

² BERNHARD BERGER, Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, Art. 17, N 43 f., mit Hinweis auf BGE 131 III 398 E. 5.

³ BERGER, a.a.O., Art. 17, N 81 f.

Jahre 1998 bis zum Ausscheiden des Beklagten per Ende 2001 einen Ausschüttungsanspruch von CHF 1'002'210.50 (act. 2, S. 8 f.). Da ihm diese Ausschüttungen nicht ausbezahlt worden seien, habe er Anspruch auf die in Ziff. 12 des Aktionärbindungsvertrages vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 40'000.00.

Die weiteren Konventionalstrafen von CHF 120'000.00 (3 x CHF 40'000.00) begründet der Kläger mit seiner Nichtwahl in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012, die ihm vom Beklagten als Mehrheitsaktionär ebenfalls vertragswidrig verwehrt worden sei. Die insgesamt geltend gemachte Konventionalstrafe beläuft sich damit auf den Betrag von CHF 160'000.00 samt Zinsen.

Seinen Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat an der nächsten Generalversammlung stützt der Kläger auf Ziff. 5 des Aktionärbindungsvertrages. Diese Bestimmung sehe vor, dass jede Vertragspartei Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat habe, solange sie Aktionärin der D. AG sei und den Interessen der Gesellschaft nicht zuwiderhandle.

Der Kläger stützt diese Ansprüche auf den Aktionärbindungsvertrag vom 23. Januar 1985, den er weiterhin als rechtsverbindlich betrachtet. Dieser sei nicht einseitig kündbar, weshalb die im Jahre 1999 vom Beklagten vorgenommene Kündigung des Vertrages unwirksam sei.

1.2 Standpunkt des Beklagten

Der Beklagte macht geltend, dass nicht er, sondern die D. AG Schuldnerin der Ausschüttungen gemäss Ziff. 8 Aktionärbindungsvertrag gewesen sei, falls solche überhaupt geschuldet wären (act. 10, S. 26). Daher könne er nicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe verpflichtet werden. Zudem sei der Aktionärbindungsvertrag gekündigt worden, weshalb der Kläger sich nicht mehr darauf berufen könne (act. 10, S. 25). Ferner bringt der Beklagte die Einrede der Verjährung vor (act. 10, S. 26 f.), da gemäss Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärbindungsvertrages die Ausschüttungen jeweils am Ende des Kalenderjahres fällig werden. Aus diesem Grund seien die Ausschüttungen für die Jahre 1998 bis 2001 gemäss Art. 127 i.V.m. Art. 76 Abs. 1 OR spätestens seit 1. Januar 2012 verjährt (act. 10, S. 27). Zudem sei auch die Konventionalstrafe selbst verjährt (act. 10, S. 27). Diese erlösche überdies, wenn die Hauptverpflichtung verjährt sei. Darüber hinaus stelle die ihm im Jahre 2002 gewährte Abgangsentschädigung von CHF 1,8 Mio. keinen Lohn dar. Die

Geltendmachung des Beteiligungsanspruchs des Klägers nach Ziff. 8 des Aktionärsbindungsvertrages sei rechtsmissbräuchlich, weil er bereits am 26. März 2002 von der Auszahlung dieser Abfindung Kenntnis gehabt habe, aber mit deren Geltendmachung bis ins Jahr 2012 zugewartet habe. Schliesslich sei der Beteiligungsanspruch des Klägers auch infolge übermässiger Bindung nach Art. 27 ZGB abzuweisen, da der Aktionärsbindungsvertrag im Zeitpunkt der Klageeinleitung bereits seit 27 Jahren in Kraft gewesen sei. Seit seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat im Jahre 1986 habe der Kläger Ausschüttungen in 41-facher Höhe seiner ursprünglichen Kapitaleinlage erhalten, da die D. AG dank der einwandfreien Geschäftsführung des Beklagten und von C. den Reingewinn erheblich habe steigern können. Im Übrigen sei die Forderung des Klägers rechtsmissbräuchlich, da er sich an der Besprechung im Jahre 1998 über die Zukunft des Aktionärsbindungsvertrages künftig mit einer Gewinnbeteiligung anstelle der bisherigen lohnabhängigen Ausschüttungen einverstanden erklärt habe (act. 10, S. 29).

Keine Konventionalstrafe sei auch für die Nicht-Wahl des Klägers in den Verwaltungsrat geschuldet, da der Aktionärsbindungsvertrag per Ende Oktober 1999 gekündigt worden sei (act. 10, S. 16). Zudem setze der Anspruch auf Zuwahl in den Verwaltungsrat voraus, dass zumindest auch er (der Beklagte) noch Verwaltungsrat sei (act. 10, S. 17). Er und C. seien aber per Ende 2001 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten (act. 10, S. 18). Seit Ende 2001 sei somit kein Gründungsmitglied mehr im Verwaltungsrat vertreten gewesen (act. 10, S. 18). Gemäss Wortlaut des Aktionärsbindungsvertrages habe der Kläger über einen Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat nur verfügt, "solange" der Beklagte Verwaltungsratspräsident gewesen sei (act. 10, S. 18). Nach seinem Austritt aus dem Verwaltungsrat und dem Ausscheiden von C. aus diesem Gremium sei eine Zuwahl des Klägers auch aus Gründen der Gleichbehandlung der drei Gründeraktionäre nicht mehr nötig gewesen. Die Voraussetzungen für eine Zuwahl des Klägers seien auch nicht erfüllt, da gemäss Ziff. 5 des Aktionärsbindungsvertrages ein Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat nur bestehe, wenn der Aktionär den Interessen der Gesellschaft nicht zuwidergehandelt habe (act. 10, S. 19). Der Kläger erfülle dieses Kriterium nicht, da er bei verschiedenen Gelegenheiten gegen die Interessen der D. AG gehandelt habe. So habe er sich in der Frage der Sitzverlegung der D. AG im Jahre 2014 quergestellt (act. 26, S. 43), sowie als einziger Aktionär die Nettodividende nicht in der Gesellschaft belassen wollen und ihr damit schwerwiegende Liquiditätsprobleme verursacht. Weiter habe er auch die notwendige Kapitalerhöhung trotz ausgewiesenem Investitionsnachholbedarf nicht unterstützt (act. 10, S. 19 f.; act. 26, S. 44). Sodann räume der

Aktionärbindungsvertrag auch keinen Anspruch auf mehrfache Wahl in den Verwaltungsrat ein. Da der Kläger bereits im Jahr 1985 in dieses Gremium gewählt worden sei, habe er keinen Anspruch auf erneute Zuwahl in den Verwaltungsrat (act. 10, S. 20). Ferner sei der Beklagte durch den Aktionärbindungsvertrag übermässig gebunden und der Willkür des Klägers ausgeliefert (act. 10, S. 21). Dessen Verhalten sei zudem rechtsmissbräuchlich (act. 26, S. 50), da er 14 Jahre in der D. AG untätig gewesen sei und nun plötzlich in den Verwaltungsrat gewählt werden wolle. Es liege bei ihm ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, da er bei der Gründung der D. AG CHF 170'000.00 eingebracht und bis heute Ausschüttungen von über CHF 7 Mio. kassiert habe (act. 26, S. 49).

2. Rechtliche Beurteilung

2.1 Rechtsnatur von Aktionärbindungsverträgen

Der Kläger stützt seine mit der vorliegenden Klage geltend gemachten Ansprüche gegen den Beklagten auf den am 23. Januar 1985 zwischen den drei Gründungsaktionären der D. AG abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrag. Die Rechtswirksamkeit dieses Vertrages wird vom Beklagten wegen der im Jahre 1999 vorgenommenen Vertragskündigung, aber auch wegen übermässiger, die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 ZGB verletzender Bindung bestritten. Es ist daher im Folgenden zu klären, welche Rechtsnatur Aktionärbindungsverträge aufweisen, welche Rechtswirkungen sie entfalten und wie sie aufgelöst werden können.

Aktionärbindungsverträge sind Verträge unter Aktionären über die Ausübung von Aktionärsrechten⁴. Sie sind häufig gemischter Natur und enthalten gesellschaftsrechtliche und schuldrechtliche Abreden⁵. Nach Lehre und Rechtsprechung kann es sich deshalb vor allem um Schuldverträge oder aber um Gesellschaftsverträge – vor allem einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 ff. OR – handeln⁶. Typischer Inhalt ist die vertragliche Bindung hinsichtlich der Ausübung des Aktienstimmrechts⁷. Unbestritten ist, dass für Akti-

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, S. 687, N 1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 20, N 45.

⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, S. 1538, N 579.

⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015, N 140.

⁷ BÖCKLI, a.a.O., S. 1538, N 579a.

onärbindungsverträge das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt, dass sie also in den Schranken von Art. 19 f. OR und weiterem zwingendem Recht frei vereinbart werden können⁸.

Um den Aktionärbindungsvertrag rechtlich einzuordnen, muss der Inhalt des Vertrages ausgelegt werden. In erster Linie ist auf den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen abzustellen (Art. 18 OR). Nur wenn der tatsächliche Parteiwille unbewiesen bleibt, sind bei der Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Bei der Vertragsauslegung nach Treu und Glauben ist primär auf den Wortlaut abzustellen. Zu berücksichtigen ist aber auch der Zusammenhang, in welchem die einzelnen Vertragsbestimmungen stehen sowie die gesamten Umstände. Jeder Aktionärbindungsvertrag ist somit aufgrund seines konkreten Inhaltes und unter Berücksichtigung des erkennbaren Parteiwillens rechtlich einzuordnen, um die aus ihm fliessenden Rechte und Pflichten feststellen zu können⁹. Das wiederum heisst, dass wenn die Parteien primär einseitige oder gegenseitige Verpflichtungen eingehen, die schuldvertragliche Natur des Aktionärbindungsvertrages im Vordergrund steht¹⁰. Wird mit einem Aktionärbindungsvertrag hingegen ein gemeinsames Ziel verfolgt, steht eine Qualifikation als einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR im Vordergrund¹¹. Nach herrschender Lehre sind Aktionärbindungsverträge mehrheitlich als einfache Gesellschaften zu qualifizieren, denn solche liegen vor, wenn unter den Vertragsparteien ein gemeinsames, aufeinander abgestimmtes Verhalten bezweckt wird¹². Die zu einem Pool zusammengeschlossenen Aktionäre eines Aktionärbindungsvertrages bilden deshalb in der Regel eine einfache Gesellschaft¹³.

Die Frage, ob ein Aktionärbindungsvertrag schuld- oder gesellschaftsrechtlicher Natur ist, hat, wie noch zu zeigen sein wird, erhebliche Auswirkungen auf die für dessen Auflösung anwendbaren Regeln. Aus diesem Grund ist im Folgenden die Rechtsnatur des vorliegenden Aktionärbindungsvertrages zu qualifizieren. Die konkrete Natur eines Aktionärbindungsvertrages ergibt sich aus der Natur und dem relativen Gewicht der verschiedenen

⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 477, N 149.

⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 140.

¹⁰ VON DER CRONE, a.a.O., S. 698, N 27.

¹¹ VON DER CRONE, a.a.O., S. 698, N 28.

¹² FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 145.

