

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis.....	XXXI
EINLEITUNG	1
TEIL 1: GRUNDLAGEN	5
§ 1 Die Rechte und Pflichten der Aktionäre im Allgemeinen	5
I. Vorbemerkungen	5
II. Die vermögensmässigen Rechte	5
III. Die nicht vermögensmässigen Rechte	6
1. Die Schutzrechte	6
2. Die Mitwirkungsrechte.....	6
§ 2 Das Stimmrecht der Aktionäre im Besonderen	7
I. Das Teilnahmerecht (formelles Stimmrecht).....	7
II. Das materielle Stimmrecht	8
1. Vorbemerkungen	8
2. Träger des Stimmrechts.....	8
3. Inhalt und Charakteristika des Stimmrechts	9
4. Kapitalbezogenheit des Stimmrechts	9
5. Ausübung des Stimmrechts	10
6. Ausschlüsse und Beschränkungen des Stimmrechts.....	11
a. Vorbemerkungen	11
b. Gesetzliche Stimmrechtsausschlüsse.....	11
c. Statutarische Stimmrechtsbeschränkungen	12
d. Vertragliche Stimmrechtsbeschränkungen	12

e. Gleichbehandlungsgebot, Gruppenklauseln und nachträgliche Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen.....	13
§ 3 Die individuelle und die institutionelle Stimmrechtsvertretung	14
I. Vorbemerkungen.....	14
II. Die individuelle Stimmrechtsvertretung	15
1. Begriff	15
2. Statutarisch geforderte Eigenschaften des Vertreters	16
a. De lege lata	16
b. De lege ferenda.....	16
c. Stellungnahme	18
III. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung	19
1. Begriff und Eignung.....	19
2. Gesetzliche Regelung.....	20
3. Erscheinungsformen.....	20
a. Der Organvertreter.....	20
(1) Allgemeines	20
(2) Ausgewählte Teilaspekte	22
(i) Weisungseinholungspflicht	22
(ii) Weisungsbefolgungspflicht.....	23
(iii) Organvertretung beim Entlastungsbeschluss	25
(a) Vorbemerkungen	25
(b) Der Ansatz des Bundesgerichts	25
(c) Vom Bundesgericht abweichender Ansatz.....	26
b. Der Depotvertreter.....	27
(1) Allgemeines	27
(2) Ausgewählte Teilaspekte	28
(i) Weisungseinholungs- und Weisungsbefolgungspflicht	28
(ii) Depotvertretung in der eigenen Generalversammlung.....	29
c. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter	31
4. Transparenz	32
IV. Gemeinsame Bestimmungen für die individuelle und die institutionelle Stimmrechtsvertretung	33
1. Vorbemerkungen.....	33
2. Persönliche Eigenschaften des Vertreters	33
3. Vollmacht und Ermächtigung	34
4. Weisungsbefolgungspflicht.....	35
5. Mehrere Berechtigte.....	35

6. Unbefugte Teilnahme	36
§ 4 Die Entwicklung der unabhängigen Stimmrechtsvertretung	37
I. Ursprünglicher Zweck	37
II. Bedeutung in der Praxis	38
1. Vorbemerkungen	38
2. Bericht der Kartellkommission 1979	39
3. Entwicklung in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts	40
4. Umfrage des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich aus dem Jahr 2002	40
5. Fazit und Entwicklungstrend	41
III. Gesetzgebung	42
1. Fehlende Regelung im alten OR von 1936	42
2. Regelung im revidierten Aktienrecht von 1991	43
3. Revisionsbestrebungen	43
 TEIL 2: DIE RECHTSSTELLUNG DES UNABHÄNGIGEN STIMMRECHTSVERTRETERS	 45
§ 5 Die Unabhängigkeit gemäss Art. 689c OR	45
I. Vorbemerkungen	45
II. Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 727c OR als Leitlinie für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter	46
1. Die Unabhängigkeit gemäss Art. 727c OR	46
a. Allgemeines	46
b. Methodologisches	47
c. Inhalt	48
(1) Einleitende Bemerkungen	48
(2) Innere und äussere Unabhängigkeit	49
(3) Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat und vom Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt	50
(4) Das Verbot der Revisoren, Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft zu sein	51
(5) Das Verbot der Revisoren, Arbeiten für die zu prüfende Gesellschaft auszuführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind	51

