



Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf

SAMUEL LIEBERHERR



MARKUS VISCHER

Bei vielen Aktienkäufen zeigt sich das Problem, dass die Eigentumsverhältnisse an den Aktien unklar sind. Dies hängt mit den kaum überblickbaren Regeln zur fehlerfreien Übertragung von Aktien zusammen. Die due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf hilft, vorhandene Probleme zu erkennen und zu lösen. Bei den Lösungen steht im Sinne eines Aktien clean-up ein Nachholen der Übertragungen im Vordergrund. Diese Übertragungen werden meist nicht entlang der möglichen Aktionärsreihe nachgeholt, sondern «im Sprung» von allen in der Vergangenheit in Aktienübertragungen involvierten Personen zu den heutigen Sollaktionären. Andere mögliche Lösungen sind squeeze out-mergers und ein Vorgehen nach Art. 731b OR.

Lors de l'achat d'actions, il est fréquent que les droits de propriété afférents aux actions ne soient pas clairs. Cela tient au fait qu'il est difficile d'avoir une vue d'ensemble des règles visant à assurer un transfert correct des actions. La diligence raisonnable ou due diligence relative à la propriété des actions permet d'identifier et de résoudre les problèmes existants lors de l'acquisition d'actions. Parmi les solutions, il y a en premier lieu le rattrapage des transferts sous la forme d'un « assainissement » (« clean-up ») des actions. Le plus souvent, ces transferts ne sont pas rattrapés en suivant la chaîne des actionnaires possibles, mais en effectuant directement un « saut » aux probables actionnaires actuels (« Sollaktionäre ») sans passer par toutes les personnes impliquées par le passé dans des transferts d'actions. Le squeeze out merger et la procédure selon l'art. 731b CO constituent des alternatives.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Aktienkauf
 - B. Rechtliche due diligence
 - C. Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien
- II. Aktienübertragungen
 - A. Inhaberaktien
 - B. Namenaktien
- III. Mögliche Problemfelder
- IV. Mögliche Konsequenzen
- V. Mögliche Lösungsansätze
 - A. Vorgängige detaillierte Analyse
 - B. Erster Lösungsansatz: Aktien clean-up
 - C. Zweiter Lösungsansatz: Squeeze out-merger
 - D. Dritter Lösungsansatz: Vorgehen nach Art. 731b OR
- VI. Schlussfolgerungen bezüglich Art der für Aktiengesellschaften zu wählenden Aktien

I. Einleitung

A. Aktienkauf

Unternehmenskäufe können in der Form des Anteilskaufs, d.h. des sogenannten share deal, oder in der Form des Vermögenskaufs, d.h. des sogenannten asset deal, abgewickelt werden¹.

SAMUEL LIEBERHERR, lic. iur., MBA, praktiziert als Anwalt bei Walder Wyss, Zürich

MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M. praktiziert als Anwalt bei Walder Wyss, Zürich.

¹ Z.B. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2427 f.; SIMON MEYER, Vendor Due Diligence beim Unternehmenskauf, Begriff,

Rechtlich sind Anteilskäufe (mindestens dann, wenn sie dem Käufer die Kontrolle über das Unternehmen verschaffen) als Kaufverträge zu qualifizieren, unabhängig davon, ob sie gemäss OR oder FusG abgewickelt werden². In der Schweiz ist angesichts der Verbreitung der AG der Aktienkauf die häufigste Form des Anteilskaufs. Gegenstand des Aktienkaufs ist nach herrschender, aber nicht ganz unbestrittener Lehre und Rechtsprechung das Unternehmen selber, mindestens dann, wenn er auf den Kauf der Kontrolle des Unternehmens ausgerichtet ist. Gegenstand des Aktienkaufs sind nach dieser Lehre und Rechtsprechung damit nicht primär die gekauften Aktien³. Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes spielt dies allerdings keine Rolle, weil es hier um die Aktien selber geht.

B. Rechtliche due diligence

Unter einer due diligence im Zusammenhang mit Aktienkäufen versteht man in der Regel die kaufvorbereitende Überprüfung des zu kaufenden Unternehmens durch den Käufer⁴. Eine due diligence wird aber kaufvorbereitend

Rechtsbeziehungen, Haftung, Zürich/St. Gallen 2013, 12 ff., 17 ff.; MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP/PJA 2011, 1168 ff., 1168.

² MARKUS VISCHER, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 325 ff., 327; MEYER (FN 1), 16.

³ VISCHER (FN 2), 327; MEYER (FN 1), 16; a.M. BGE 107 II 419, E. 1.; bestätigt in BGer 4A_321/2012 vom 14. Januar 2013, E. 4.2.

⁴ STEFAN EBERHARD, Acquisitions, due diligence et responsabilité pour les défauts, in: François Dessemontet/Pierre-André Oberson/

oft auch durch den Verkäufer durchgeführt⁵. Die due diligence erstreckt sich auf die verschiedensten Gebiete, u.a. eben auf das Gebiet Recht⁶.

C. Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien

Bei der rechtlichen due diligence spielt heutzutage beim Aktienkauf die due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien eine grosse Rolle, weil erfahrungsgemäss in fast allen Fällen Probleme bezüglich des Eigentums an den Aktien bestehen⁷. Das hängt mit den für Laien (und manchmal auch Profis) kaum mehr überblickbaren komplexen Regeln zusammen, wie Aktien fehlerfrei übertragen werden⁸. Die due diligence bezüglich des Eigentums an den Aktien wird sicher vom Käufer, oft aber auch vom Verkäufer durchgeführt. Letzter verfolgt dabei oft das Ziel, vor dem Verkauf noch einen allfälligen Aktien clean-up durchführen zu können⁹.

II. Aktienübertragungen

A. Inhaberaktien

Inhaberaktien können in einem Wertpapier verbrieft oder nicht in einem Wertpapier verbrieft sein. Die Verbriefung erfolgt, wenn es um eine einzelne Inhaberaktie geht, in einem Aktientitel (Art. 622 Abs. 5 OR) oder, wenn es um die Verbriefung mehrerer Inhaberaktien ein und desselben Aktionärs geht, in Aktienzertifikaten, welche rechtlich den entsprechenden Aktientiteln gleichstehen¹⁰. Neu werden solche Aktienzertifikate auch Globalurkunden genannt, wobei eine Globalurkunde nicht nur vorliegt, wenn es um die Verbriefung mehrerer Inhaberaktien ein und desselben Aktionärs geht, sondern auch, wenn es um die Verbriefung mehrerer Inhaberaktien verschiedener Aktionäre geht (Art. 973b Abs. 2 OR).

Sind die Inhaberaktien nicht in einem Wertpapier verbrieft, sind sie entweder unverkörperte Inhaberaktien¹¹ oder, nach Eintragung der unverkörpernten Inhaberaktien ins Wertrechtbuch, Wertrechte (Art. 973c OR¹²). Inhaberaktien können auch als Bucheffekten ausgestaltet sein (s. Art. 622 Abs. 1 Satz 2 OR). Verbrieft Inhaberaktien werden (wertpapiermässig) durch Übergabe des Wertpapiers übertragen (Art. 967 Abs. 1 OR¹³). Sie können aber

Alain Thévenaz/Mathieu Blanc (Hrsg.), *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, Lausanne 2005, 585; MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 229 ff., 229; s. auch OLIVER BLUM, Rechtliche Aspekte der Due Diligence, Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Parteien im Zusammenhang mit der Unternehmensüberprüfung, ST 2006, 233 ff., 233 f., zur Frage der Verpflichtung bzw. Obliegenheit des Käufers zur Durchführung einer due diligence.

⁵ Sogenannte (pre sale) vendor due diligence, z.B. MEYER (FN 1), 37 ff.; JAKOB HÖHN, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Mit Musterdokumenten für die vorvertragliche Phase des Unternehmenskaufs, Zürich/Basel/Genf 2003, 34 ff.; VISCHER (FN 4), 229; zu den Motiven einer (pre sale) vendor due diligence z.B. URS SCHENKER, Vendor Due Diligence, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XIII*, Zürich/Basel/Genf 2010, 245 ff., 251 ff.

⁶ Sogenannte rechtliche oder legal due diligence, z.B. HÖHN (FN 5), 25.

⁷ MARKUS VISCHER, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff., 238; s. auch OLIVER BLUM, Rechtsmängel bei der Übertragung von Aktien, AJP/PJA 2007, 694 ff., 695: «Es ist davon auszugehen, dass zahlreiche in der Form von Aktiengesellschaften organisierte schweizerische KMU *de iure* nicht denjenigen Personen gehören, welche davon ausgehen, dass sie die Aktionärsstellung rechtmässig derivativ erworben haben.», und JOSSY GELLIS, Stolpersteine bei der Übertragung von Aktien und GmbH-Anteilen – Wenn Laien sich beim Handel mit Firmenbeteiligungen in falscher Sicherheit wiegen, NZZ 2008, 29: «Oft sind aber gerade die Eigentumsverhältnisse an der zu verkaufenden Gesellschaft nicht sauber dokumentiert.»

⁸ Wohl gl.M. GELLIS (FN 7), 29; BLUM (FN 7), 694.

⁹ S. dazu V.B.

