

UNLIEBSAME AKTIONÄRE LOSWERDEN

Möglichkeiten und Grenzen einer schwierigen Mission

Unliebsam gewordene Aktionäre loszuwerden, ist ein heikles, anspruchsvolles und aufwendiges Unterfangen. Eine sorgfältige Analyse der Handlungsoptionen und eine professionelle Durchführung sind unabdingbar.

1. AUSGANGSLAGE

Im Schweizer Recht ist ein solider Schutz der Aktionärsstellung verankert. Dieser Schutz ist elementar, damit in die Wirtschaft investiert wird. Dennoch treten in der Praxis Fälle auf, in denen der Wunsch oder das Erfordernis aufkommt, einen unliebsam gewordenen Aktionär loszuwerden. Die Gründe hierfür sind unterschiedlich. Häufig ist das Begehren mit einem Gefühl von Ungerechtigkeit verbunden. Bspw. ist ein Aktionär nicht mehr operativ tätig und leistet keinen Beitrag mehr, hält aber einen erheblichen Anteil am Unternehmen. Dieser Umstand wird von den operativ tätigen Aktionären als unfair empfunden, weshalb diese nicht mehr motiviert oder bereit sind, sich für das Unternehmen zu engagieren. Persönliche Konflikte oder gravierendes Missverhalten können es ebenfalls unzumutbar machen, mit einer Person am selben Unternehmen beteiligt zu sein. Zudem können Pattsituationen in der Generalversammlung (GV) oder im Verwaltungsrat (VR) auftreten, welche das Fassen von wichtigen Beschlüssen verunmöglichen. Auch kommt es vor, dass ein Aktionär sich nicht mehr meldet oder unauffindbar ist, während seine Mitwirkung z. B. für einen Unternehmensverkauf nötig ist. Oder ein Aktionär übt seine Mitgliedschafts- und Schutzrechte, bspw. zum Anfechten von GV-Beschlüssen, missbräuchlich aus. Solche Verhältnisse können für die Unternehmensentwicklung schädlich sein und Wert vernichten. Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend die wichtigsten rechtlichen Möglichkeiten umrissen, um einen unliebsam gewordenen Aktionär einer nicht-börsenkotierten Aktiengesellschaft (AG) loszuwerden.

2. GRENZEN

In unserer Rechtsordnung gelten das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie

das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre^[1]. Diese Normen werden leicht verletzt, wenn eine Massnahme bewirkt, dass eine Person ihre Aktionärsstellung verliert. Deshalb sollten sich entsprechende Massnahmen mit sachlichen, im Gesellschaftsinteresse liegenden Gründen rechtfertigen lassen. Abgesehen von strafbaren Handlungen oder anderen gravierenden Verstössen, liegt in der Person des unerwünschten Aktionärs i. d. R. kein hinreichender Grund, um diesen loszuwerden. Stattdessen sollten die Gründe in der wesentlich beeinträchtigten Unternehmensentwicklung liegen. Ferner ist zu beachten, dass es in aller Regel keinen idealen Weg gibt, um sich eines Aktionärs zu entledigen. Jede Handlungsoption hat erhebliche Nachteile, und es stellt sich oft die Frage nach dem kleineren Übel. Dabei ist es eine strategische Aufgabe, die verfügbaren Varianten zu analysieren und basierend darauf eine Entscheidung zu treffen.