¹³ MAX MEYER, Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis, in: ZBJV 2000, S. 421 ff.

vertraglichen Verpflichtungen¹⁴. Der hier zu beurteilende Aktionärsbindungsvertrag umfasst folgenden Regelungsinhalt (act. 3/1):

- Ziff. 1: Feststellung der Beteiligungsverhältnisse
- Ziff. 2: Darlehen - Bürgschaften
- Ziff. 3: Beteiligungsverhältnisse - Bezugsrechte
- Ziff. 4: Vorhandrecht
- Ziff. 5: Verwaltungsrat
- Ziff. 6: Einsichtsrecht
- Ziff. 7: Konkurrenzverbot
- Ziff. 8: Geldwerte Leistungen an die Aktionäre bzw. Geschäftsführer
- Ziff. 9: Stimmrechtsausübung
- Ziff. 10: Rechtsnachfolge
- Ziff. 11: Vertragsdauer
- Ziff. 12: Konventionalstrafe
- Ziff. 13: anwendbares Recht und Gerichtsstand

Eindeutig gesellschaftsrechtlicher Natur sind die Ziffern 3, 4, 5 und 9. Das Einsichtsrecht nach Ziffer 6 kann schuldrechtlicher Natur sein, ist jedoch auch typisch für eine einfache Gesellschaft, weil damit eine über die üblichen Aktionärsrechte hinausgehende Mitwirkung und Kontrolle der Aktionäre garantiert wird. Alle Vertragsparteien müssen gemäss Ziff. 2 auch allfällige Verluste mittragen und dem Unternehmen Blankodarlehen zur Verfügung stellen. Die Parteien sind gemäss Ziff. 8 am "Erfolg" beteiligt, müssen aber zugleich gemäss der erwähnten Ziff. 2 einen allfälligen Misserfolg mittragen, was für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses spricht. Die umfangreichste Regelung enthält Ziff. 4 mit der Regelung der Vorhandrechte, das heisst das Verfügungsrecht über die Aktien. Diese Regelung kann rechtlich unter die Kategorie der Kaufverträge fallen, aber auch den bedingten Vorverträgen zugeordnet werden¹⁵. Für sich allein genommen wäre somit Ziff. 4 als schuldrechtlich zu qualifizieren, aber in Verbindung mit Stimmbindungen können sie auch Teil der gesellschaftsrechtlichen Ordnung sein¹⁶. Ziff. 9 regelt die Ausübung des Stimmrechts. Mit dieser Verpflichtung, in einheitlichem Sinne zu stimmen, verbinden sich die Aktionäre zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln, weshalb Stimmbindungsverträge in der Regel als einfache Gesellschaft zu qualifizieren sind¹⁷. Zu berücksichtigen ist auch, dass das Ziel und der Zweck des Aktionärsbindungsvertrages die Regelung und Beibehaltung der Beteiligungsverhältnisse der drei

¹⁴ VON DER CRONE, a.a.O., S. 698, N 27.

¹⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 202.

¹⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 203.

¹⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE/BARBORA CASTELL, Die einfache Gesellschaft und der Stimmenkauf: Überlegungen zur Stimmbindung in Aktionärsverträgen, in: Festschrift für Walter A. Stoffel, Bern 2014, S. 87 ff, S. 95.

Parteien ist (vgl. Ziff. 1 und Ziff. 3), nachdem die drei Parteien sich als Gründungsaktionäre zusammenschlossen haben, um mit vereinten Kräften und Mitteln die D. AG zu gründen. Diese Stossrichtung wird in der von den drei Gründern unterzeichneten Absichtserklärungen im Vorfeld der Gesellschaftsgründung deutlich (act. 11/2). Die Beziehungen zwischen den drei Vertragsparteien waren weniger von einem Interessengegensatz als einer gemeinsamen Zielsetzung geprägt. Dazu passt, dass nach Ziff. 5 Abs. 3 einer Partei sogar ohne förmliche Einsitznahme im Verwaltungsrat gleichwohl das Recht zusteht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen und als faktischer Verwaltungsrat an der Beschlussfassung mitzuwirken. Das heisst, dass alle Parteien an der Entscheidung beteiligt sind, was ebenfalls für ein Gesellschaftsverhältnis spricht. Ziff. 7 statuiert ein Konkurrenzverbot, welches grundsätzlich schuldrechtlicher Natur ist. Die Regelung der unbestimmten Vertragsdauer und insbesondere die Regelung, wonach es Einstimmigkeit und Schriftlichkeit zur Abänderung benötigt, belegt die Absicht der langfristigen Bindung und dient eher einer gesellschaftlichen Ordnung der gemeinsamen Zielerreichung (Ziff. 11).

Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich beim vorliegenden Vertrag schwergewichtig um einen gesellschaftsrechtlichen Aktionärbindungsvertrag handelt und dieser daher gesamthaft als solcher zu qualifizieren ist.

2.2 Auflösung von Aktionärbindungsverträgen

2.2.1 Ordentliche Kündigung des Aktionärbindungsvertrages

Der Aktionärbindungsvertrag vom 23. Januar 1985 enthält in Ziff. 11 folgenden Passus (act. 3/1):

Dieser Vertrag ist unkündbar auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und kann nur mittels Schriftlichkeit und Einstimmigkeit der unterzeichneten Vertragspartner geändert werden.

Wesentlich dafür, ob ein Vertrag durch Kündigung beendet werden kann, ist die Frage, ob er auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist. Ordentlich kündbar sind in der Regel nur Verträge, die auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden sind¹⁸. Neben der ordentlichen Kündigung steht den Parteien eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch die ausserordentliche

¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 481, N 176; VON DER CRONE, a.a.O, S. 699, N 29.

Kündigung zur Verfügung¹⁹ (nachfolgend Ziff. 2.2.2). Bei gesellschaftsrechtlich konzipierten Aktionärbindungsverträgen sind für die Auflösung die Regeln der einfachen Gesellschaft anzuwenden. Nach Art. 546 Abs. 1 OR besteht die Möglichkeit der Kündigung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist²⁰. Art. 546 Abs. 1 OR ist gemäss Bundesgericht allerdings nicht zwingender Natur²¹. Fehlt eine explizite Vereinbarung über die Dauer des Vertrages, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die gesetzlichen Kündigungsregelungen nicht zur Anwendung kommen sollen, denn aus dem Vertragszweck kann sich ergeben, dass die Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht dem mutmasslichen Parteiwillen entspricht²². Ausgeschlossen kann die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung auch sein, wenn der Vertrag andere Möglichkeiten der Befreiung von vertraglichen Verpflichtungen vorsieht, etwa die Möglichkeit der Parteien, ihre Aktien zu angemessenen Bedingungen zu veräussern²³. Auch können die Parteien eine andere Kündigungsfrist oder eine Begründungspflicht vorsehen bzw. die ordentliche Kündigung überhaupt ausschliessen²⁴.

Die unbestimmte Vertragsdauer kann von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden²⁵. Das haben die Parteien hier in Ziff. 11 so auch ausdrücklich vereinbart. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Parteien damit auch die ordentliche Kündbarkeit des Vertrages vereinbart oder diese gerade ausgeschlossen haben²⁶. Die Parteien haben im vorliegenden Fall in Ziff. 11 ausdrücklich die Unkündbarkeit des Aktionärbindungsvertrages vereinbart und somit die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen. Sie haben in der gleichen Ziffer auch vereinbart, dass der Vertrag nur mittels Schriftlichkeit und Einstimmigkeit geändert werden kann. Eine einseitige Befreiung einer Vertragspartei von ihren vertraglichen Verpflichtungen durch ordentliche Kündigung des Vertrages ist daher im vorliegenden Fall nicht möglich. Wenigstens indirekt kann sich eine Vertragspartei aber von ihren vertraglichen Verpflichtungen durch Verkauf ihrer Aktien, der gemäss Ziff. 4 des Aktionärbindungsvertrages unter bestimmten Bedingungen möglich ist, lösen. Da Art. 546 OR dispositiver Natur ist, können die Parteien die Kündigungsmöglich-

¹⁹ VON DER CRONE, a.a.O., S. 699, N 29.

²⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 481, N 184.

²¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 481, N 184 mit Hinweis auf BGE 106 II 226 ff.

²² FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1847 (weil beispielsweise die von den Vertragsparteien getätigten Investitionen nach einer längeren Frist verlangen).

²³ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1847.

²⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1847.

²⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1834.

²⁶ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1834.

keiten im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB frei regeln²⁷. Der Beklagte hat den Aktionärbindungsvertrag mit Schreiben seines Rechtsvertreters vom 28. April 1999 unter Bezugnahme auf Art. 546 Abs. 1 OR unter Einhaltung der gesetzlichen sechsmonatigen Kündigungsfrist gekündigt (act. 11/13). Wie gezeigt worden ist, ist eine solche ordentliche Kündigung nur bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag möglich, bei dem die Parteien keine Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten vorgesehen haben. Wenn sie aber, wie im vorliegenden Fall, die freie Kündbarkeit des Gesellschaftsvertrages eingeschränkt haben, kann mit einer ordentlichen Kündigung gemäss dem lediglich dispositiven Art. 546 Abs. 1 OR darüber nicht hinweggegangen werden. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird (Ziff. 2.2.2), heisst dies nicht, dass ein von den Parteien als "unkündbar" bezeichneter Vertrag unter Umständen nicht aufgelöst werden kann. Ausgeschlossen ist lediglich eine ordentliche Kündigung nach Art. 546 Abs. 1 OR, nicht ausgeschlossen ist aber die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung, deren Gründe noch näher zu umschreiben sind.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die ordentliche Kündigung des Aktionärbindungsvertrages vom 28. April 1999 gestützt auf Art. 546 Abs. 1 OR rechtlich unwirksam war und dessen weitere Geltung nicht aufzuheben vermochte. Zu prüfen ist nachfolgend aber, ob eine (rechtlich unwirksame) ordentliche Kündigung in eine (bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen rechtlich zulässige) ausserordentliche Kündigung konvertiert werden kann und so die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses zu bewirken vermag.

2.2.2 Ausserordentliche Beendigung des Aktionärbindungsvertrages

A. Kündigung aus wichtigem Grund

Die Kündbarkeit eines Vertrages aus wichtigem Grund ist zwingendes Recht²⁸. Sie kann von den Parteien nicht ausgeschlossen werden und beschränkt daher eine vertraglich vereinbarte Unkündbarkeitsklausel. Als Auffangtatbestand ist die Kündigung aus wichtigem Grund jedoch restriktiv zu handhabende ultima ratio²⁹. Das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes ist somit nicht leichtthin anzunehmen. Es kommen nur ausserordentlich schwerwiegende Umstände in Frage, weil neben dem Ausnahmecharakter der

²⁷ DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, Art. 545/546, N 24.

²⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1879.

²⁹ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1880.

ausserordentlichen Kündigung auch das allgemeine Interesse an Prinzipien wie Vertragstreue und Rechtssicherheit im Auge zu behalten ist³⁰.

Bei gesellschaftsrechtlichen Aktionärsbindungsverträgen eröffnet Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR die Möglichkeit, beim Richter jederzeit die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu beantragen³¹. Als wichtige Gründe gelten Verfehlungen oder Vorkommnisse ausserhalb des Geschäftsbetriebs, subjektive Gründe beim auflösungswilligen Vertragspartner oder die Erschwerung der Erreichung des Gesellschaftszwecks³². Bei gesellschaftsrechtlichen Aktionärsbindungsverträgen, für die das Recht der einfachen Gesellschaft gilt, ist die Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund als Gestaltungsrecht ausgestaltet (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR). Daher muss jene Vertragspartei, die den Vertrag aus wichtigem Grund auflösen möchte – soweit nichts anderes vereinbart ist – mit Klage an das Gericht gelangen und auf diese Weise ihr Gestaltungsrecht ausüben³³. Bei einer einfachen Gesellschaft führt das Vorliegen wichtiger Gründe somit nicht zu einem Kündigungsrecht, sondern zum Recht des Gesellschafters, beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu verlangen³⁴. Die blosser Einrede der Vertragsbeendigung anstelle einer Gestaltungsklage genügt bei der Auflösung gestützt auf Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR nicht³⁵. Im hier zu beurteilenden Fall haben die Parteien im Aktionärsbindungsvertrag keine Regelung betreffend der Kündigung aus wichtigem Grund getroffen, ausser der Abmachung in Ziff. 11, dass der Vertrag "unkündbar" sei und nur mittels Schriftlichkeit und Einstimmigkeit der unterzeichneten Vertragsparteien geändert werden könne. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist nicht erwähnt. Auch eine einseitige Kündigung ist nicht geregelt. Da das Recht zur Kündigung eines Vertrages aus wichtigem Grund nicht ausgeschlossen werden kann, können sich die Parteien darauf berufen, auch wenn der Vertrag als "unkündbar" bezeichnet worden ist.