¹⁰ BGE 86 II 95, E. 3; THOMAS KELLER, in: Willi Fischer/Helke Drenckham/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), *Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis*, Basel 2014, § 16.5; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. A., Bern 2012, § 16 N 290.

¹¹ Zur Zulässigkeit unverkörperter Inhaberaktien bzw. zur Zulässigkeit des aufgeschobenen oder sogar aufgehobenen Titeldrucks bei Inhaberaktien MARKUS VISCHER, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XIII*, Zürich/Basel/Genf 2010, 147, 149 f.; s. auch KELLER (FN 10), § 16.8 a.E., und BSK Wertpapierrecht-PÖSCHEL/MAIZAR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Wertpapierrecht*, Art. 965–1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a–108d IPRG, Basel 2012 (nachfolgend BSK Wertpapierrecht-Verfasser), Art. 973c OR N 12, 36, 41; F. WOLFHART BÜRGI, in: *Zürcher Kommentar, V. Band: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre* (Art. 660–697), Zürich 1957, Vorbem. zu den Art. 683–687 OR N 29; a.M. wohl BSK Wertpapierrecht-BÄRTSCHI, Art. 6 BEG N 52; zur Zulässigkeit teillibrierter unverkörperter Inhaberaktien PHILIP SPOERLÉ, Die Inhaberaktie, *Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision*, Zürich/St. Gallen 2015, N 258, 287 m.w.H.

¹² S. auch KELLER (FN 10), § 16.51, mit leichten Zweifeln an der herrschenden Lehre, wonach auch Inhaberaktien als Wertrechte ausgegeben werden können.

¹³ ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Wertpapierrecht*, 2. A., Bern 2000, § 4 N 19; 95.

auch (nicht wertpapiermässig) durch Zession und, zwingend, Übergabe des Wertpapiers übertragen werden¹⁴, es sei denn, die Übertragung mittels Zession sei statutarisch oder durch ein pactum de non cedendo ausgeschlossen worden¹⁵. Die Übergabe des Wertpapiers kann in beiden Fällen auch in der Form eines Traditionssurrogats erfolgen¹⁶. Die Abtretung des Vindikationsanspruchs, die sogenannte (unselbstständige) Vindikationszession, ist jedoch kein solches Traditionssurrogat¹⁷.

Infolge des Erfordernisses der Übertragung des Wertpapiers bei der wertpapiermässigen und nicht wertpapiermässigen Übertragung von Inhaberaktien ist eine Übertragung von in Aktienzertifikaten bzw. Globalurkunden verbrieften Inhaberaktien ins Alleineigentum verschiedener Erwerber nicht möglich, ohne dass das betreffende Aktienzertifikat bzw. die betreffende Globalurkunde eingezogen und für ungültig erklärt und Aktientitel bzw. -zertifikate bzw. Globalurkunden in der nötigen Stückelung ausgegeben werden. Ohne diese Massnahmen ist nur Miteigentum der Erwerber realisierbar¹⁸.

Unverkörperte Inhaberaktien werden durch Zession übertragen¹⁹. Wertrechte werden ebenfalls durch Zession übertragen (Art. 973c Abs. 4 OR²⁰). Spezielle Regeln gelten für Bucheffekten. Vorbehalten bleiben andere Erwerbsarten, insbesondere im Erbgang und bei anderen

Gesamtrechtsnachfolgen²¹ oder aufgrund von Art. 401 Abs. 1 OR²².

Zessionen sind keine einseitigen Rechtsgeschäfte, sondern (Verfügungs-)Verträge²³. Sie bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform (Art. 165 Abs. 1 OR), wobei es genügt, wenn die Erklärung des Zedenten in schriftlicher Form erfolgt (Art. 13 Abs. 1 OR²⁴). Der Gebrauch des Worts Abtretung oder Zession ist nicht erforderlich²⁵. Es muss aber der Wille des Zedenten, eine bestimmte Forderung bzw. ein bestimmtes Recht auf den Zessionar übergehen zu lassen, aus dem Schriftstück ersichtlich sein²⁶. Entsprechend können Zessionen auch in unterzeichneten Verwaltungsratsbeschlüssen oder unterzeichneten Generalversammlungsprotokollen enthalten sein, wenn die «richtigen» Personen unterschreiben²⁷. Die Notifikation der Zession gegenüber der Aktiengesellschaft ist für die Gültigkeit der Zession nicht Voraussetzung. Die Zession ist gegenüber der gutgläubigen Aktiengesellschaft jedoch erst nach einer entsprechenden Notifikation wirksam²⁸.

Wertpapiermässige Übertragungen sind kausal, setzen also ein gültiges Verpflichtungsgeschäft voraus²⁹, was allerdings bei Mehrfachübertragungen angesichts der Tatsache, dass es bei der wertpapiermässigen Übertragung Fälle des Verkehrsschutzes in Bezug auf die Rechtszuständigkeit gibt, also Fälle des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten (Art. 935 ZGB³⁰), weniger bedeutend ist.

¹⁴ VISCHER (FN 11), 151; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 20; 98; weitere Nachweise bei SPOERLÉ (FN 11), Fn 1256; a.M. wohl PETER JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, V. Band: Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, a: Art. 965–989 und 1145–1155, Zürich 1959, Art. 967 OR N 122 ff.

¹⁵ VISCHER (FN 11), 160 f., auch zur Zulässigkeit solcher Ausschlüsse; s. auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, N 1590 f., 1721, mit leisen Zweifeln an der Zulässigkeit des statutarischen Ausschlusses.

¹⁶ SPOERLÉ (FN 11), N 474; JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 38 ff.

¹⁷ Im Allgemeinen BGE 132 III 155, E. 6.1; a.M. bei verlorenen Wertpapieren JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 83.

¹⁸ PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ, Wertpapierrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 107; Art. 973b OR.

¹⁹ BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016, E. 3; SPOERLÉ (FN 11), N 497; BSK OR II-MATTHIAS OERTLE/SHELBY DU PASQUIER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. A., Basel 2012 (zit. BSK OR II-Verfasser), Art. 683 OR N 8; JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 30; BÜRGI (FN 11), Vorbem. zu den Art. 683–687 OR N 35 ff.; zur Zulässigkeit der Übertragung teilliberierter unverkörperter Inhaberaktien (und auch der Restliberierungsschuld) SPOERLÉ (FN 11), 362, 368, 379 ff. m.w.N.

²⁰ KELLER (FN 10), § 16.52.

²¹ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 20.

²² Legalzession im Auftragsrecht; dazu z.B. BGE 115 II 468, E. 2c, und BARBORA CASTELL/HANS CASPAR VON DER CRONE, Privative Übernahme der Liberierungsschuld, SZW 2013, 254 ff., 259, jedoch auch mit der nicht korrekten Meinung, wonach der Auftraggeber erst mit der Anzeige der Legalzession Aktionär wird.

²³ BSK OR I-DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), Art. 164 OR N 15.

²⁴ ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 335.

²⁵ BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016, E. 4.1; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 165 OR N 2.

²⁶ BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016, E. 4.1; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 165 OR N 2.

²⁷ Für einen Anwendungsfall einer in Generalversammlungsprotokollen enthaltenen Zession s. BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016.

²⁸ SPOERLÉ (FN 11), N 502; VON TUHR/ESCHER (FN 24), 336; a.M. wie gerade erwähnt BGE 115 II 468, E. 2c, und CASTELL/VON DER CRONE (FN 22), 259, wonach die Notifikation Gültigkeitsvoraussetzung für den Erwerb der Aktionärsstellung ist.

²⁹ SPOERLÉ (FN 11), N 478 f.; BLUM (FN 7), 694.

³⁰ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 19 N 20.

Bei der Zession ist es umstritten, ob sie abstrakt oder kausal ist³¹. Die Frage ist von grosser Tragweite, umso mehr, als es bei der Übertragung von Inhaberaktien mittels Zession grundsätzlich keinen Verkehrsschutz in Bezug auf die Rechtszuständigkeit gibt³². Vorbehalten bleibt allerdings der Fall des Verkehrsschutzes in die Rechtszuständigkeit gemäss Art. 164 Abs. 2 OR, der gerade dann bedeutsam ist, wenn die Inhaberaktie zwar in einem Wertpapier verbrieft ist, aber die nicht wertpapiermässige Übertragung mittels Zession und Übergabe des Wertpapiers gewählt wird.

Sowohl bei der wertpapiermässigen Übertragung als auch bei der Übertragung mittels Zession gibt es keinen Verkehrsschutz des Erwerbers in Bezug auf das verbrieftete Recht³³.

An sich ist eine Ersitzung an in einem Wertpapier verbrieften Inhaberaktien möglich³⁴. Sie spielt aber angesichts der bereits angesprochenen Tatsache, dass es bei der wertpapiermässigen Übertragung von Inhaberaktien Fälle des Verkehrsschutzes in Bezug auf die Rechtszuständigkeit, also Fälle des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten, gibt, in der Praxis keine wirkliche Rolle³⁵. Nicht möglich ist dagegen eine Ersitzung an nicht in Wertpapieren verbrieften Inhaberaktien, weil das Zessionsrecht keine Ersitzung zulässt³⁶. Es fehlt hier an einer Art. 728 ZGB entsprechenden Vorschrift.