3. HANDLUNGSOPTIONEN

3.1 Auskauf (Share Deal)

3.1.1 Freiwilliger Auskauf. Die naheliegendste Lösung, um sich von einem Aktionär zu trennen, ist der Kauf seiner Aktien. Ein Auskauf setzt i. d. R. die Zustimmung des verkaufenden Aktionärs voraus, womit insbesondere über den Preis eine Einigung gefunden werden muss. Häufig klaffen die Preisvorstellungen des unliebsamen Aktionärs und der kaufbereiten Personen auseinander. Diese Kluft kann z. B. durch ein Bewertungsgutachten eines anerkannten Experten oder durch eine Earn-out-Klausel überbrückt werden. Steht nur der Preis und nicht das Ausscheiden als solches zur Debatte, könnte das Bewertungsergebnis vorab von beiden Parteien für verbindlich erklärt werden. Die Erfahrung zeigt, dass neben finanziellen Aspekten oft persönliche Konflikte eine Einigung erschweren. Gelingt es durch Beizug eines Mediators, Schlichters oder Anwalts die Lösungsfindung in den Vordergrund zu rücken, kann allenfalls eine Einigung im Interesse aller Beteiligten erzielt werden. Von Vorteil setzen sich die kaufwilligen Personen konkrete Verhandlungsziele und versetzen sich auch in die Person des unliebsamen Aktionärs, um zu eruieren, was diesem angeboten werden könnte, um ihn zu einer Einigung zu bewegen. Denkbar ist bspw., dass die Aktien zu einem relativ günstigen Preis gekauft werden und dem unliebsamen Aktionär vertraglich eine finanzielle Beteiligung bei einem späteren Unternehmensver-



MARTIN BERWEGER,
M. A. HSG IN
RECHNUNGSWESEN UND
FINANZEN, MLAW,
RECHTSANWALT UND
NOTAR,
WENGER & VIELI

kauf eingeräumt wird, womit dieser bei der AG zwar nicht mehr mitwirken kann, aber finanziell von einem Exit profitiert. Gelingt ein einvernehmlicher Auskauf, ist dies oft die beste Lösung.

3.1.2 Erzwungener Auskauf. Der zwangsweiser Auskauf eines Aktionärs erfordert eine Vertragsgrundlage. In Betracht fallen insbesondere Kaufrechte in Aktionärbindungsverträgen (ABV). Verbreitet sind Kaufrechte, wenn ein Aktionär eine einschlägige Straftat gegen das Unternehmen oder andere Aktionäre begangen hat, ein Aktionär aus dem VR abgewählt, das Arbeitsverhältnis mit ihm gekündigt wurde oder ein Aktionär wesentliche Pflichten unter dem ABV verletzt hat, bspw. weil er konkurrierend tätig wurde. Denkbar wäre auch ein Kaufrecht, wonach eine hohe Mehrheit von z. B. 90% der Aktienstimmen entscheiden kann, einem Mitaktionär die Aktien zum Verkehrswert abzukaufen. Sind an einer AG nur zwei Aktionäre beteiligt, ist dringend ein ABV zu empfehlen, der einen Mechanismus vorsieht, um ein Patt zu überwinden. Vereinbart werden kann z. B., dass beide Parteien einen Preis angeben, wobei jene Partei mit dem höheren Gebot die Aktien zum mittleren Preis kaufen darf und muss. Allenfalls bietet auch eine vertragliche Mitverkaufspflicht (Drag-along) verbunden mit einer Rückbeteiligung am Käufer eine Möglichkeit, um einen unliebsamen Aktionär auszukaufen. Um zu klären, ob diese Möglichkeiten offenstehen, sind die mit dem unliebsamen Aktionär abgeschlossenen Verträge zu durchleuchten. Gut durchdachte und sorgfältig gestaltete Verträge erweisen sich beim zwangsweisen Auskauf als erheblicher Vorteil.

3.2 Abfindungsfusion. Verfügen ein Aktionär oder eine Gruppe von Aktionären über mindestens 90% der Stimmrechte, steht die Möglichkeit einer Abfindungsfusion (fusionsrechtlicher Squeeze-out) offen. Hierbei wird die AG mit dem unliebsamen Aktionär (übertragende Gesellschaft) in eine neu gegründete oder vorbestehende Gesellschaft ohne