Vorliegend hat der Beklagte keine gerichtliche Auflösung des gesellschaftsrechtlichen Aktionärsbindungsvertrages gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR beantragt, sondern einseitig am 28. April 1999 lediglich eine ordentliche Kündigung des Vertrages vorgenommen, die rechtsunwirksam war. Eine Konvertierung dieser ordentlichen Kündigung in eine ausser-

³⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1880.

³¹ NUSSBAUMER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 145, Fn 57.

³² NUSSBAUMER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 145, Fn 57.

³³ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1893 m.w.H., N 1911.

³⁴ HANDSCHIN/VONZUN, Zürcher Kommentar, Zürich 2009, Art. 545-547 OR, N 121, 137, 146, 170.

³⁵ STAEHELIN, a.a.O., Art. 545/546 OR, N 34.

ordentliche Kündigung kommt deshalb nicht in Frage. Anzumerken bleibt, dass der Beklagte sich in der Kündigung vom 28. April 1999 auch nicht auf wichtige Gründe beruft.

B. Beendigung überlang befristeter Aktionärbindungsverträge und andere übermässige Bindungen

Verträge können nicht auf ewige Zeit abgeschlossen werden, weil dies einer übermässigen Einschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB oder einer zweckwidrigen und damit rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gleichkommt³⁶. Da ewige Verträge in der Rechtspraxis nicht vorkommen, sind diese unter der Kategorie der überlang befristeten Verträge abzuhandeln. In der bis vor kurzem verfolgten Rechtsprechung des Bundesgerichtes wurde bei übermässiger Vertragsbindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB im Grundsatz die Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 20 OR angenommen, auf die sich freilich nur die übermässig gebundene Vertragspartei hat berufen können³⁷. Gemäss seiner neuesten Rechtsprechung bewirkt eine übermässige Vertragsbindung nur noch eine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR, wenn diese den höchstpersönlichen, jeder vertraglichen Bindung entzogenen Kernbereich der Person betrifft³⁸. Wo es lediglich um den übermässigen Umfang einer an sich zulässigen Bindung geht, liegt kein Verstoss gegen die guten Sitten vor und kann die Übermässigkeit nur dann zur Unverbindlichkeit des Vertrages führen, wenn die betroffene Person den Schutz in Anspruch und sich aus der Bindung lösen will³⁹. Da Aktionärbindungsverträge kaum je den Kernbereich der durch Art. 27 Abs. 2 ZGB geschützten Persönlichkeit betreffen, ergibt sich als praktische Konsequenz daraus, dass solche Verträge der übermässig gebundenen Vertragspartei ein Recht auf einseitige Vertragsbeendigung einräumen. Das Bundesgericht spricht davon, dass diese Partei die Vertragserfüllung verweigern könne. Ungeklärt ist aber aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ob die übermässig gebundene Vertragspartei dies der anderen durch einseitige Willenserklärung mitzuteilen hat oder ob eine unmittelbare Nichteinhaltung des Vertrages zulässig ist. Da das Bundesgericht die Unverbindlichkeit wegen übermässiger Bindung als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund zu betrachten scheint⁴⁰, ist von der Notwendigkeit einer Willenser-

³⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 480, N 174 m.w.H, N 1915. Gemäss Bundesgericht bildet auch der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben eine Schranke, vgl. dazu BGE 102 II 249.

³⁷ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1956 m.w.H.

³⁸ BGE 129 III 209; Urteil des Bundesgerichts vom 26.5.2004, 5C.72/2004, E. 4.2.1.

³⁹ BGE 129 III 209; FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1957.

⁴⁰ BGE 128 III 428 Erw. 3c. Dies ergibt sich nach FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1960 Fn 207, daraus, dass das Bundesgericht die Unverbindlichkeit als eine gegenüber der Nichtigkeit

klärung auszugehen. Bei Aktionärbindungsverträgen mit gesellschaftsrechtlichem Charakter ergeben sich daraus bedeutsame Unterschiede im Vergleich zur bisherigen Praxis. Da nach der früheren Praxis die Unverbindlichkeit einer vertraglichen Bindung voraussetzungslos geltend gemacht werden konnte, war eine gerichtliche Klärung mittels Feststellungsklage möglich, falls der Unverbindlichkeitsgrund bestritten wurde. Nach der neuen Bundesgerichtspraxis, welche die Vertragsbeendigung wegen übermässiger Bindung als Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund zu verstehen scheint, muss daher die Vertragsbeendigung bei einem gesellschaftsrechtlichen Vertrag stets durch Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend gemacht werden. Die Rechtskraft der Vertragsbeendigung verschiebt sich dabei auf das Datum der Rechtskraft des Gerichtssentscheides⁴¹. Eine Ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit wie unter der früheren Rechtsprechung ist daher ausgeschlossen⁴².

C. Fazit

Der Aktionärbindungsvertrag vom 23. Januar 1985 stellt keinen den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betreffenden Vertrag dar, weshalb keine Nichtigkeit vorliegt. Die Beendigung des gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Aktionärbindungsvertrages aus wichtigem Grund oder wegen überlanger Bindung ist grundsätzlich möglich, muss aber in beiden Fällen auf dem Weg der Gestaltungsklage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR geltend gemacht werden. Die ordentliche Kündigung, wie sie im Jahre 1999 vom Beklagten vorgenommen worden ist, genügt zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses nicht. Anstelle einer Gestaltungsklage kann die Ungültigkeit im Prozess, um Erfüllung von Verbindlichkeiten aus dem Aktionärbindungsvertrag, nicht einredeweise geltend gemacht werden. Die Gestaltungsklage müsste mindestens als Widerklage eingereicht werden⁴³; eine solche hat der Beklagte aber nicht eingereicht. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der Aktionärbindungsvertrag vom 23. Januar 1985 weiterhin in Kraft ist. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche im Licht dieses Aktionärbindungsvertrages ausgewiesen sind.

2.3 Beurteilung der klägerischen Rechtsbegehren

eingeschränkte Rechtsfolge betrachtet. Dies bedeutet, dass erstere wohl nicht von Amtes wegen berücksichtigt und auch nicht einredeweise geltend gemacht werden kann, sondern eine Willenserklärung der Partei voraussetzt, die sich von der Verpflichtung befreien will.

⁴¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1959 bis 1963.

⁴² FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1956.

⁴³ STAEHELIN, a.a.O., Art. 545/546 OR, N 34.

2.3.1 Konventionalstrafe

A. Allgemeines

Ziff. 12 des Aktionärsbindungsvertrages enthält folgende Regelung über die Konventionalstrafe:

Verletzt eine Vertragspartei die ihr in diesem Vertrag auferlegten Pflichten, so verfällt sie in eine Konventionalstrafe von Fr. 40'000.-- in jedem Widerhandlungsfall. (...)

Die Bezahlung einer Konventionalstrafe entbindet nicht von der Pflicht zur Vertragserfüllung und der Leistung allfälligen Schadenersatzes.

Der Kläger macht vier vom Beklagten begangene Zuwiderhandlungen gegen den Aktionärsbindungsvertrag geltend und fordert deshalb von ihm eine Konventionalstrafe von CHF 160'000.00 (4 x CHF 40'000.00). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob der Beklagte den Aktionärsbindungsvertrag verletzt hat und demzufolge die Konventionalstrafe geschuldet ist oder nicht.

B. Konventionalstrafe für die dreifache Nichtwahl in den Verwaltungsrat

a) Vertragliche Grundlagen

Ziff. 5 des Aktionärsbindungsvertrages regelt den Anspruch der Vertragsparteien auf Einsatznahme in den Verwaltungsrat wie folgt:

Jeder Unterzeichnete dieses Vertrages hat indessen solange vorbehaltlos und unwiderruflich Anspruch auf ein Verwaltungsratsmandat in der AG, als er

- a) die Aktionärsseigenschaft bei der AG innehat und
- b) den Interessen der AG nicht zuwiderhandelt.

Solange A. obige Voraussetzungen erfüllt und keine andere Regelung wünscht, ist er Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der AG. In gleicher Weise üben die Vertragsparteien das Stimmrecht an der GV derart aus, dass die C. und B. Mitglieder

des Verwaltungsrates der AG werden, sofern es dieselben wünschen.

(...)

b) Klägerische Begründung des Anspruchs auf Wahl in den Verwaltungsrat und Ausrichtung einer Konventionalstrafe

Der Kläger bringt vor, dass er in den Jahren 2009, 2011 und 2012 gestützt auf die Regelung von Ziff. 5 des Aktionärbindungsvertrages einen Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat der D. AG gehabt habe. Der Beklagte habe als Mehrheitsaktionär diese Zuwahl aber jeweils verhindert, weshalb er gegen den Aktionärbindungsvertrag verstossen und daher pro Nichtwahl eine Konventionalstrafe von je CHF 40'000.00 zu bezahlen habe.

c) Zuwiderhandeln gegen die Interessen der D. AG

Der Beklagte bestreitet, dass beim Kläger die vertraglichen Voraussetzungen für eine Zuwahl in den Verwaltungsrat erfüllt gewesen seien, weil er den Interessen der D. AG mehrfach zuwidergehandelt und damit gegen Ziff. 5 Abs. 1 lit. b des Aktionärbindungsvertrages verstossen habe. Im Einzelnen stehen folgende Vorwürfe im Raum:

- Der Kläger habe sich im Jahre 2014 der Sitzverlegung der D. AG in den Kanton St. Gallen widersetzt (act. 26, S. 3 ff., S. 16 f, S. 26f).
- Er habe eine zeit- und energieraubende gerichtliche Sonderprüfung verlangt, die nicht das vom ihm erwünschte Resultat ergeben habe (act. 26, S. 44). Hintergrund dieses Vorwurfes bildet der beabsichtigte Erwerb eines Erweiterungsbaues in Y., der nach Darstellung des Beklagten der D. AG zu attraktiven Bedingungen optimale Voraussetzungen für die weitere betriebliche Entwicklung geboten habe. Der Kläger hat sich gemäss beklagtischer Darstellung darauf aber nicht eingelassen und sich diesem Kauf widersetzt. Der Beklagte hat im Jahre 1998 die Produktionsstätte schliesslich privat erworben und an die D. AG vermietet. Der Kläger hat deshalb im Jahre 2000 vor dem Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden eine gerichtliche Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR zur Frage durchführen lassen, ob der Beklagte von der D. AG einen übersetzten Mietzins verlange. Der Bericht des Sonderprüfers hat diese Frage verneint (act. 11/9).

- Der Beklagte wirft dem Kläger Obstruktion im Zusammenhang mit der Ausschüttung einer Substanzdividende vor (act. 10, S. 10 ff.; act. 26, S. 15 f.). Hintergrund dieses Vorwurfes bildete die Ankündigung der Behörden im Jahre 1998, die Befreiung der Dividenden von kantonalen Steuern aufzuheben. Aus diesem Grund wurde die Ausschüttung einer sogenannten Substanzdividende an die Aktionäre in Höhe von CHF 9 Mio. beschlossen, um gemäss Darstellung des Beklagten die bestehende steuerliche Regelung ein letztes Mal im gesetzlich zulässigen Rahmen ausschöpfen zu können. Es sei vereinbart worden, die Dividende als Darlehen im Unternehmen stehen zu lassen, um diesem nicht Liquidität zu entziehen. Der Kläger habe aber auf der Auszahlung seines Anspruches beharrt und damit bewirkt, dass die D. AG in der Folge erstmals in ihrer Geschichte einen teuren Kredit habe aufnehmen müssen (act. 26, S. 44). Nur dank der erfolgreichen Geschäftsführung und der erfreulichen Ertragslage in den Jahren 2000 und 2001 habe der Bankkredit vollständig zurückbezahlt werden können.
- Der Kläger habe Kapitalerhöhungen in den Jahren 2003 und 2012 mit Nachdruck abgelehnt (act. 26, S. 44).
- Der Kläger sei ab 1995 als Verkaufsagent für Österreich untätig geblieben und habe einen Fixlohn von CHF 24'000.00 pro Jahr ohne Gegenleistung kassiert. Die Kündigung vom 29. April 1999 habe er deshalb ohne Weiteres akzeptiert (act. 10, S. 7 f.; act. 26, S. 12 ff., S. 44).