Eigentümer einer in einem Wertpapier verbrieften Inhaberaktie ist damit grundsätzlich, wer im Besitze des Wertpapiers ist und, soweit sie in der Vergangenheit nicht wertpapiermässig übertragen wurde, im Besitz aller entsprechenden Zessionsurkunden ist (sogenannte lückenlose Zessionskette, wobei die Kette bis auf den ersten Berechtigten zurück geschlossen sein muss). Eigentümer einer nicht in einem Wertpapier verbrieften Inhaberaktie ist grundsätzlich, wer im Besitz aller Zessionsurkunden ist (lückenlose Zessionskette³⁷). Je nach Auffassung über den Charakter der Zession bedarf es v.a. bei der Übertragung nicht verbriefteter Inhaberaktien auch lückenloser, gültiger Verpflichtungsgeschäfte. Vorbehalten bleiben die Regeln über die Bucheffekten.

B. Namenaktien

Namenaktien können in einem Wertpapier verbrieft oder nicht in einem Wertpapier verbrieft sein. Die Verbriefung erfolgt, wenn es um eine einzelne Namenaktie geht, in einem Aktientitel (Art. 622 Abs. 5 OR) oder, wenn es um die Verbriefung mehrerer Namenaktien ein und desselben Aktionärs geht, in Aktienzertifikaten³⁸. Zur Verbriefung in Form von Globalurkunden s. Art. 973b Abs. 2 OR³⁹.

Sind die Namenaktien nicht in einem Wertpapier verbrieft, sind sie entweder unverkörpernte Namenaktien⁴⁰ oder, nach Eintragung der unverkörpernten Namenaktien ins Wertrechtebuch, Wertrechte (Art. 973c OR). Namenaktien können auch als Bucheffekten ausgestaltet sein (Art. 622 Abs. 1 Satz 2 OR⁴¹).

In einem Ordrepapier verbrieft Namenaktien werden (wertpapiermässig) durch Übergabe des Wertpapiers und durch Indossament übertragen (Art. 684 Abs. 2 OR, Art. 967 Abs. 2 OR⁴²). Sie können aber auch (nicht wertpapiermässig) durch Zession und, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zwingend, Übergabe des Wertpa-

³¹ BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016, E. 5.1 m.w.H.; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 22 ff. m.w.H.

³² KELLER (FN 10), § 16.24, 16.61; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 4 N 126 f.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 19 ff.; im Allgemeinen BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 57 ff.

³³ BGer 4A_91/2015 vom 22.9.2015, E. 5.2.3, BLUM (FN 7), 695, und MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 19 N 22 ff. bezüglich wertpapiermässiger Übertragungen und BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 46a bezüglich Übertragungen mittels Zession (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet).

³⁴ Im Allgemeinen ADRIAN HEBERLEIN/PETER BREITSCHMID, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 728 ZGB N 7; ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, in: Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641 bis 729, Zürich 1977, Art. 728 ZGB N 21; JÄGGI (FN 14), Art. 965 OR N 319.

³⁵ S. im Allgemeinen zur Bedeutung der Ersitzung neben Art. 935 ZGB BSK ZGB II-IVO SCHWANDER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, hrsg., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Verfasser), Art. 728 ZGB N 1.

³⁶ THOMAS SUTTER-SOMM, in: Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band: Sachenrecht, Erster Teilband: Eigentum und Besitz, 2. A., Basel 2014, N 1128; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 34), Art. 728 ZGB N 21.

³⁷ KELLER (FN 10), § 16.25, 16.52; BÖCKLI (FN 32), § 4 N 126 f.

³⁸ KELLER (FN 10), § 16.5.

³⁹ S. bereits bezüglich Inhaberaktien II.A.

⁴⁰ Zur Zulässigkeit unverkörperter Namenaktien bzw. zur Zulässigkeit des aufgeschobenen oder sogar aufgehobenen Titeldrucks bei Namenaktien VISCHER (FN 11), 147, 149 f.; s. auch KELLER (FN 10), § 16.8 a.E., und BSK Wertpapierrecht-PÖSCHEL/MAIZAR (FN 11), Art. 973c OR N 12, 36, 41; a.M. wohl BSK Wertpapierrecht-BÄRTSCHI (FN 11), Art. 6 BEG N 52.

⁴¹ Zur Problematik der verbrieften Namenaktie als Grundlage von Bucheffekten z.B. VISCHER (FN 11), 148 f.

⁴² MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 19; 95; s. auch für den Spezialfall der Verbriefung in einem Namenpapier MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 19 N 59 ff. (sogenannte Rektaktien).

piers übertragen werden⁴³, es sei denn, die Übertragung mittels Zession sei statutarisch oder durch ein pactum de non cedendo ausgeschlossen worden⁴⁴. Die Übergabe des Wertpapiers kann in beiden Fällen auch in der Form eines Traditionssurrogats erfolgen⁴⁵.

Zur Übertragung von in Aktienzertifikaten bzw. Globalurkunden verbrieften einzelnen Namenaktien ins Alleineigentum verschiedener Erwerber s. die Ausführungen bezüglich Inhaberaktien in II.A.

Unverkörperte Namenaktien werden durch Zession übertragen⁴⁶. Wertrechte werden ebenfalls durch Zession übertragen (Art. 973c Abs. 4 OR⁴⁷). Spezielle Regeln gelten für Bucheffekten. Spezielle Regeln gelten auch für vinkulierte Namenaktien, bei denen es zusätzlich zu den beschriebenen Übertragungshandlungen der Zustimmung des Verwaltungsrats der betroffenen Aktiengesellschaft bedarf (Art. 685a ff. OR). Vorbehalten bleiben andere Erwerbsarten, insbesondere im Erbgang und bei anderen Gesamtrechtsnachfolgen⁴⁸ oder aufgrund von Art. 401 Abs. 1 OR⁴⁹.

Wertpapiermässige Übertragungen sind kausal, setzen also ein gültiges Verpflichtungsgeschäft voraus, was allerdings bei Mehrfachübertragungen angesichts der Tatsache, dass es bei der wertpapiermässigen Übertragung Fälle des Verkehrsschutzes in Bezug auf die Rechtszuständigkeit, also Fälle des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten (Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1006 OR⁵⁰), gibt, weniger bedeutend ist. Bei der Zession ist es umstritten, ob sie abstrakt oder kausal ist⁵¹. Die Frage ist

von grosser Tragweite, umso mehr, als es bei der Übertragung von Namenaktien mittels Zession grundsätzlich keinen Verkehrsschutz in Bezug auf die Rechtszuständigkeit gibt⁵². Vorbehalten bleibt allerdings der Fall des Verkehrsschutzes in die Rechtszuständigkeit gemäss Art. 164 Abs. 2 OR, der gerade dann bedeutsam ist, wenn die Namenaktie zwar in einem Wertpapier verbrieft ist, aber die nicht wertpapiermässige Übertragung mittels Zession und Übergabe des Wertpapiers gewählt wird. Sowohl bei der wertpapiermässigen Übertragung als auch bei der Übertragung mittels Zession gibt es keinen Verkehrsschutz des Erwerbers in Bezug auf das verbrieftete Recht⁵³.

Eine Ersitzung von in einem Wertpapier verbrieften Namenaktien ist ebenfalls möglich⁵⁴. Sie spielt aber erneut angesichts der bereits angesprochenen Tatsache, dass es bei der wertpapiermässigen Übertragung von Namenaktien Fälle des Verkehrsschutzes in Bezug auf die Rechtszuständigkeit, also Fälle des gutgläubigen Erwerbs von einem Nichtberechtigten, gibt, in der Praxis keine wirkliche Rolle⁵⁵.

Festzuhalten gilt es, dass sowohl beim gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten wie bei der Ersitzung einer in einem Wertpapier verbrieften Namenaktie eine lückenlose Indossamentenkette Voraussetzung ist⁵⁶. Denn sonst besteht kein guter Glaube. Nicht möglich ist dagegen eine Ersitzung an nicht in Wertpapieren verbrieften Namenaktien, weil das Zessionsrecht keine Ersitzung zulässt⁵⁷.

Die Eintragung des Erwerbers als Namenaktionär ins Aktienbuch ist lediglich deklaratorisch und verschafft per se kein Eigentum⁵⁸.

Eigentümer einer in einem Wertpapier verbrieften Namenaktie ist damit, wer im Besitze des Wertpapiers und

⁴³ BGE 124 III 350, E. 2c; BGE 90 II 164, E. 6; BSK Wertpapierrecht-FURTER (FN 11), Art. 967 OR N 9; 97; BÖCKLI (FN 32), § 4 N 102, Fn 135; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 20; EUGEN SPIRIG, in: Zürcher Kommentar, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164–174 OR, 3. A., Zürich 1993, Art. 165 OR N 21; VON TUHR/ESCHER (FN 24), 341; JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 73 ff., 90 ff.

⁴⁴ S. bereits bezüglich Inhaberaktien II.A.

⁴⁵ JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 38 ff., allerdings N 83 mit der abzulehnenden Meinung, wonach die unselbstständige Vindikationszession ein mögliches Traditionssurrogat ist; zur Vindikationszession s. bereits bezüglich Inhaberaktien II.A.

