



Prof. Dr. Peter Forstmoser
Prof. Dr. Roger Zäch

Musterlösung zur Klausur im Handels- und Wirtschaftsrecht vom 5. September 2001 (Teil Forstmoser)

Peter Forstmoser

Christian Habegger, Catrina Erb, Fiona Forrer

FRAGE 1

Rechtmässigkeit der einzelnen Statutenbestimmungen

1. Art. 1: Zweck

In Art. 1 der Statuten wird der Zweck der Johann Müller Bauhandels AG umschrieben. Nach OR 626 Ziff. 2 gehört die Umschreibung des Zwecks der Gesellschaft zum absolut notwendigen Mindestinhalt der Statuten einer AG. Mit „Zweck“ ist mithin jedoch nicht der sog. Endzweck – bei einer AG in der Regel die Wirtschaftlichkeit oder Gewinnstrebigkeit – ohne jede Bezugnahme auf die konkrete Tätigkeit des Unternehmens gemeint¹. Vielmehr soll damit in allgemeiner Form umschrieben werden, was eine Gesellschaft zu unternehmen und zu erreichen gedenkt, um ihren Endzweck zu fördern². An die statuarische Konkretisierung des Zwecks werden in der Praxis keine hohen Anforderungen gestellt, so dass neben engen, auf die konkrete Tätigkeit begrenzte Zweckumschreibung auch relativ weitgefaste Wendungen zugelassen werden³, nicht jedoch allzu allgemeine Zweckbestimmungen ohne nähere Bestimmung (z.B. „Geschäfte aller Art“)⁴. Nach der Registerpraxis kommt es darauf an, ob der Zweck zumindest theoretisch erfüllbar ist oder nicht. „Handel mit Waren aller Art“ ist dem-

¹ Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht, 2.A. (Zürich 1996), N 109.

² Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996), § 8 N 47.

³ A.a.O. § 8 N 50.

⁴ Franz Schenker: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basel und Frankfurt am Main 1993) zu Art. 626 OR N 9; Böckli, N 109.

nach zulässig, während „Produktion von Waren aller Art“ einen unerfüllbaren Zweck beschreibt und somit nicht zulässig wäre⁵

Die statuarische Zweckumschreibung ist in verschiedener Hinsicht von Bedeutung⁶, i.c. insbesondere für folgendes:

- Zweckwidrige GV-Beschlüsse sind nach OR 706 anfechtbar.
- Bei Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Namenaktien ist der Zweck bedeutsam hinsichtlich der Möglichkeit der Ablehnung von Aktienerwerbem.
- Der Gesellschaftszweck kann eine Ungleichbehandlung von Aktionären i.S.v. OR 706 II Ziff. 3 rechtfertigen.

Nach dem eben Gesagten ergeben sich für die Umschreibung der Tätigkeit („Handel mit Baumaterialien aller Art) keine Probleme, zumal damit das vorgesehene Tätigkeitsfeld hinreichend bestimmt wird und der Inhalt weder unsittlich noch widerrechtlich ist.

Zu prüfen ist im Folgenden jedoch, ob sich allenfalls in Bezug auf die Zweckbestimmung als „unabhängiges Familienunternehmen in der Hand von direkten oder indirekten Nachkommen von Johann Müller“ Probleme ergeben könnten.

Nach OR 685b I kann eine Gesellschaft einen Erwerber nicht börsenkotierter Namenaktien ablehnen, „wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gibt“. Ein aner kennenswerter Grund für die Ablehnung stellt nach OR 685b II „die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen“, dar. Die Zweckklausel in den Statuten kann damit also mehr oder weniger gezielt als Anknüpfungspunkt für die Vinkulierung, d.h. als Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung eines Erwerbers benutzt werden, obwohl sie sich damit u.U. von ihrer eigentlichen Aufgabe, der Umschreibung des Tätigkeitsfeldes entfernt⁷. Bezogen auf die Statuten der Johann Müller Bauhandels AG kann also daraus geschlossen werden, dass die Zweckumschreibung in Art. 1 der Statuten zulässig ist, zumal sie neben den Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionariats auch das gesellschaftliche Tätigkeitsfeld umschreibt. Es kann aber mit entsprechenden Argumenten auch die Ansicht vertreten werden, die Zweckbestimmung als „Familiengesellschaft“ in den Statuten sei als Vinkulierungsgrund nicht zulässig. Zu diesem Ergebnis gelangte z.B. das Zür-

⁵ Forstmoser et al., § 8 FN 44

⁶ Vgl. Übersicht in Forstmoser et al., § 8 N 52ff.

⁷ Böckli, N 724a.

cher Handelsgericht, das in einer Streitsache in der Referentenaudienz die Auffassung vertrat, man könne den Vinkulierungsgrund „Familiengesellschaft“ in den Statuten nicht vorsehen, auch nicht, indem man den Zweck entsprechend ergänze.

2. Art. 5: Stimmrecht

Gemäss OR 692 II „können die Statuten die Stimmzahl der Besitzer mehrerer Aktien beschränken“, was zur Folge hat, dass die Stimmrechte der die Limite übersteigenden Aktien ruhen⁸. Das häufigste Kriterium zur Begrenzung der Stimmkraft ist die Festlegung einer bestimmten prozentualen Maximalzahl von Aktienstimmen⁹. Die Begrenzung kann sich sowohl nur auf die eigenen wie auch auf sämtliche durch einen Aktionär vertretenen Aktien beziehen¹⁰, zumal das Gesetz in OR 627 Ziff. 10 auch die Einschränkung der Vertretung erlaubt. Die Stimmkraftbeschränkung¹¹ kann nur für alle Aktionäre gleichermassen und nach objektiven, einheitlichen Kriterien erfolgen¹². Die nachträgliche Einführung einer Höchststimmklausel ist im Gegensatz zur Einführung anlässlich der Gründung mittels sachlicher Gründe zu rechtfertigen, grundsätzlich aber zulässig, da der in den ursprünglichen Statuten gewährte Umfang des Stimmrechts nicht als unentziehbar gilt¹³. Einen solchen sachlichen Grund stellt z.B. die Erschwerung feindlicher Übernahmen dar, indem der Aufkauf der Aktienmehrheit nicht gleichzeitig zur Kontrolle über die Gesellschaft führt.

Indem Art. 5 Abs. 2 der Statuten der Johann Müller Bauhandels AG vorsieht, dass „bei der Ausübung [...] kein Aktionär für eigene und vertretene Aktien zusammen mehr als 5% des gesamten Aktienkapitals direkt oder indirekt auf sich vereinigen“ kann, wird also eine in der Praxis durchaus geläufige¹⁴ und nach obigen Ausführungen (mindestens von den vorgesehenen Ausnahmen isoliert betrachtet) nicht zu beanstandende statuarische Stimmrechtsbeschränkung eingeführt.