Die Frage, ob der Kläger den Interessen der D. AG zuwidergehandelt hat und seine Zuwahl in den Verwaltungsrat vom Beklagten daher zu Recht nicht unterstützt worden ist, ist wie folgt zu beurteilen:

- Die Konventionalstrafe wird für die Nichtwahl in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012 verlangt. Zu prüfen ist daher, ob der Kläger in diesen Jahren die Voraussetzungen gemäss Ziff. 5 des Aktionärsbindungsvertrages erfüllte. Sein späteres Verhalten im Zusammenhang mit der Sitzverlegung der D. AG in den Kanton St. Gallen im Jahr 2014 spielt für die Beurteilung dieser Frage daher keine Rolle und ist erst im Zusammenhang mit dem Antrag des Klägers auf Zuwahl in den Verwaltungsrat von Bedeutung (Ziff. 2.3.2).

- Was die anderen Vorwürfe betrifft, so hat der Kläger – abgesehen vom letzten Punkt bezüglich seiner Tätigkeit als Verkaufsagent – damit in erster Linie von seinen Aktionärsrechten Gebrauch gemacht. Ein Aktionär hat bei der Ausübung seiner Aktionärsrechte weder gegenüber der Gesellschaft noch den anderen Aktionären eine Treuepflicht. Als persönliches Mitgliedschaftsrecht vermittelt das Stimmrecht einem Aktionär das Recht, an der Willensbildung der Aktiengesellschaft mitzuwirken und auf diese Einfluss zu nehmen. Er ist sogar berechtigt, seine Aktionärsinteressen gegen die Interessen der Gesellschaft auszuüben. Statutarische Treuepflichten des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft sind nach Art. 680 OR rechtswidrig. Ein Zuwiderhandeln gegen die Interessen der Gesellschaft ist daher im Bereich der Ausübung der gesetzlichen Aktionärsrechte eines Aktionärs an der Generalversammlung allein ausgeschlossen.

Im Gegensatz zur verbotenen statutarischen Einschränkung des Stimmverhaltens eines Aktionärs ist es aber zulässig, in einem Aktionärsbindungsvertrag Treuepflichten nicht nur zwischen den Aktionären unter sich, sondern auch gegenüber der Aktiengesellschaft zu statuieren⁴⁴. Typische Inhalte solcher vertraglichen Treuepflichten sind Obhuts- und Schutzpflichten, Informations- und Aufklärungspflichten, Geheimhaltungspflichten oder Konkurrenzverbote⁴⁵. Im vorliegenden Aktionärsbindungsvertrag haben die Parteien solche Treuepflichten festgelegt, so insbesondere das Recht jedes Aktionärs, in einzelne Geschäfte und den gesamten Geschäftsgang Einsicht zu nehmen (Ziff. 6). Weiter gehört auch das Konkurrenzverbot gemäss Ziff. 7 zu diesen Treuepflichten. Ziff. 9 des Aktionärsbindungsvertrages enthält eine Beschränkung des Stimmrechts, die ebenfalls als Ausfluss der Treuepflicht aufgefasst werden kann. Sie verpflichtet den Aktionär, sein Stimmrecht so auszuüben, dass die Bestimmungen des Aktionärsbindungsvertrages eingehalten werden können.

Die Frage, wieweit der Kläger als Aktionär den Interessen der D. AG zuwiderhandeln konnte, ist daher nach Massgabe der Treuepflichten des Aktionärsbindungsvertrages zu beantworten. Die Treuepflicht wäre sicher verletzt, wenn der Kläger Informationen, die er aufgrund seines Einsichtsrechtes gewonnen hat und zu denen er kraft seiner Aktionärsstellung Zugang hatte, gesellschaftsschädigend verwendet oder das Konkurrenzverbot verletzt hätte. Die Treuepflicht hätte er auch verletzt, wenn er sein

⁴⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1448 und N 1452 f.

⁴⁵ FORSTMOSER/KÜCHLER, a.a.O., N 1446.

Stimmrecht in einer Weise ausgeübt hätte, welche den Abmachungen des Aktionärsbindungsvertrages zuwiderlief. In einem weiteren Sinne stellt letztlich jedes Zuwiderhandeln einer Vertragspartei gegen die Abmachungen des Aktionärsbindungsvertrages eine Verletzung der Treuepflicht dar, die wohl in vielen Fällen gleichzeitig auch den Interessen der D. AG als solcher zuwiderlief. Soweit es um die Verletzung expliziter Regelungen des Aktionärsbindungsvertrages geht, liegt ein Verstoss gegen die vertragliche Treuepflicht auf der Hand.

Um einen solchen Verstoss geht es im vorliegenden Fall aber nicht. Vielmehr ist die Frage zu beantworten, ob der Kläger durch sein Stimmverhalten an der Generalversammlung gegen die Interessen der Gesellschaft verstossen hat. Im Gegensatz zu den übrigen, präzise formulierten Klauseln des Aktionärsbindungsvertrages handelt es sich dabei um eine inhaltlich offene und im einzelnen Anwendungsfall interpretationsbedürftige Generalklausel. Ein Zuwiderhandeln gegen die Interessen der Gesellschaft ergibt sich nicht ohne Weiteres dadurch, dass ein Aktionär seine Aktionärsrechte nicht im Sinne der Mehrheitsaktionäre ausübt und eine Minderheitsposition oder seine eigenen Interessen vertritt. Die Interessen des Beklagten als Mehrheitsaktionär und früherer Geschäftsführer der D. AG können daher nicht mit den Interessen der D. AG selber gleichgesetzt werden. Wenn im Rahmen von Diskussionen innerhalb des Aktionariats der Kläger als Minderheitsaktionär andere Positionen als der Beklagte als Hauptaktionär vertrat, bedeutet dies daher noch nicht, dass er per se den Interessen der D. AG zuwidergehandelt hat. Ein gesellschaftsschädigendes Verhalten ist deshalb nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Mit dem Ersuchen um eine gerichtliche Sonderprüfung hat der Kläger in erster Linie ein ihm nach Art. 697a ff. OR gesetzlich zustehendes Aktionärsrecht wahrgenommen. Dieses Vorgehen war dem Beklagten zwar lästig und hat seine Kräfte als Geschäftsführer absorbiert, aber damit sind nicht gleichzeitig auch die Interessen der D. AG verletzt worden. Die Weigerung des Klägers, seinen Anteil an der Substanzdividende als Darlehen im Unternehmen stehen zu lassen, führt in das weite Feld der Fragen unternehmerischer Zweckmässigkeit. So ist schon strittig, ob die offenbar vom Beklagten initiierte Ausschüttung dieser Sonderdividende überhaupt zweckmässig gewesen ist, wie die Entgegnung des Klägers auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zeigen (act. 17, S. 15 f.). Ob der Kläger, der Beklagte selber oder vielmehr keiner der beiden Kontrahenten im Zusammenhang mit dieser Substanzdividende gegen die Interessen der D. AG verstossen hat, weil unternehmerisch letztlich alle Positionen vertretbar waren, ist

eine offene Frage und mit den Vorbringen der Parteien nicht geklärt. Ein Verstoß des Klägers gegen die Interessen der D. AG ist jedenfalls nicht belegt. Die beantragten Partei- und Zeugenbefragungen sind nicht geeignet, diesen Streitpunkt zu klären. Die Beweislosigkeit geht zu Lasten des Beklagten (Art. 8 ZGB).

- Die Vorwürfe im Zusammenhang mit den beiden vom Kläger abgelehnten Kapitalerhöhungen sind zu wenig substantiiert worden, um damit ein gesellschaftsschädigendes Verhalten nachweisen zu können.
- Auch die im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Verkaufsagent für Österreich gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe, können ein gesellschaftsschädigendes Verhalten nicht belegen. Die Vorstellungen der Parteien über die konkrete Ausgestaltung dieser Tätigkeit gehen auseinander, wie die Entgegnung des Klägers zeigt (act. 17, S. 7). Er sah seine Aufgabe nicht in der eigentlichen Erschliessung, sondern nur in der Sondierung des österreichischen Marktes. Die Darstellung des Beklagten ist nicht belegt und die beantragten Parteibefragungen sind als einzige Beweismittel nicht geeignet, Klärung zu bringen. Für die Beweislosigkeit trägt der Beklagte die Beweislast (Art. 8 ZGB).

Es lässt sich somit feststellen, dass dem Kläger die Einsitznahme in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012 nicht mit dem Argument gesellschaftsschädigendem Verhalten verweigert werden konnte.

d) Weitere Voraussetzungen für die Wahl in den Verwaltungsrat

Der Beklagte sieht weitere Voraussetzungen für eine Einsitznahme des Klägers in den Verwaltungsrat als nicht erfüllt an. Dessen Zuwahl in den Verwaltungsrat sei gemäss Ziff. 5 des Aktionärsbindungsvertrages von der (oben zitierten) Voraussetzung abhängig gewesen, dass er selber noch Verwaltungsrat sei (act. 10, S. 17 ff.). Die Idee dieser Vertragsklausel sei es gewesen, dass der Kläger und C. im Sinne eines Interessenausgleiches ebenfalls berechtigt sein sollten, von Anfang an im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen, "solange" er (der Beklagte) als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates fungiert habe. Der Kläger sei bereits 1986 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten. Seit 2001 sei keiner der Vertragsparteien mehr im Verwaltungsrat der D. AG vertreten

gewesen. Aus diesem Grund seien die Zuwahlen des Klägers in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012 zu Recht abgelehnt worden.

Ziff. 5 des Aktionärsbindungsvertrages kann aber nicht in diesem Sinne ausgelegt werden. Diese Bestimmung sieht nach ihrem Wortlaut vor, dass jede Vertragspartei – "solange" sie Aktionärin ist (und den Interessen der Aktiengesellschaft nicht zuwiderhandelt) – "vorbehaltlos und unwiderruflich" einen Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat hat. Solange demnach beim Kläger die Aktionärseigenschaft erfüllt war, bestand bei ihm damit auch ein Anspruch auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat. Dies erscheint als sachlich nachvollziehbare Lösung, wurde dadurch doch sichergestellt, dass jeder der drei Gründeraktionäre jederzeit Anspruch auf Einsitznahme im Verwaltungsrat hatte, um damit auf der obersten Leitungsebene der D. AG Einfluss auf das Unternehmen nehmen zu können. Dieser Anspruch war unabhängig davon, ob die anderen Gründeraktionäre von diesem Recht ebenfalls Gebrauch machen wollten oder nicht. Der hervorgehobenen Stellung der Gründeraktionäre erscheint eine solches jederzeitiges und unwiderrufliches Recht auf Einsitznahme in den Verwaltungsrat als angemessen. Der Passus von Ziff. 5 Abs. 2 des Aktionärsbindungsvertrages, auf den sich der Beklagte bezieht, schränkt dieses Recht auf Zuwahl in den Verwaltungsrat der beiden anderen Gründeraktionäre nicht auf den Zeitraum ein, in dem er selber Verwaltungsrat der D. AG war. Wie dem Wortlaut zu entnehmen ist, ging es bei dieser Regelung gemäss Ziff. 5 Abs. 2 vielmehr darum sicherzustellen, dass der Beklagte, "solange" er Verwaltungsrat war, gleichzeitig einen Anspruch auf das Amt des Präsidenten und Delegierten des Verwaltungsrates hatte. Der Beklagte wollte sich mit dieser Regelung eine Vorrangstellung im Verwaltungsrat sichern, was angesichts der Bedeutung seiner Person für das Unternehmen als nachvollziehbare und sachlich angemessene Lösung erscheint. Schliesslich lässt sich aufgrund des Wortlautes von Ziff. 5 auch nicht argumentieren, dass nur ein einmaliger Anspruch auf Wahl in den Verwaltungsrat bestanden habe und der Kläger diesen nach seinem Rücktritt im Jahre 1986 sozusagen verwirkt habe.