⁴⁶ BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 684 OR N 5; JÄGGI (FN 14), Art. 967 OR N 30; BÜRGI (FN 11), Vorbem. zu den Art. 683–687 OR N 35 ff.

⁴⁷ Keller (FN 10), § 16.52.

⁴⁸ S. bereits bezüglich Inhaberaktien II.A.

⁴⁹ Legalzession im Auftragsecht; s. dazu bereits bezüglich Inhaberaktien II.A.

⁵⁰ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 19 N 21; s. zur Nichtanwendung von Art. 935 ZGB auf Ordrepapiere, selbst wenn sie blankoindossiert sind, BSK ZGB II-ERNST (FN 35), Art. 935 ZGB N 7.

⁵¹ S. bereits II.A.

⁵² KELLER (FN 10), § 16.39, 16.61; BÖCKLI (FN 32), § 4 N 126; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 4 N 19 ff.; im Allgemeinen BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 57 ff.

⁵³ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 19 N 22 ff. bezüglich wertpapiermässiger Übertragungen, und BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 46a bezüglich Übertragungen mittels Zession (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet).

⁵⁴ Im Allgemeinen HEBERLEIN/BREITSCHMID (FN 34), Art. 728 ZGB N 7; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 34), Art. 728 ZGB N 21; JÄGGI (FN 14), Art. 965 OR N 319.

⁵⁵ S. bereits bezüglich in Wertpapieren verbrieften Inhaberaktien II.A.

⁵⁶ Bezüglich gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1006 OR («... ununterbrochene Reihe von Indossamenten ...»); bezüglich Ersitzung HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 34), Art. 728 ZGB N 21.

⁵⁷ S. bereits II.A.

⁵⁸ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 43 N 84.

einer lückenlosen Indossamentenkette⁵⁹ ist und, soweit sie in der Vergangenheit nicht wertpapiermässig übertragen wurde, im Besitz aller entsprechenden Zessionsurkunden ist (lückenlose Zessionskette). Eigentümer einer nicht in einem Wertpapier verbrieften Namenaktie ist, wer im Besitz aller Zessionsurkunden ist (lückenlose Zessionskette⁶⁰). Je nach Auffassung über den Charakter der Zession bedarf es v.a. bei der Übertragung nicht verbrieft Namenaktien auch lückenloser, gültiger Verpflichtungsgeschäfte. Vorbehalten bleiben die Regeln über die Rekaaktien, die Bucheffekten und die vinkulierten Namenaktien.

III. Mögliche Problemfelder

Probleme bezüglich des Eigentums an den Aktien treten vielfach im Zusammenhang mit nicht korrekt vorgenommenen Übertragungen auf, was angesichts der dargestellten komplexen Übertragungsregeln nicht weiter erstaunt. Häufig werden bei einem Verkauf von nur einem Teil der in einem Aktienzertifikat verbrieften Namenaktien eines der neuen Aktienzertifikate (oder einer der neuen Aktientitel) gleich auf den Käufer ausgestellt. Es liegt alsdann keine rechtsgültige Übertragung vor, weil es an einem Indossament bzw. an einer Zession fehlt. Daran ändert nichts, dass es in der Praxis sogenannte Einwegaktien bzw. Einwegzertifikate gibt, welche direkt auf den Erwerber ausgestellt werden⁶¹. Solche Papiere sind keine Wertpapiere⁶². Sie ersetzen (ersetzen) also nicht einen rechtsgültigen Übertragungsvorgang, bei nicht verkörperten Aktien also eine rechtsgültige Zession⁶³. Ein weiterer häufiger Problemfall ist, dass es bei vinkulierten Namenaktien an der Zustimmung des Verwaltungsrats der betroffenen Aktiengesellschaft fehlt⁶⁴. Oft wird bei Inhaber- oder Namenaktien auch ohne Aktientitel bzw. -zertifikate und Indossamente bzw. ohne Zessionen «gearbeitet» und werden Übertragungen rein buchmässig durch Nachführung des Aktienbuchs gehandhabt.

Oft fehlt es aber auch schlichtweg an einer Übertragung (bzw. einem Übertragungsversuch). Zum Beispiel

betrachten die Parteien den Kaufvertrag als genügend und übersehen, dass zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist, mithin also Inhaber- und Namenaktien nicht per se mit dem Kaufvertrag übertragen werden⁶⁵. Ein anderer häufiger Problemfall in diesem Zusammenhang ist, dass bei treuhänderischen Gründungen oder bei entsandten Verwaltungsräten, denen Aktien überlassen werden, die Rückübertragung auf den Auftraggeber vergessen geht⁶⁶, auch wenn hier manchmal die Berufung auf die Legalzession im Auftragsrecht⁶⁷ hilft⁶⁸.

Oft werden auch Veränderungen beim Aktionär, z.B. Tod, Fusionen, Spaltungen, etc., nicht richtig «verarbeitet», d.h. Aktientitel bzw. -zertifikate, Aktienbücher, etc. nicht übertragen bzw. nachgetragen⁶⁹.

Ein weiteres Problemfeld sind fehlende Unterlagen. Es werden zum Beispiel eingezogene und durch den Verwaltungsrat für ungültig erklärte Aktientitel bzw. -zertifikate effektiv vernichtet. Oder es werden bei Namenaktien «alte» Aktienbücher (welche heute oft in Loseblattform geführt werden) und «alte» Zessionen vernichtet. Das ist nicht nur in Bezug auf die Nachvollziehbarkeit der vergangenen Übertragungen problematisch, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Aktenaufbewahrungspflicht (Art. 686 OR, wie am 1.7.2015 geändert).

Ein grosses Problemfeld sind auch verlorene Unterlagen, was v.a. dann häufig ist, wenn Aktientitel bzw. -zertifikate oder Zessionen heimverwahrt, also durch den Aktionär selber verwahrt werden. Insbesondere bei Namenaktien führen diese Fälle dazu, dass selten eine lückenlose Indossamenten- oder Zessionskette vorliegt⁷⁰.

Ein weiteres Problemfeld ergibt sich auch aus nicht eingehaltenen Sacheinlage- und Sachübernahmeverordnungen. Die Nichteinhaltung von Sacheinlage- und Sachübernahmeverordnungen führt im Resultat zu teilliberalisierten Aktien⁷¹. Werden in einem solchen Fall für Inhaberaktien Aktientitel bzw. -zertifikate ausgegeben, sind sie gemäss Art. 683 OR nichtig. Auch anschliessende Übertragungen von solchen Inhaberaktien sind nichtig⁷². Das gilt auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber, weil es keinen Verkehrsschutz in Bezug auf das verbrieftete Recht

⁵⁹ KELLER (FN 10), § 16.30.

⁶⁰ KELLER (FN 10), § 16.39, 16.52; BÖCKLI (FN 32), § 4 N 126.

⁶¹ Z.B. JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ (FN 18), 107.

⁶² Z.B. CLAUDE AEMISEGGER, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Genf/Zürich/Basel 2009, 65 m.w.H.

⁶³ Z.B. BÖCKLI (FN 32), § 6 N 322; s. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 58), § 43 N 61: «Dem [Einweg-]Zertifikat kommt damit nur noch eine Beweis-, aber – anders als einem traditionellen Wertpapier – keine Transportfunktion mehr zu.»; s. auch BLUM (FN 7), 697, und VISCHER (FN 7), 238, Fn 69.

⁶⁴ BLUM (FN 7), 696.

⁶⁵ GELLIS (FN 7), 29; BLUM (FN 7), 696.

⁶⁶ BLUM (FN 7), 696.

⁶⁷ S. dazu II.A.

⁶⁸ BLUM (FN 7), 696 f.

⁶⁹ BLUM (FN 7), 696 bezüglich Erbteilungen.

⁷⁰ VISCHER (FN 7), 238.

⁷¹ MEYER (FN 1), N 964 ff.; MARKUS VISCHER, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 2012, 287 ff., 296.

⁷² SPOERLÉ (FN 11), N 319 ff.; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 683 OR N 4.

gibt⁷³. Werden in einem solchen Fall für Namenaktien Aktientitel bzw. -zertifikate ausgegeben, ohne die Teilliberierung gemäss Art. 687 Abs. 4 OR auf den Aktientiteln bzw. -zertifikaten zu vermerken, und anschliessend wertpapiermässig übertragen, sind die Übertragungen aufgrund von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder Art. 28 OR anfechtbar⁷⁴. Das wirkt allerdings nicht gegenüber einem gutgläubigen Erwerber, weil hier der Verkehrsschutz in Bezug auf die Rechtszuständigkeit greift⁷⁵.

Generell sind, was häufig passiert⁷⁶, zu früh ausgestellte Aktientitel bzw. -zertifikate nichtig (Art. 644 OR und 683 OR). Ebenso sind Übertragungen solcher Aktientitel bzw. -zertifikate generell nichtig⁷⁷. Eine Heilung dieser Nichtigkeit ist wie bei jeder Nichtigkeit nicht möglich⁷⁸.

Ein weiteres Problemfeld ergibt sich in Bezug auf sogenannte Mantelgesellschaften⁷⁹, weil das Bundesgericht seit Jahrzehnten annimmt, die Übertragung solcher Gesellschaften, der sogenannte Mantelhandel, sei nichtig⁸⁰. Dies ist zu wenig bekannt. Entsprechend wird in der Praxis sehr häufig mit Mantelgesellschaften «gearbeitet».