(6) Das Verbot der Annahme besonderer Vorteile.....	52
(7) Unabhängigkeit und Beratungstätigkeit durch die Revisionsstelle	52
(8) Die Grenzen der Unabhängigkeit.....	54
(9) Neuere bestehende und geplante Regelungen mit Auswirkungen auf die Unabhängigkeit der Revisionsstelle.....	54
(i) Vorbemerkungen.....	54
(ii) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance und Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der SWX.....	55
(iii) Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren.....	56
(iv) Sarbanes Oxley Act.....	56
(v) Entwurf zu einer neuen 8. EU-Richtlinie	58
(10)Fazit	58
2. Eignung von Art. 727c OR als Leitlinie für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter	59
a. Vorbemerkungen	59
b. Geeignete Kriterien gemäss Art. 727c OR.....	60
c. Ungeeignete Kriterien gemäss Art. 727c OR.....	61
d. Fazit	61
3. Methodologisches.....	62
III. Exkurs: Die Unabhängigkeit des Anwalts als zusätzliche Leitlinie für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	62
1. Vorbemerkungen.....	62
2. Die Unabhängigkeit des Anwalts gemäss BGFA	63
3. Stellungnahme	64
§ 6 Der unabhängige Stimmrechtsvertreter als vom Gesetz vorgesehener Vertreter.....	65
I. Einleitende Bemerkungen.....	65
II. Keine Organeigenschaft gemäss Art. 754 Abs. 1 OR.....	65
III. Die Pflicht der Gesellschaft zur Einsetzung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters als Kontrahierungspflicht	68
1. Die Kontrahierungspflicht im Allgemeinen.....	68
a. Grundlagen von Kontrahierungspflichten	68
b. Enger Begriff der Kontrahierungspflicht gemäss herrschender Lehre..	68

c. Weiter Begriff der Kontrahierungspflicht	69
d. Vermittelnder Begriff der Kontrahierungspflicht.....	69
2. Die Kontrahierungspflicht gemäss Art. 689c OR im Besonderen.....	70
a. Kontrahierungspflicht der Gesellschaft.....	70
(1) Gemäss enger Begriffsbestimmung der herrschenden Lehre	70
(2) Gemäss weiter Begriffsbestimmung.....	70
(3) Gemäss vermittelnder Begriffsbestimmung	70
b. „Kontrahierungspflicht“ des unabhängigen Stimmrechtsvertreters	71
3. Fazit	72
IV. Folgen der Qualifikation als vom Gesetz vorgesehener Vertreter.....	73
1. Vorbemerkungen.....	73
2. Anwendbarkeit von statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	73
a. Grundsätzliches.....	73
b. Problematik der Durchsetzbarkeit von Stimmrechtsbeschränkungen...	74
(1) Ausgangslage	74
(2) Bei Namenaktien.....	74
(3) Bei Inhaberaktien.....	75
(i) Im Allgemeinen.....	75
(ii) Bei der individuellen Vertretung im Besonderen.....	76
(iii) Bei der Vertretung durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Besonderen.....	77
c. Fazit	79
3. Anwendbarkeit von Beschränkungen der Stimmrechtsvertretung auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	80
a. Grundsätze	80
b. Erfordernis besonderer Eigenschaften.....	81
(1) Im Allgemeinen	81
(2) Beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Besonderen.....	82
c. Vinkulierung der Vertretungsbeschränkung.....	83
d. Begrenzung der Anzahl Vertreter pro Aktionär	83
e. Begrenzung der Anzahl zu vertretender Aktionäre pro Vertreter	83
f. Höchstvertretungsklauseln.....	84
(1) Im Allgemeinen	84
(2) Beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Besonderen.....	84
g. Fazit	85

§ 7 Die rechtliche Beziehung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zur Gesellschaft	87
I. Vorbemerkungen.....	87
II. Die rechtliche Beziehung als echter Vertrag zugunsten eines Dritten ...	87
1. Der Vertrag zugunsten eines Dritten im Allgemeinen.....	87
2. Der echte Vertrag zugunsten eines Dritten im Besonderen.....	88
3. Subsumtion des Verhältnisses zwischen unabhängigem Stimmrechtsvertreter und Gesellschaft unter den Begriff des Vertrags zugunsten eines Dritten	89
4. Subsumtion des Verhältnisses zwischen unabhängigem Stimmrechtsvertreter und Gesellschaft unter den Begriff des echten Vertrags zugunsten eines Dritten	89
III. Die rechtliche Beziehung als Vertrag des Besonderen Teils des OR.....	90
1. Der wesentliche Inhalt der rechtlichen Beziehung	90
2. Keine Qualifikation als Einzelarbeitsvertrag	91
3. Qualifikation als Werkvertrag?.....	92
a. Definition des Werkvertrags.....	92
b. Subsumtion unter den Begriff des Werkvertrags	92
(1) Für den Werkvertrag sprechende Elemente.....	92
(2) Gegen den Werkvertrag sprechende Elemente.....	94
(3) Fazit	94
4. Qualifikation als einfacher Auftrag.....	95
a. Definition des einfachen Auftrags.....	95
b. Subsumtion unter den Begriff des einfachen Auftrags.....	95
(1) Zustimmung der Lehre zum einfachen Auftrag.....	95
(2) Weitere für den einfachen Auftrag sprechende Elemente	96
IV. Fazit	96
§ 8 Die rechtliche Beziehung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zum Aktionär	97
I. Die rechtliche Beziehung als „direktes Leistungsverhältnis“	97
1. Begriffliches	97
2. Das direkte Forderungsrecht des Aktionärs gegenüber dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	97
3. Der wesentliche Inhalt der rechtlichen Beziehung	98
II. Besonderheiten	98

