

Frage 1: Um zu prüfen, ob Z Aktionär geworden ist, ist zu erläutern, welche Möglichkeiten es gibt, Aktionär einer AG zu werden und welche Beschränkungen bestehen können. **A. Der Erwerb der Mitgliedschaft** wird regelmässig bei der Gründung der AG durch die Zeichnung der Aktien erreicht (originärer Erwerb). Zu einem späteren Zeitpunkt ist ein Neueintritt nur bei einer Kapitalerhöhung oder durch die Übertragung der Mitgliedschaft (derivativer Erwerb) von einem bisherigen Aktionär auf einen Neuen möglich (MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2007 Bern, § 16 N298f.). **B. Übertragung der Aktien:** Für einen Aktionär ist ein Austritt im technischen Sinne nicht möglich, sondern nur die Übertragung auf einen neuen Aktionär (Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N300). Die Übertragung bedarf eines Rechtsgrundes und dem Wechsel des Papierbesitzes (OR 714 I), eines Indossament (OR 967 II) und der Zustimmung der AG durch die Eintragung ins Aktienbuch. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gehen alle Mitwirkungs- und Vermögensrechte des Veräusserers auf den Erwerber über. **C. Beschränkung der Übertragbarkeit:** Grundsätzlich ist die Übertragung der Aktien nach OR 683f. frei, dies beruht auf der Kapitalbezogenheit der AG. Da aber besonders bei personenbezogenen AGs das Bedürfnis besteht auf die Zusammensetzung des Aktionärkreises Einfluss zu nehmen und unerwünschte Personen von der AG fernzuhalten (Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N306), ist auch eine Einschränkung der Übertragung (Vinkulierung) möglich. In casu handelt es sich um Namenaktien. Diese können vinkuliert werden (OR 685a). Die Vinkulierung bezweckt, dass die Übertragung der Aktionärsstellung von der Zustimmung durch die Gesellschaft abhängig wird (BAUEN MARC/BERNET ROBERT, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf, 2007, 63). Die AG kann die Übertragung ablehnen, wenn sie hierfür einen in den Statuten genannten wichtigen Grund bekannt gibt oder wenn sie dem Veräusserer anbietet, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen (OR 685b I). Zuständig für den Entscheid ist nach Art. 716 Abs. 1 OR grundsätzlich der Verwaltungsrat, i.c ist dies auch so vorgesehen. Eine Ablehnung führt dazu, dass die Übertragung unwirksam ist (OR 685c). **D. Ablehnungsgründe:** Es sind gesetzliche (OR 685 II) sowie **statutarische** Beschränkungen (OR 685a I) der Übertragung möglich. Vorliegend handelt es sich um eine statutarische Beschränkung. Dabei ist zwischen nicht-kotierten Aktien (OR 685b ff.) und kotierten Aktien (OR 685dff.) zu unterscheiden. I.c. kann man davon ausgehen, dass es sich um nicht börsenkotierte Namenaktien handelt, da die Aktien privat gehandelt werden. Bei den nicht börsenkotierten Namensaktien gibt es verschiedene Vinkulierungsgründe: (i.) die Ablehnung aufgrund eines in den Statuten genannter **wichtigen Grundes**. Dabei sind als wichtige Gründe nach OR 685 II, Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen, zu qualifizieren. (ii.) Zudem besteht auch die Möglichkeit einer Ablehnung ohne Grundangabe, dann muss aber nach OR 685b I eine Übernahme zum wirklichen Wert erfolgen („escape-clause“). (iii.) Die AG hat weiterhin das Recht zur Verweigerung der Eintragung nach OR 685b III und (iv.) bei privilegierten Tatbeständen nach OR 685 IV. Eine Ablehnung im konkreten Einzelfall ist nur möglich, wenn. 1. die Vinkulierungsgründe in den Statuten genügend umschrieben sind und 2. der sachliche gerechtfertigte Ablehnungsentcheid auch im Einzelfall gegeben ist, d.h. der Erwerber muss von den in den Statuten umschriebenen Gründen erfasst werden (HIRSCHLE MATTHIAS/VAN DER CRONE HANS CASPAR, Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, SZW/RSDA 1/2008, S.106). Dies ist folglich zu prüfen. In casu ergibt sich der Vinkulierungsgrund aus dem §13 des Statutes der Spark AG. Dabei liegt eine sog. **Konkurrenzklause** vor. Ziel ist, Konkurrenten von der Unternehmung fernzuhalten und durch den Ausschluss von Konkurrenten eine Übernahme zu verhindern (Bauen/Bernet, S.67 N217). Die Ablehnung von Konkurrenten ist auch i.c. zulässig und kann mit dem Schutz des Gesellschaftszweck und ebenso mit der Erhaltung der Selbständigkeit des Unternehmen begründet werden (KLÄY HANSPETER, die Vinkulierung, Basel/Frankfurt 1997, S. 161). Wer als Konkurrent gilt, soll-