IV. Mögliche Konsequenzen

Ein Verkauf eines Unternehmens in einem Aktienkauf, bei dem das Eigentum an den zu verkaufenden Aktien nicht erstellt ist, ist heute praktisch unmöglich. Denn der vor-

sichtige (und gut beratene) Käufer stellt heute in aller Regel nicht mehr allein auf die im Unternehmenskaufvertrag in aller Regel vorhandene vertragliche Gewährleistung in Bezug auf das Eigentum der betroffenen Aktien ab, selbst wenn sie noch so käuferfreundlich formuliert ist. Denn der übliche vertragliche Rechtsbehelf des Schadenersatzes⁸¹, wenn auch verschuldensunabhängig⁸² und unabhängig vom Wissen oder Wissen Müssen des Käufers⁸³ und ohne de minimis-Regeln⁸⁴ und mit einem genügend hohen Haftungshöchstbetrag⁸⁵ und für 10 Jahre⁸⁶ gewährt, hilft dem Käufer nicht, die durch das nicht erstellte Eigentum an den betreffenden Aktien entstehenden Probleme zu lösen⁸⁷.

Das Hauptproblem liegt darin, dass die betroffene Aktiengesellschaft nicht mehr funktionsfähig ist, mindestens dann nicht, wenn an über 50 %, aber angesichts von Art. 704 OR eigentlich schon an über 33⅓ %, der Aktien das Eigentum nicht erstellt ist. Denn die betroffene Aktiengesellschaft verfügt in diesen Fällen über kein funktionsfähiges Aktionariat mehr. Sie verfügt im Regelfall auch über keinen funktionsfähigen Verwaltungsrat mehr, weil seine Mitglieder entweder durch eine nichtige Generalversammlung gewählt wurden oder ihre Mandate abgelaufen sind, da sie nach Ablauf ihrer Amtsdauer nicht (gültig) wiedergewählt wurden⁸⁸. Denn ohne an den Ak-

⁷³ S. II.A. und II.B.

⁷⁴ BGE 79 III 114, E. 2; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 687 OR N 4.

⁷⁵ S. II.A. und II.B.

⁷⁶ BLUM (FN 7), 696.

⁷⁷ ALFRED SIEGWART, in: Zürcher Kommentar, V. Band: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945, Art. 644 OR N 1 bezüglich Art. 644 OR, und, wie bereits erwähnt, SPOERLÉ (FN 11), N 319 ff., und BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 683 OR N 4 bezüglich Art. 683 OR.

⁷⁸ A.M. BÖCKLI (FN 32), § 1 N 592 bezüglich Art. 644 OR, welcher die Heilung nur als «unpraktikabel» bezeichnet; a.M. BSK OR II-SCHENKER (FN 19), Art. 644 OR N 5; JÄGGI (FN 14), Art. 979 OR N 77; SIEGWART (FN 77), Art. 644 OR N 4 bezüglich Art. 644 OR; a.M. SPOERLÉ (FN 11), N 326; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 683 OR N 4; BÜRGI (FN 11), Art. 683 OR N 12 bezüglich Art. 683 OR.

⁷⁹ Zum Begriff z.B. MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP/PJA 2013, 563 ff.

⁸⁰ Kritisch zu dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung GASPARD COUCHEPIN, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): situation actuelle et perspectives, SJ 2014 II 213 ff.; FLORIAN S. JÖRG, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 69 ff.; VISCHER (FN 79), 571.

⁸¹ Dazu z.B. MARKUS VISCHER, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129 ff., 130; s. auch VISCHER (FN 7), 237 f., wonach dieser vertragliche Rechtsbehelf in der Regel ein einheitlicher Rechtsbehelf ist, ein Rechtsbehelf also, bei dem nicht zwischen Rechts- und Sachgewährleistung unterschieden wird.

⁸² Dazu z.B. VISCHER (FN 81), 130.

⁸³ Zum sogenannten disclosure concept im Allgemeinen z.B. VISCHER (FN 2), 329.

⁸⁴ Dazu im Allgemeinen z.B. VISCHER (FN 2), 329.

⁸⁵ Dazu im Allgemeinen z.B. VISCHER (FN 2), 329.

⁸⁶ Zur rechtlichen Zulässigkeit einer Verjährungsfrist von über 10 Jahren für Gewährleistungen VISCHER (FN 2), 328.

⁸⁷ VISCHER (FN 7), 239.

⁸⁸ MARKUS VISCHER/DOMINIK HOHLER/FABRICE ECKERT, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Besprechung des BGer 4A_235/2013 vom 27. März 2014, GesKR 2014, 405 ff., 409 f., und MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 (BGE 138 III 294) i.S. X-AG (Beschwerdeführerin) und B (Nebenintervenient 2) gegen das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegnerin) und AX (Nebenintervenient 1), SZW 2012, 461 ff., 465 f. zur Auffassung, wonach Verwaltungsratsmandate bei Nichtwiederwahl in einer (gültigen) Generalversammlung (also wenn keine [gültigen] Generalversammlungen stattfinden) sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres vergehen, bis zu dem das betreffende Verwaltungsratsmitglied gewählt ist; s. auch BGE 140 III 349, E. 2.6, bestätigt in BGer 4A_507/2014 und 4D_73/2014 vom 15.4.2015, E. 5.1, zu einer anderen Konstellation, nämlich der

tien erstelltem Eigentum und daher durch Nichtaktionäre abgehaltene Generalversammlungen sind nichtig, also nicht gültig⁸⁹.

Daran ändert nichts, dass die (Nicht-)Verwaltungsratsmitglieder unter Umständen noch im Handelsregister eingetragen sind. Denn der Handelsregistereintrag hat keine konstitutive Wirkung in Bezug darauf, wer Mitglied des Verwaltungsrats ist⁹⁰. Die im Handelsregister eingetragenen (Nicht-)Verwaltungsratsmitglieder können zwar aufgrund des Handelsregistereintrags gegenüber gutgläubigen Dritten⁹¹ noch handeln, riskieren als faktische Organe aber eine zivil- und sogar strafrechtliche Verantwortlichkeit⁹².

Daran ändert auch nichts, ob die Verwaltungsräte als Verwaltungsräte akzeptiert sind oder ihre Eigenschaft als Verwaltungsräte bestritten ist oder nicht. Denn Verwaltungsrat ist man oder ist es nicht, ganz unabhängig von der Akzeptanz Dritter⁹³.

Der Käufer kann das Problem des nicht vorhandenen Verwaltungsrats in diesen Fällen mangels funktionsfähigem Aktionariat nicht korrigieren⁹⁴. Er würde mangels an genügenden Aktien erstelltem Eigentum nur wieder nichtige Generalversammlungsbeschlüsse produzieren⁹⁵. Zudem riskiert er bei Abhaltung von solchen Generalversammlungen und entsprechenden Anmeldungen beim Handelsregister eine zivil- und sogar strafrechtliche

Verantwortlichkeit, zumal zivil- und strafrechtlich meist Eventualvorsatz genügt⁹⁶.

Es ist aber nicht nur so, dass solche Aktiengesellschaften pro futuro nicht mehr funktionsfähig sind. Vielmehr sind sie in aller Regel auch mit zahlreichen, aus der Vergangenheit herrührenden rechtlichen Mängeln behaftet, z.B. deshalb, weil in der Vergangenheit infolge der Teilnahme von Nichtaktionären abgehaltene Generalversammlungsbeschlüsse, und, als Folge davon, infolge der Teilnahme von durch nichtige Generalversammlungsbeschlüsse bestellten (Nicht-)Verwaltungsräten gefasste Verwaltungsratsbeschlüsse nichtig sind⁹⁷.

V. Mögliche Lösungsansätze

A. Vorgängige detaillierte Analyse

Jeder Lösungsversuch bedingt eine detaillierte Analyse sämtlicher seit der Gründung oder der Kapitalerhöhung in der Vergangenheit stattgefundener Aktienübertragungen.

Die detaillierte Analyse wird am besten mittels einer Tabelle im (kartesischen) Koordinatensystem vorgenommen, welche als x-Achse (Abszisse) die Zeit (und eventuell einige bedeutsame Ereignisse wie die Gründung, Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen) und als y-Achse (Ordinate) die einzelnen Aktien aufweist. Anschliessend können die einzelnen Übertragungen und ihre Mängel ins Koordinatensystem eingefüllt werden.

Erst nach einer detaillierten Analyse kann eine massgeschneiderte Lösung eventuell entlang der Linien der folgenden Lösungsansätze entwickelt werden. Diese Lösungsansätze stehen nicht im Verhältnis der Alternativität zueinander, sondern sind in der Praxis je nach Sachverhaltskonstellation zum Teil kumulativ anwendbar, z.B. derart, dass zuerst mit den kooperierenden Personen ein Aktien clean-up durchgeführt wird, nicht kooperierende Personen mittels eines squeeze out-merger abgefunden werden, um anschliessend verbleibende Restunsicherheiten bezüglich Eigentum an den Aktien durch ein Vorgehen nach Art. 731b OR beseitigen zu lassen.