Art. 5 Abs. 3 der Statuten sieht vor, dass „diese Begrenzung [...] nicht für Aktionäre [gilt], die im Zeitpunkt der Einführung dieser Bestimmung mit mehr als 5% des gesamten Aktienkapitals im Aktienbuch eingetragen sind“, was i.c. gemäss Sachverhalt auf die drei AktionärInnen A. Müller, B. Müller und C. Müller zutrifft.

⁸ Forstmoser et al., § 24 N 60.

⁹ A.a.O. N 61.

¹⁰ A.a.O. N 63; BGE 117 II 187.

¹¹ Nach Von Salis, § 8 S. 53 wird das Stimmrecht in seinem Umfang beschränkt, weshalb genaugenommen eine Stimmkraftbeschränkung vorliegt.

¹² Böckli, N 1411c.

¹³ Forstmoser et al., § 24 N 66.

¹⁴ Vgl. BGE 117 II 187.

Eine weitere Ausnahme sieht Art. 5 Abs. 4 vor, der auch Nachkommen der in Abs. 3 genannten Aktionäre in gerader Linie von der Beschränkung ausnehmen will.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Zulässigkeit der hiermit statuierten Ausnahmen von der Stimmrechtsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 der Statuten. Nach OR 706 ist die spätere Einführung von Stimmrechtsbeschränkungen wie jede andere Statutenänderung, die Aktionärsrechte einschränkt nur dann zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt und im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismässig und insbesondere dem Grundsatz dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip Rechnung trägt¹⁵. Weiter ist zu beachten, dass von einer späteren Einführung einer Höchststimmklausel auch die bereits erworbenen Aktien erfasst werden¹⁶. Ohne die in Abs. 3 vorgesehene Ausnahme wären also auch A., B. und C. Müller, die ja z.Zt. je 33 1/3 % der Aktien halten, von der eingeführten Höchststimmklausel betroffen. Die vorgesehene Ausnahme muss jedoch gerade im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden.

Die Stimmkraftbeschränkung kann wie erwähnt nur für alle Aktionäre gleichermassen und nach objektiven, einheitlichen Kriterien erfolgen. Dementsprechend wird es allgemein als unzulässig betrachtet, einzelne namentlich genannte Aktionäre oder Aktionärsgruppen von der Stimmenlimite auszunehmen¹⁷, zumal die fallweise Anwendung oder Nichtanwendung auf einzelne Personen zu einer Konzentration von Stimmkraft bei bevorzugten Personen führen würde¹⁸. Eine solche Berücksichtigung persönlicher Eigenschaften widerspräche aber dem Wesen der Aktiengesellschaft als ausschliesslich kapitalbezogene Gesellschaft¹⁹. Es bestehen hier insbesondere wesentliche Unterschiede zur nachträglichen Einführung einer Vinkulierung. Da das Aktienrecht kein Ausschlussrecht kennt²⁰, kann ein einmal eingetragener Aktionär durch die nachträgliche Einführung einer Vinkulierung nicht als solcher aberkannt werden²¹.

Die soeben angeführten Aussagen beziehen sich jedoch auf den Fall, dass mittels einer Ausnahmebestimmung einzelne Personen schon bei der Einführung oder für die Zukunft von der

¹⁵ So auch die herrschende Lehre: Vgl. Andreas Länzlinger: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basel und Frankfurt am Main 1993) zu Art. 692 OR N 8; Böckli, N 1411c; Forstmoser et al., § 24 N 69.

¹⁶ Von Salis, § 9 S. 113.

¹⁷ Forstmoser et al., § 24 N 70; Böckli, N 1411c; von Salis S. 264.

¹⁸ Claire Huguenin Jacobs: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (Zürich 1994), S. 157 und 162.

¹⁹ Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht 8.A. (Bern 1998), § 3 N 10, § 16 N 13.

²⁰ Mit Ausnahme der hier nicht vorliegenden Kaduzierung nach OR 681 II.

²¹ Forstmoser et al., § 44 N 255a.

Höchststimmklausel ausgenommen werden, während diese gleichzeitig auf andere Aktionäre angewendet wird. Die in Abs. 3 der Statuten vorgesehene Ausnahme bezieht sich nun aber auf alle zur Zeit der Einführung vorhandenen Aktionäre, die im übrigen auch in gleichem Umfang von der Ausnahme profitieren, da sie alle $33 \frac{1}{3}\%$ der Aktien halten. I.c. besitzen also alle drei Aktionäre gleich viele Stimmen und die Höchststimmlimite soll tiefer angesetzt werden. Somit bewirkt die vorgesehene Höchststimmlimite keine Änderung der *Stimmkraft* der Aktionäre, denn alle Aktionäre werden gleich stark beschränkt, so dass sich das Stimmkraftverhältnis unter ihnen nicht verändert²². Obwohl in Zukunft durchaus eine Ungleichbehandlung anderer Aktionäre vorliegen kann sind im Moment der Einführung die Aktionäre alle gleichermassen betroffen und die Einführung einer Höchststimmübungsklausel erscheint mit Blick auf den Gesellschaftszweck als gerechtfertigt und sinnvoll. Somit führt diese Bestimmung zum Zeitpunkt ihrer Einführung zu keiner Ungleichbehandlung von Aktionären, weshalb sie hier als zulässig betrachtet werden kann.

Anders gelagert ist der Fall der direkten Nachkommen, die mittels der in Art. 5 Abs. 4 vorgesehenen Ausnahme von der Höchststimmübungsklausel befreit werden sollen. Damit wird nämlich *in Zukunft* eine bestimmte Aktionärsgruppe, nämlich die Nachkommen von A., B. und C. Müller in gerader Linie gerade im Hinblick auf das persönliche Merkmal der Familienangehörigkeit von der in Art. 5 Abs. 2 statuierten Höchststimmklausel ausgenommen werden und dies unabhängig davon, ob dannzumal auch noch andere Personen zum Aktionärskreis gehören, welche der Höchststimmklausel unterworfen wären. Geht man davon aus, dass später zum Aktionärskreis neben den Nachkommen in gerader Linie noch weitere Personen gehören, so verstösst Abs. 4 nach dem Gesagten gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot und ist daher gemäss OR 706 II Ziff. 3 nur zulässig, wenn es durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt werden kann. Der Gesellschaftszweck enthält nebst der Umschreibung des Tätigkeitsfeldes auch die Bestimmung, die AG sei in den Händen von direkten und indirekten Nachkommen des Gründers zu behalten. Hier kann wohl in beide Richtungen argumentiert werden. Einerseits kann man die Ansicht vertreten, indem von der Stimmrechtsbeschränkung mittels Art. 5 Abs. 4 der Statuten auch die Nachkommen von A., B. und C. Müller in gerader Linie (mithin also deren potentielle Erben) ausgenommen werden sollen, wird abgesichert, dass diesen Personen (so denn überhaupt Nachkommen existieren werden) die Möglichkeit erhalten bleibt, mittels höherer Stimmkraft als übrige Aktionäre die Geschichte der Familien-AG auch weiterhin leiten zu können. Somit würde der Gesellschaftszweck die in Abs. 4 vorgesehene Ungleichbehandlung zukünftiger Aktionäre rechtfertigen.