Auch das weitere Argument, dass ein Anspruch des Klägers auf Wahl in den Verwaltungsrat geradezu rechtsmissbräuchlich gewesen sei, nachdem er sich 14 Jahre lang bedeckt gehalten und nichts zum Erfolg der D. AG beigetragen habe (act. 26, S. 23), ist nicht zu hören. Der Austritt des Klägers aus dem Verwaltungsrat im Jahre 1986 schränkte sein Recht auf erneute Zuwahl nicht ein, da der Aktionärsbindungsvertrag ihm darauf gemäss Ziff. 5 Abs. 1 einen "vorbehaltlosen und unwiderruflichen" Anspruch gab, was

als Recht mit hohem Verpflichtungsgrad zu interpretieren ist und eine Berufung der Gegenpartei auf rechtsmissbräuchliches Verhalten oder eine Anspruchsverwirkung infolge Zeitablauf praktisch ausschliesst.

e) Fazit

Es sind damit zusammenfassend keine Gründe ersichtlich, die dem Kläger in den Jahren 2009, 2011 und 2012 keinen Anspruch auf eine Zuwahl in den Verwaltungsrat hätten geben können, da der Aktionärbindungsvertrag auch nach der im Jahre 1999 erfolgten Kündigung weiterhin rechtsverbindlich war. Gemäss Protokoll der Generalversammlung vom 10. Juni 2009 wurde der Kläger mit 326 Neinstimmen nicht in den Verwaltungsrat gewählt (act. 3/6, S. 3). Das Protokoll der Generalversammlung vom 29. Juni 2011 belegt, dass der Kläger den Antrag gestellt hatte, in den Verwaltungsrat gewählt zu werden und dieser Antrag abgelehnt worden ist (act. 3/7, S. 3). An der Generalversammlung vom 27. Juni 2012 stellte der Kläger wiederum den Antrag auf Wahl in den Verwaltungsrat, welcher erneut abgewiesen wurde (act. 3/8, S. 2). Der Beklagte ist Mehrheitsaktionär und wäre deshalb in der Lage gewesen, den Kläger in den Verwaltungsrat zu wählen. Unabhängig davon, ob der Beklagte an der Generalversammlung tatsächlich anwesend war oder nicht, wäre er aufgrund des Aktionärbindungsvertrages verpflichtet gewesen, sein Stimmrecht in Beachtung des Aktionärbindungsvertrages auszuüben resp. durch seine Vertreter die Einhaltung des Aktionärbindungsvertrages zu gewährleisten. Die Nichtwahl des Klägers ist kausal auf das Stimmverhalten des Beklagten zurückzuführen, was eine Verletzung des Aktionärbindungsvertrages beinhaltete und dem Kläger Anspruch auf eine Konventionalstrafe gibt.

Somit hat der Beklagte dem Kläger für die dreimalige Nichtwahl in den Verwaltungsrat (2009, 2011 und 2012) je eine Konventionalstrafe in Höhe von CHF 40'000.00, d.h. insgesamt CHF 120'000.00, zu bezahlen⁴⁶.

⁴⁶ Zu den Verzugszinsen siehe nachfolgende Ziff. 2.3.1.D.

C. Konventionalstrafe für die Nichtausschüttung des vertraglichen Beteiligungsanspruchs des Klägers

a) Vertragliche Grundlagen

Ziff. 8 des Aktionärsbindungsvertrages enthält unter dem Titel "Geldwerte Leistungen an die Aktionäre bzw. Geschäftsführer" folgende Regelung (act. 3/1):

a) Löhne

Es ist grundsätzlich Sache des Verwaltungsrates, die Anstellungsbedingungen und insbesondere die Realloohnerhöhungen der Arbeitnehmer festzulegen. Hinsichtlich der Löhne von A. und C. wird aber folgendes verbindlich festgehalten:

aa) (...)

bb) (...)

cc) Sobald der Lohn von A. real um mehr als Fr. 10'000.- ansteigt, bzw. teuerungsbedingt Fr. 110'000.- pro Jahr übersteigt, hat die AG B. 34 % des diesen Betrag übersteigenden Anteils auszubezahlen. Die Auszahlung erfolgt jährlich am Ende des jeweiligen Jahres.

b) Pensionskasse (...)

c) Andere geldwerte Leistungen

Mit Ausnahme der Entlohnung gilt für die Vertragsparteien der Grundsatz, dass alle durch die AG gewährten Vorteile an die Aktionäre im Verhältnis der Beteiligung gleichmässig ausgerichtet werden müssen. Als Vorteile gelten alle geldwerten Leistungen, die die AG gegenüber den Aktionären erbringt, ohne dass dieselben eine Gegenleistung zu erbringen haben.

d) Ausnahmen

Sofern es steuerliche Überlegungen rechtfertigen, kann von obigen Auszahlungsmodalitäten auf Wunsch des betreffenden Empfängers abgewichen werden. Es bleibt diesfalls unbestritten, dass die Leistung der AG an die Empfänger dadurch in keiner Weise geschmälert werden darf.

b) Begründung des klägerischen Anspruchs auf Beteiligungsforderungen

Gestützt auf Ziff. 8a/cc des Aktionärsbindungsvertrages errechnete der Kläger für die Jahre 1998 bis 2002 folgenden Ausschüttungsanspruch (act. 2, S. 8 f.):

teuerungsangepasster Grundlohn 1998 – 2002	CHF 599'469.00
Bezüge 1998 – 2002	<u>CHF 3'547'147.00</u>
Differenz	CHF 2'947'678.00
Ausschüttungsanspruch des Klägers 34 %	CHF 1'002'210.50

Da ihm diese Ausschüttungen nicht ausbezahlt worden seien, habe er Anspruch auf die in Ziff. 12 des Aktionärsbindungsvertrages vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 40'000.00.

c) Einwendungen des Beklagten gegen den geltend gemachten Beteiligungsanspruch

Es kann dazu auf die Ausführungen in Ziff. 1.2 verwiesen werden, wo der Standpunkt des Beklagten ausführlich dargestellt ist. Zusammengefasst beruft er sich darauf, dass Adressat der Ausschüttungen nicht er, sondern die D. AG gewesen sei. Die Auszahlung der Ausschüttungen 1998-2001 und damit auch die Konventionalstrafe als Nebenrecht seien zudem verjährt. Weiter sei die Geltendmachung der Ausschüttungen heute rechtsmissbräuchlich, da der Kläger damit seit 2002 zugewartet habe. Bei der im Jahre 2002 ausgerichteten Abfindungszahlung von CHF 1,8 Mio. handle es sich um keinen Lohn, sondern um eine andere geldwerte Leistung im Sinne von Ziff. 8 lit. c des Aktionärbindungsvertrages, auf der kein Ausschüttungsanspruch des Klägers bestehe.

d) Beurteilung

Konventionalstrafe auf dem Beteiligungsanspruch der Jahre 1998 bis 2001

Gemäss Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärbindungsvertrages wurde vereinbart, dass der dem Kläger zustehende Beteiligungsanspruch jeweils Ende Jahr ausbezahlt wird. Die Frage ist, gegen wen sich der Durchsetzungsanspruch richtet. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die D. AG passivlegitimiert gewesen wäre. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die D. AG nicht Partei des Aktionärbindungsvertrages ist und als juristische Person von der einfachen Gesellschaft, welche die drei Gründeraktionäre im Rahmen des Aktionärbindungsvertrages bildeten, rechtlich zu unterscheiden ist. Wenn die D. AG als vertragsfremde Partei zu einer Zahlung an den Kläger verpflichtet würde, wäre dies ein rechtlich nicht zulässiger Vertrag zu Lasten Dritter⁴⁷. Bei diesem Leistungsverprechen im Rahmen des Aktionärbindungsvertrages an den Kläger handelt es sich offensichtlich um einen Garantievertrag nach Art. 111 OR (unechter "Vertrag zu Lasten eines Dritten" gemäss Randtitel)⁴⁸. Dieser besteht darin, dass der geschäftsführende Beklagte dem Kläger die Leistung der Beitragsforderung durch die D. AG verspricht. Ein solches Garantieverprechen ist auch möglich, falls der Garant die Verfügungsgewalt

⁴⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT, 10. Aufl., Zürich 2014, Band II, N 3875.

⁴⁸ Das Bundesgericht hat im Urteil 4C.5/2003 vom 11. März 2003 ein Konkurrenzverbot in einem Aktionärbindungsvertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert (E. 2.1.1).

über den Dritten (D. AG) innehat⁴⁹. Falls diese nicht erfolgt, wird der Beklagte daraus in Höhe dieser Beteiligungsforderung aufgrund des Garantieverprechens schadenersatzpflichtig. Die Nichtleistung der Beteiligungsforderung durch die D. AG begründet daher einen vertraglichen Schadenersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten, aber nicht gegen die D. AG. Leistungen aus Garantievertrag verjähren nach Art. 127 i.V.m. Art. 130 OR innerhalb von zehn Jahren⁵⁰. Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit. Die Fälligkeit des Beteiligungsanspruches ist gemäss Ziff. 8 lit. a/cc des Ak-tionärbindungsvertrages auf das Ende des Kalenderjahres zu setzen, in welchem dieser Anspruch aufgrund der entsprechenden Lohnzahlungen an den Beklagten entstand. Da die D. AG diese Zahlung bis zum vereinbarten Zeitpunkt nicht geleistet hatte, wurde der Beklagte aus dem Garantieverprechen gegenüber dem Kläger in Höhe der Beteili-gungsforderung schadenersatzpflichtig. Diese Garantie wurde im Zeitpunkt fällig, in dem die Leistung des Dritten zum vereinbarten Zeitpunkt nicht erfolgte. Der Kläger musste diese Garantieleistung nicht abmahnen noch dem Beklagten dafür eine Frist ansetzen, da es sich um eine Schadenersatzleistung handelt⁵¹. Die Auffassung des Klägers, dass die Leistung der D. AG erst mit seiner erstmaligen Abmahnung dieser Leistung mit Schreiben vom 23. Oktober 2012 fällig geworden ist (act. 17, S. 32), trifft nicht zu. Die Fälligkeit einer Forderung beginnt nach Art. 75 OR mit dem Zeitpunkt, indem ihre Erfüllung gefordert werden *kann* und nicht erst, wenn ihre Erfüllung tatsächlich verlangt wird. Die Beteiligungsforderung *konnte* der Kläger jeweils ab Ende Kalenderjahr einfordern, wes-halb sie auf diesen Zeitpunkt auch fällig geworden ist. Wenn es für den Beginn der Fällig-keit darauf ankommen würde, wann die Erfüllung vom Gläubiger tatsächlich verlangt würde, könnten noch jahrzehntealte Forderungen jederzeit eingefordert werden.

Die vom Beklagten geschuldete Garantieleistung, die auf Ende 1998 fällig gewesene Be-teiligungsforderung des Klägers, verjährte damit per 31. Dezember 2008. Die Garantie-leistungen auf den Beteiligungsforderungen der Folgejahre 1999 bis 2001 verjährten je-weils am 31. Dezember, d.h. die letzten per 31. Dezember 2011. Eine verjährungsunter-brechende Handlung des Klägers für diese Garantieleistungen des Beklagten gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR ist nicht bekannt. Die mit dem Vermittlungsbegehren vom 21. Dezember 2012 vorgenommene verjährungsunterbrechende Handlung (act. 1) bezieht sich nicht auf die Beteiligungsforderung des Klägers (bzw. die wegen deren Nichtleistung durch den

⁴⁹ CHRISTOPH PESTALOZZI, Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, 5. Aufl., Zürich 2011, Art. 111, N 9.