Konstellation, in der ein Verwaltungsratsmitglied trotz abgelaufener Amtsdauer an einer (gültigen) Generalversammlung nicht wiedergewählt wird, weshalb sein Mandat dann endet.

⁸⁹ BGer 4A_248/2015 vom 15.1.2016, E. 2.3; BGer 4A_95/2015 vom 22.9.2015, E. 2.2.4.3; BGer 4A_93/2015 vom 22.9.2015, E. 1.2.4 (nicht publ. in BGE 141 III 426); BGer 4A_91/2015 vom 22.9.2015, E. 5.2.4; BGE 137 III 460, E. 3.3.2; BÖCKLI (FN 32), § 16 N 174; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 58), § 25 N 117 ff.

⁹⁰ BGer 4A_95/2015 vom 22.9.2015, E. 2.2.2; BGer 4A_93/2015 vom 22.9.2015, E. 1.2.2 (nicht publ. in BGE 141 III 426); BGer 4C.136/2004 vom 13.7.2004, E. 2.2.2.2 (nicht publ. in BGE 130 III 633).

⁹¹ Nicht aber z.B. gegenüber dem Käufer und anderen bösgläubigen Personen, s. BGer 4A_95/2015 vom 22.9.2015, E. 2.2.2, und BGer 4A_93/2015 vom 22.9.2015, E. 1.2.2 (nicht publ. in BGE 141 III 426).

⁹² Bezüglich zivilrechtlicher Verantwortlichkeit TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 88), 465 f.

⁹³ SÉBASTIAN BETTSCHART, Convocation de l'assemblée générale et abus de droit, Une société prise en otage par son administrateur – Commentaire des arrêts 4A_507/2014 et 4D_73/2014 du 13 avril 2015, GesKR 2015, 429 ff., 437; unklar BGer 4A_507/2014 und BGer 4D_73/2014 vom 15.4.2015, E. 5.1.

⁹⁴ BLUM (FN 7), 698.

⁹⁵ S. z.B. zur Nichtigkeit von Generalversammlungen nach einem Mantelhandel BGE 67 I 36; s. bezüglich Mantelhandel und Kritik der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits III, insb. FN 80.

⁹⁶ Bezüglich strafrechtlicher Verantwortlichkeit z.B. BGE 123 IV 132 und BGE 120 IV 199; s. auch zum diesbezüglich «kontraproduktiven» Effekt der rechtlichen due diligence BLUM (FN 7), 698.

⁹⁷ Zur Nichtigkeit von durch Nichtaktionäre abgehaltenen Generalversammlungsbeschlüssen s. bereits FN 90; a.M. BLUM (FN 7), 698.

B. Erster Lösungsansatz: Aktien clean-up

Stellt man in der erwähnten detaillierten Analyse fest, dass verschiedene Aktienübertragung in der Vergangenheit fehlerhaft waren, so hat man sich zu vergegenwärtigen, dass eine fehlerhafte Aktienübertragung in der Vergangenheit nicht mit Wirkung ex tunc nachgeholt werden kann. Denn Rechtsgeschäfte wirken, vorbehaltlich einer anderslautenden Gesetzesanordnung, immer nur ex nunc. Die Parteien können also keine Wirkung ex tunc, auch echte Rückwirkung genannt⁹⁸, vereinbaren⁹⁹. Das schliesst nicht aus, dass die Parteien vereinbaren, sich inter partes so zu stellen, wie wenn eine Wirkung ex tunc bestehen würde¹⁰⁰, also eine sogenannte unechte Rückwirkung vereinbaren¹⁰¹. Diese Unmöglichkeit der Vereinbarung einer echten Rückwirkung gilt insbesondere auch für Verfügungsgeschäfte¹⁰².

Das bedeutet, dass alle einer fehlerhaften Übertragung einer Aktie nachfolgenden Übertragungen dieser Aktie ebenfalls fehlerhaft sind, weil ihre Grundlage nicht ex tunc wiederhergestellt werden kann¹⁰³.

Entsprechend bringt es in der Regel wenig, einzelne fehlerhafte Aktienübertragungen in der Gegenwart nachzuholen¹⁰⁴. Vielmehr ist gleich der Sprung von demjenigen Aktionär, der eine fehlerhafte Aktienübertragung vornahm (Ausgangsaktionär), zum Sollaktionär zu machen¹⁰⁵. Der Sollaktionär ist derjenige Aktionär, der nach der Gesellschaft und allseitigem Verständnis der «richtige» Aktionär ist, also der Verkäufer. Damit ist auch gesagt, dass der clean-up idealerweise vor dem Verkauf auf

Verkäuferseite und nicht nach dem Verkauf auf Käuferseite zu machen ist¹⁰⁶.

Der erwähnte Sprung ist mittels Zession zu machen. Diese Zession könnte (und ohne boiler plate-Klauseln¹⁰⁷) etwa wie folgt lauten:

«Ich [Ausgangsaktionär] nehme Kenntnis von der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre der Y AG, = , bei Namenaktien, Sollaktienbuch der Y AG] [ev: und anerkenne sie als richtig an]. Sollte ich wider Erwarten noch Rechte an der Aktie X haben, trete ich sie hiermit, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Grundgeschäfts und dessen Gültigkeit oder Ungültigkeit, an denjenigen Aktionär bzw. diejenigen Aktionäre ab, dem- bzw. denjenigen dieses Recht gemäss der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre; bei Namenaktien Sollaktienbuch der Y AG] zustehen sollte.»

Es ist darauf zu achten, dass die Unabhängigkeit von einem Grundgeschäft explizit statuiert wird. Damit wird nicht nur die Abstraktheit der Zession sichergestellt¹⁰⁸, sondern darüber hinaus auch eine Rückabwicklung aufgrund von Bereicherungsrecht ausgeschlossen. Allerdings würde eine solche Rückabwicklung wohl bereits an Art. 63 OR scheitern, müsste doch angenommen werden, dass auf Seiten des Ausgangsaktionärs mindestens Zweifel am Rechtsgrund bestünden¹⁰⁹.

Ist der Ausgangsaktionär unklar, ist auf den Zeichner der betreffenden Aktie anlässlich der Gründung oder anlässlich einer Kapitalerhöhung zurückzugehen.

Nachdem nicht ausgeschlossen werden kann, dass mittels fehlerhaften Aktienübertragungen doch gewisse Rechte übertragen wurden, ist die Zession nicht nur vom Ausgangsaktionär, sondern auch von sämtlichen Zwischenaktionären einzuholen. Zwischenaktionäre sind jene Aktionäre, die an Übertragungen der fraglichen Aktie mitgewirkt haben. Diese Zession könnte (und ohne boiler plate-Klauseln) etwa wie folgt lauten:

«Ich [Zwischenaktionär] nehme Kenntnis von der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre der Y AG, = Sollaktienbuch der Y AG bei Namenaktien] [ev: und anerkenne sie als richtig an]. Sollte ich wider Erwarten noch Rechte an der Aktie X der Y AG haben, trete ich diese hiermit, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Grundgeschäfts und dessen Gültigkeit oder Ungültigkeit, an denjenigen Aktionär bzw. diejenigen Aktionäre ab, dem- bzw. denjenigen dieses Recht gemäss der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre, = , bei Namenaktien, Sollaktienbuch der Y AG] zustehen sollte.»

⁹⁸ Zum Begriff z.B. CORRADO RAMPINI, Vorbei ist vorbei – Gedanken zur gewillkürten Rückwirkung im Schuld- und Gesellschaftsrecht, in: Nedim P. Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter, Zürich/St. Gallen 2008, 352 f.

⁹⁹ S. im Allgemeinen BGE 137 IV 463, E. 5.1; BGE 99 II 297, E. 3; RÉMY MESSER, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Bern 2013, N 667; RAMPINI (FN 98), 355.

¹⁰⁰ BGE 137 IV 463, E. 5.1; BGE 99 II 297, E. 3; RAMPINI (FN 98), 352 f., 355.

¹⁰¹ Zum Begriff z.B. RAMPINI (FN 98), 353 f.

¹⁰² MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 105 ff., 108; bezüglich Eigentumsübertragung RAMPINI (FN 98), 354 f; bezüglich Zession BGer 4C.41/2003 vom 24.6.2003, E. 4.4, BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 165 OR N 8 und von TUHR/ESCHER (FN 24), 336.

¹⁰³ BLUM (FN 7), 696; s. auch GELLIS (FN 7), 29, welcher sehr bildlich von der Weitergabe eines Mangels spricht.

¹⁰⁴ Wohl a.M. GELLIS (FN 7), 29.

¹⁰⁵ BLUM (FN 7), 697.

¹⁰⁶ GL.M. BLUM (FN 7), 697.

¹⁰⁷ Zu diesem Begriff z.B. SYLVAIN MARCHAND, Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008, 233.

¹⁰⁸ Zur Zulässigkeit der Vereinbarung der Kausalität, und damit, e contrario, auch der Abstraktheit der Zession BGer 4A_191/2013 vom 5.8.2013, E. 4; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (FN 23), Art. 164 OR N 26; SPIRIG (FN 43), Vorbem. Art. 164–174 OR N 66.

¹⁰⁹ Dazu im Allgemeinen BSK OR I-SCHULIN (FN 23), Art. 63 OR N 4.