Es kann aber auch argumentiert werden, der Gesellschaftszweck allein rechtfertige noch keine Ungleichbehandlung, denn die Massnahme zur Erreichung des Gesellschaftszwecks müsse

²² Von Salis, § 9 S. 110.

auch verhältnismässig sein und dem Gebot der schonenden Rechtsausübung Rechnung tragen. Hier kann man die Meinung vertreten, dass die in Abs. 3 und 4 vorgesehenen Ausnahmen auch hinsichtlich des Gesellschaftszwecks nicht unbedingt notwendig seien, da das Verbleiben der Gesellschaft in der Hand von Nachkommen des Gründers nicht primär von der Ausübung des Stimmrechts abhängt, sondern vielmehr mittels entsprechend ausgestalteten Vinkulierungsbestimmungen erreicht werden sollte²³. Man könnte sich aber auch damit behelfen, dass man neben den vorhandenen Namenaktien Partizipationsscheine im höchstzulässigen Umfang²⁴ schafft, was die Stimmkraft der Namenaktien verdreifachen würde²⁵. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, der besagten Aktionärsgruppe mittels Schaffung sog. Stimmrechtsaktien ein Stimmenübergewicht zu verschaffen. Beide Varianten könnten zulässigerweise mittels qualifiziertem Quorum nach OR 704 I Ziff. 2 im Falle der Einführung von Stimmrechtsaktien resp. mittels absolutem Mehr nach OR 703 bei der Einführung von Partizipationsscheinen eingeführt werden, wobei wohl beide Beschlüsse problemlos zustande kämen, zumal die einführungswilligen Personen sämtliche Aktien in der eigenen Hand haben.

Mit Art. 5 Abs. 5 soll der Verwaltungsrat dazu ermächtigt werden, in begründeten Fällen weitere Ausnahmen von der Begrenzung des Stimmrechts zu beschliessen. Eine derartige Klausel ist mit dem Grundsatz der statuarischen Festlegung der Stimmkraft in OR 692 absolut unvereinbar²⁶. Sie verstösst nicht nur gegen das Gleichbehandlungsprinzip gemäss OR 717 II, sondern auch gegen die Hierarchie der Organe, indem dem Verwaltungsrat damit die Möglichkeit eingeräumt würde, zu entscheiden, wer an einer Generalversammlung mit wie vielen Stimmen vertreten sein kann²⁷. Dem Verwaltungsrat als Exekutivorgan kann jedoch niemals das Recht eingeräumt werden, nach seinem Gutdünken die Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung festzulegen²⁸, zumal dies der ratio von OR 659a I widersprechen würde, wonach eine Einflussnahme des Verwaltungsrates auf die Generalversammlung der eigenen Gesellschaft verpönt ist²⁹. Ein Teil der Lehre geht sogar soweit, als Folge einer solchen Statutenbestimmung Nichtigkeit i.S.v. OR 706b Ziff. 3 wegen Missachtung der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft zu propagieren³⁰. Tatsache ist aber, dass diese Klausel in der Praxis durchaus vorkommt, weshalb hier mit entsprechend überzeugenden Argumenten auch die Zulässigkeit des Art. 5 Abs. 5 der Statuten propagiert werden könnte. Man könnte beispielsweise ar-

²³ Huguenin Jacobs, S. 157.

²⁴ Nach OR 656b I nicht mehr als das Doppelte des Aktienkapitals.

²⁵ Huguenin Jacobs, S. 143.

²⁶ Böckli, N 1411i.

²⁷ Forstmoser et al., § 24 N 71.

²⁸ Böckli, N 1411i.

²⁹ Forstmoser et al., a.a.O.

³⁰ Böckli, N. 1411i.

gumentieren, dass die Statuten anstelle eines Blancochecks die entsprechenden Ausnahmen benennen müssten, um entsprechendem Missbrauch vorzubeugen.

3. Art. 10: Übertragungsbeschränkungen

Obwohl der typischen Aktiengesellschaft die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft entspricht, besteht für Gesellschaften mit stark personalistischen Elementen die Möglichkeit, mittels Vinkulierung auf die Zusammensetzung des Mitgliederkreises Einfluss zu nehmen. Ebendies versuchen die drei Aktionäre A., B. und C. Müller mittels der Bestimmungen in Art. 10 der Statuten der Johann Müller Bauhandels AG zu erreichen, indem sie anstreben, die Gesellschaft dauernd in den Händen der Familie zu halten. Zu prüfen ist nun, ob sich bei den fraglichen Bestimmungen des Art. 10 rechtliche Probleme ergeben.

Die statuarischen Beschränkungen der freien Übertragbarkeit von nicht börsenkotierten Aktien werden in OR 685b umschrieben. Neben den in OR 685b vorgesehenen wichtigen Gründen, welche es der Gesellschaft erlauben, sofern in den Statuten vorgesehen, die Übertragung der Aktien abzulehnen, bietet das Gesetz der Gesellschaft weiter die Möglichkeit, die Übertragung abzulehnen, falls dem Erwerber die Übernahme seiner Aktien zum wirklichen Wert angeboten werden, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegen muss.

Art. 10 Abs. 1 der Statuten sieht vor, dass „[d]ie Übertragung der Aktien innerhalb der Gruppe der direkten und indirekten Nachkommen von Johann Müller [...] keiner Beschränkung“ untersteht.

OR 685b II nennt als wichtigen Grund insbesondere die Zusammensetzung des Aktionärskreises im Hinblick auf den Gesellschaftszweck. Dieser soll bei der Johann Müller Bauhandels AG gemäss Art. 1 der Statuten nebst dem Handel mit Baumaterialien darin bestehen, die Gesellschaft als unabhängiges Familienunternehmen in der Hand von Nachkommen des Gründers zu führen. Im Lichte dieser Zweckbestimmung drängt es sich geradezu auf, die Gruppe der direkten und indirekten Nachkommen von den Vinkulierungsbestimmungen auszunehmen. Auch OR 706 II Ziff. 3 sieht die Anfechtbarkeit eines GV-Beschlusses wegen Ungleichbehandlung von Aktionären nur vor, sofern sich diese nicht durch den Gesellschaftszweck rechtfertigen lässt. Wenn man jedoch mit entsprechenden Argumenten die Zulässigkeit des Zwecks als „Familienunternehmen“ verneint hat, kommt man hier natürlich zu einem anderen Ergebnis. Entscheidend ist diesbezüglich die Konsistenz der Argumentation.