1. Das Recht des Aktionärs auf Einsetzung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters.....	98
2. Einreden des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (Promittent) gegenüber dem Aktionär (Dritter).....	99
a. Beim Vertrag zugunsten eines Dritten im Allgemeinen.....	99
b. Beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Besonderen	99
(1) Einredeausschluss durch Gesetzesbestimmung	99
(2) Einredeausschluss durch Rechtsschein	100
(3) Einredeausschluss durch selbständigen Vertrag über die Dritteleistung...	100
c. Stellungnahme	101
3. Das Verfügungsrecht der Gesellschaft (Promissarin) über die Forderung	102
4. Die Berechtigung der Gesellschaft (Promissarin).....	102
III. Exkurs: Allfällige weitere Qualifikationsmöglichkeiten der rechtlichen Beziehung.....	103
1. Das Verhältnis zwischen unabhängigem Stimmrechtsvertreter und Aktionär als selbständiger Auftrag.....	103
2. Das Verhältnis zwischen unabhängigem Stimmrechtsvertreter und Aktionär als Geschäftsführung ohne Auftrag	104
IV. Fazit	105

TEIL 3: DIE STIMMRECHTSAUSÜBUNG DURCH DEN UNABHÄNGIGEN STIMMRECHTSVERTRETER

§ 9 Voraussetzungen	107
I. Einleitende Bemerkungen	107
II. Vollmacht für die offene Vertretung von Namenaktien	107
1. Der Begriff der Vollmacht	107
2. Der Begriff der offenen Vertretung von Aktionären	108
3. Besonderheiten der Vollmacht bei der offenen Vertretung von Namenaktien durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter	109
a. Schriftliche Spezialvollmacht für eine einzelne Generalversammlung.	109
b. Substitutionsvollmacht	110
(1) Recht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zum Erteilen einer Substitutionsvollmacht?.....	110
(2) Pflicht der Gesellschaft, einen Substitutionsbevollmächtigten zuzulassen?	111

	(3) Fazit	112
III.	Ermächtigung und Vollmacht für die offene Vertretung von Inhaberaktien	113
	1. Vorbemerkungen	113
	2. Ermächtigung gemäss Art. 689b Abs. 2 OR	113
	3. Vollmacht gemäss Art. 689a Abs. 1 OR	114
	4. Exkurs: Hinterlegung der Aktien bei der Gesellschaft	115
IV.	Ermächtigung für die verdeckte Vertretung von Inhaberaktien	116
	1. Der Begriff der verdeckten Vertretung	116
	2. Die Legitimationsübertragung im Allgemeinen	117
	3. Die Legitimationsübertragung beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Besonderen	117
V.	Fehlen von Vollmacht und Ermächtigung	118
	1. Fehlen der Vollmacht	118
	2. Fehlen der Ermächtigung	118
 § 10 Die Ausübung des Stimmrechts bei Vorliegen von Weisungen der Aktionäre		119
I.	Vorbemerkungen	119
II.	Der Weisungsbegriff	119
	1. Im Allgemeinen	119
	2. Weisungen für Anträge und Voten im Besonderen	120
III.	Das Wesen des Weisungsrechts	121
IV.	Die Weisungseinholungspflicht	121
	1. Einleitende Bemerkungen	121
	2. Ablehnung einer Weisungseinholungspflicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters	122
	3. Befürwortung einer Weisungseinholungspflicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters	122
	4. Verletzung der Weisungseinholungspflicht	123
	5. Stellungnahme	124
V.	Die Weisungsbefolgungspflicht	124
	1. Begriffliches	124
	2. Geltungsbereich und Inhalt	125
	3. Ausnahmen in aussergewöhnlichen Situationen	125
	4. Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts	126
VI.	Die Weisungswidrige Stimmrechtsausübung	127
	1. Vorbemerkungen	127