den unliebsamen Aktionär (übernehmende Gesellschaft) hineinfusioniert. Im Rahmen der Fusion schliessen die VR beider Gesellschaften einen Fusionsvertrag, welcher vorsieht, dass die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nur eine Barabfindung erhalten und keine Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Die Abfindung muss dem wirklichen Wert der Aktien entsprechen [2]. Im Fusionsbericht sind die Höhe der Abfindung und die Gründe, weshalb nur eine Abfindung gewährt werden soll, zu erläutern [3]. Der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht und die Fusionsbilanz müssen von einem Revisionsexperten geprüft werden [4]. Im Prüfbericht hat der Fusionsprüfer mitunter darzulegen, ob die Abfindung vertretbar ist [5]. Die GV beider Gesellschaften müssen dem Fusionsvertrag zustimmen [6]. Für den GV-Beschluss der übertragenden Gesellschaften gilt das qualifizierte Quorum von mindestens 90% aller Aktienstimmen [7]. Kommt der Fusionsbeschluss zustande, erhalten die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nur eine Barabfindung und sind somit nicht an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt. Jeder Aktionär kann mittels Überprüfungsklage das gerichtliche Festsetzen der Ausgleichszahlung verlangen, wenn die Abfindung nicht angemessen ist [8]. Die Überprüfungsklage verhindert jedoch nicht die Rechtswirksamkeit des Fusionsbeschlusses, womit der unliebsame Aktionär auch beim Gutheissen der Klage nicht mehr an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt wird [9]. Mit der Rechtswirksamkeit der Abfindungsfusion gehen alle Aktiven, Passiven und Verträge der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über und der unliebsame Aktionär verliert seine Aktionärsstellung [10]. Das Geschäft kann fortgeführt und die Fusion unter bestimmten Voraussetzungen steuerneutral durchgeführt werden. Die Hürde von 90% der Aktienstimmen ist jedoch hoch. Wird sie erreicht, ist die Abfindungsfusion eine gute Variante, welche jedoch professionell durchzuführen ist. Werden die Vorschriften des Fusionsgesetzes verletzt, kann der Fusionsbeschluss erfolgreich angefochten werden [11]. Zudem können bei Pflichtver-

ANZEIGE

«Die Zeitersparnis und Effizienz mit BusPro ist enorm.»

Uli Niederhauser, Unico Treuhand AG



Individuell anpassbar • freie Gestaltung von Bilanz und ER • unbeschränkt mandantenfähig • Fremdwährungen • Cloud-Service

Gratis-Fibu & Infos: www.buspro.ch/treuhand

genial einfach
einfach genial!



letzungen die mit der Abfindungsfusion befassten Personen, namentlich die VR und der Fusionsprüfer, für den daraus entstandenen Schaden haftbar gemacht werden [12].

3.3 Asymmetrische Spaltung. Das Fusionsgesetz erlaubt die Spaltung einer AG unter Abänderung der Beteiligungsverhältnisse [13]. Vereinfacht ausgedrückt kann das Vermögen einer AG geteilt und der unliebsame Aktionär grundsätzlich an einem Teil und die übrigen Aktionäre am anderen Teil beteiligt werden. Analog der Abfindungsfusion müssen bei der asymmetrischen Spaltung mindestens 90% der Aktienstimmen dem Spaltungsbeschluss zustimmen [14]. Das Verfahren der asymmetrischen Spaltung ist ähnlich jenem der Abfindungsfusion. Das Umtauschverhältnis hat den Wert der abzuspaltenen Geschäftsteile sowie alle anderen relevanten Umstände zu berücksichtigen [15]. Für die bei der Spaltung einer AG zugeordneten Verbindlichkeiten besteht eine subsidiäre solidarische Haftung der anderen AG [16]. Eine asymmetrische Spaltung ist in der Praxis selten und dürfte nur infrage kommen, wenn kein Geld für eine Barabfindung vorhanden ist und/oder eine Spaltung aus operationeller Sicht zweckmässig erscheint.