OR 685b VII untersagt zwar ausdrücklich eine im Gesetz nicht vorgesehene statuarische Erschwerung der Voraussetzungen der Übertragbarkeit, Erleichterungen sind dagegen zuläs-

sig³¹. Es kann beispielsweise vorgesehen werden, dass für die Übertragung von Aktien innerhalb der Familie die Vinkulierungsbestimmungen keine Anwendung finden sollen³². Genau dies sieht nun Art. 10 Abs. 1 der Statuten für direkte und indirekte Nachkommen von Johann Müller vor, weshalb diese Bestimmung wohl als rechtlich unproblematisch angesehen werden kann.

Art. 10 Abs. 2 der Statuten sieht vor, dass „an Dritte ausserhalb dieses Personenkreises [...] höchstens 5% des Aktienkapitals pro Erwerber übertragen werden“ kann und dass „[n]atürliche oder juristische Personen oder Rechtsgemeinschaften, die durch Kapital, Stimmkraft oder auf andere Weise miteinander verbunden sind [...] dabei als *ein* Aktionär“ gelten.

OR 685b II sieht als wichtigen Ablehnungsgrund neben der Zusammensetzung des Aktionärskreises im Hinblick auf den Gesellschaftszweck auch eine solche im Hinblick auf die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens vor. Es ist daher möglich, eine statuarische Quote zur Erhaltung der Selbständigkeit einzuführen, auch wenn dies das Gesetz in OR 685d I nur für börsenkotierte Namenaktien ausdrücklich vorsieht³³. Es stellt sich aber die Frage nach der zulässigen Höhe dieser Quote. Wenn die Vorschrift von OR 685b II praktikabel sein soll, muss eine Gesellschaft zur Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Unternehmens für die Ablehnung eine geringere Prozentzahl als die Überschreitung der Mehrheitsgrenze in den Statuten festlegen können³⁴. Eine Quote von 5%, wie man sie bei der Quotenregelung für Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien antrifft, lässt sich grundsätzlich auch nach OR 685b II einführen³⁵ und erscheint daher i.c. als unproblematisch, wenn man sich auch fragen kann, ob eine so tief angesetzte Quote für eine kleinere Familiengesellschaft wirklich Sinn macht. Mit entsprechenden Argumenten kann hier sicher auch die Ansicht vertreten werden, die Quote von 5% sei für die vorliegende Gesellschaft zu tief angesetzt. Auch die in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Gruppen- oder Verbundsklausel, welche mehrere qualifiziert verbundene Aktionäre für den Erwerb von Namenaktien als eine *einzige* Person behandelt ist im Zusammenhang mit der Vinkulierung nicht nur rechtmässig sondern in der Praxis sogar weit verbreitet³⁶. Sie kommt zwar v.a. bei Publikumsgesellschaften vor, dürfte aber auch bei nichtkотиerten Aktien gelten.

³¹ Shelby du Pasquier / Matthias Oertle: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basel und Frankfurt am Main 1993) zu Art. 685b OR N 17.

³² Forstmoser et al., § 44 N 176.

³³ Böckli, N 731; Forstmoser et al., § 44 N 151.

³⁴ Böckli, N 730.

³⁵ Böckli, N 732.

³⁶ Vgl. BGE 117 II 187; Böckli, N 1411d.

Gemäss Art. 10 Abs. 3 der Statuten kann der Verwaltungsrat die Zustimmung zur Übertragung einerseits zum Zwecke der Fernhaltung von Konkurrenten und andererseits beim Erwerb von Aktien im Namen oder im Interesse Dritter verweigern.

Eine Gesellschaft darf in ihren Statuten grundsätzlich eine Bestimmung aufnehmen, wonach Konkurrenten als Aktienerwerber abgelehnt werden dürfen³⁷. Dies erscheint als unproblematisch, soweit es um eine massgebliche Beteiligung geht³⁸. Es fragt sich allerdings, ob ein Konkurrent auch beim Erwerb einer kleinen, einflussmässig nicht ins Gewicht fallenden Beteiligung abgelehnt werden darf. Dazu wird allgemein verlangt, dass die Statuten den sehr weiten Begriff „Konkurrent“ mit sachlichen Gründen näher eingrenzen, damit für den potentiellen Aktienkäufer eindeutig erkennbar ist, ob er anerkennungsfähig ist oder nicht³⁹. Das Konkurrenzverhältnis muss dabei erheblich sein⁴⁰. Insbesondere bei einer kleineren und personenbezogenen Gesellschaft wird wohl gar die Zulässigkeit der gänzlichen Ablehnung, sicher aber der Ablehnung einer schon sehr kleinen Beteiligung durch einen in den Statuten umschriebenen Konkurrenten zugelassen, zumal in solchen Verhältnissen schon die Ausschöpfung der aktienrechtlichen Informationsrechte eine erhebliche Störung darstellen kann⁴¹. I.c. wird der nicht anerkennungsfähige Konkurrent in Art. 10 Abs. 3 lit. a umschrieben mit einem Erwerber, der ein zum Gesellschaftszweck in Konkurrenz stehendes Unternehmen betreibt, daran beteiligt oder dort angestellt ist. Diese Konkretisierung dürfte der geforderten Eingrenzung des Konkurrentenbegriffs hinreichend Rechnung tragen und ist daher nicht zu beanstanden, obwohl sich allenfalls noch exakter beschreiben liesse, wann genau ein Unternehmen zum Gesellschaftszweck der Johann Müller Bauhandels AG in Konkurrenz steht.

In Art. 10 Abs. III lit. b wird die Ablehnung der Genehmigung beim fiduziarischen Erwerb von Aktien gerechtfertigt. Diese Bestimmung wiederholt mit anderen Worten bloss, was in OR 685b III ohnehin vorgesehen ist. Die Ablehnung beim fiduziarischen Erwerb gilt im Unterschied zu den materiellen Ablehnungsgründen auch ohne entsprechende Statutenbestimmung, und zwar für *alle* vinkulierten Namenaktien⁴². Lit. b wäre daher gar nicht notwendigerweise in die Statuten aufzunehmen, ist dort aber rechtlich unproblematisch.

Art. 10 Abs. 4 der Statuten regelt die bereits in OR 685b I 2.HS vorgesehene sog. „escape clause“, welche es einer Gesellschaft erlaubt, auch ohne wichtigen Grund die Zustimmung zu verweigern unter Übernahme der nichtkotierten Aktien zum wirklichen Wert. Die Gesell-

³⁷ OR-du Pasquier / Oertle, N 5; Böckli, N 720.

³⁸ Forstmoser et al., § 44 N 146.

³⁹ Böckli, N. 721; OR-du Pasquier / Oertle, N 5.

⁴⁰ Böckli, a.a.O.

⁴¹ Forstmoser et al., a.a.O.