⁵⁰ PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111, N 17.

⁵¹ PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111, N 12.

Beklagten ersatzweise geschuldete Garantieleistung), sondern nur auf die wegen deren Nichtleistung geschuldete Konventionalstrafe.

Eine Garantieleistung kann durch eine Konventionalstrafe gesichert werden⁵². Die Verjährung der Garantieleistung auf den Beteiligungsanspruch des Klägers hat auch die Verjährung der die Hauptforderung sichernden Konventionalstrafe zur Folge⁵³. Die Anwendung des Grundsatzes der Akzessorietät führt dazu, dass ein Nebenrecht einer Forderung auch mit Bezug auf die Verjährung der Forderung folgt, was Art. 133 OR zum Ausdruck bringt⁵⁴. Mit dem Hauptanspruch verjähren auch die aus ihm entspringenden Zinsen und andere Nebenansprüche (Art. 133 OR). Solche andere Nebenansprüche gemäss Art. 133 OR sind auch Konventionalstrafen⁵⁵. Mit der Verjährung des Beteiligungsanspruchs des Klägers geht somit auch die Konventionalstrafe unter. Damit kann der Kläger für seine Beteiligungsforderungen der Jahre 1998 bis 2001 keine Konventionalstrafe fordern, da der Beklagte die Verjährungseinrede erhoben hat. Es muss bei diesem Ergebnis nicht mehr geprüft werden, ob die weiteren, vom Beklagten gegen diese Beteiligungsforderungen der Jahre 1998 bis 2001 und die damit verbundenen Konventionalstrafen, erhobenen Einwände zutreffend sind.

Beteiligungsanspruch des Klägers auf der Abgangsentschädigung des Beklagten von CHF 1,8 Mio.

Im Jahre 2002 erhielt der Beklagte aufgrund der Beendigung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der D. AG eine Abgangsentschädigung von CHF 1,8 Mio. ausbezahlt. Der Kläger betrachtet diese Zahlung als Lohn, auf der er gestützt auf den Aktionärsbeteiligungsvertrag einen Beteiligungsanspruch von 34 % besitzt. Der Beklagte ist dagegen der Auffassung, dass diese Abgangsentschädigung keinen Lohn bilde, weil er per Ende 2001 aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden und auch nicht mehr Mitglied der Geschäftsleitung gewesen sei (act. 10, S. 27).

⁵² PESTALOZZI, a.a.O., Art. 111, N 18.

⁵³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 3841; vgl. dazu auch DIMITRI SANTORO, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Dissertation, Bern 2001, S. 9: "Die Abhängigkeit der Strafabrede von der Hauptverpflichtung wirkt sich insofern aus, als mit der Verjährung der gesicherten Forderung auch das Recht auf die Strafleistung verjährt."

⁵⁴ CHRISTIAN SCHÖBI, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Dissertation, Zürich 1990, S. 82.

⁵⁵ ROBERT K. DÄPPEN, Basler Kommentar OR I, 5. Auflage, Bern 2011, Art. 133 OR, N 2a; STEPHEN V. BERTI, Zürcher Kommentar, Zürich 2002, Art. 133 OR, N 12; GAUCH/AEPLI, Zürcher Kommentar, Zürich 1991, Art. 114 OR, N 19.

Dem Protokoll der Generalversammlung vom 7. Mai 2003 ist zu entnehmen, dass der Beklagte im Jahr 2002 nur noch als Berater für die D. AG tätig und nicht mehr an der Geschäftsführung beteiligt gewesen war (act. 3/3). Die Abgangsentschädigung wurde per 22. April 2002 ausbezahlt (act. 3/11). Verbucht wurde die Abgangsentschädigung jedoch im Rechnungsjahr 2001. In der Erfolgsrechnung 2001 wurde diese Abfindungszahlung als "Abfindung A." in Höhe von CHF 1'800'000.00 bei den passiven Rechnungsabgrenzungen aufgeführt (act. 19/21d, S. 12). Diese Abgangsentschädigung hat der Beklagte für seine Tätigkeit als Geschäftsführer der D. AG erhalten. Um eine sogenannte "andere geldwerte Leistung" im Sinne von Ziff. 8 lit. c des Aktionärbindungsvertrages kann es sich dabei nicht handeln, da damit gemäss Wortlaut Vorteile definiert worden sind, welche die Vertragsparteien in ihrer Eigenschaft als *Aktionäre* erhalten, ohne dass sie dafür eine Gegenleistung zu erbringen haben. In erster Linie sind damit wohl Dividenden nach Art. 675 OR gemeint. Auf diese geldwerten Leistungen haben alle Aktionäre im Verhältnis ihrer Beteiligung Anspruch. Wenn es sich bei dieser Abfindungszahlung an den Beklagten um eine andere geldwerte Leistung im Sinne von Ziff. 8 lit. c des Aktionärbindungsvertrages gehandelt hätte, hätte der Kläger als Aktionär nach Massgabe seiner Beteiligung ebenfalls Anspruch auf eine entsprechende "Abfindung" haben müssen. Aktionäre haben aber keinen Anspruch auf Abfindungsentschädigungen. Die Abfindung wurde dem Beklagten aber fraglos nicht aufgrund seiner Stellung als Aktionär ausgerichtet, sondern um seine Verdienste als Geschäftsführer der D. AG mit einer Extrazahlung zu honorieren. Dass es sich dabei um keine andere geldwerte Leistung im Sinne von Ziff. 8 lit. c des Aktionärbindungsvertrages handelt, bedeutet aber noch nicht, dass diese Zahlung zwangsläufig als Lohn im Sinne von Ziff. 8 lit. a des Aktionärbindungsvertrages betrachtet werden muss. Grundsätzlich denkbar ist, dass diese Abfindungszahlung als etwas "Drittes" zu qualifizieren ist, das weder als Lohn noch als geldwerte Leistung definiert werden kann und im Aktionärbindungsvertrag allenfalls nicht geregelt worden ist.

Aus den Ausführungen der Parteien ist zu schliessen, dass der Beklagte auf die ihm ausbezahlte Abfindungszahlung keinen arbeitsvertraglichen Anspruch hatte, sondern es sich dabei um eine freiwillige Sonderzahlung des Arbeitgebers, aus Anlass der Beendigung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der D. AG, handelte. Deren rechtliche Einordnung als Gratifikation nach Art. 322d OR ist im Folgenden näher zu prüfen. Dagegen spricht auf den ersten Blick die gesetzgeberische Definition der Gratifikation, welche bei "bestimmten Anlässen" wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres als Sondervergütung ausgerichtet wird. Diese gesetzliche Definition trägt der heutigen Rechtswirklichkeit

jedoch nicht mehr genügend Rechnung und umfasst auch neuere Phänomene wie Bonusleistungen nur ungenügend⁵⁶. Selbst wenn nicht so weit gegangen wird und dem gesetzlichen Merkmal der "bestimmten Anlässe" überhaupt jede Bedeutung abgesprochen wird⁵⁷, so ist andererseits klar, dass bei Gratifikationen keine Beschränkung auf periodisch wiederkehrende Anlässe verlangt wird und praktisch jeder genügend bestimmte Anlass für das Ausrichten einer Gratifikation gewählt werden kann (Firmenjubiläum, Inbetriebnahme einer neuen Produktionsanlage etc.⁵⁸). Als solcher bestimmter Anlass für das Ausrichten einer Gratifikation kann wie im vorliegenden Fall auch das Ausscheiden einer prägenden Unternehmerpersönlichkeit aus der Geschäftsleitung gelten. Die Abfindungszahlung kann daher grundsätzlich als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR verstanden werden⁵⁹ und zwar als echte Gratifikation (Sondervergütung, auf die kein Rechtsanspruch besteht⁶⁰). Um eine Schenkung im Sinne von Art. 239 OR handelt es sich trotz der Freiwilligkeit dieser Leistung aber nicht⁶¹.

Für die Einordnung einer Abfindungszahlung als Gratifikation ist noch ein zweites Element von Bedeutung. Aufgrund der gesetzgeberischen Konzeption sind Lohn und Gratifikation zwei verschiedene Leistungskategorien, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 322d Abs. 1 OR ergibt: "Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn (...) bei bestimmten Anlässen eine Sondervergütung aus, ...".⁶² Trotz der an sich klaren Unterscheidung zwischen periodischem Grundlohn und Gratifikation als freiwilliger Sonderzahlung muss differenziert werden. Als Gratifikation kann nur eine Leistung des Arbeitgebers betrachtet werden, die im Verhältnis zum periodischen Lohn akzessorisch ist. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit Bonuszahlungen entschieden, dass eine Gratifikation im Verhältnis zur Grundentschädigung nicht das Übergewicht haben, sondern nur ein Zusatzentgelt sein darf⁶³. Wenn die Gratifikation regelmässig höher als der Festlohn ausfällt, ist diese als Lohn zu qualifizieren. Dies gilt aber nicht bei einmaligen Sondervergütungen, beispiels-

⁵⁶ VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, Basel 2014, S. 124, N 81.

⁵⁷ ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011, S. 278 N 619 und S. 282, N 626.

⁵⁸ MORF, a.a.O., S. 277 Fn 1077; S. 279, Fn 1082.

⁵⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, S. 338 Mitte, mit Hinweisen (Austrittsabfindung als Sonderzahlung).

⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 330, N 2; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, S. 137, N 401.

⁶¹ MORF, a.a.O., S. 274 N 609; VISCHER/MÜLLER, a.a.O., S. 124, N 80.

⁶² MORF, a.a.O., S. 269 ff., N 597f.

⁶³ BGE 129 III 276; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 337 ff.

weise einer Austrittsabfindung⁶⁴, die ihren Charakter als Gratifikation nicht verliert und nicht zum Lohn mutiert, auch wenn sie deutlich höher als die ordentliche Lohnzahlung ausfällt.

Die dem Beklagten ausgerichtete Abfindungszahlung von CHF 1,8 Mio. ist daher arbeitsrechtlich als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR und nicht als Lohn zu qualifizieren. Steuerrechtlich werden solche Abfindungszahlungen als Ersatzeinkommen behandelt und zusammen mit dem übrigen Einkommen wie Lohn besteuert (Art. 23 lit. a und c i.V.m. Art. 17 DBG⁶⁵). Sozialversicherungsrechtlich gelten solche Abfindungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls als Lohn und unterliegen der AHV-Beitragspflicht (Art. 7 lit. q AHVH⁶⁶).

Trotz der rechtlichen Einordnung dieser Abfindungszahlung als Gratifikation und nicht als Lohn fragt sich, ob die Parteien in Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärbindungsvertrages tatsächlich von dieser Unterscheidung ausgegangen sind und ob ihnen als juristische Laien bewusst gewesen ist, wie Bonusleistungen und Abfindungszahlungen rechtlich zu qualifizieren sind. Bei Abschluss des Aktionärbindungsvertrages im Jahre 1985 waren die heute bei Kaderangestellten üblichen Vergütungsmodelle mit Erfolgsbeteiligungen, Begrüssungsgeldern und Abfindungsentschädigungen ("golden parachutes") beim Verlassen des Unternehmens mindestens in kleineren Industriebetrieben noch wenig bekannt. Im Vordergrund stand 1985 für die Vertragsparteien die Fixvergütung der beiden geschäftsführenden Vertragsparteien. Die Nichterwähnung von Vergütungen an die geschäftsführenden Vertragsparteien im Aktionärbindungsvertrag, die rechtlich nicht als Grundlohn eingestuft werden können, kann nicht im Sinne eines qualifizierten Schweigens verstanden werden, da sich den Vertragsparteien 1985 diese Fragen kaum schon gestellt hat und sie diese Vergütungsformen deshalb vermutlich nicht explizit vom Beteiligungsanspruch des Klägers ausnehmen wollten. Der Aktionärbindungsvertrag muss in diesem Punkt heute als lückenhaft betrachtet werden, da er diese Entwicklung der Vergütungssysteme auf Managementebene nicht vorausgesehen hat. Diese werden heute in der D. AG offenbar ebenfalls angewendet, wie den Jahresrechnungen zu entnehmen ist, in denen teilweise auch Bonuszahlungen an die Kaderangestellten ausgewiesen werden (siehe etwa act. 19/21e, S. 2 Erfolgsrechnung).