3.4 Liquidation und Neugründung. Eine radikale Variante ist die Auflösung der bisherigen und die Gründung einer neuen AG ohne den unliebsamen Aktionär. Die freiwillige Auflösung einer AG bedarf der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte in der GV [17]. Wird das Quorum für die Auflösung mit Liquidation nicht erreicht, können Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, die Auflösung der AG durch ein Gericht beantragen [18]. Das Gericht wird jedoch nur in Ausnahmefällen die Auflösung der AG anordnen. Beschliesst die GV die Auflösung der AG, wird der Zusatz *in Liquidation* dem Firmennamen angefügt. Es sind Liquidatoren zu bestellen und Schuldenrufe zu publizieren. Entsprechend kann die Liquidation die Reputation des Unternehmens erheblich schädigen. Namentlich können Kunden und Geschäftspartner verunsichert werden oder abwandern. Die Vermögensverteilung unter den Aktionären darf frühestens drei Monate nach dem letzten Schuldenruf erfolgen [19]. Dabei hat der unliebsame Aktionär grundsätzlich Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis [20]. Zu beachten ist, dass das Fortführen des Geschäfts in einer neugegründeten Gesellschaft allenfalls vertragliche Konkurrenzverbote verletzen kann. Zudem zieht das Auflösen der stillen Reserven und das Entrichten der Liquidationsdividende oft unerwünschte Steuerfolgen nach sich. Aufgrund dieser Nachteile wird in der Praxis von einer Auflösung mit Liquidation häufig abgesehen oder diese nur als letztmöglicher Weg eingeschlagen.

3.5 Geschäftsverkauf (Asset Deal). Eine weitere Variante ist der Verkauf des Geschäfts, eines Teilbetriebs oder erfolgsentscheidender Vermögenswerte (z. B. Markenrechte) an eine neu gegründete Gesellschaft ohne Beteiligung des unliebsamen Aktionärs. Zu beachten sind die allenfalls anwendba-

ren Vorschriften über die (beabsichtigte) Sachübernahme [21]. Anstelle des unmittelbaren Verkaufs können die Vermögenswerte auch in eine Tochtergesellschaft eingelegt (Sacheinlagegründung) und anschliessend die Anteile an der Tochtergesellschaft veräussert werden [22]. Der Verkauf kann mit der anschliessenden Liquidation der bestehenden AG verbunden werden (vgl. Abschnitt 3.4). Falls die verkaufende AG später jedoch in Konkurs fällt, droht eine Anfechtung des Kaufvertrags [23]. Für einen Verkauf von Vermögenswerten ist grundsätzlich der VR zuständig, wobei für diese Massnahme eine einfache Mehrheit im VR ausreichen kann. Führt der Verkauf jedoch zur Aufgabe der Geschäfte im statutarischen Tätigkeitsbereich, ist dieser unzulässig und fällt in die ausschliessliche Zuständigkeit der GV [24]. Im Zweifel empfiehlt es sich, den Kaufvertrag vom VR abschliessen und von der GV genehmigen zu lassen. Der Preis für die Vermögenswerte sollte dem Verkehrswert entsprechen. Werden die Vermögenswerte unterpreislich verkauft, droht den VR persönliche Haftung für die entstandenen finanziellen Nachteile der AG. Die Preisfestsetzung stützt sich deshalb von Vorteil auf ein Bewertungsgutachten eines unabhängigen Experten. Beim Abschluss des Kaufvertrags ist darauf zu achten, dass das Verbot der Doppelvertretung nicht verletzt wird. Der Kaufvertrag sollte, gestützt auf einen VR-Beschluss, von konfliktfreien VR unterzeichnet werden und nicht von solchen, welche zeitgleich in beiden VR Einsitz nehmen. Denn eine Doppelvertretung hat grundsätzlich die Ungültigkeit eines Vertrags zur Folge [25]. Zu berücksichtigen ist ferner, dass beim Übertragen eines ganzen Betriebs oder Betriebsteils die dazugehörigen Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen von der verkaufenden AG auf den Erwerber übergehen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt [26]. Zur Übertragung weiterer Vertragsverhältnisse ist, neben der Zustimmung des Veräusserers und des Erwerbers, auch jene des Vertragspartners erforderlich. Eine Ausnahme hiervon bietet die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, welche das Übertragen von Vertragsverhältnissen bei einem Betriebsverkauf ohne Zustimmung der Vertragspartner ermöglicht [27]. Bei Übertragung eines Vermögens oder Geschäfts mit Aktiven und Passiven können auch Schulden des Veräusserers von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen [28]. Vor diesem Hintergrund ist bei einer Geschäftsveräusserung genau zu analysieren, ob dadurch Schulden übergehen und/oder eine solidarische Haftung des Erwerbers begründet wird. Der Vorteil des Geschäftsverkaufs liegt darin, dass zu dessen Umsetzung eine Mehrheit im VR ausreichen kann. Dagegen erweist sich der Geschäftsverkauf oft als umständlich, steuerlich unattraktiv, risikoreich und nachteilig für das Ansehen des Unternehmens im Markt.