Kann nicht klar zwischen Ausgangsaktionären, Zwischenaktionären und jetzigen Aktionären unterschieden werden und ist eventuell sogar unklar, wer wann welche Aktie gehalten und übertragen hat, könnte die Zession etwa wie folgt lauten:

«Ich nehme Kenntnis von der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre der Y AG, =, bei Namenaktien, Sollaktienbuch der Y AG] [ev. und anerkenne sie als richtig an] [ev.: und anerkenne sie in Bezug auf meine Person als richtig an]. Sollte ich wider Erwarten noch über Rechte an Aktien der Y AG verfügen, trete ich diese hiermit, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Grundgeschäfts und dessen Gültigkeit oder Ungültigkeit, an denjenigen Aktionär bzw. diejenigen Aktionäre ab, dem- bzw. denjenigen diese Rechte gemäss der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre, =, bei Namenaktien, Sollaktienbuch der Y AG] zustehen sollte/sollten.»

Damit die Zession entsprechend den Ausführungen in II.A und II.B «wirkt», sind vorgängig sämtliche über die betreffenden Aktien ausgestellten und noch vorhandenen Aktientitel bzw. -zertifikate bzw. Globalurkunden vom Verwaltungsrat einzuziehen und für ungültig zu erklären. Das gilt insbesondere auch für gemäss Art. 644 OR oder Art. 683 OR zu früh ausgestellte Aktientitel bzw. -zertifikate¹¹⁰.

Weiter sind verlorene Aktientitel bzw. -zertifikate durch den Verlierer vorgängig kraftlos erklären zu lassen. Die Kraftloserklärung erfolgt durch den Richter gemäss Art. 971 f. OR, 981 ff. OR und Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1072 ff. OR, wobei umstritten ist, ob für Namenaktien wirklich Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1072 ff. OR und nicht auch Art. 981 ff. OR wie für Inhaberaktien gilt¹¹¹. Die sogenannte Privatamortisation bzw. Privatmortifikation, welche bei «normalen» Schuldscheinen in Art. 90 OR vorgesehen ist, ist bei Wertpapieren unzulässig¹¹², was bedeutet, dass der Verlierer eines Aktientitels bzw. -zertifikats nicht selber das Wertpapier kraftlos erklären kann. Auch die Aktiengesellschaft, der Schuldner, kann das nicht. Der Verlierer kann auch nicht die Ausstellung eines neuen Aktientitels bzw. -zertifikats verlangen¹¹³. Eine Ausnahme besteht nach einer gerichtlichen Kraftloserklärung¹¹⁴. Auch die Aktiengesellschaft, der Schuldner,

kann nicht einfach einen neuen Aktientitel bzw. ein neues Aktienzertifikat ausstellen. Eine solche Neuauflage wäre ebenso wie anschliessende Übertragungen (auch gegenüber gutgläubigen Dritten) nichtig und würde die für die Aktiengesellschaft handelnden Personen zivil- und strafrechtlich verantwortlich machen¹¹⁵. Es verhält sich betreffend vor einer gerichtlichen Kraftloserklärung ausgegebenen Aktientiteln bzw. -zertifikaten nicht anders als für gemäss Art. 644 OR oder Art. 683 OR zu früh ausgestellte Aktientitel bzw. -zertifikate¹¹⁶. Gleiches gilt auch für die Ausstellung von Interimsscheinen gemäss Art. 688 OR. Auch diese dürfen gemäss Art. 644 OR und Art. 683 OR nicht zu früh und damit auch nicht vor einer gerichtlichen Kraftloserklärung ausgestellt werden¹¹⁷.

Zudem ist vorgängig auch ein allfälliges Zessionsverbot in den Statuten zu beseitigen.

Um zu erreichen, dass die Vergangenheit in Bezug auf abgehaltene Generalversammlungen und darin z.B. bezüglich Bestellung des Verwaltungsrats oder Dividenden gefassten Beschlüsse nicht durch Ansprüche «aufgemischt» wird¹¹⁸, gilt es, die genannten Zessionen etwa um folgenden Passus zu ergänzen:

«Ich erkläre, keinerlei Rechte an und bezüglich der Aktie X [der Aktien] der Y AG [ausser meinen Aktien gemäss der beiliegenden Liste [Liste der Sollaktionäre, =, bei Namenaktien, Sollaktienbuch bei Namenaktionären] mehr zu haben und solche auch nicht mehr geltend zu machen.»

In der Praxis werden die genannten Zessionen und Erklärungen von den Betroffenen meist ohne weiteres ausgestellt. Wenn der Betroffene verstorben ist, werden sie meist ohne weiteres von den Erben oder Willensvollstreckern¹¹⁹ des Betroffenen ausgestellt. Diese Personen kooperieren in der Regel auch bezüglich Rückgabe der vorhandenen Wertpapiere zur Einziehung und Ungültigerklärung und bezüglich Kraftloserklärungsverfahren. Auch Finanzinstitute und andere Personen, denen Aktien verpfändet wurden, kooperieren meist ohne weiteres.

Damit ist auch gesagt, dass der erste Lösungsansatz nur funktioniert, wenn die Beteiligten kooperieren bzw. überhaupt bekannt sind.

¹¹⁰ S. dazu III.

¹¹¹ Für eine Anwendung von Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1072 ff. OR auf Namenaktien JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ (FN 18), 75 f.; für eine Anwendung von Art. 981 ff. OR auf Namenaktien BSK Wertpapierrecht-HÖHN (FN 11), vor Art. 1072–1080 OR N 2, und BJM 1959, 17.

¹¹² BSK Wertpapierrecht-FURTER (FN 43), Art. 971 OR N 8, Art. 981 OR N 6; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (FN 13), § 2 N 53, 117, 173 ff., 216.

¹¹³ BGE 83 II 445, E. 5; JÄGGI (FN 14), Art. 986 OR N 15.

¹¹⁴ S. Art. 972 Abs. 2 OR, dazu JÄGGI (FN 14), Art. 971/971 OR N 204, und Art. 986 Abs. 3 OR, dazu JÄGGI (FN 14), Art. 986 OR N 15.

¹¹⁵ JÄGGI (FN 14), Art. 979 OR N 79.

¹¹⁶ S. dazu III.

¹¹⁷ SCHENKER (FN 78), Art. 644 OR N 2, und BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 688 OR N 1, bezüglich Art. 644 OR; BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 683 OR N 4, bezüglich Art. 683 OR.

¹¹⁸ Zu dieser Problematik auch BLUM (FN 7), 697.

¹¹⁹ Im Rahmen deren Kompetenz zur Abwicklung pender Angelegenheiten des Erblassers; dazu im Allgemeinen z.B. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 35), Art. 518 ZGB N 35a.

C. Zweiter Lösungsansatz: Squeeze out-merger

Kooperieren einzelne Beteiligte nicht bzw. sind sie nicht bekannt, so kann sich ein squeeze out-merger nach Art. 8 FusG aufdrängen, wonach eine neu gegründete Gesellschaft (= übernehmende Gesellschaft) die betroffene Gesellschaft (= übertragende Gesellschaft) absorbiert und die nicht kooperierenden bzw. nicht bekannten Beteiligten abfindet¹²⁰. Die Abfindung kann auch von der Obergesellschaft der neu gegründeten Gesellschaft stammen¹²¹. Dies setzt allerdings voraus, dass in der gemäss Art. 18 FusG nötigen Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft das nötige Quorum gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG mit Aktien erreicht wird, deren Eigentum erstellt ist. Damit ist auch gesagt, dass dieser Lösungsansatz nur funktioniert, wenn es um wenige nicht kooperierende bzw. nicht bekannte Beteiligte geht. Bei nicht bekannten Beteiligten werden die Mitgliedschaftsrechte durch den squeeze out-merger in eine Forderung «umgewandelt», die im Unterschied zu den Mitgliedschaftsrechten wohl gemäss Art. 127 OR nach 10 Jahren nach ihrer Entstehung, d.h. im Regelfall nach der Eintragung der Fusion im Handelsregister, verjährt¹²². Andere Formen des zwangsweisen Ausschlusses von Aktionären gibt es (im Regelfall) nicht¹²³.

D. Dritter Lösungsansatz: Vorgehen nach Art. 731b OR

Wie ausgeführt sind Aktiengesellschaften nicht mehr funktionsfähig, wenn an über 33⅓ % der Aktien das Eigentum nicht erstellt ist. Es liegt in diesen Fällen ein Organisationsmangel i.S. von Art. 731b OR vor¹²⁴, unabhängig davon, ob auch der Verwaltungsrat handlungsfähig ist. Der Organbegriff in Art. 731b OR erfasst bei der Aktiengesellschaft auch die Generalversammlung¹²⁵. Eine funktionsunfähige Generalversammlung stellt damit einen Organisationsmangel i.S. von Art. 731b OR dar¹²⁶. Es ist unbestritten, dass die in Art. 731b Abs. 1 OR aufgelisteten Massnahmen nicht abschliessend sind, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt¹²⁷.