te in sachlicher und geographischer Hinsicht in den Statuten näher umschrieben werden. Ansonsten können nur Unternehmen als Konkurrenten gelten, die nachweisbar dieselbe Leistung anbieten, zudem gilt bei der Auslegung der Statuten im Zweifel *in dubio contra stipulatorem* (Kläy, S.161f.). Im Einzelfall bedarf es einer konkreten Gefährdung des Gesellschaftszwecks oder der wirtschaftlichen Selbständigkeit (BAK-HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), OR II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Oertle/Pasquier, Art.685b N6). In casu ist fraglich, ob Z den Tatbestand der Konkurrenz nach dem Statut der Spark AG erfüllt. Da Z weder ein in Konkurrenz stehendes Unternehmen betreibt, daran beteiligt ist oder dort angestellt ist, ist dies zu verneinen, auch wenn Z vorhat in Zukunft eventuell die Aktien der AG an ein Konkurrenzunternehmen zu verkaufen, besteht noch keine konkrete Gefahr (immerhin bedarf es noch der Aktien der anderen Familienmitglieder). Insbesondere auch da den Aktionär nie eine Treupflicht gegenüber Gesellschaft trifft. Es kann ihm auch durch die Statuten nicht im vornherein verwehrt werden, zukünftig direkt oder indirekt mit der Gesellschaft zu konkurrenzieren (Kläy, S. 162). Z erfüllt den Tatbestand nach §13 nicht und es liegt somit kein Ablehnungsgrund vor. Bezüglich des **Ablehnungsentscheides** ist zu sagen, dass die Übertragung der vinkulierten Namenaktie nicht wirksam ist, bis die AG nicht ihre Zustimmung gegeben hat (BAK-Oertle/Pasquier, Art. 685c N2). Der Ablehnungsentscheid sowie dessen Begründung (BAK-Oertle/Pasquier, Art. 685c N8) sind dem Veräusserer innerhalb der gesetzlichen Frist von 3 Monaten zuzustellen (OR 385c II). Lehnt die AG das Gesuch um Zustimmung nicht oder nur zu Unrecht ab, so ist die Zustimmung von Gesetzes wegen zu vermuten und die Übertragung rechtskräftig (OR 685 III). I.c. lehnt die AG das Eintragungsgesuch vom 5.3 des Z zu Unrecht (es liegt kein Ablehnungsgrund vor), sowie ohne Begründung ab. Am 30.6 (3 Monate später) liegt aufgrund der gesetzlichen Vermutung eine Zustimmung vor und Z ist durch die Übertragung der vinkulierten Namenaktie des B Aktionär geworden und hat ein Recht auf die Teilnahme an der GV (OR 689). **Frage 2:** Vorliegend handelt es sich um eine **nachträgliche Vinkulierung**. Die nachträgliche Vinkulierung, welche in unserem Fall darin besteht, dass eine bereits bestehende Vinkulierung verschärft wird, stellt einen Eingriff in die Rechtstellung der Aktionäre dar und es bedarf deshalb der Überwindung von formellen und materiellen Schranken (SZW/RSDA 1/2008, S. 110). Formell benötigt der GV-Beschluss zur Änderung der Statuten nach 704 I Ziff. 3 OR ein qualifiziertes Quorum (2/3 der vertretenen Stimmen und des absoluten Mehr der vertretenen Aktien). Materiell müssen nach OR 706 die aktienrechtlichen Grundprinzipien (Sachlichkeit, Verhältnismässigkeit, Gleichbehandlung) beachtet werden (SZW/RSDA 1/2008, S. 110). I.c. ist insbesondere auf den Inhalt der Vinkulierung einzugehen. Der neue §13 schliesst alle Personen, die nicht direkte Nachkommen der Emma sind vom Erwerb der Mitgliedschaft aus. Es handelt sich vorliegend um eine sog. **Familienklausel**. Diese sind in der Lehre umstritten, aber von der h.L werden sie als zulässig akzeptiert (Kläy, S. 172). Als „wichtige Gründe“ stehen hier persönliche Elemente im Vordergrund, auch diese müssen im Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck oder der wirtschaftlichen Selbständigkeit stehen. Umstritten ist, ob die „Familie“ Bestandteil des GZ oder der wirt. Selbständigkeit sein kann. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber, keine inhaltlichen Schranken ausser dem Verbot des unmöglichen, widerrechtlichen oder des sittenwidrigen Gesellschaftszwecks aufgestellt hat. Dagegen spricht wiederum, dass der Gesellschaftszweck das vorgesehene Tätigkeitsfeld des Unternehmens umschreibt (Kläy, S. 173). Der Zweck einer Gesellschaft kann aber nicht darin bestehen eine Fam.-AG zu sein, sondern z.B. in der nachhaltigen Produktion von Mineralwasser. Zudem betreffen diese familiären Aspekte nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit. Zu bemängeln ist weiterhin, dass eine Familienklausel nur einem beschränkten Personenkreis die Möglichkeit gibt Aktionäre zu werden (Kläy, S. 173f.). Zudem besteht schon die Möglichkeit in einem solchen Fall zum Schutz der Fam. AG von der „escape-clause“ Gebrauch zu machen. M.E. ist eine solche Klausel, besonders im Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Grundprinzipien -welche durch die Familienklausel nicht eingehalten werden- nicht als zulässig anzuerkennen.