2. Abzulehnende Sichtweise: Weisungen als Anordnungen mit körperschaftsrechtlicher Wirkung	127
3. Weisungen als Anordnungen im Innenverhältnis zwischen Aktionär und unabhängigem Stimmrechtsvertreter	128
4. Rechtsfolgen.....	129
5. Exkurs: Weisungswidrige Stimmrechtsausübung aufgrund eines Willensmangels beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter.....	130
VII. Die Durchsetzbarkeit von Weisungen.....	131
1. Vorbemerkungen.....	131
2. Ähnliche Problemstellung wie bei Stimmbindungsabsprachen.....	132
3. Erfüllungsklage	133
a. Erläuterungen anhand des Beispiels der Stimmbindungsabsprache	133
b. Erläuterungen zum Verhältnis zwischen Aktionär und unabhängigem Stimmrechtsvertreter.....	133
4. Vorsorglicher Rechtsschutz	134
a. Erläuterungen anhand des Beispiels der Stimmbindungsabsprache	134
b. Erläuterungen zum Verhältnis zwischen Aktionär und unabhängigem Stimmrechtsvertreter.....	135
5. Vereinbarung einer Konventionalstrafe	135
§ 11 Die Ausübung des Stimmrechts bei Fehlen von Weisungen der Aktionäre.....	136
I. Problematik	136
II. Lösungsansätze de lege lata	138
1. Vorbemerkungen: Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts.....	138
2. Stimmrechtsausübung bei Statuierung der Vermutungsregel „in dubio pro administratione“ durch die Gesellschaft.....	138
3. Stimmrechtsausübung ohne Statuierung der Vermutungsregel „in dubio pro administratione“ durch die Gesellschaft.....	140
a. „Pro administratione“	140
b. Stimmenthaltung.....	140
c. Gemäss der mutmasslichen Absicht des Vertretenen.....	141
d. Stellungnahme	142
III. Neuere Lösungsvorschläge de lege ferenda.....	144
1. Gründe für eine Gesetzesänderung	144
a. Vermutungsregel „in dubio pro administratione“ aufgrund deren Statuierung durch die Gesellschaft.....	144

b. Vermutungsregel „in dubio pro administratione“ ohne deren Statuierung durch die Gesellschaft.....	146
2. Die einzelnen Lösungsvorschläge.....	146
a. Vorbemerkungen	146
b. Abschaffung der institutionellen Stimmrechtsvertretung.....	147
c. Stimmrechtsausschluss	147
d. Stimmrechtsausübung gemäss der mutmasslichen Absicht des Vertretenen gemäss Art. 419 OR.....	149
e. Vorschlag von der Crone	150
(1) Vorbemerkung	150
(2) Beibehaltung der Regel „in dubio pro administratione“ und Zulässigkeit der Vollmacht nur für die jeweils bevorstehende Generalversammlung.	150
(3) Stellungnahme.....	151
f. Vorschlag Böckli/Huguenin/Dessemontet	151
(1) Vorbemerkungen.....	151
(2) Weisungseinholungspflicht.....	152
(3) Übermittlung der Weisungen der Aktionäre direkt an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter	152
(4) Massgeblichkeit des Verhältnisses „Ja-Stimmen“, „Nein-Stimmen“ bzw. „Stimmenthaltungen“ zur Gesamtzahl der tatsächlich abgegebenen Stimmen für die weisungslosen Vollmachten.....	153
(5) Stellungnahme.....	154
g. Vorschlag Vorentwurf Revision Aktienrecht: Stimmenthaltung, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gelten.....	156
h. Allfällige weitergehende und ergänzende Lösungsvorschläge	157
(1) Vorbemerkungen.....	157
(2) Einführung eines Proxy-Systems nach US-amerikanischem Vorbild	157
(3) Zulassung elektronischer Mittel für die Generalversammlung.....	159
3. Fazit	162
§ 12 Haftungsfragen	164
I. Einleitende Bemerkungen	164
II. Haftung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters gegenüber dem Aktionär.....	165
1. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR.....	165
2. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.....	165
a. Vertragliches Verhältnis zwischen Aktionär und unabhängigem Stimmrechtsvertreter.....	166

b. Die Anspruchsvoraussetzungen.....	166
(1) Pflichtverletzung.....	166
(2) Schaden.....	166
(3) Adäquater Kausalzusammenhang.....	168
(4) Verschulden.....	169
c. Exkurs: Haftung für Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR.....	170
d. Fazit.....	172
3. Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR.....	173
4. Gemäss weiteren Konstrukten bei Leistungsstörungen?.....	174
a. Drittschadensliquidation.....	174
b. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	175
III. Haftung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters gegenüber der Gesellschaft.....	176
1. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR.....	176
2. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR.....	176
a. Vertragliches Verhältnis zwischen Gesellschaft und unabhängigem Stimmrechtsvertreter.....	176
b. Die Anspruchsvoraussetzungen.....	176
(1) Pflichtverletzung.....	176
(2) Schaden.....	177
(3) Adäquater Kausalzusammenhang.....	178
(4) Verschulden.....	179
c. Fazit.....	179
3. Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR.....	180
IV. Tabellarische Übersicht: Mögliche Fehlverhalten der Gesellschaft und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sowie allfällige Konsequenzen.....	181
ZUSAMMENFASSUNG.....	183