3.6 Kapitalschnitt. Ist eine AG sanierungsbedürftig, kann die GV die Herabsetzung des Aktienkapitals auf null und die anschliessende Wiedererhöhung beschliessen, wobei die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre durch die Herabsetzung untergehen [29]. Bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals steht den bisherigen Aktionären ein unentziehbares Bezugsrecht zu [30]. Das Bezugsrecht gewährt einen anteilmässigen Anspruch auf die neu ausgegebenen Aktien [31].

Mit anderen Worten verlieren bei einem Kapitalschnitt alle Aktionäre ihre Aktionärsstellung, haben jedoch das unentziehbare Recht, bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals neue Aktien zu zeichnen. Ist ein unliebsamer Aktionär nicht mehr bereit oder in der Lage, neues Geld in die Gesellschaft zu investieren, verliert er infolge des Kapitalschnitts seine Aktionärsstellung. Dabei kann es handfeste Gründe geben, weshalb der betreffende Aktionär bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals keine Aktien mehr zeichnet:

→ Die AG wirtschaftete in der Vergangenheit nicht profitabel, → der unliebsame Aktionär hat sich mit den übrigen Aktionären und dem VR verkracht, → er verfügt über keinen Einfluss auf die Führung des Unternehmens, → er hat kein Geld, um bei der Kapitalerhöhung zu partizipieren, → oder er hat vom Kapitalschnitt nichts mitbekommen. Bemerkenswert ist, dass der Kapitalschnitt grundsätzlich nur die absolute Mehrheit der in der GV vertretenen Aktienstimmen erfordert [32]. Ein höheres Quorum kann sich jedoch aufgrund der Statuten oder einer qualifizierten Kapitalerhöhung ergeben [33]. Zu berücksichtigen ist, dass der unliebsame Aktionär sein Bezugsrecht auch nur teilweise ausüben kann, um an der AG beteiligt zu bleiben, indem er bspw. lediglich eine Aktie zeichnet. Dieser Vorgehensweise kann durch das Festlegen eines hohen Nennwerts der bei der Wiedererhöhung des Aktienkapitals neu ausgegebenen Aktien entgegengetreten werden. Zudem besteht bei einem nur teilweisen Ausüben des Bezugsrechts anschliessend allenfalls die Möglichkeit, den unliebsamen Aktionär im Zuge einer Abfindungsfusion (vgl. Abschnitt 3.2) loszuwerden. Voraussetzung für einen Kapitalschnitt ist aber die Sanierungsbedürftigkeit der AG, wie sie bei einer Überschuldung vorliegt [34].

3.7 Kapitalerhöhung. Eine Kapitalerhöhung bietet zwar keine Möglichkeit, sich eines Aktionärs unmittelbar zu entledigen. Sie kann aber dazu dienen, einen unliebsamen Aktionär zu verwässern, wobei die grösstmögliche Verwässerung bei einer Aktienaussgabe zum Nominalwert erreicht wird [35]. Partizipiert der Aktionär nicht oder nicht anteilmässig an der Kapitalerhöhung, kann seine Stimm- und Kapitalbeteiligung unter gewisse Schwellenwerte gedrückt werden. Relevante Quoren sind 50% der Aktienstimmen für gewöhnliche GV-Beschlüsse, zwei Drittel der Aktienstimmen (sowie die Mehrheit der Aktiennennwerte) für die wichtigen GV-Beschlüsse gemäss Art. 704 OR, sowie 90% der Aktienstimmen für eine Abfindungsfusion (vgl. Abschnitt 3.2). Hat der unliebsame Aktionär weniger Aktienstimmen, kann er entsprechende GV-Beschlüsse nicht mehr verhindern. Zudem verliert er allenfalls Rechte unter dem ABV, wie bspw. das Recht zum Ernennen eines VR. Eine Kapitalerhöhung kann auch mehrmals durchgeführt werden, bis der unliebsame Aktionär unter 10% gedrückt und nach einer Abfindungsfusion endgültig nicht mehr beteiligt ist. Der Beschluss einer ordentlichen Kapitalerhöhung mit Bareinlagen erfordert in der GV grundsätzlich nur die einfache Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen [36]. Bei einer Kapitalerhöhung hat in aller Regel jeder Aktionär ein Bezugsrecht an neuen Aktien [37]. Die GV darf das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen aufheben, namentlich zur Über-