⁴² OR-du Pasquier / Oertle N 15; Böckli N 745.

schaft kann die Aktien dabei ausdrücklich „für eigene Rechnung“ übernehmen, wobei ihr diesfalls OR 659 II eine im Vergleich zur allgemeinen Freigrenze von 10% erweiterte Limite von 20% gestattet, oder sie kann sie, will sie nicht an diese Grenze gebunden sein, für Rechnung anderer Aktionäre oder Dritter zurücknehmen⁴³. Nach überwiegender Lehrmeinung stellt die „escape clause“ jedoch keinen bedingt notwendigen Statuteninhalt dar, weshalb eine ausdrückliche statuarische Nennung für ihre Anwendbarkeit nicht notwendig ist⁴⁴. In den Statuten sind jedoch nicht selten Bestimmungen darüber enthalten, wie der wirkliche Wert der zur Übernahme angebotenen Aktien zu berechnen sei⁴⁵. Eine solche Bestimmung enthält i.c. auch Art. 10 Abs. 4 der Statuten, welche besagt, dass der wirkliche Wert durch die Revisionsstelle der Gesellschaft zu ermitteln sei. Die Abfindung zum wirklichen Wert ist zwingend, denn es würde dem Sinn von OR 685b I, den ausscheidungswilligen Aktionär voll zu entschädigen widersprechen, wenn statuarisch ein tieferer als der wirkliche Wert vorgesehen werden könnte⁴⁶. Das Obergericht Zürich lehnte, allerdings noch unter dem alten Recht, eine statuarische Bestimmung, die eine verbindliche Festlegung des wirklichen Wertes durch die gesellschaftseigene Revisionsstelle vorsah wegen ungenügender Unabhängigkeit der Revisionsstelle ab⁴⁷. Darüber, ob die statuarische Betrauung der jeweils amtierenden Revisionsstelle mit der Bewertung auch nach revidiertem Recht weiterhin unzulässig ist, ist sich die h.L. nicht einig und es finden sich sowohl Argumente pro als auch contra eine solche Statutenbestimmung. Gegen die Zulässigkeit sprechen sich hauptsächlich unter Hinweis auf die bestehende Verbindung zwischen der Gesellschaft und der Revisionsstelle, insbesondere dem Vertrauensverhältnis ersterer zum Verwaltungsrat aus: Hanspeter Kläy: Die Vinkulierung (Basel 1997) S. 195; Böckli, N 708 und OR-du Pasquier / Oertle, N 18. Forstmoser et al., § 44 N 170 vertreten dagegen die Ansicht, es sei unter dem revidierten Recht nichts gegen eine entsprechende Statutenbestimmung einzuwenden, zumal das Recht, eine Bewertung durch den Richter zu verlangen, davon unberührt bleibt. Jedenfalls muss die Revisionsstelle nach dem neuen OR 727c I vom Verwaltungsrat und von Mehrheitsaktionären unabhängig sein. Eine Falschbewertung durch die Revisionsstelle würde ausserdem eine Haftung nach OR 398 sowie allenfalls gar strafrechtliche Konsequenzen (Urkundenfälschung) nach sich ziehen.

⁴³ Böckli, N 693; Forstmoser et al., § 44 N 162.

⁴⁴ Böckli, N 693a.

⁴⁵ Forstmoser et al., § 44 N 168.

⁴⁶ Forstmoser et al., § 44 N 169.

⁴⁷ ZR 1986 Nr. 89 S. 223ff.

FRAGE 2

A. Frage nach dem Beschlussquorum des Antrags von A

1. Quorum zur Einführung einer Opting-up-Klausel

Es stellt sich die Frage, ob für die Statutenänderung gemäss BEHG 22 III zur Einführung einer Opting-out-Klausel durch die Generalversammlung⁴⁸ eine absolute Mehrheit nach OR 703 genügt oder ob eine qualifizierte Mehrheit nach OR 704 notwendig ist. Weiter ist zu prüfen, ob der GV-Beschluss unter Ausschluss von A erfolgen muss.

Das Börsengesetz schweigt bezüglich dieser Frage. Die Aufzählung der „wichtigen Beschlüsse“ in OR 704 I, für welche es ein qualifiziertes Mehr braucht, ist jedoch abschliessend⁴⁹. Der Beschluss eines Opting-out ist darin nicht aufgeführt. Auch kann gemäss Sachverhalt davon ausgegangen werden, dass die Statuten keine anderweitigen Bestimmungen enthalten, zumal bisher ja gar noch kein Opting-out vorgesehen war.

Bei allen Beschlüssen – und somit auch beim in Frage stehenden – für welche nach Gesetz oder Statuten kein qualifiziertes Mehr erforderlich ist, genügt das absolute Mehr nach OR 703⁵⁰.

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass für die Einführung einer statutarischen Opting-out-Klausel nach BEHG 22 III ein GV-Beschluss mit absolutem Mehr gemäss OR 703 genügt, womit A als Mehrheitsaktionär in der Lage ist, diesen Antrag auch gegen den Willen der übrigen Aktionäre durchzusetzen. Dies setzt aber voraus, dass seine Stimmabgabe an der GV zugelassen wird, was im folgenden zu prüfen ist.

2. Ausschluss des Mehrheitsaktionärs A bei der Beschlussfassung

Das Stimmrecht des Aktionärs in der Generalversammlung gemäss OR 692 I kann *statutarisch* hinsichtlich des Umfangs der Stimmkraft beschränkt werden (OR 692 II), nicht jedoch

⁴⁸ Gemäss OR 698 II 1. steht der GV die unübertragbare Befugnis zu, die Festsetzung und Änderung der Statuten vorzunehmen.

⁴⁹ Forstmoser et al., § 24 N 28.

⁵⁰ Auch die herrschende Lehre betrachtet das absolute Mehr nach OR 703 zur Einführung einer statutarischen Opting-out-Klausel durchwegs als genügend (Christian Köpfler, Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht (Diss. Zürich 2000 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 195) 131 f.; Rudolf Tschäni / Matthias Oertle, in: Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht (Basel 1999), Art. 22 BEHG N 32; Hans Caspar von der Crone, Angebotspflicht, SZW Sondernummer 1997 50 Anm. 38).

hinsichtlich bestimmter Themen. Ein *gesetzlicher* Ausschluss erfolgt ausnahmsweise bei eigenen Aktien (OR 659a I), in der Stellung als stimmrechtsloser Aktionär (OR 685f III) oder bei der Entlastung des Verwaltungsrates (OR 695 I). Weitere Stimmrechtsausschlüsse gibt es nicht. Insbesondere kennt das Aktienrecht⁵¹ keinen Ausschluss des Stimmrechts bei Interessenkonflikten⁵² (ein solcher läge hier vor), da den Aktionär keine Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft treffen und er somit seine eigenen Interessen frei wahrnehmen kann, selbst wenn diese den Interessen der Gesellschaft oder anderer Aktionäre widersprechen⁵³. A kann somit bei der Beschlussfassung über eine Opting-out-Klausel nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen werden.