Es muss deshalb (wenn man denn die Massnahme nicht gleich direkt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR [Ernenennung des fehlenden Organs] abstützt) dem Richter gemäss Art. 731b OR möglich sein, den Sollaktionären definitiv Eigentum an ihren Aktien zuzusprechen, wenn z.B. infolge eines Aktien clean-up mit genügender Sicherheit dargetan ist, dass die Sollaktionäre die wirklichen Aktionäre sind und wenn er als «flankierende» Massnahme die Sollaktionäre (proportional zu ihrem Aktienanteil oder nach dem «Verursacherprinzip») verpflichtet, allfällig auftauchende, von den Sollaktionären abweichende Personen, die ihr Eigentum an gewissen Aktien nachweisen können, zum wirklichen Wert der Aktien zu entschädigen.

Diese Massnahme entspricht der in der Literatur im Rahmen von Art. 731b OR diskutierten und für zulässig erachteten gerichtlich angeordneten Veränderung des

¹²⁰ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit dieses Vorgehens BSK FusG-RUDOLF TSCHÄNI/TINO GABERTHÜEL, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Däniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Verfasser), Art. 8 FusG N 17.

¹²¹ BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL (FN 120), Art. 8 FusG N 20; s. für einen solchen Fall z.B. BGer 4A_100/2015 vom 17.8.2015.

¹²² S. FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 58), § 53 N 211 zur Verjährung der Gläubigerrechte bei einer Kapitalherabsetzung; s. auch THOMAS AEBERSOLD/MARIE VON FISCHER, Der unbekannt Inhaberaktionär als gesellschaftsrechtlicher Störfall, AJP/PJA 2000, 787 ff., 792.

¹²³ AEBERSOLD/VON FISCHER (FN 122), 787 ff.; s. insbesondere auch zum im Regelfall nicht möglichen Vorgehen über Art. 732a OR, d.h. einer Herabsetzung des Aktienkapitals auf Null und anschliessender Wiedererhöhung (sogenannte «Harmonika» bzw. sogenannter «Kapitalschnitt»), z.B. BÖCKLI (FN 32), § 2 N 381, BSK OR II-KÜNG/SCHOCH (FN 19), Art. 732a OR N 4, weil dieses Vorgehen Sanierungszwecken dienen muss (BGE 138 III 204, E. 3.2 ff.) und es auch deshalb nicht zielführend ist, weil den bisherigen Aktionären bei der Wiedererhöhung das Bezugsrecht zu gewähren ist (Art. 732a Abs. 2 OR).

¹²⁴ G.I.M. ANDREAS STEFFEN, Die interne Handlungsunfähigkeit der Aktiengesellschaft, Der Organisationsmangel, Basel 2016, Rz 679; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Zürich/St. Gallen 2013, 137.

¹²⁵ STEFFEN (FN 124), Rz 661 ff., 735 ff.; SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 134 ff.; bezüglich GmbH RINO SIFFERT/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrecht – Entwicklungen 2011, njus.ch, hrsg. von Hans-Ueli Vogt, Bern 2012, 91.

¹²⁶ SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 137 ff.; unklar TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 88), 465, und STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, 157 ff., 159; s. generell zum Begriff des Organisationsmangels als Funktionsunfähigkeit eines Organs SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 63 f.

¹²⁷ Z.B. BGer 4A_147/2015 vom 15.7.2015, E. 2.1.3; BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015, E. 2.1.6; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP/PJA 2016, 42 ff., 54 f.; SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 27 f., 160, 187, 303 ff.

Aktionariats mittels Verkauf von Aktien bei einer Pattsituation im Aktionariat¹²⁸. Sie entspricht auch der im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR diskutierten und für zulässig erachteten Massnahme der gerichtlichen angeordneten Veränderung des Aktionariats mittels Verkauf von Aktien bei einer Pattsituation¹²⁹. Die Massnahme ist deshalb zulässig, weil sie die mildere Massnahme als die (Total-) Liquidation gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ist¹³⁰ und im Rahmen von Art. 731b OR stets die (mögliche) mildere Massnahme anzuordnen ist¹³¹.

Dem steht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rechtslage im Genossenschaftsrecht bei Absinken der Genossenschafter unter die Mindestanzahl von sieben Mitgliedern gemäss Art. 831 Abs. 1 OR nicht entgegen, in welchem Fall der Richter gemäss Art. 731b OR (i.V. Art. 831 Abs. 2 OR) nicht befugt sei, eine andere Massnahme als die in Art. 731b Abs. 1 OR (Ziff. 1 und 3) explizit vorgesehenen Massnahmen anzuordnen¹³², der Richter also z.B. nicht einen zusätzlichen Genossenschafter bezeichnen dürfe¹³³. Denn diese Rechtsprechung basiert nicht auf einem eigentlichen Organisationsmangel. Vielmehr geht es um das Fehlen eines «begriffsbestimmende[n] Element[s] der Genossenschaft»¹³⁴, auf welchen Mangel das Organisationsmangelverfahren nur kraft der expliziten Verweisung in Art. 831 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt¹³⁵. Zudem geht die Bestätigung eines Sollaktionärs, der mit genügender Sicherheit wirklicher Aktionär ist, deutlich weniger weit als die Bezeichnung eines neuen Genossenschafters.

Bezüglich Bestimmung des wirklichen Werts kann auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 685b Abs. 1, 4 und 6 OR¹³⁶ oder zur Höhe der Abfindung beim squeeze out-merger¹³⁷ verwiesen werden (s. auch Art. 7 Abs. 2 FusG). Sinnvollerweise kombiniert der Richter bei verkörpertem Aktien die Massnahme mit einer Kraftloserklärung sämtlicher ausgegebener Aktientitel bzw. -zertifikate analog Art. 971 f. OR, 981 ff. OR und Art. 1152 Abs. 2 OR i.V. Art. 1072 ff. OR¹³⁸. Der Richter wird sinnvollerweise überhaupt entsprechend dem Kraftloserklärungsverfahren vorgehen und analog dem Aufgebot in einem Kraftloserklärungsverfahren (Art. 983 OR, Art. 1075 OR) durch öffentliche Bekanntmachung mögliche, von den Sollaktionären abweichende Aktionäre auffordern, sich unter Nachweis ihres Eigentums an den fraglichen Aktien zu melden, widrigenfalls die diskutierte Massnahme angeordnet würde.

VI. Schlussfolgerungen bezüglich Art der für Aktiengesellschaften zu wählenden Aktien

In der Praxis empfehlen sich aufgrund des Gesagten folgende Varianten (mit Namenaktien – Inhaberaktien kommen nicht in Frage): Entweder werden die Aktien in Aktientitel bzw. -zertifikate verbrieft und wird entsprechend mit Übergaben bzw. mit Übergaben und Indossamenten der Aktientitel bzw. -zertifikate «gearbeitet». In diesem Fall empfiehlt sich, die Transfers durch den Verwaltungsrat oder das Management «betreuen» zu lassen und die Aktientitel bzw. -zertifikate und wenn möglich auch die unterliegenden Verträge durch die Aktiengesellschaft aufbewahren zu lassen. Oder es werden Bucheffekten geschaffen, in welchem Fall die Banken die «Betreuung» der Transfers übernehmen, was nicht derart teuer ist, wie gemeinhin angenommen wird. In beiden Fällen ist bei Namenaktien zu überlegen, ob die Führung des Aktienbuchs und, wenn Wertrechte vorliegen, des Wertrechtebuchs (und der Verzeichnisse gemäss Art. 6971 OR), nicht einem professionellen Drittanbieter überlassen wird, was ebenfalls nicht derart teuer ist, wie gemeinhin angenommen wird.

¹²⁸ Z.B. SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 310 f.; TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 88), 472 f.; s. auch obiter dictum in BGE 138 III 294, E. 3.3.3; wiederholt in BGer 4A_147/2015 vom 15.7.2015, E. 2.1.3, und BGer 4A_605/2014 vom 5.2.2015, E. 2.1.6; kritisch z.B. FLORIAN S. JÖRG, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 325.

¹²⁹ Z.B. HANS CASPAR VON DER CRONE, *Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften*, SJZ 1993, 37 ff., 42 ff.; s. auch generell zur Parallelität der Massnahmen nach Art. 736 Ziff. 4 OR und Art. 731b OR BGE 138 III 294, E. 3.3, und SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 307 ff.

¹³⁰ TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 88), 472.

¹³¹ BGE 141 III 43, E. 2.6; BGE 138 III 407, E. 2.4, BGE 138 III 294, E. 3.1.4; SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 189 ff.

¹³² BGE 138 III 407, E. 2.5.2.

¹³³ BGer 4A_370/2015 vom 16.12.2015, E. 2.3; gl.M. SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 160 f.

¹³⁴ BGE 138 III 407, E. 2.5.2.

¹³⁵ SCHÖNBÄCHLER (FN 124), 157 ff.; FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, *Entscheidbesprechungen, Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften*, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, vom 25. Mai 2012 i.S. *Genossenschaft X. c. B. und C.* (4A_729/2011, BGE 138 III 407), AJP/PJA 2012, 1646 ff., 1652.

¹³⁶ Z.B. BSK OR II-OERTLE/DU PASQUIER (FN 19), Art. 685b OR N 12.

¹³⁷ Z.B. BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜL (FN 120), Art. 8 FusG N 18 ff.

¹³⁸ Dazu V.B.