nahme von Unternehmen oder zur Beteiligung von Mitarbeitern [38]. Wird das Bezugsrecht des unliebsamen Aktionärs entzogen, hat dieser keine Möglichkeit, an der Kapitalerhöhung zu partizipieren. Beim Aufheben des Bezugsrechts darf jedoch kein Aktionär in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden [39]. Allenfalls kann der unliebsame Aktionär aber bereits mit einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm (ESOP) unter einen bestimmten Schwellenwert gedrückt werden. Um den unliebsamen Aktionär zu verwässern, kann eine Kapitalerhöhung zudem in der Erwartung durchgeführt werden, dass der unliebsame Aktionär sein Bezugsrecht nicht ausüben wird (für mögliche Gründe vgl. Abschnitt 3.6). Die Partizipation bei der Kapitalerhöhung kann erschwert werden, indem die Einlagen nicht in Geld, sondern durch andere Vermögenswerte oder durch Verrechnung von Forderungen gegenüber der Gesellschaft zu leisten sind. Die Einlagen müssen von den Aktionären jedoch vernünftigerweise geleistet werden können, andernfalls handelt es sich um einen faktischen Bezugsrechtsausschluss, welcher das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzen kann [40]. Im Falle einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage oder bei einer Aufhebung des Bezugsrechts benötigt der GV-Beschluss die Zustimmung von zwei Drittel der Aktienstimmen (sowie die Mehrheit der Aktiennennwerte). Eine Kapitalerhöhung dient nicht dazu, einen Aktionär unmittelbar loszuwerden, kann aber seinen Einfluss reduzieren und die Grundlage für eine Abfindungsfusion oder eine andere Massnahme legen.

3.8 Kaduzierung. Ein Aktionär ist gegenüber der Gesellschaft lediglich zur vollständigen Liberierung seiner Aktien verpflichtet, also zur Bezahlung des bei der Ausgabe seiner Aktien festgelegten Betrags [41]. Sind die Aktien des unliebsamen Aktionärs nur teilweise liberiert, kann der VR dem Aktionär eine Frist zur nachträglichen Leistung der Einlagen ansetzen. Sofern der unliebsame Aktionär trotz Zahlungsaufforderung nicht leistet, kann der VR dem Aktionär mit einem eingeschriebenen Brief eine Nachfrist von mindestens einem Monat gewähren [42]. Falls der säumige Aktionär nicht innerhalb der Nachfrist nachliberiert, hat der VR die Kompetenz, den unliebsamen Aktionär seiner Rechte aus der Aktienzeichnung verlustig zu erklären und hierfür neue Aktien auszugeben [43]. Die Möglichkeit der Kaduzierung steht jedoch nur offen, wenn die Aktien des unliebsamen Aktionärs nicht vollständig liberiert sind. Für die Kaduzierung ist zudem eine Mehrheit im VR und ein durch den unliebsamen Aktionär ungenutztes Verstreichen der Nachfrist erforderlich.