3. Fazit

Die Abstimmung der GV über eine Opting-out-Klausel erfolgt mit absolutem Mehr nach OR 703 ohne Ausschluss des Mehrheitsaktionärs.

B. Frage nach der Anfechtbarkeit des GV-Beschlusses

Geht man, wie oben dargelegt, davon aus, dass der Beschluss über die Einführung einer Opting-out-Klausel in den Statuten der X AG formal korrekt und mit dem nötigen Quorum zustande gekommen ist, stellt sich weiter die Frage, ob die übrigen Aktionäre diesen GV-Beschluss anfechten können, mit welchen Mitteln dies zu geschehen hat und welche Erfolgsaussichten eine allfällige Klage hätte.

1. Anfechtungsklage nach OR 706

Ein Aktionär kann den GV-Beschluss zur Einführung einer Opting-out-Klausel anfechten und dabei geltend machen, diese verstosse gegen OR 706 II⁵⁴. Legitimiert zur Klage ist jeder, der zum Zeitpunkt des GV-Beschlusses Aktionär ist und dem Beschluss nicht zugestimmt hat⁵⁵.

Zu beachten ist die Frist von OR 706a I, wonach das Anfechtungsrecht zwei Monate nach Beschlussfassung der GV⁵⁶ erlischt. Nach unbenutztem Fristablauf wird der Beschluss definitiv, und eine Geltendmachung der Rechts-/Statutenwidrigkeit ist ausgeschlossen⁵⁷.

⁵¹ Z.B. im Gegensatz zum Vereinsrecht, ZGB 68.

⁵² Zu beachten sind aber die Schranken nach OR 706.

⁵³ Forstmoser et al., § 24 N 76.

⁵⁴ Zur Anfechtungsklage siehe Forstmoser et al., § 25 N 11 ff.

⁵⁵ Er ist auch klageberechtigt, wenn er der Generalversammlung ferngeblieben ist oder sich der Stimme enthalten hat.

2. Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage

Der Generalversammlung der X AG wird die statuarische Einführung einer Opting-out-Klausel vorgeschlagen. Eine solche Klausel kann gemäss BEHG 22 II und III in den Gesellschaftsstatuten eingefügt werden.

Nach BEHG 22 III⁵⁸ „kann eine Gesellschaft jederzeit eine Bestimmung gemäss Absatz 2 in ihre Statuten aufnehmen, sofern dies nicht eine Benachteiligung der Aktionäre im Sinne von Artikel 706 des Obligationenrechts bewirkt.“ Die einzige materielle Voraussetzung für die Aufnahme einer Opting-out-Klausel in die Statuten ist somit, dass diese den Anforderungen von OR 706 genügt⁵⁹.

Gemäss OR 706 I sind Beschlüsse der Generalversammlung (GV) anfechtbar, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen. OR 706 II zählt beispielhaft⁶⁰ die Haupttatbestände von OR 706 I auf:

- Entzug oder Beschränkung von Aktionärsrechten unter Verletzung von Gesetz oder Statuten (Ziff. 1);
- Entzug oder Beschränkung von Aktionärsrechten in unsachlicher Weise (Ziff. 2)⁶¹;
- Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre, welche durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigt ist (Ziff. 3)⁶²;
- Aufhebung der Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre (Ziff.4).

Vorliegend kommt ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot von Ziff. 3 in Frage. Fest steht zunächst, dass die Zulässigkeit einer Opting-out-Klausel die Regel darstellt. Sodann

⁵⁶ Die Frist beginnt am Tag der GV zu laufen und endet am gleichen Tag des zweiten Monats nach der GV (OR 77 I 3.).

⁵⁷ Forstmoser et al., § 25 N 58.

⁵⁸ BEHG 22 II kommt i.c. nicht zur Anwendung, da die Papiere der X AG gemäss Sachverhalt schon börsenkotiert sind.

⁵⁹ Der Verweis auf OR 706 ist rein formaler Natur, da sowieso alle Statutenänderungen dieser Bestimmung unterliegen (Robert Bernet, Die Regelung öffentlicher Kaufangebote im neuen Börsengesetz (BEHG) (Diss. Bern 1998 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 614) 223 FN 882).

⁶⁰ Abs. 1 (Verstoß gegen Gesetz oder Statuten) ist die Generalklausel, während Abs. 2 – nicht abschliessend – die Haupttatbestände aufzählt (Forstmoser et al., § 25 N 13).

⁶¹ Dies ist z.B. der Fall, wenn die Mehrheit zweckwidrige, nicht im Gesellschaftsinteresse liegende Beschlüsse fasst oder an sich zulässige Beschlüsse gegen das Prinzip der schonenden Rechtsausübung verstossen (Forstmoser et al., § 25 N 25).

⁶² Es ist darauf abzustellen, ob ein Beschluss faktisch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung bewirkt, nicht auf formale Kriterien (Huguenin Jacobs, S. 61).

stellt sich die Frage, ob die Tatsache einer bereits bestehenden *Mehrheitsbeteiligung* (hier 51%) oder einer *bevorstehenden Transaktion* einen Einfluss auf die Zulässigkeit der Klausel hat:

a) *Bestehende Mehrheitsbeteiligung*

Grundsätzlich sind alle Aktionäre von der Opting-out-Klausel gleichermassen betroffen: Sie können potentiell zwar nicht von einem allfälligen Pflichtangebot, dafür von der Erleichterung beim Verkauf ihrer Aktien an einen Erwerber profitieren, der die Grenze von BEHG 32 I überschreitet (Erzielung eines besseren Verkaufspreises). Dies gilt jedoch nur solange, als alle Aktionäre ungefähr die gleiche Beteiligungsgrösse haben: Ein Grossaktionär profitiert mehr als Kleinaktionäre vom Opting-out, da er einerseits bei einer Veräusserung von der Erleichterung übermässig profitiert und andererseits durch die Klausel kaum Schaden nehmen kann, weil die Chance, dass ihm ein anderer Aktionär ein Angebot machen muss, als gering erscheint. Aus dieser Sicht liegt eine faktische Ungleichbehandlung der Aktionäre vor, und da der Grossaktionär diese Ungleichbehandlung durch seine Stimmenmehrheit in der GV selbst herbeiführen kann, missbraucht er durch einen solchen Akt seine Mehrheitsmacht⁶³.

Als Gegenargument kann angeführt werden, dass es in den allermeisten Publikumsgesellschaften Mehrheitsaktionäre gibt und sich deshalb die Frage stellt, wo überhaupt ein nachträgliches Opting-out noch eingeführt werden kann, wenn bei jeder Einführung eines Opting-out in einer Gesellschaft mit Grossaktionären eine Ungleichbehandlung vorliegen soll. Allenfalls müssen weitere Umstände hinzukommen, damit die Klausel gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst.