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 338 Mitte.

⁶⁵ Kreisschreiben Nr. 1 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3. Oktober 2002.

⁶⁶ Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV (= WML), RZ 2082.

Gestützt auf Art. 18 OR ist daher aufgrund des hypothetischen Parteiwillens zu fragen, ob die Vertragsparteien dem Kläger einen Beteiligungsanspruch von 34 % auch auf solchen Zahlungen an die geschäftsführenden Vertragsparteien gewährt hätten, die nicht als Grundlohn betrachtet werden können, falls diese Vergütungsmodelle im Jahre 1985 schon verbreitet gewesen wären⁶⁷. Wegleitend ist der Zweckgedanke von Ziff. 8 des Aktionärsbindungsvertrages. Die drei Vertragsparteien haben sich in unterschiedlicher Höhe mit Kapital in Form von Aktien und Darlehen an der D. AG beteiligt (Ziff. 1 und 2 des Aktionärsbindungsvertrages). Der Kläger hat mit CHF 170'000.00 am gesamten Aktienkapital von CHF 500'000.00 einen Anteil von 34 % übernommen und sich im gleichen Verhältnis an den Aktionärsdarlehen beteiligt. Der Grundgedanke des Aktionärsbindungsvertrages ist die durchgehende Gleichbehandlung der Aktionäre im Verhältnis ihrer Beteiligung am Unternehmen. Die Vertragsparteien stimmten darin überein, dass die Beschränkung des Klägers als nicht geschäftsführender Aktionär lediglich auf den gesetzlichen Dividendenanspruch seiner Stellung als Gründungskapitalgeber (Aktienkapital und Darlehen) nicht gerecht worden wäre und er daher zusätzlich auch an den übrigen Geldleistungen, welche die beiden anderen, geschäftsführenden Gesellschaftern, bezogen, partizipieren sollte. Dabei ging es primär um die zusätzlichen Bezüge, welche diese beiden Aktionäre als Geschäftsführer der D. AG erhielten. Daher wurde in Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärsbindungsvertrages eine Lösung getroffen, die dem Kläger eine Beteiligungsforderung von 34 % des Lohnes des Beklagten, soweit dieser teuerungsbedingt CHF 110'000.00 überstieg, eingeräumt hat. Unter Beachtung der Grundidee, dass der Kläger an allen Bezügen, welche der Beklagte als Geschäftsführer erhielt, finanziell partizipieren sollte, hätten sie seine Beteiligungsforderung mutmasslich an allen Geldleistungen des Beklagten als Geschäftsführer eingeräumt, um so dem Gedanken der Gleichbehandlung aller drei Aktionäre gerecht zu werden. Eine Beschränkung der Beteiligungsforderung nur auf den Grundlohn des Beklagten hätte möglicherweise zur Folge gehabt, dass die geschäftsführenden Aktionäre ihren Grundlohn künstlich tief gehalten und sich zusätzlich einen rechtlich als Gratifikation zu qualifizierenden Bonus hätten auszahlen lassen, um den Beteiligungsanspruch des Klägers tief zu halten. Mit dieser Beteiligungsforderung hatte der Kläger auch ein einfaches, aber wirksames Mittel in der Hand, um zu verhindern, dass sich die geschäftsführenden Aktionäre zu hohe Löhne auszahlen, die dem Gedanken der Gleichbehandlung zuwiderliefen. Diskussionen über solche lohnmassigen Abgrenzungen

⁶⁷ WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 18, N 56 ff., insbesondere N 76 ff.

konnten damit verhindert werden. Der hypothetische Parteiwille geht daher dahin, dass der Kläger auch an der Abfindungszahlung von CHF 1,8 Mio. partizipieren sollte.

Es stellt sich demnach die Frage, ob der Beklagte die finanzielle Beteiligung des Klägers hätte anordnen können. Bis zum 11. Juli 2001 war er noch Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates (act. 3/2). Im Zusammenhang mit der Festlegung der Abfindung von CHF 1,8 Mio., die offensichtlich in der Schlussphase seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat beschlossen und daher in der Jahresrechnung 2001 verbucht worden ist, wäre er gestützt auf Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärsbindungsvertrages als Verwaltungsrat in der Lage und verpflichtet gewesen, gleichzeitig auch verbindlich die Auszahlung der Beteiligungsforderung des Klägers anzuordnen. Nach seinem Rücktritt als Verwaltungsratspräsident per Ende 2001 fungierte er gemäss Handelsregistrauszug als einzelzeichnungsberechtigter Direktor und hätte demnach eine Auszahlung an den Kläger ohne weiteres veranlassen können. Darüber hinaus hätte der Beklagte auch nach seinem förmlichen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat per Ende 2001, das Recht auf Einsitznahme als faktisches Verwaltungsratsmitglied gehabt (Ziff. 5 Abs. 3 Aktionärsbindungsvertrag), und wäre verpflichtet gewesen dafür zu sorgen, dass die Auszahlungen gemäss Aktionärsbindungsvertrag an den Kläger vorgenommen werden.

Aus Ziff. 8 lit. a/cc des Aktionärsbindungsvertrages ist zu schliessen, dass die Beteiligungsforderung jeweils Ende jenes Jahres zur Zahlung fällig wird, in denen die entsprechenden Lohnzahlungen des Beklagten erfolgen. Die Abfindungszahlung wurde dem Beklagten im Jahre 2002 ausgerichtet. Daher wurde der entsprechende Beteiligungsanspruch des Klägers am 31. Dezember 2002 zur Auszahlung fällig. Wie vorne gezeigt worden ist, ist nicht die D. AG für diese Auszahlung passivlegitimiert, sondern im Sinne von Art. 111 OR der Beklagte als Garant dieser Zahlung.

Da der Beklagte nicht darauf hingewirkt hat, dass der Kläger seine Beteiligungsforderung ausbezahlt erhält, hat er gegen den Aktionärsbindungsvertrag verstossen. Der Beklagte hat dem Kläger deshalb die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe in Höhe von CHF 40'000.00 zu bezahlen. Die Frage der Verjährung der Garantieleistung des Beklagten auf dieser Beteiligungsforderung und der entsprechenden Konventionalstrafe ist nicht zu prüfen, da der Beklagte seine Verjährungseinrede auf die Beteiligungsforderungen der Jahre 1998 bis 2001 beschränkt hat (act. 10, S. 26 f.; act. 26, S. 53 f.).

D. Verzugszinsen

Der Kläger fordert auf den einzelnen Konventionalstrafen einen Verzugszins von 5 %. Das Datum der Pflichtverletzung des Beklagten betrachtet er als Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR, so dass für den Eintritt des Verzuges keine Mahnung erforderlich gewesen sei. Er bezieht sich dabei auf die Formulierung von Ziff. 12 des Aktionärsbindungsvertrages, wonach eine Vertragspartei mit der Pflichtverletzung in die Konventionalstrafe "verfällt". Demgemäss fordert er den Verzugszins ab seiner Nichtwahl in den Verwaltungsrat an den Generalversammlungen vom 11. Juni 2009, 30. Juni 2011 und 28. Juni 2012 sowie für die Beteiligungsforderungen mit der Weigerung des Beklagten vom 23. Oktober 2012, ihm diese auszuzahlen.

Nach Ansicht des Beklagten bildet das Datum der Pflichtverletzung keinen Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR, da im Aktionärsbindungsvertrag kein Zahlungstermin für die Konventionalstrafe festgelegt worden sei. Deshalb sei ein Verzugszins spätestens ab der Mahnung, d.h. mit der Stellung des Vermittlungsbegehrens am 21. Dezember 2012, geschuldet (act. 10, S. 29 f.).

Zur Frage des Verzugesintritts bei einer Konventionalstrafe bestehen verschiedene Lehrmeinungen. Nach BUCHER liegt bei einer genauen vertraglichen Bestimmung des Zeitpunkts, bei dessen Überschreiten die Konventionalstrafe geschuldet ist, im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR ein Verfalltagsgeschäft mit automatischem Verzugesintritt vor. Ohne solche Abrede könne aber auf eine Mahnung nicht verzichtet werden⁶⁸. WEBER vertritt sinngemäss die Ansicht, dass es nie einer Mahnung bedarf und die Konventionalstrafe stets geschuldet ist, sobald die Bedingungen für die Leistung der Konventionalstrafe eingetreten sind⁶⁹. Verfall und Verzug fallen nach seiner Auffassung bei einer Konventionalstrafe im Sinne einer Verfalltagsabrede zusammen.

Wird von der in Ziff. 2.3.1.A wiedergegebenen Regelung der Konventionalstrafe in Ziff. 12 des Aktionärsbindungsvertrages ausgegangen, so wird mit dem dort verwendeten Begriff "verfällt" zunächst zum Ausdruck gebracht, dass die Konventionalstrafe mit der Pflicht-

⁶⁸ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 470, Fn 17.

⁶⁹ ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, Art. 102 OR, N 25.

verletzung geschuldet und damit fällig geworden ist⁷⁰. Wird weiter auf die oben wiedergegebenen Lehrmeinungen von BUCHER und WEBER abgestellt, kann in diesem Fall auf eine Mahnung verzichtet werden, da in Ziff. 12 des Aktionärbindungsvertrages der Zeitpunkt genau festgelegt worden ist, ab wann die Konventionalstrafe geschuldet und zur Zahlung fällig ist. Dies ist nach der zitierten Regelung der Parteien zeitlich unmittelbar mit der Pflichtverletzung der Fall. Der Begriff "verfällt" ist im Sinne der beiden zitierten Lehrmeinungen auch als gleichzeitiger Eintritt des Verzuges zu interpretieren.

Der Verfall der Konventionalstrafe ohne vorgängige Mahnung ist im vorliegenden Fall, abgesehen von den zitierten Lehrmeinungen, aus einem weiteren Grund richtig: Gemäss Lehre und Rechtsprechung bestehen Fälle, in denen der Gläubiger von einer Mahnung absehen kann und der Schuldner mit der Fälligkeit der Forderung gleichzeitig auch in Verzug gerät. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Schuldner unmissverständlich erklärt, dass er nicht leisten werde, und sich demzufolge eine Mahnung als überflüssig erweist. Daher kann der Gläubiger auf die Mahnung analog zu Art. 108 Abs. 1 OR verzichten⁷¹. Im vorliegenden Fall geht es zum einen um die Nichtwahl des Klägers in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012. Mit dessen Nichtwahl hat der Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er diese Verpflichtung des Aktionärbindungsvertrages nicht zu erfüllen gedenkt, da nach seiner Auffassung der Kläger die vertraglichen Voraussetzungen für eine solche Wahl nicht erfüllt. Der Beklagte brachte damit implizit, aber trotzdem deutlich genug zum Ausdruck, dass er mit der Nichtwahl des Klägers den Aktionärbindungsvertrag nicht verletzt hat und folglich auch keine Konventionalstrafe schuldet. Eine Mahnung des Klägers, die Konventionalstrafe für die Nichtwahl in den Verwaltungsrat zu bezahlen, erwies sich daher als überflüssig. Bezüglich der Zahlung der Beteiligungsforderung verhält es sich ähnlich: Der klägerische Rechtsvertreter hat dem Rechtsvertreter des Beklagten am 5. September 2012 den Entwurf der Klageschrift zukommen lassen. Dem Antwortschreiben seines Rechtsvertreters vom 23. Oktober 2012 ist zu entnehmen, dass er die behaupteten Konventionalstrafen zur Kenntnis genommen hat, die klägerische Sachdarstellung aber bestritt (act. 11/20). Er brachte in diesem Antwortschreiben wiederum zum Ausdruck, keine Pflichtverletzung begangen zu haben und keine Konventionalstrafe zu schulden. Eine separate Fristansetzung des Klägers mit der zusätzlichen Aufforderung an den Beklagten, aufgrund dieser Zahlungsweigerung nun die

⁷⁰ EUGEN BUCHER, a.a.O., S. 469: "Die Konventionalstrafe als bedingte Verbindlichkeit ist dann geschuldet ("verfallen", "verwirkt"), ..."