3.9 Organisationsmängelverfahren. Im Gegensatz zur GmbH besteht bei der AG keine Rechtsgrundlage, um beim Gericht auf Ausschluss eines Aktionärs aus wichtigem Grund zu klagen [44]. Falls eine AG aufgrund des Konflikts mit dem unliebsamen Aktionär jedoch nicht mehr funktionsfähig ist, kann ein Organisationsmangel vorliegen. Bei einem Organisationsmangel hat jeder Aktionär das Recht, beim Gericht das Ergreifen der erforderlichen Massnahmen zu beantragen [45]. Zur Funktionsunfähigkeit kann es ins-

besondere bei einem andauernden Patt (Deadlock) in der GV und/oder im VR kommen [46]. In einem Organisationsmängelverfahren kann bspw. eine gerichtlich angeordnete Versteigerung der Aktien unter den Aktionären durchgeführt werden [47]. Denkbar wäre auch die gerichtliche Anordnung des Aktienverkaufs durch den unliebsamen Aktionär an die übrigen Aktionäre [48]. Dabei handelt es sich aber um einen drastischen Eingriff, den das Gericht nur in Ausnahmefällen ergreifen wird, sofern keine mildere Massnahme zum Beheben des Organisationsmangels zur Verfügung steht. Aufgrund der Dringlichkeit des Wiederherstellens des funktionsfähigen Zustands wird ein Organisationsmangel im summarischen Verfahren behoben [49]. Das Gericht ist bei der Behebung des Organisationsmangels nicht an die Anträge der Parteien gebunden [50]. In der Praxis kommt das Organisationsmängelverfahren zur Entledigung eines unliebsamen Aktionärs kaum zur Anwendung, kann u. U. bei einem Patt aber die einzig verfügbare Option sein.

3.10 Begleitmassnahmen. Soll die Trennung von einem unliebsamen Aktionär erfolgen, ist es ratsam, auch die Möglichkeit von Begleitmassnahmen zu prüfen. Grundsätzlich ist die Abwahl des unliebsamen Aktionärs aus dem VR und/oder die Kündigung seines Arbeits- oder Mandatsvertrags mit der AG möglich. Damit können die Einflussmöglichkeiten reduziert und das Beibehalten der Aktionärsstellung uninteressanter gemacht werden. Innerhalb der gesetzlichen Schranken können die operativ tätigen Aktionäre zudem mehr Lohn und weniger Dividende beziehen, was das Investment des unliebsamen Aktionärs weniger attraktiv macht. Hat der unliebsame Aktionär seine Pflichten unter dem

ABV als VR, Mitarbeiter oder Berater verletzt, kann gegen ihn allenfalls auch Klage erhoben werden. Die Klage kann die Bereitschaft erhöhen, die Angelegenheit in einem Vergleich umfassend zu lösen, wobei sie auch das Gegenteil bewirken kann. Mit Begleitmassnahmen wird das Ziel, den unliebsamen Aktionär loszuwerden, nicht unmittelbar erreicht, doch können sie den Prozess fördern. Dabei ist das Spektrum an möglichen Begleitmassnahmen bezogen auf die konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen.

4. FAZIT

Das schweizerische Aktienrecht bietet einen relativ soliden Schutz der Aktionärsstellung. Einen unliebsam gewordenen Aktionär loszuwerden, ist deshalb ein schwieriges Unterfangen. Oft ist der beste Weg der Auskauf der Aktien. Hierfür sind jedoch grundsätzlich die Zustimmung des unliebsamen Aktionärs und eine Einigung auf den Preis erforderlich. Gelingt keine Einigung, sind Massnahmen zu prüfen, die es erlauben, den unliebsamen Aktionär gegen seinen Willen loszuwerden. Im Vordergrund stehen dabei das Ausüben von Kaufrechten, eine Abfindungsfusion, die Gründung einer neuen Gesellschaft, allenfalls verbunden mit dem Verkauf des Geschäfts, ein Kapitalschnitt, die Kaduzierung sowie Begleitmassnahmen. Bei allen Handlungsoptionen sind auch die Steuerfolgen genau abzuklären. Grenzen setzen das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre. Deshalb müssen sachliche, im Unternehmensinteresse liegende Gründe die zu ergreifenden Massnahmen rechtfertigen. ■