Den Argumenten *für* eine faktische Ungleichbehandlung ist wohl der Vorzug zu geben; jedoch kann bei entsprechender Begründung auch die gegenteilige Meinung vertreten werden.

b) *Bevorstehende Transaktion*

Wenn die Einführung des Opting-out – wie vorliegend – im Hinblick auf eine Transaktion erfolgt, ist die Klausel *formell* zwar generell-abstrakt und zeitlich unlimitiert anwendbar, *materiell* bevorzugt sie jedoch einen bestimmten Aktionär. Es liegt auch in dieser Hinsicht eine faktische Ungleichbehandlung der Aktionäre vor.

⁶³ Gleicher Meinung sind Köpfler und Berner, nach denen es zumindest problematisch resp. sogar ausgeschlossen wäre, wenn ein langjähriger Grossaktionär, der über mehr als ein Drittel der Stimmrechte verfügt, vor dem Verkauf seiner Beteiligungspapiere in der Generalversammlung ein Opting-out durchsetzen würde (Christian Köpfler, Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht (Diss. Zürich 2000 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 195) 134; Berner, a.a.O. 223).

Nach OR 706 II 3. ist eine Ungleichbehandlung zulässig, sofern sie durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt ist und Mittel und Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen⁶⁴. Ein solcher Zweck ist jedoch i.c. nicht ersichtlich, weshalb die Einführung einer Opting-out-Klausel grundsätzlich gegen OR 706 II 3. und damit gegen BEHG 22 III verstösst.⁶⁵

Zusätzlich verletzt ein Opting-out, welches faktisch nur einen bestimmten Aktionär bevorzugt, den Grundsatz des Typenzwangs: Das Gesetz lässt nur entweder ein generell-abstraktes, zeitlich nicht beschränktes Opting-out (BEHG 22 III) oder ein Opting-up bis 49% (BEHG 32 I) zu; andere Opting-outs sind unzulässig⁶⁶.

Auch in der Praxis dürfte ein solches Verfahren als unzulässig betrachtet werden⁶⁷.

3. Fazit

Die Einführung eines Opting-out verstösst i.c. gegen das Gleichbehandlungsprinzip von OR 706 und damit gegen BEHG 22 III.

C. Vorgehen des A und der X AG betreffend Verkauf der Aktien und Kapitalherabsetzung

Zu prüfen ist das Vorgehen, dass A einem Dritten 33% der Aktien als Gesamtpaket verkauft, die X AG die übrigen 18% der Aktien übernimmt und anschliessend mittels GV-Beschluss das Kapital um 18% durch Vernichtung dieser Aktien herabsetzt.

1. Zeitpunkt der Angebotspflicht

Obwohl BEHG 32 I von einem *Erwerb* im Zusammenhang mit der Auslösung der Angebotspflicht spricht, kann dies auch durch andere Vorgänge erfolgen, insbesondere auch wie vor-

⁶⁴ Forstmoser et al., § 39 N 11 ff.

⁶⁵ Nach Tschäni/Oertle (Art. 22 BEHG N 31) ist die Einführung einer Opting-out-Klausel in einem laufenden Verfahren unzulässig.

⁶⁶ Hofstetter, in: Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht (Basel 1999), Art. 32 BEHG N 22.

⁶⁷ Die EBK entschied in diesem Sinne in einer Verfügung vom 23.6.00 (der Fall betraf die Zulässigkeit der Einführung einer selektiven Opting-out-Klausel zugunsten der Unaxis Holding AG in den Statuten der Esec Holding AG und damit die Entbindung der Unaxis Holding AG von der Angebotspflicht). Vorliegend handelt es sich zwar nicht um ein *offenes* selektives Opting-out wie im erwähnten Fall. Die Wirkung ist jedoch dieselbe, da nur der Grossaktionär vom Opting-out profitiert. Ein solches *verdeckt* selektives Opting-out ist nach von der Crone/Iffland/Wey als Präsident (von der Crone) resp. Rechtskonsultantin (Wey) der UEK ebenfalls unzulässig (Hans Caspar von der Crone / Jaques Iffland / Renate Wey, Aktuelle Fragen des Übernahmerechts, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz (Hrsg. Peter Nobel) (Bern 2001) 112).

liegend durch Verringerung der Gesamtstimmzahl bei einer Kapitalherabsetzung⁶⁸. Bis zur Herabsetzung werden die von der Gesellschaft erworbenen Aktien bei der Berechnung des Grenzwertes *mitgezählt*, obwohl die Stimmrechte eigener Aktien gemäss OR 659a I ruhen⁶⁹. Eine allfällige Angebotspflicht entsteht damit – falls überhaupt, was im folgenden zu prüfen ist – erst *nach* der Kapitalherabsetzung.

2. Pflicht des Dritten, nach Herabsetzung des Aktienkapitals um 18% ein Angebot zu unterbreiten

Im dem Moment, wo das Aktienkapital der X AG um die erworbenen 18% herabgesetzt wird, steigt der Anteil des Dritten, welcher von A dessen 33% erworben hat auf ca. 40¹/₄%. Die Schwelle von 33¹/₃% nach BEHG 32 I wird damit überschritten, und der Dritte ist normalerweise dazu verpflichtet, ein Kaufangebot zu machen.

Für diesen Fall sieht BEHG 32 II b eine Ausnahme vor: „*Die Aufsichtsbehörde kann in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich [...] „wenn die Überschreitung aus einer Verringerung der Gesamtzahl der Stimmrechte der Gesellschaft resultiert“.*

Die Lehre⁷⁰ geht davon aus, dass unter gewissen Umständen eine Verweigerung der Ausnahmebewilligung erfolgen kann bzw. muss, nämlich dann, wenn der betreffende Aktionär selbst auf die Reduktion der Gesamtstimmzahl hingewirkt hat⁷¹, durch das Vorgehen der Kapitalherabsetzung also eine Kontrollerlangung unter Umgehung von BEHG 32 geplant war.

Es stellt sich nun die Frage, ob das Vorgehen von A und der X AG als *Umgehung* der Bestimmung zur Angebotspflicht gewertet werden könnte.

Als Argument gegen das Vorliegen einer Umgehung kann geltend gemacht werden, dass der Umfang des herabzusetzenden Kapitals auf den ersten Blick zu bedeutend scheint, um einzig und allein zum Zweck zu erfolgen, eine Umgehung des Pflichtangebots zu bewirken. Weiter überschreitet der Dritte durch die Kapitalherabsetzung zwar den Grenzwert von 33¹/₃%, er erlangt jedoch nicht die absolute Stimmenmehrheit. Im Gegenteil verfügen die Minderheitsaktionäre neu insgesamt über ca. 59³/₄% statt wie bisher nur über 49% der Gesamtstimmen.