⁷¹ WOLFGANG WIEGAND, a.a.O., Art. 102, N 11, mit Verweis auf BGE 94 II 32 und BGE 97 II 64.

Konventionalstrafe zu schulden, erwies sich daher ebenfalls als überflüssig. Der Verfall der Konventionalstrafe ist somit spätestens mit dieser Zahlungsweigerung am 23. Oktober 2012 eingetreten. Abgesehen davon könnte die im Entwurf der Klageschrift enthaltenen Konventionalstrafen auch als verzugsauslösende Mahnung aufgefasst werden.

Ob der Verzug des Beklagten aufgrund einer entsprechenden Verfalltagsabrede im Aktionärbindungsvertrag oder seiner impliziten Weigerung, die geforderte Konventionalstrafe zu bezahlen, eingetreten ist, kann somit offengelassen werden. Die Verzugszinsen auf den einzelnen Konventionalstrafen sind daher ab den vom Kläger geforderten Zeitpunkten geschuldet.

2.3.2 Wahl in den Verwaltungsrat

Der Kläger beantragt, der Beklagte sei gestützt auf Ziff. 5 des Aktionärbindungsvertrages zu verpflichten, ihn an der nächsten Generalversammlung in den Verwaltungsrat der D. AG zu wählen. Für die Begründung dieses Antrages kann zur Vermeidung von Wiederholungen grundsätzlich auf die Ausführungen in Ziff. 2.3.1.B bezüglich dreifacher Nichtwahl des Klägers in den Verwaltungsrat verwiesen werden. Dort sind auch die Einwände des Beklagten dargestellt. In der rechtlichen Beurteilung am angegebenen Ort wurde dargelegt, dass der Kläger die Voraussetzungen gemäss Aktionärbindungsvertrag für eine Zuwahl in den Verwaltungsrat in den Jahren 2009, 2011 und 2012 erfüllt hat, und wurden die Einwände des Beklagten verworfen. Darauf kann verwiesen werden. Im vorliegenden Zusammenhang bedarf es aber noch der Auseinandersetzung mit dem zusätzlichen Einwand des Beklagten, der Kläger habe auch in dem Sinne gegen die Interessen der D. AG gehandelt, als er die dringend notwendige Sitzverlegung des Unternehmens in den Kanton St. Gallen verhindert habe (act. 26, S. 3 f., 43, 50), und erfülle aus diesem Grund die Voraussetzungen für eine Zuwahl in den Verwaltungsrat nicht. Der Beklagte führt dazu aus, dass die produktive Tätigkeit der D. AG heute ausschliesslich in Y./SG stattfinde, während das Unternehmen immer noch im Kanton Appenzell Ausserrhoden im Handelsregister eingetragen sei. Die Behörden würden daher seit längerem eine Sitzverlegung in den Kanton St. Gallen verlangen, dies als Voraussetzung für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen. Die entsprechende Statutenänderung hätte an der Generalversammlung vom 12. Juni 2014 vollzogen werden sollen. Der Kläger habe aber, obwohl er über alle notwendigen Informationen statutengemäss rechtzeitig verfügt habe, der Sitzverlegung mit der Begründung nicht zugestimmt, dass er diese

Frage zuerst mit seinem Anwalt besprechen wolle, angeblich um die steuerlichen Konsequenzen zu beurteilen. An der zweiten Generalversammlung vom 22. September 2014 habe er seine Zustimmung zur Sitzverlegung von seiner Wahl in den Verwaltungsrat abhängig gemacht. Da er in der Folge an dieser Generalversammlung nicht in den Verwaltungsrat gewählt worden sei, habe er wiederum seine Zustimmung zur Sitzverlegung verweigert, welche deswegen nicht habe vollzogen werden können. Dieses Verhalten des Klägers mache deutlich, dass er einzig auf seine eigenen Interessen fixiert und ihm die D. AG im Grunde egal sei.

Dieser erstmals in der Duplik erhobene zusätzliche Einwand gegen die Wahl des Klägers in den Verwaltungsrat, stellt ein Novum im Sinne von Art. 229 ZPO dar. Von der Möglichkeit einer Noveneingabe hat der Kläger abgesehen⁷². Die Darstellung des Beklagten, wenigstens soweit es um die neu vorgebrachten Fakten geht, hat daher als unbestritten zu gelten. Davon nicht betroffen ist die dargestellte Bewertung dieser Fakten durch den Beklagten.

Wie bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zur dreifachen Nichtwahl des Klägers in den Verwaltungsrat ausgeführt worden ist (Ziff. 2.3.1.B), ist die Beurteilung des Stimmverhaltens eines Aktionärs an der Generalversammlung im Hinblick auf ein damit verbundenes Zuwiderhandeln gegen die Gesellschaftsinteressen mit Zurückhaltung zu würdigen, insbesondere wenn es um Fragen der wirtschaftlichen Zweckmässigkeit von unternehmerischen Entscheiden geht. Im konkreten Fall hat der Kläger sich nicht grundsätzlich gegen eine Sitzverlegung der D. AG ausgesprochen, sondern diese von seiner gleichzeitigen Wahl in den Verwaltungsrat abhängig gemacht. Es fragt sich daher, ob er sein Stimmrecht als Aktionär für sachfremde und gesellschaftsschädigende Zwecke eingesetzt hat. Dies muss verneint werden, da die beiden Fragen sachlich eng zusammenhängen. Zum einen verfügt der Kläger über einen vertraglichen Anspruch auf Zuwahl in den Verwaltungsrat. Dieser kann lediglich noch daran scheitern, dass ihm gesellschaftsschädigendes Verhalten vorzuwerfen ist. Es erscheint nun aber als widersprüchlich, wenn der Beklagte mit der Nichtwahl des Klägers in den Verwaltungsrat selber vertragswidrig handelt und dieses mit einem gesellschaftsschädigenden Verhalten des Klägers begründet, das seine Ursache wiederum darin hat, dass ihm die Wahl in den Verwaltungsrat verweigert wird. Die zirkuläre Situation lässt sich aber leicht auflösen, da mit

⁷² LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, Art. 229, N 9.

der Wahl des Klägers in den Verwaltungsrat gleichzeitig auch der Grund für das von der Beklagten als gesellschaftsschädigend betrachtete Verhalten des Klägers wegfällt und er der Sitzverlegung der D. AG danach offensichtlich zustimmen wird, wie er an der Generalversammlung vom 22. September 2014 hat verlauten lassen.

Der Kläger hat somit einen Anspruch auf Zuwahl in den Verwaltungsrat der D. AG. Grundsätzlich hat er ein Recht auf Realerfüllung⁷³. Da gemäss Ziff. 12 Absatz 2 des Aktionärsbindungsvertrages die Bezahlung der Konventionalstrafe nicht von der Pflicht zur Vertragserfüllung entbindet, kommt Art. 160 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung. Da unbestritten ist, dass die Zwangsvollstreckung eines Urteils auf Stimmabgabe durch mittelbaren Zwang, das heisst durch Androhung einer Ungehorsamsbusse gemäss Art. 292 StGB erfolgen kann, wird diese Androhung antragsgemäss in das Urteilsdispositiv aufgenommen.

Der Kläger beantragt weiter, dem Beklagten sei eine Abwahl des Klägers aus dem Verwaltungsrat zu verbieten. Der Aktionärsbindungsvertrag regelt die Abwahl eines Verwaltungsrates nicht. Damit kann ein Verbot der Abwahl nicht zum vorneherein ausgesprochen werden, falls der Kläger später die Voraussetzungen für einen Verbleib im Verwaltungsrat nicht mehr erfüllen sollte. Dafür gelten die statutarischen und gesetzlichen Regelungen. Sollte sich der Kläger beispielsweise der Sitzverlegung der D. AG nach seiner Wahl in den Verwaltungsrat weiterhin entgegenstellen, obwohl keine sachlichen Gründe dafür ersichtlich sind und der D. AG dadurch Schaden erwachsen würde, wäre seine Abwahl unter Umständen gerechtfertigt. Diese Möglichkeit muss dem Beklagten gewahrt bleiben, weshalb ein richterliches Verbot der Abwahl des Klägers aus dem Verwaltungsrat ausgeschlossen ist.

III. Prozesskosten

1. Die Gerichtskosten werden gestützt auf Art. 17 lit. b der Gebührenordnung auf CHF 12'000.00 festgelegt. Dazuzuzählen sind die Kosten für das Vermittlungsverfahren in Höhe von CHF 400.00, welche der Kläger vorgeschossen hatte. Insgesamt resultieren somit Gebühren in Höhe von CHF 12'400.00.

⁷³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 482, N 191.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Der Beklagte ist in diesem Verfahren weitestgehend unterlegen, weshalb die Kosten ihm aufzuerlegen sind. Im Betrage von CHF 6'400.00 wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt, da er einen Kostenvorschuss in Höhe von CHF 6'000.00 geleistet und die Vermittlungskosten in Höhe von CHF 400.00 vorgeschossen hatte (*Korrektur Dispositiv Ziff. 3*).

2. Zu den Prozesskosten gehört nach Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO auch die Parteientschädigungen. Als Parteientschädigung gelten nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO die Kosten einer berufsmässigen Vertretung. Art. 105 Abs. 2 ZPO hält fest, dass das Gericht die Parteientschädigungen nach den Tarifen zuspricht und die Parteien eine Kostennote einreichen können.

Bei einem Streitwert von CHF 170'000.00 beträgt das mittlere Honorar CHF 14'710.00. Dazu kommen Barauslagen in Höhe von pauschal CHF 100.00 und die Mehrwertsteuer von 8 % (CHF 1'184.80). Der Beklagte wird deshalb verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 15'994.80 zu bezahlen.

Demnach hat das Kantonsgericht erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 160'000.00 zuzüglich Zins zu 5% auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 11. Juni 2009, Zins zu 5% auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 30. Juni 2011, Zins zu 5% auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 28. Juni 2012 und Zins zu 5% auf einem Betrag von CHF 40'000.00 seit 23. Oktober 2012 zu bezahlen.

2. Der Beklagte wird unter Androhung von Busse oder Haft gemäss Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall verpflichtet, den Kläger an der nächsten Generalversammlung der D. AG in den Verwaltungsrat zu wählen, solange der Kläger sich für dieses Amt zur Verfügung stellt.

3. Die Gerichtskosten, bestehend aus

CHF	400.00	Kosten Schlichtungsverfahren
CHF	12'000.00	Entscheidunggebühr
CHF	12'400.00	insgesamt,

werden vollumfänglich dem Beklagten auferlegt, unter Anrechnung des vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 6'400.00. Im Betrage von CHF 6'400.00 wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 15'994.80 zu bezahlen.

5. Dieser Entscheid kann mit Berufung angefochten werden. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich, begründet und mit bestimmten und gegebenenfalls bezifferten Anträgen versehen beim Obergericht Appenzell Auser rhoden, 9043 Trogen, einzureichen. Zulässige Berufungsgründe sind unrichtige Rechts-

anwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Wird nur der Kostenentscheid angefochten, ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich, begründet und mit bestimmten und gegebenenfalls bezifferten Anträgen versehen beim Obergericht Appenzell Ausserrhoden, 9043 Trogen, einzureichen. Zulässige Beschwerdegründe sind unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Fax-Schreiben und E-Mails sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

6. Zustellung am _____ an:
- Rechtsvertreter des Klägers, mit Gerichtsurkunde
 - Rechtsvertreter des Beklagten, mit Gerichtsurkunde

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. Pius Gebert

Dr. iur. Evelyne Gmünder