Anmerkungen: **1)** Art. 2 ZGB und Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 sowie Art. 717 Abs. 2 OR. **2)** Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung zur Höhe der Abfindung. Glanzmann, L., Umstrukturierungen. Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N. 254. **3)** Art. 14 Abs. 3 lit. d FusG. **4)** Art. 15 Abs. 1 FusG. **5)** Art. 15 Abs. 4 lit. b FusG. **6)** Art. 18 Abs. 1 FusG. **7)** Art. 18 Abs. 5 FusG. Für die 90% gilt das Kapitalstimmrecht, auch wenn die Gesetzesbestimmung ungenau von «stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschaftern» spricht. Für die Berechnung des 90%-Quorums ist auf die Gesamtheit der tatsächlich stimmberechtigten Aktien abzustellen, ungeachtet davon, ob diese an der GV vertreten sind oder nicht (OFK FusG, Art. 18, N. 30 ff.; Tschäni, R., Squeeze-out, in: Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010, S. 67–68). **8)** Art. 105 Abs. 1 FusG. **9)** Art. 105 Abs. 4 FusG. **10)** Art. 22 Abs. 1 FusG, OFK FusG, Art. 22, N. 7. **11)** Art. 106 f. FusG. **12)** Art. 108 FusG. **13)** Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG. **14)** Art. 43 Abs. 3 FusG. **15)** Art. 7 Abs. 1 FusG. **16)** Art. 47 Abs. 1 FusG. **17)** Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR. **18)** Art. 736 Ziff. 4 OR. **19)** Art. 745 Abs. 3 OR.

20) Art. 660 Abs. 2 OR. **21)** Art. 628 Abs. 2 OR. **22)** Werden die Vermögenswerte zum Buchwert übertragen, ergibt sich aus steuerlicher Sicht eine doppelte Veräusserungssperre. Einerseits besteht diese an den Aktien der Tochtergesellschaft und andererseits an den übertragenen Vermögenswerten. Werden die Vermögenswerte zum Verkehrswert übertragen, ist der bei der Veräussernden Gesellschaft resultierende Gewinn steuerbar. **23)** Paulianische Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG. **24)** Böckli, P., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 17 N. 78. **25)** BGer 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4. **26)** Art. 333 Abs. 1 OR. **27)** Watter, R., Vermögensübertragung – Ausgewählte Aspekte aus der neueren Praxis, in: Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich 2016, S. 10–17; Glanzmann, L., Anm. 2, N. 365). **28)** Art. 181 OR. **29)** Art. 732a Abs. 1 OR. **30)** Art. 732a Abs. 2 OR. **31)** Art. 652b Abs. 1 OR. **32)** Art. 703 OR. **33)** Art. 703 und Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 OR. Rieder, D., Der vollständige Kapitalschnitt – Kapitalherabsetzung auf null mit Kapitalerhöhung, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 94. **34)** BGE 138 III 204, E. 3.2. **35)** Aktien müssen mindestens zum Nennwert ausgegeben werden

(Art. 624 Abs. 1 OR). **36)** Art. 703 OR. **37)** Art. 652b Abs. 1 OR. **38)** Art. 652b Abs. 2 OR. **39)** Art. 652b Abs. 2 OR. **40)** BSK-OR II, Art. 652b, N. 24. **41)** Art. 680 Abs. 1 OR. **42)** Art. 682 Abs. 1 und 2 OR. **43)** Art. 681 Abs. 2 OR. **44)** Art. 823 OR, Kunz, P. V., Gesellschaftsrecht, 2018, Rz. 109. **45)** Art. 731b OR. **46)** BSK-OR II, Art. 731b, N. 6. BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5. Die Pattsituation kann mitunter zur Folge haben, dass im Rahmen der ordentlichen GV kein VR wiedergewählt wird. Nach Trautmann, M., Von der Crone, H. C., Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, in: SZW 84/2012, S. 465, endet die Amtsdauer des VR ohne Weiteres mit dem sechsten, auf das Ende des betreffenden Geschäftsjahrs folgenden Monats, sofern gar keine GV stattfindet. Verfügt die AG über keinen VR mehr, kann das Gericht einen VR ernennen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR). **47)** BGE 138 III 294, E. 3.3.3. **48)** Lieberherr, S., Vischer, M., Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, in: AJP 3/2016, S. 303–304. **49)** Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO. **50)** Art. 731b Abs. 1 OR.