⁶⁸ Hofstetter, Art. 32 BEHG N 7.

⁶⁹ Hofstetter, Art. 32 BEHG N 10. Gemäss Hofstetter sind die Stimmrechte eigener Aktien dann nicht mitzuzählen, wenn überhaupt keine Kapitalherabsetzung geplant ist, was vorliegend nicht der Fall ist (Hofstetter, Art. 32 BEHG N 38 – es handelt sich dann um eine faktische Kapitalherabsetzung).

⁷⁰ Köpfli, 190 f.

⁷¹ Z.B. durch Traktandierung an der GV oder Einbringen des Vorschlags im Verwaltungsrat.

Dem kann entgegengesetzt werden, dass für die Herabsetzung kein anderer Grund ersichtlich ist als der, aus einem Minderheitsaktionär mit 33% einen Mehrheitsaktionär mit über 40% der Aktien zu machen, ohne dass ein Pflichtangebot unterbreitet werden muss. Dass die Übertragung an einen Dritten in einem Umfang erfolgt, der mit 33% ganz knapp unter der Schwelle für die Angebotspflicht liegt, ist ein weiterer Hinweis auf eine Umgehung. Zudem kann normalerweise eine Publikumsgesellschaft schon mit 40% und nicht erst mit mehr als 50% kontrolliert werden, da die "freien" Aktionäre i.d.R. mit kaum mehr als 50% vertreten sind.

Daraus folgt, dass vorliegend einer Ausnahme nach BEHG 32 II b wohl *nicht* stattgegeben würde, da das Vorgehen eine Umgehung darstellt. Mit entsprechenden Argumenten kann aber auch die gegenteilige Ansicht vertreten werden.

3. Zwischenergebnis

Mit grosser Wahrscheinlichkeit muss im Fall, dass ein Dritter 33% und die X AG 18% der Aktien von A übernehmen und die X AG anschliessend das Kapital um 18% herabsetzt, mit einer Auslösung der Angebotspflicht nach BEHG 32 gerechnet werden.

4. Erwerb eigener Aktien

Zusätzlich stellen sich bei diesem Vorgehen Probleme im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien. Dieser ist in den Schranken von OR 659 f grundsätzlich zulässig. I.c. stellt sich die Frage, ob der Erwerb gegen die 10%-Schranke von OR 659 I verstösst. Nach herrschender Lehre ist diese Schranke unbeachtlich, sofern der Erwerb im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses bzw. -verfahrens erfolgt⁷². Ob für die Gültigkeit dieser Ausnahme der entsprechende GV-Beschluss *vor* dem Erwerb erfolgen muss oder ob wie vorliegend ein Beschluss *nach* Erwerb genügt ist fraglich. Allerdings kann die Frage hier offen bleiben, da es sich bei der 10%-Schranke um eine blosse Ordnungsvorschrift handelt, deren Nichteinhaltung die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht beeinflusst.

Weiter ist dem aktienrechtlichen Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre durch die Gesellschaft gemäss OR 717 II Rechnung zu tragen. Da die Gesellschaft i.c. nur von einem einzigen Aktionär Aktien kauft, liegt eine Ungleichbehandlung *vor*⁷³. Diese kann allerdings ge-

⁷² Böckli, N 432; Peter Nobel: Vom Umgang mit eigenen Aktien, in: Schriften zum neuen Aktienrecht 6 (Hrsg. Jean Nicolas Druey und Peter Forstmoser) (Zürich 1994) 26.

⁷³ Forstmoser et al., § 50 N 169 ff.

rechtfertigt sein, sofern sie aus sachlichen Gründen erfolgt⁷⁴. Vorliegend sind keine solchen Gründe ersichtlich. Zu den Konsequenzen dieser Ungleichbehandlung:

- a) Der Beschluss des VR, die Aktien von A zu erwerben, ist nicht anfechtbar, da VR-Beschlüsse generell nie anfechtbar⁷⁵, sondern höchstens nichtig sind⁷⁶. Es gelten die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für GV-Beschlüsse nach OR 706b. Die vorliegende Ungleichbehandlung fällt nicht darunter.
- b) Die betroffenen Aktionäre können allenfalls die Verantwortlichkeitsklage gemäss OR 754 gegen den VR geltend machen: Ein unmittelbarer Aktionärsschaden (in Form von entgangenem Gewinn) liegt jedoch nur vor, falls der veräusserungswillige Aktionär seine Papiere (am Markt) nicht zu den gleich guten Bedingungen verkaufen kann wie sie zwischen A und der Gesellschaft vereinbart wurden⁷⁷. Die schuldhafte pflichtwidrige Handlung des VR liegt dann in der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nach OR 717 II, und es besteht ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Handlung.

5. Kapitalherabsetzung

Es handelt sich vorliegend um einen Fall der konstitutiven Kapitalherabsetzung nach OR 732 ff. Der GV-Beschluss zur Kapitalherabsetzung stellt eine Ungleichbehandlung dar, da das Aktienkapital nur um die Aktien, welche von der Gesellschaft selbst als Aktionärin gehalten werden herabgesetzt wird und nicht bei allen Aktionären anteilmässig. Die Ungleichbehandlung ist jedoch i.c. im Sinne von OR 706 II 3. gerechtfertigt, da es sich beim bevorzugten Aktionär um die Gesellschaft selbst handelt, welche die Aktien gerade zum Zweck der Herabsetzung erworben hat. Weitere Elemente, welche gegen die Vorschriften von OR 732 ff verstossen, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

6. Fazit

Das geplante Vorgehen löst im Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung eine Angebotspflicht nach BEHG 32 I aus. Einer Ausnahme nach BEHG 32 II b kann nicht stattgegeben werden, da das

⁷⁴ Forstmoser et al., § 39 N 59.

⁷⁵ Forstmoser et al., § 31 N 41.

⁷⁶ Forstmoser et al., § 31 N 42.

⁷⁷ Wenn dies nicht der Fall ist, kommt höchstens ein mittelbarer Aktionärsschaden in Frage. Ein solcher würde dann vorliegen, wenn die Gesellschaft durch die *Ungleichbehandlung* der Aktionäre geschädigt worden wäre. Das ist i.c. nicht der Fall (die Gesellschaft könnte jedoch aus anderen Gründen geschädigt sein, z.B. wegen Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht durch den VR).

Vorgehen als *Umgehung* der Angebotspflicht bewertet wird. Der Erwerb eigener Aktien vom Verkäufer ist auch aus Gründen des Gleichbehandlungsprinzips unzulässig und kann vom Aktionär mittels Verantwortlichkeitsklage geltend gemacht werden, falls er seine Aktien nicht anderweitig zu denselben Bedingungen wie A veräußern kann.